

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS
FINANCIEROS

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER



LOS PACTOS PARASOCIALES EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Autor: Luis Montero Rivero

Tutor: Manuel López Martínez

Madrid 2020

OBJETIVO

El presente trabajo de fin de máster propone trabajar sobre uno de los temas más debatidos en los últimos años en materia societaria, los pactos parasociales.

El objetivo de este proyecto es conocer tanto los pactos parasociales, como su validez y la tipología de los mismos, a través de un estudio detallado de su integración en nuestro ordenamiento jurídico. Analizaremos la evolución de estos pactos en nuestro país, y la relevancia que han ido adquiriendo en las sociedades, tanto las que cotizan en bolsa como las que no lo hacen.

El presente trabajo se centrará en la inoponibilidad de este tipo de pactos frente a la sociedad, y en que supuestos se podrá oponer ante la misma. Para el estudio de este tema, emplearemos distintas posturas doctrinales, se estudiarán distintas sentencias del Tribunal Supremo, así como las leyes que rigen el derecho societario y el mercado de valores.

Por último, se obtendrán las conclusiones que se han extraído de la importancia que ha obtenido este tipo de pactos en nuestro país.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CONCEPTO Y FUNCIONAMIENTO DE LA JUNTA GENERAL	5
TIPOS DE JUNTAS GENERALES	7
LOS PACTOS PARASOCIALES.....	8
I. CONCEPTO	8
II. NATURALEZA	10
III. DIFERENCIA ENTRE PACTOS PARASOCIALES Y PACTOS SOCIALES	11
IV. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES	12
V. DURACION DE LOS PACTOS PARASOCIALES	15
VI. TIPOS DE PACTOS PARASOCIALES.....	17
LOS PACTOS DE RELACIÓN.....	17
LOS PACTOS DE ATRIBUCIÓN	18
PACTOS DE ORGANIZACIÓN.....	18
VII. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO, RESOLUCIÓN Y ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.	19
LOS PACTOS PARASOCIALES EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS	23
Normativa de mercados de valores.....	23
Obligaciones de transparencia	25
ANÁLISIS DEL CRECIMIENTO DE PACTOS PARASOCIALES EN SOCIEDADES COTIZADAS.....	27
CONCLUSIONES	29
BIBLIOGRAFIA	32
Índice de siglas.....	34

INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo de fin de máster, tratará de llevar a cabo una aproximación de los pactos parasociales que se llevan a cabo en las distintas sociedades contenidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Este tipo de pactos han ocasionado una gran problemática desde su existencia, provocando que hayan sido objeto de numerosas publicaciones científicas, resoluciones judiciales y cambios doctrinales, principalmente, debido a los constantes cambios legislativos que ha sufrido el Derecho de sociedades en nuestro país. Es por ello, que, para el análisis de estos pactos, vamos a recurrir tanto a revistas científicas, como a distintas resoluciones judiciales adoptadas sobre los pactos parasociales.

La razón principal que justifica la existencia de este tipo de pactos, nace en la necesidad de los socios de regular ciertas relaciones internas que no se pueden incluir en los estatutos sociales, o que pudiendo hacerlo, se emplean para complementar, concretar o modificar dichas relaciones, en algunos supuestos buscando una mayor privacidad.

Los pactos parasociales están recogidos en el derecho civil, en concreto en el principio general de autonomía de las partes, recogido en el artículo 1255 como ya expondremos más adelante.

Este tipo de pactos no están regulados únicamente en nuestro país, sino que también los podemos encontrar en otros países, como Italia, Estados Unidos (siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos) o en Alemania, lo que remarca la gran importancia que han adquirido este tipo de pactos con el paso del tiempo, no solamente en nuestro país, sino a una escala mundial.

El principal problema de este tipo de pactos, es en relación a su validez frente a la sociedad, como hemos mencionado antes, los pactos parasociales tienen cabida en el código civil, pero han sido muchas y distintas las interpretaciones doctrinales sobre estos acuerdos.

Para dar comienzo a este trabajo de fin de máster, y con el fin de realizar un estudio exhaustivo de los pactos parasociales, debemos comenzar con el capítulo número uno, una breve descripción, del concepto y funcionamiento de la Junta General.

CONCEPTO Y FUNCIONAMIENTO DE LA JUNTA GENERAL

La doctrina ha empleado numerosas definiciones de la Junta General a lo largo de los años, pero la propia ley de sociedades de capital en su artículo 159, se encarga de dar una definición exhaustiva, y en ella afirma que: *“Los socios, reunidos en Junta, decidirán por mayoría legal o estatutariamente establecida en los asuntos propios de la competencia de la Junta. Puede definirse la Junta General como un órgano social que consiste en la reunión física de socios, válidamente constituida, generalmente convocada según las normas legales y estatutarias, para debatir y tomar acuerdos por mayoría sobre asuntos sociales propios de su competencia”*.¹ Esta definición de la Junta General nos permite analizar la naturaleza, y las distintas características que tiene esta figura.

La Junta General se configura como un órgano de la sociedad, pudiendo definirse como la persona física o pluralidad de estas a las que la ley faculta para decidir sobre los asuntos sociales, manifestando la voluntad de la sociedad, como tal órgano tiene la condición de necesario, existe en todas las sociedades de capital, sin que pueda ser sustituido por ningún otro. De hecho, la Junta General es un órgano que existe incluso en las sociedades unipersonales tanto anónimas como de responsabilidad limitada ².

De la Junta General se puede afirmar, que debe ser generalmente una reunión física de los socios en las SL y de accionistas en las SA, y para que exista, es necesario la reunión de dos o más socios o accionistas en un lugar físico, que normalmente es el domicilio social de la sociedad. La presencia de dos o más socios es el funcionamiento habitual, pero no será el único válido, porque como bien hemos mencionado antes, en las sociedades unipersonales las funciones de la junta las llevará a cabo una sola persona.

¹ Artículo 159 de la ley de sociedades de capital (2018) [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544> [consulta: 12/01/2020]

² Wolters Kluwer (2016) Junta General de los socios [en línea] disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQwMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqADlvwvs1AAAWKE [consulta: 12/01/2020]

El hecho de que en la Junta General se determine la voluntad social, no significa que la Junta General goce de facultades ilimitadas. La junta en base al artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital, puede adoptar acuerdos por mayoría legal o por mayoría estatutaria en relación a asuntos de su competencia, por lo que debemos precisar las competencias de la Junta General. Una vez se haya adoptado el acuerdo, obliga a todos los socios, independientemente de lo que hayan votado, pero debe ser una decisión que entre dentro de las facultades de la Junta General.

El artículo que expresa cuales son las competencias de la Junta General, es el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, los asuntos principales de la Junta General son los siguientes:

Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.

b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.

c) La modificación de los estatutos sociales.

d) El aumento y la reducción del capital social.

e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.

f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.

h) La disolución de la sociedad.

i) La aprobación del balance final de liquidación.

*j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*³

³ Artículo 160 de la ley de sociedades de capital (2018) [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544> [consulta: 12/01/2020]

TIPOS DE JUNTAS GENERALES

En relación con los tipos de Juntas Generales, se puede hacer una distinción en base a la Ley de sociedades de capital, que expresa en el artículo 163, que existen dos modalidades de Junta General, las ordinarias y las extraordinarias.

- Se entiende por Junta General Ordinaria aquella, que ha de reunirse obligatoriamente entre los seis primeros meses del ejercicio, para aprobar la gestión social, las cuentas del anterior ejercicio y la aplicación del resultado.
- Se entiende por Junta General Extraordinaria todas aquellas que no sean ordinarias.

Las principales diferencias que existen entre estos dos tipos, son la obligación que tienen las juntas ordinarias de ser convocadas en los seis primeros meses de cada ejercicio, mientras que las Juntas Generales Extraordinarias, se podrán convocar a petición de los socios o de la administración societaria.

Las principales labores de la Junta General Ordinaria se encuentran recogidas en el artículo 160 de la Ley de sociedades de capital, los asuntos que no se encuentren recogidos en este artículo, deberán ser tratados mediante Junta extraordinaria.

Además de las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, la ley de sociedades de capital en el artículo 178 regula otro tipo diferente de Junta, la Junta Universal, este artículo expresa, que las Juntas Universales quedarán válidamente constituidas para tratar cualquier asunto, sin necesidad previa de convocatoria, siempre que se encuentre representado la totalidad del capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.

Artículo 178. Junta universal.

1. La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.

*2. La junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.*⁴

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Artículo 178

LOS PACTOS PARASOCIALES.

I. CONCEPTO

Javier Martínez Rosado define los pactos parasociales como aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios entre sí, o entre todos o algunos socios y terceros, con el fin de integrar, completar o modificar algunos aspectos de la vida social al margen de lo dispuesto en el contrato fundacional. Son pactos formal y materialmente independientes del contrato de sociedad, en el sentido de que únicamente producen relaciones obligatorias entre quienes los suscriben, pero se encuentran funcionalmente conectados a la sociedad.⁵

En cuanto al Tribunal Supremo, este los ha definido mediante la siguiente afirmación, “*los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y en los estatutos*” en las SSTs 128/2009 y 138/2009, ambas del 6 de marzo.

Cándido Paz-Ares, se refiere a los pactos parasociales de la siguiente manera: “*La expresión «pactos parasociales» ha sido acuñada en nuestra doctrina para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen*”.⁶

Cándido Paz-Ares, hace especial hincapié «*en sus relaciones internas*» porque lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben. Los pactos parasociales se nos presentan, así como

⁵ Los pactos parasociales [en línea] disponible en:
<https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491231950.pdf> [consulta: 12/01/2020]

⁶ Uría (2016) El enforcement de los pactos parasociales [en línea] disponible en:
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf> [consulta: 12/01/2020]

la continuación de la sociedad anónima o limitada por otros medios, por los cauces más débiles del derecho de obligaciones ⁷

Estos pactos pueden suscribirse por todos los socios, o únicamente por algunos de ellos, en el supuesto en el que se suscriba el pacto por todos los socios de una sociedad, estamos ante un pacto onmilateral.

Los pactos parasociales omnilaterales son aquellos que se adoptan por todos los socios de la sociedad fuera del marco societario, que lo siguen siendo cuando se plantea el conflicto entre estos pactos y los estatutos.

Estos pactos están suscritos por la totalidad del capital social, pero no están sujetos a los estatutos de la sociedad. El problema más frecuente en este tipo de pactos, ocurre cuando un socio pretende llevar a cabo la impugnación de un acuerdo social.

Para resolver este tipo de supuestos, es necesario valorar el efecto que produce la intervención del socio disidente en dicho pacto omnilateral, que ha sido alcanzado en perfecta sintonía con el resto del capital social, aunque a margen del marco legal societario, como medida para determinar si la situación que impugna el acuerdo social es acorde con las exigencias de la buena fe.

La actuación del socio disidente defrauda, en este caso concreto, las legítimas expectativas de los demás socios quienes, junto con el demandante, fueron parte de este pacto parasocial omnilateral, y que esperaban ver reflejadas en los acuerdos sociales aprobados en la junta una voluntad previamente concordada en el pacto parasocial.

En tal sentido se expresa con meridiana claridad la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 25 de julio de 2013, cuando, ante un caso similar de esta tipología de pactos parasociales, considera que el socio que impugna los acuerdos sociales habiendo previamente concordado extra estatutariamente un acuerdo idéntico, realiza un ejercicio arbitrario de la acción de impugnación, que es contrario a las exigencias de la buena fe (artículo 7 del Código Civil, artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo

⁷ Uría (2016) El enforcement de los pactos parasociales [en línea] disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf> [consulta: 12/01/2020]

247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y constituye un claro abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil).⁸

II. NATURALEZA

Los pactos parasociales no están regulados en nuestro ordenamiento jurídico, no cuentan con una regulación específica que hable de “pactos parasociales” por lo que se consideran contratos atípicos. El encuadre jurídico de los pactos parasociales lo encontramos en primer lugar en el Código Civil, en concreto en el artículo 1255, que expresa lo siguiente:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

Como bien expresa el artículo 1255 del CC, el origen de los pactos parasociales es el principio general de autonomía, por lo que, para la constitución de este tipo de pactos será, necesaria la voluntad de las partes, en este caso la voluntad de los socios. Las limitaciones a este tipo de pactos serán, que no sea contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

En la ley de sociedades de capital, también encontramos referencias a este tipo de pactos, en concreto en el artículo 28, que habla de la voluntad de las partes para que los socios fundadores incluyan pactos y condiciones que crean convenientes.

Artículo 28. Autonomía de la voluntad.

En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.⁹

Este último punto es realmente importante, “*ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”, debido a que, la Ley de Sociedades de capital establece como han de ser los estatutos de la sociedad dependiendo del tipo que sea, y la sanción por

⁸ Lleytons (2016) Los pactos parasociales [en línea] disponible en: <https://www.lleytons.com/conocimiento/los-pactos-parasociales-2/> [consulta: 12/01/2020]

⁹ Artículo 28 de la ley de sociedades de capital [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544> [consulta: 14/01/2020]

incumplimiento, es la desestimación del reconocimiento del tipo social escogido, relegándose a una sociedad colectiva. Este matiz es realmente importante, porque si hemos escogido un tipo de sociedad donde la responsabilidad es limitada, y no se acepta el tipo que hemos escogido, la sanción de relegarse a una sociedad colectiva, provoca que se responda con todo el patrimonio de los socios.

El artículo 29 de la ley de sociedades de capital expresa, *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”* este artículo ha causado una gran confrontación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y lo analizaremos más adelante en base a distintas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

III. DIFERENCIA ENTRE PACTOS PARASOCIALES Y PACTOS SOCIALES

La diferencia principal entre los pactos parasociales y los pactos sociales, es que los pactos sociales se encuentran en la propia escritura de constitución de la sociedad, mientras que los pactos parasociales se encuentran al margen de la escritura de constitución. Para llevar a cabo una diferenciación más detallada, y en base a distintos criterios acudiremos a Judith Morales Barceló quien los diferencia así:

“La distinción entre los pactos sociales y los parasociales, responde en nuestra opinión, a diversos criterios. En primer lugar, se debe hacer mención a un criterio formalista. A pesar de que algunos autores han restado importancia a este criterio, nos parece un primer punto de partida fácil de determinar. Como es obvio, la primera distinción entre ellos se encuentra en la plasmación de los estatutos sociales en una escritura pública, así como su acceso al Registro Mercantil y la ausencia de este acceso por parte de los pactos parasociales. No obstante, se debe tener presente que no todo pacto que no accede al Registro Mercantil se puede considerar parasocial, puesto que en ocasiones la falta de acceso se debe a un vicio en el pacto social y la voluntad de las partes era que fuese un pacto social y no un pacto parasocial. En segundo lugar, se encuentra el criterio de la voluntad de las partes. Si bien es cierto que en aquellos supuestos en los que un determinado pacto pueda formar parte de los estatutos sociales o bien de un pacto parasocial la diferencia vendrá dada por la voluntad del tratamiento que hayan querido dar las partes a ese acuerdo. Sin embargo, el principal problema radica en aquellos supuestos en los que, a pesar de que las partes quieran que un determinado acuerdo acceda a los estatutos sociales, no pueda hacerlo debido a su contenido, por tanto, en

*este caso el pacto será parasocial por no tener acceso al Registro Mercantil. En este punto, cabe citar que la doctrina más influyente del derecho italiano ha considerado también como criterio distintivo el objeto del pacto, en el sentido de que si se ha acordado obre un asunto que concierne a la sociedad, el pacto debe ser calificado de social, y por contra, sí se ha acordado sobre un asunto que concierne al interés individual del socio, el pacto debe ser calificado de parasocial.*¹⁰

Es importante hacer mención a la función que tiene el Registro Mercantil en este apartado, debido a que se encarga junto a la Ley de Sociedades de capital, de filtro para los pactos que se pretendan plasmar en los estatutos sociales en el momento fundacional de la sociedad, así como reforma a posteriori de los mismos. Pero más allá de un criterio formal, podemos llegar a la conclusión que los pactos parasociales son en su gran mayoría ajenos al Registro Mercantil, por *“tratar cuestiones concernientes a los socios más que a la propia sociedad, lo cual nos lleva al criterio subjetivo a la hora de medir que es o debe ser un pacto social plasmado en los estatutos, que ha de ser por su propia naturaleza subjetiva un pacto parasocial”*¹¹.

IV. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

La validez de los pactos parasociales a día de hoy no se discute, estos pactos que pueden llevar a cabo los socios al margen de los estatutos, se encuentran respaldados en base al artículo 1255 del Código Civil, así como en los artículos 28 y 29 de la Ley de Sociedades de Capital, como bien ha sido expuesto anteriormente.

La validez de este tipo de pactos, no significa que todos ellos deban ser válidos, sino que, se debe examinar cada uno de ellos de manera puntual, para distinguir si realmente cumple las reglas generales del derecho de las obligaciones limitativas de la libertad contractual de las partes, en base al artículo 6 y 1255 del CC.

¹⁰ Los pactos parasociales, una visión histórico práctica [en línea] disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6515/OLMOS%20ROS%2C%20VICENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 14/01/2020]

¹¹ Los pactos parasociales, una visión histórico práctica [en línea] disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6515/OLMOS%20ROS%2C%20VICENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 14/01/2020]

Esta admisión de los pactos parasociales no siempre fue así, dado que, en 1951, durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas, se declaraba la nulidad de este tipo de pactos, transformándose con el paso de los años, de la nulidad a la inoponibilidad, recogida en el artículo 29 de la LSC. Multitud de normas han corroborado este planteamiento, como en concreto el artículo 119 del Código de Comercio, que no dudaba de la validez de este tipo de pactos.

El problema principal en relación a la validez radica en las sociedades de capital, con carácter general la doctrina considera nulo los pactos que se desvíen de una norma imperativa o contradigan los principios configuradores del tipo, “es decir, se da por hecho que no es admisible un pacto contrario a la norma imperativa del derecho de sociedades –lo contrario sería un anatema opuesto a la regla fundamental del art. 6 CC-. Sin embargo, la práctica es la contraria pues están extendidos los acuerdos entre accionistas de sociedades anónimas que prohíben la transmisión de acciones durante largos periodos de tiempo, o entre los socios de una sociedad limitada que permiten la libre transmisión de participaciones mediante la renuncia anticipada de todos ellos al ejercicio del derecho de adquisición preferente, o los que permiten a un socio vetar cualquier acuerdo social” (El art. 108.1 LSC establece que se considerarán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libres la transmisión de participaciones sociales por actos intervivos, sin embargo, los socios podrán, mediante un pacto parasocial podrán acordar la posibilidad de transmitirlos a terceros sin restricciones.)¹²

La validez de este tipo de pactos, hoy en día no es discutida por la doctrina, que mayoritariamente ha aceptado los pactos parasociales, más en concreto, los pactos omnilaterales, compuesto por todos los socios.

A este criterio se ha sumado el Tribunal Supremo, que ha establecido, la imposibilidad de oponer este tipo de pactos frente a la sociedad, pero declarando, que; “*son válidos siempre y cuando no superen los límites impuestos por la autonomía de la voluntad*” como así estableció en la STS N°138 de fecha de 6 de marzo de 2009. En esta misma línea se ha pronunciado la sentencia del 23 de marzo de 2012, que dice así; “*los pactos*

¹² Autonomía de la voluntad y derecho de voto en las sociedades anónimas: limitación y agrupación del voto Fernando Valera Uría [en línea] disponible en: www.URJC.com [consulta: 16/01/2020]

parasociales (...) no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, de ahí su utilidad, sino a los límites previstos en el artículo 1255 CC”.

Como se puede apreciar nuestro Tribunal Supremo le da una mayor importancia al Código Civil, que, a la Ley de Sociedades de Capital, que únicamente expresa que este tipo de pactos existen y que no son oponibles a la sociedad, mientras que en el Código Civil se puede apreciar una mayor autonomía.

Se ha demostrado de una forma clara, mediante las referencias hechas al Código Civil, en concreto en las referencias hechas sobre el derecho general de sociedades (arts. 1665 y ss. CC) así como la que regula los pactos entre socios concretamente (la publicidad como requisito de validez en el art 531 LSC) que llegados a este punto, el tema de la validez no tiene mayor recorrido, debido a que todo el contenido que se pueda pactar en una sociedad civil se puede pactar en un acuerdo de socios, el pacto de socios no deja de ser una sociedad civil.

Lo que falta por establecer, es el alcance de dicha validez, es decir su eficacia. En consecuencia, un pacto será válido mediante el cual no se pueda transmitir acciones sin el acuerdo de todos los socios, por el que no se pueda aumentar el capital sin el acuerdo de todos los socios, o por el que no se pueda votar a favor de la destitución de un administrador concreto. Y eso sean todos o solo algunos de los socios que lo hayan pactado. El vínculo pasará a ser jurídicamente exigible y válido, el problema recae en que es lo que se puede exigir y frente a quien.¹³

Para determinar la eficacia de los pactos parasociales, como a las de todo pacto, atenderemos al artículo 1257 del Código Civil,

Artículo 1257.

Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del

¹³ Almacén del derecho (2016) Lecciones: validez, eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales, en una cáscara de nuez [en línea] disponible en: <https://almacenederecho.org/lecciones-validez-eficacia-y-oponibilidad-de-los-pactos-parasociales-en-una-cascara-de-nuez/> [consulta: 16/01/2020]

contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.¹⁴

Ante el incumplimiento por alguna de las partes de lo pactado, se podrán exigir su cumplimiento en las estipulaciones pactadas, atendiendo a sí son obligaciones de dar, hacer, o hacer y en base a las normas generales. De esta manera, se plantea que el deudor pueda exigir el cumplimiento en especie si fuese posible, y en otro caso el cumplimiento por equivalente, pero de esta forma, es importante añadir que se debe contar con una indemnización por daños y perjuicios, y en el supuesto que se hubiesen pactado penas convencionales se deben aplicar. De esta manera ante la opinión generalizada de que este tipo de pactos tiene una eficacia limitada a las consecuencias indemnizatorias previstas en el, cuentan con otras vías para evitar el incumplimiento de los pactos entre socios.

“En consecuencia, y ante el incumplimiento de un pacto de voto, un socio con un 20% de capital podrá obligar a su contraparte en el pacto con un 31% a volver a votar en una junta convocada al efecto en el sentido previsto, y eso, aunque el 49% restante sea perfectamente ajeno. Nótese que aquí no se habla aún de oponibilidad a la sociedad: sólo se habla de la ejecución forzosa del pacto, donde la sociedad se ve afectada de forma refleja en la medida que el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes del pacto le afecta –aunque no le compromete”¹⁵.

V. DURACION DE LOS PACTOS PARASOCIALES.

Cuando los socios de una compañía anónima o limitada llegan a un acuerdo parasocial, normalmente no estipulan una cláusula a cerca de la duración de este tipo de acuerdo, la actuación más frecuente es que se establezca la duración del pacto a la vigencia de la compañía. En los casos en los que no se ha incluido cláusulas de duración hay que

¹⁴ Código Civil (2018) Artículo 1257 [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> [consulta: 16/01/2020]

¹⁵ Almacén del derecho (2016) Lecciones: validez, eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales, en una cáscara de nuez [en línea] disponible en: <https://almacendederecho.org/lecciones-validez-eficacia-y-oponibilidad-de-los-pactos-parasociales-en-una-cascara-de-nuez/> [consulta: 16/01/2020]

entender que dicho pacto tiene una duración indeterminada en base al artículo 1705 y 1706 del Código Civil. En todo caso, si la sociedad anónima o limitada está constituida por tiempo indefinido como es lo habitual, se debe considerar que dicho pacto tiene la misma duración.

En relación con la duración de los pactos parasociales, Paz-Ares ha aclarado la cuestión acerca de la prohibición de las vinculaciones perpetuas a este tipo de casos, en concreto a los pactos parasociales de relación. Paz-Ares ante la cláusula relativa a la duración de este tipo de pactos, ha establecido que son válidas y que no infringe la prohibición de las vinculaciones perpetuas ni permite considerar que son de duración indefinida, su fundamentación de sustenta de la siguiente manera: *“la duración indeterminada de la relación obligatoria (no se acompaña) de obligaciones a cargo de las partes de prestación continuada (ni entraña) riesgos o responsabilidades que supongan una sujeción o atadura que limite indefinidamente su libertad personal o económica”*. La duración de la vinculación vinculada a la duración de la compañía bien sea anónima o limitada, que son de carácter indefinido, no resulta opresiva y por tanto no se ve afectada por su prohibición de orden público, de las vinculaciones perpetuas.

Los pactos que serán opresivos, son aquellos pactos de duración indefinida que imponen a las partes la obligación de “seguir prestando” o limitan intolerablemente su libertad económica.

Paz-Ares hace la siguiente afirmación, *“otro tanto (como de los préstamos perpetuos) cabe decir de ciertos pactos parasociales, cuya finalidad es básicamente organizativa de la posición de socio”* Paz-Ares habla de ciertos pactos, porque la cuestión de si el socio está obligado a “seguir prestando” es más discutible en respecto de los pactos parasociales de atribución, en los que los socios se obligan a realizar prestaciones a favor de la sociedad a la que se refiere el pacto parasocial y, en alguna medida también respecto de los pactos de organización, donde el socio puede verse obligado a inmiscuirse en la gestión de la sociedad, pero en general Paz-Ares se refiere a los pactos de relación, expresando *“pactos que reconocen derechos de adquisición preferente, derechos de venta conjunta, derechos de arrastre, derechos de veto o derechos a tener una representación en el Consejo; derecho a obtener periódicamente cierta información de la sociedad; derecho a obtener ciertas prestaciones de la sociedad; etc. Nada impide que la terminación de estos pactos se supedite a la terminación de la sociedad o a la salida de los socios de la misma, puesto que mientras duran no son opresivos”* esto es muy sencillo, ¿por qué no son opresivos?

por la misma razón que no es opresivo que alguien se vea obligado a permanecer como socio de una sociedad anónima o limitada, aunque en nuestro derecho no haya una salida sencilla al accionista que no desee permanecer en la compañía, nunca se ha considerado que el contrato de la compañía de duración indefinida sea denunciabile unilateralmente.

16

Finalmente, aunque el socio tenga la obligación de votar y hacerlo en un sentido que no tenía pensado, o simplemente no está de acuerdo tal obligación no es opresiva. A resumidas cuentas, es una declaración de voluntad y puede hacerse cediendo la representación. *“Lo relevante no es tanto que la cláusula que fija la duración del pacto parasocial por referencia a la duración de la sociedad anónima o limitada o a la permanencia de las partes del pacto parasocial como accionistas o socios de la sociedad anónima o limitada sea opresiva o contraria a la prohibición de las vinculaciones perpetuas como la cuestión de si hay que interpretar la cláusula correspondiente en el sentido de que excluyen la denuncia unilateral ad nutum por ser de duración indefinida”*

17

VI. TIPOS DE PACTOS PARASOCIALES.

LOS PACTOS DE RELACIÓN

Los llamados pactos de relación, contienen una serie de características, estos pactos se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad y la principal característica es la voluntad de los socios, en busca de una regulación de las relaciones de una forma directa y sin intervención de la sociedad. Los pactos de relación únicamente recaen en las relaciones y los derechos de los socios, pero no afectan a la sociedad en su conjunto.

Algunos de los ejemplos que se incluyen dentro de esta tipología de pactos son; acuerdos dirigidos a establecer a favor de todos o de algunos de los socios de derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales, derechos de venta conjunta, o

¹⁶ Almacén del derecho (2016) Pactos parasociales con duración referida a la de la sociedad [en línea] disponible en: <https://almacenederecho.org/> [consulta: 27/01/2020]

¹⁷ Almacén del derecho (2016) Pactos parasociales con duración referida a la de la sociedad [en línea] disponible en: <https://almacenederecho.org/> [consulta: 27/01/2020]

como son conocidos también “*look up*, u obligaciones de no incrementar la participación en el capital de ciertos porcentajes estipulados por los socios, los conocidos como “pactos de no agresión”. La principal característica de este tipo de pactos es que no tienen indecencia o repercusión jurídicamente apreciable sobre la esfera social.

LOS PACTOS DE ATRIBUCIÓN

Los llamados pactos de atribución, son aquellos pactos que están destinados a producir ventajas a la propia sociedad, atribuyendo prerrogativas a la sociedad sobre sus socios, a diferencia de los anteriores.

Enfocándolo desde el punto de vista de los socios, a estos les genera una obligación extra, y más específica con la sociedad, mucho mayor que la mera condición primaria de socio.

Algunos de los ejemplos que podemos encontrar dentro de esta tipología de pactos son, aquellos que recogen obligaciones de financiación adicional de la sociedad por parte de los socios, como pueden ser, préstamos aportaciones suplementarias o reintegración del patrimonio social en el supuesto en el que existiesen pérdidas. Pero además de estos ejemplos, hay distintos compromisos que se pueden adquirir mediante este tipo de pactos parasociales, como podría ser la abstención de competir con la sociedad, otorgarle la exclusividad e venta o intermediación en los productos de los socios. La principal característica de estos pactos, es la incidencia que producen sobre la sociedad, que es ventajosa.¹⁸

PACTOS DE ORGANIZACIÓN

Los pactos de organización son los pactos más complicados desde un punto de vista jurídicos, y a la vez los más importantes, este tipo de pactos se encarga de regular la organización de la toma de decisiones y funcionamiento de la sociedad, para ello se utiliza un sistema de *quóruns* especiales. Tradicionalmente se ha dicho que este tipo de pactos tienen por objeto, el control de la sociedad.

¹⁸ Uría (2016) El enforcement de los pactos parasociales [en línea] disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf> [consulta: 12/01/2020]

*“Debido a que la LSC, establece la necesidad de unos estatutos más o menos uniformes para las sociedades, han de tomarse como unos pactos que sirvan de guía para no llevar a interpretaciones maliciosas os propios estatutos, es decir, que sirvan de guía y acotamiento a los posibles retorcimientos de estos estatutos una vez constituida la sociedad y los órganos de dirección de esta. Además, también sirven dentro de la función de acotamiento del objeto social, debido a que, sí este es ambiguo en algún extremo, podría chocar con algún pacto parasocial anti competencia”.*¹⁹

Hay muchos ejemplos de este tipo de pactos, pactos interpretativos de las normas estatutarias, pactos sobre la composición de la administración, pactos sobre políticas a desarrollar por la sociedad, pactos restrictivos en materia de administradores, o pactos para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*.

VII. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO, RESOLUCIÓN Y ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Las acciones de cumplimiento, resolución y daños y perjuicios, son mecanismos diferentes para lograr, o bien el cumplimiento del pacto parasocial en discordia, resolver, o bien, ser recompensados económicamente por el incumplimiento de dicho pacto parasocial por alguno o varios socios.

En primer lugar, expondremos la acción de resolución, mediante esta acción se puede resolver la obligación estipulada por la parte cumplidora, en base al artículo 1.124 del CC, que expresa lo siguiente:

Artículo 1124.

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

¹⁹ Los pactos parasociales, una visión histórico práctica [en línea] disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6515/OLMOS%20ROS%2C%20VICENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 20/01/2020]

Este mecanismo resolutorio, deriva de la naturaleza bilateral que permite escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución de la misma, con el resarcimiento de daños y el abono correspondiente por los intereses devengados.

En segundo lugar, expondremos la acción de cumplimiento, esta acción está diseñada para obligar a la persona que ha incumplido el pacto parasocial, a cumplir con lo estipulado en dicho pacto.

El ordenamiento jurídico español, nos permite solicitar mediante vía judicial el cumplimiento de la obligación pactada, a través de distintas formas, que varían dependiendo de la naturaleza de la prestación incumplida. Estas formas son:

- Cuando el objeto de la obligación consiste en *dare*, la medida que se lleva a cabo es a través de las diligencias de entrega forzosa estipuladas en el Código Civil, en concreto en el artículo 1906 que establece lo siguiente:

“Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega.

*Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor. Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.”*²⁰

En el supuesto en el que se deba entregar una cosa determinada, el acreedor independientemente del derecho que le otorga el art 1.101, puede obligar al deudor a que entregue la cosa en disputa, y en el supuesto en el que nos encontremos con una cosa genérica, se podrá pedir el cumplimiento de la obligación a expensas del deudor.

- Cuando el objeto de la obligación consiste en *facere*, no estrictamente personal o fungible: Dicha obligación se deberá hacer cumplir a través de la orden a un tercero, para que realice la prestación a expensas del deudor, en base al artículo 1908 del CC, *“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará*

²⁰ Artículo 1906 del Código Civil [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> [consulta: 20/01/2020]

*ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.*²¹

- Cuando el objeto de la obligación consista en un *facere* personalísimo: La medida más eficaz que se puede de tomar en este supuesto, es la de adoptar multas coercitivas contra el deudor, este deberá pagar una cantidad determinada cada mes que no cumpla con la obligación estipulada, en base al Art 709 de la LEC.
- Cuando el objeto de la obligación consista en un *volere*: la medida más efectiva en este supuesto, es la emisión de una declaración de voluntad recogido en el artículo 708 de LEC, “*1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.*”²²
- Cuando el objeto consista en un *no facere*: Esta situación es la más compleja, para ello se articula una solución compleja, estructurada en distintas partes, en primer lugar una condena para que remueva el estado de las cosas provocado por la infracción, junto con esta condena, se impondrán multas coercitivas al deudor por cada mes que no cumpla con la obligación, además se le impondrá una multa por los daños y perjuicios causados al vulnerar la obligación, el cese de dicha actividad y finalmente, con la advertencia de que sí prosigue con dicha actividad, incurrirá en responsabilidad criminal por desobediencia a la autoridad judicial.²³

²¹ Artículo 1908 del Código Civil [en línea] disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> [consulta: 20/01/2020]

²² Artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Civil [en línea] disponible en:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.12t1.html#a249 [consulta: 20/01/2020]

²³ Uría (2016) El enforcement de los pactos parasociales [en línea] disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf> [consulta: 20/01/2020]

Todos los instrumentos mencionados anteriormente, destinados al cumplimiento de los pactos parasociales, cuentan con la firmeza suficiente para llevar a cabo su propósito principal, el problema radica cuando nos encontramos ante ciertas limitaciones, como pueden ser, la imposibilidad física de cumplir la prestación, o la inexigibilidad de la misma fundada en la buena fe, o el abuso del derecho.

En tercer lugar, contamos con la acción de indemnización por daños y perjuicios, esta acción deriva del artículo 1.101 del CC, estableciendo la indemnización por daños y perjuicios causados por incurrir en dolo, negligencia y morosidad.

Artículo 1101.

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

El socio que desee interponer esta acción para verse resarcido de los daños y perjuicios que le hubiesen causado ante el incumplimiento de la obligación acordada, deberá justificar de forma clara la concurrencia de dichos daños, su cuantificación, y el nexo de causalidad que los une.

Sin embargo, la manera más eficaz de prevenir el resarcimiento por incumplimiento, es incluyendo en el contrato la figura de las cláusulas penales. Este tipo de cláusulas, tienen una eficacia disuasoria muy elevada, con la principal finalidad de evitar el incumplimiento por parte de los socios. Las cláusulas penales están recogidas en el artículo 1.152 del CC que dice así;

Artículo 1152.

En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

La Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 2009 (211/2009), establecía lo siguiente: *“la pena convencional, prevista en la cláusula penal, tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin*

que sea precisa la prueba de los mismo” y permite fijar de antemano el importe de la penalización.

Finalmente es importante recalcar, que si se estipula una cláusula penal no se priva la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado, como así lo establece el art 1124 del CC, a no ser, que se hubiese pactado lo contrario en los pactos reservados.²⁴

LOS PACTOS PARASOCIALES EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS

Normativa de mercados de valores

Los pactos parasociales, en especial cuando concurren sobre sociedades anónimas cotizadas, también entran a estar regulados por la normativa del mercado de valores, lo que implica que su configuración legal se suscribe también a través de:

- El Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. (“Ley del Mercado de Valores”).
- 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 (“Ley de Sociedades de Capital”).

“La Ley del Mercado de Valores tiene por objeto la regulación del mercado de valores y los servicios y actividades de inversión en España y se refiere, entre otras materias, a la emisión y oferta de instrumentos financieros, a los centros de negociación y sistemas de compensación, liquidación y registro de instrumentos financieros, al régimen de autorización y condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios y actividades de inversión, a la prestación de servicios y actividades de inversión en España por parte de empresas de terceros países, a la autorización y funcionamiento de los proveedores de servicios de suministro de datos y al régimen de supervisión, inspección y sanción a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)”.

RD-Ley 14/2018 de 28 de septiembre (Vigente desde el 30/09/2018)

²⁴ Le Quid (2015) Incumplimiento de pacto parasocial, como impugnarlo [en línea] disponible en: <https://lequid.es/blog/impugnacion-de-un-acuerdo-por-vulneracion-de-pacto-parasocial/> [consulta: 27/01/2020]

“La modificación del RDLeg. 4/2015 de 23 de Oct (TR. Ley del mercado de valores) tiene por objeto la regulación del mercado de valores y los servicios y actividades de inversión en España y se refiere, entre otras materias, a:

- La emisión y oferta de instrumentos financieros.
- Los centros de negociación y sistemas de compensación, liquidación y registro de instrumentos financieros.
- Régimen de autorización y condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios y actividades de inversión.
- La prestación de servicios y actividades de inversión en España por parte de empresas de terceros países.
- La autorización y funcionamiento de los proveedores de servicios de suministro de datos y
- Régimen de supervisión, inspección y sanción a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)”²⁵

Mediante la ley de sociedades de capital, se regula el funcionamiento de las sociedades en nuestro país, esta ley se encarga principalmente de que las sociedades cumplan todos los requisitos.

La Ley de Sociedades de Capital es la que se encargó de refundir en un único texto legal toda la regulación esencial de las sociedades de capital, su funcionamiento y el régimen jurídico que las caracterizan.

La ley de sociedades de capital se encarga de regular distintos aspectos dentro del funcionamiento de la sociedad, algunos de estos aspectos son:

- El capital mínimo para constituir una sociedad.
- Organización de la sociedad.
- Competencias de la Junta General.
- Estatutos sociales.
- Funciones y retribución de los administradores.
- Impugnación de acuerdos sociales.

²⁵ Iberley (2018) Aspectos más relevantes de la ley del mercado de valores [en línea] disponible en: <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-mercado-valores-44601> [consulta: 27/01/2020]

- Información de la sociedad.

Obligaciones de transparencia

En nuestro país como en la mayoría de países europeos, las sociedades que cotizan en bolsa tienen una normativa muy restringida, esta normativa se basa en una serie de principios reguladores, uno de los principios más importantes, es el principio de transparencia, que se encarga de velar por los participantes de este, para que puedan acceder de forma oportuna, completa, fidedigna y clara a la información relativa a los aspectos relevantes de las sociedades emisoras.

Las leyes que regulan las normas aplicables a los pactos parasociales dentro del mercado de valores son la ley 26/2003 de 17 de julio de mercado de valores, y la Ley de Sociedades de Capital, estas leyes tienen como principal objetivo reforzar la transparencia de las sociedades que cotizan en nuestra bolsa. Si examinamos esta ley, en el artículo 112, podemos encontrar la siguiente afirmación, *“1. A los efectos de lo dispuesto en este título, 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. Lo dispuesto en este artículo respecto de los pactos parasociales se aplicará también a los supuestos de pactos que con el mismo objeto se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por una sociedad anónima cotizada.”*²⁶

Este tipo de pactos tiene dos justificaciones excluyentes, en primer lugar, ante un conflicto de agencia entre el accionista mayoritario y los minoritarios, aquel puede llegar a acuerdos con otros accionistas relevantes con la finalidad de aumentar su poder de control. La principal consecuencia de esta situación, es el aumento del valor de la empresa, debido a la reducción de los conflictos de agencia derivados de los pactos parasociales, el control en manos de unos pocos reduce los problemas de *free rider*. *(Un free rider es una persona que recibe un beneficio por utilizar un bien o un servicio, pero evita pagar por él. De ahí, que los ingleses le denominen también “viajero sin billete”.* *En una estructura de interacción colectiva los free riders son aquellos jugadores o*

²⁶ Artículo 112 ley 26/2003 de 17 de julio de mercado de valores (2003) [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-14405> [consulta: 27/01/2020]

*actores que, bajo diversas circunstancias, se ven beneficiados por las acciones de los demás, sin ellos mismos cargar con el coste de esas acciones)*²⁷.

La segunda gran justificación excluyente se basa en la posibilidad de acordar este tipo de pactos con el objeto de generar beneficios privados de los miembros del pacto, en este supuesto solo se obtendrá el acuerdo si de él se derivan beneficios y se dividen entre todos los miembros que forman el pacto.

En cuanto al punto número 2 del citado artículo 112, en él se expone la obligatoriedad de comunicar con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones canjeables o convertibles en las sociedades anónimas cotizadas. El punto número 2 de este artículo continúa, expresando que una vez efectuadas estas comunicaciones, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que se encuentre inscrita la sociedad.

“La celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas habrá de ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acompañando copia de las cláusulas del documento en el que conste, que afecten al derecho de voto o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables. Una vez efectuadas estas comunicaciones, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita.

*El pacto parasocial deberá publicarse como hecho relevante. En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias, sin perjuicio de la restante normativa aplicable”*²⁸

En relación con el punto 3 de este citado artículo, formula que cualquiera de los firmantes del pacto parasocial estará legitimado para realizar comunicaciones y el depósito en el

²⁷ Economy weblog (2007) ¿qué es un free ryder? [en línea] disponible en: https://economy.blogs.ie.edu/archives/2007/01/que_es_un_free/ [consulta: 27/01/2020]

²⁸ a Artículo 112 ley 26/2003 de 17 de julio de mercado de valores (2003) [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-14405> [consulta: 27/01/2020]

Registro Mercantil, menos en los supuestos de usufructo o prenda de acciones, que la legitimación corresponderá a los que tengan derecho de voto.

Finalmente, en el último apartado del artículo 112 se establece un mecanismo de seguridad para cuando la sociedad pueda ser perjudicada de forma grave, este mecanismo consiste en que la CNMV podrá acordar, siempre de forma motivada, que no se de publicidad alguna al pacto parasocial.

*“A solicitud de los interesados, cuando la publicidad pueda ocasionar un grave daño a la sociedad, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá acordar, motivando su resolución, que no se dé publicidad alguna a un pacto parasocial que le haya sido comunicado, o a parte de él, y dispensar de la comunicación de dicho pacto a la propia sociedad, del depósito en el Registro Mercantil del documento en que conste y de la publicación como hecho relevante, determinando el tiempo en que puede mantenerse en secreto entre los interesados”.*²⁹

ANÁLISIS DEL CRECIMIENTO DE PACTOS PARASOCIALES EN SOCIEDADES COTIZADAS

Para apreciar la importancia que han ido adquiriendo este tipo de pactos en nuestro mercado de valores, es importante mencionar que desde el año 2003, han crecido exponencialmente, año en el que se obligó a la publicación de este tipo de pactos. Un buen ejemplo de este crecimiento, lo encontramos en estos gráficos, que muestran el aumento de este tipo de pactos, y como han ido variando según el fin con el que se estipulo dicho acuerdo.

Se puede apreciar como 1 de cada 4 empresas cotizadas a final de año, utilizan este tipo de acuerdos para dirigir su actuación en el control de la empresa, vinculando el 42% de los derechos de voto, y apreciándose una tendencia decreciente en el nivel de participación de los accionistas que se juntan a través de estos pactos.

²⁹ Artículo 112 ley 26/2003 de 17 de julio de mercado de valores (2003) [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-14405> [consulta: 27/01/2020]

	2003	2005	2007	2009
Porcentaje empresas con pactos parasociales	16.05	20.45	29.25	27.10
Porcentaje de voto del pacto	44.96	41.09	43.06	39.51
No empresas cotizadas analizadas	81	88	106	107
Tipo de pacto parasocial^a				
Regulan el derecho de voto	53.85	50	45.17	37.93
Limitan la transmisión de acciones	7.69	16.67	19.35	13.79
Regulan el derecho de voto y limitan la transmisión de acciones	38.46	33.33	35.48	48.28

También es interesante analizar el cambio que han sufrido este tipo de pactos, desde el año 2003, en función del tamaño de las empresas que han acordado este tipo de pactos, para ello nos valdremos del siguiente gráfico, en él se puede observar “una asociación estadísticamente significativa entre la celebración de pactos parasociales y tamaño. Así, en las empresas de mayor dimensión la presencia de dichos contratos prácticamente se duplica en relación con las empresas de menor dimensión. En el mismo sentido, se observa un mayor porcentaje de derechos de voto de los accionistas que se coaligan en las empresas de mayor dimensión, aunque las diferencias con las empresas de menor tamaño no alcanzan el diferencial antes comentado.

	2003	2005	2007	2009
EMPRESAS MAYOR TAMAÑO^a				
Porcentaje empresas con pactos parasociales	20	27.27	43.4	35.85
Porcentaje de voto del pacto	46.92	46.50	48.05	44.72
Tipo de pacto parasocial^b				
Regulan el derecho de voto	25	50	43.48	42.11
Limitan la transmisión de acciones	12.5	16.67	21.74	5.26
Regulan el derecho de voto y limitan la transmisión de acciones	62.5	33.33	34.78	52.63
EMPRESAS MENOR TAMAÑO^a				
Porcentaje empresas con pactos parasociales	12.2	13.64	15.09	18.17
Porcentaje de voto del pacto	41.82	30.26	28.74	29.62
Tipo de pacto parasocial^b				

En cuanto al tipo de pacto parasocial utilizado, el estadístico refleja que no existe una relación estadísticamente significativa entre dimensión y tipo de pacto.³⁰

El crecimiento de la utilización de este tipo de acuerdos, se explica en que el derecho societario en algunos supuestos, demasiado formalista y minucioso, cohibiendo de esa manera la autonomía de la voluntad de las partes. Ante este suceso, los socios de las compañías, para evitar las rigideces del derecho societario, están huyendo del derecho mercantil al derecho civil, a través de los pactos parasociales. (ramos, 2019)

CONCLUSIONES

Tras analizar la importancia que han ido adquiriendo este tipo de acuerdos en nuestro país con el paso de los años, en concreto desde el año 2003, hemos llegado a una serie de conclusiones que exponemos a continuación.

La primera conclusión a la que llegamos, es en relación con la inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad, esta conclusión quizá es la más importante, debido a que los pactos parasociales no podrán oponerse frente a la sociedad como norma general, salvo aquellos pactos formados por todos los miembros de la sociedad, los llamados pactos omnilaterales. Este tipo de pactos además de la necesidad de ser suscritos por todos los socios miembros de la sociedad, el objeto debe ser coincidente, es decir, que los resultados que se buscan con el acuerdo de ese pacto acordado, sean coincidentes con lo establecido en el derecho de sociedades.

En el supuesto, que dicho acuerdo no fuese coincidente en relación al objeto o los socios, la única forma de impugnar este pacto, será a través del derecho de obligaciones y contratos, pero sí nos encontramos ante un acuerdo omnilateral, dicho acuerdo podrá impugnarse a través del derecho societario, y de esta manera lograr el cumplimiento de lo estipulado.

La segunda conclusión a la que hemos llegado, es la importancia que han obtenido este tipo de acuerdos en nuestro país desde el año 2003, los pactos parasociales han ido

³⁰ Researchgate (2010) Los pactos parasociales en la Bolsa española [en línea] disponible en: https://www.researchgate.net/publication/50285471_Los_pactos_parasociales_en_la_Bolsa_Espanola [consulta: 27/01/2020]

aumentando en las sociedades españolas, tanto en las sociedades que cotizan en el mercado de valores, como las que no. Una de las principales razones por las que ha aumentado tanto el empleo de este tipo de acuerdos, se traduce en la posibilidad de acceder a un derecho con más libertad que el derecho societario, el derecho civil. El derecho societario en algunos supuestos de demasiado minucioso y formalista, a diferencia del derecho civil, que, amparándose en la autonomía de la voluntad de las partes, los socios regulan ciertos aspectos de la esfera societaria con mayor libertad.

En las sociedades que cotizan en el mercado de valores, se han hecho muy populares estos pactos, llegando al punto de que 1 de cada 4 sociedades cotizadas en España emplea estos acuerdos, ya sea para aumentar el control en la empresa, o regular el derecho de voto. Es importante añadir, que existe una gran relación entre el tamaño de la empresa, y el empleo de este tipo de pactos, así, en las empresas de mayor dimensión la presencia de dichos contratos prácticamente duplica a las empresas de menor dimensión. No es una coincidencia, que las sociedades que cotizan en bolsa en nuestro país, tienen una gran dimensión, y acuden de forma cada vez más frecuente a este tipo de acuerdos.

Junto al crecimiento de este tipo de pactos en las empresas que cotizan en el mercado de valores, ha nacido también la imperiosa necesidad de una regulación específica para adaptar estos acuerdos a los principios de transparencia que rigen el mercado de valores. Un ejemplo de la regulación que han sufrido estos pactos parasociales, es la obligatoriedad que tienen las empresas cotizadas de comunicar de carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a la hora de formalizar un pacto de este tipo. La principal justificación de este tipo de medidas, a parte de una mayor transparencia claro está, es la intención de dotar de una mayor seguridad a los participantes del Mercado de Valores, a través de información completa, fidedigna y clara, respecto de los aspectos más relevantes de las sociedades emisoras.

Finalmente, a modo de concluir este estudio sobre los pactos parasociales, hay que hacer especial mención a los mecanismos de cumplimiento a los que se puede recurrir en caso de que algún socio no cumpla con lo estipulado. Las distintas alternativas que existen son, la acción de resolución, por la que se podrá instar a que se resuelva la obligación estipulada, por la parte cumplidora. La acción de cumplimiento, mediante esta acción la parte cumplidora con lo estipulado, podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación, o la resolución de la misma con el correspondiente abono de daños y

perjuicios, más los intereses devengados. Y por último lugar, la acción de daños y perjuicios, mediante esta acción se podrá solicitar que se indemnice a la parte cumplidora, en los supuestos en los que la parte incumplidora incurra en dolo, negligencia o morosidad, en base al artículo 1.101 del Código Civil.

En este mundo de constantes cambios y avances societarios, los socios han buscado distintas alternativas a los estatutos sociales para regir ciertos aspectos de la esfera societaria, ya sea para un mayor control, o para regular los derechos de transmisión de voto, lo que es innegable es que, a día de hoy, este tipo de pactos están a la orden del día y se emplean por algunas de las empresas más importantes de nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- Díez Picazo, L 2012. Fundamentos de derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Civitas
- Javier Martínez Rosado. 2017. Los pactos parasociales. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Cándido Paz-Ares 2011. La validez de los pactos parasociales. Wolters Kluwer

Legislación

- España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- España. El Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1899 por el que se aprueba el Código Civil
- España. Real Decreto Legislativo 1/2000 de 7 de enero por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- España. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- España. Ley de Sociedades Anónimas.

Jurisprudencia

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 103/2016.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 97 /1992
- España. Tribunal Supremo SSTs 128/2009 y 138/2009, ambas del 6 de marzo.

Páginas Web

- Wolters Kluwer (2016) Junta General de los socios [en línea] disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQwMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqADlvwvs1AAAWKE

- Los pactos parasociales [en línea] disponible en: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491231950.pdf>
- Uría (2016) El enforcement de los pactos parasociales [en línea] disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>
- Lleytons (2016) Los pactos parasociales [en línea] disponible en: <https://www.lleytons.com/conocimiento/los-pactos-parasociales-2/>
- Los pactos parasociales, una visión histórico práctica [en línea] disponible en: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6515/OLMOS%20ROS%2C%20VICENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Autonomía de la voluntad y derecho de voto en las sociedades anónimas: limitación y agrupación del voto Fernando Valera Uría [en línea] disponible en: www.URJ.com
- Almacén del derecho (2016) Lecciones: validez, eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales, en una cáscara de nuez [en línea] disponible en: <https://almacenederecho.org/lecciones-validez-eficacia-y-oponibilidad-de-los-pactos-parasociales-en-una-cascara-de-nuez/>
- Almacén del derecho (2016) Pactos parasociales con duración referida a la de la sociedad [en línea] disponible en: <https://almacenederecho.org/>
- Le Quid (2015) Incumplimiento de pacto parasocial, como impugnarlo [en línea] disponible en: <https://lequid.es/blog/impugnacion-de-un-acuerdo-por-vulneracion-de-pacto-parasocial/>
- Iberley (2018) Aspectos más relevantes de la ley del mercado de valores [en línea] disponible en: <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-mercado-valores-44601>
- Iberley (2018) Aspectos más relevantes de la ley del mercado de valores [en línea] disponible en: <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-mercado-valores-44601>
- Economy weblog (2007) ¿qué es un free ryder? [en línea] disponible en: https://economy.blogs.ie.edu/archives/2007/01/que_es_un_free/
- Researchgate (2010) Los pactos parasociales en la Bolsa española [en línea] disponible en: https://www.researchgate.net/publication/50285471_Los_pactos_parasociales_en_la_Bolsa_Espanola

Índice de siglas

- CC: Código Civil
- NUM.: Número
- ART.: Artículo
- LSC: Ley de Sociedades de Capital
- CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores
- TS: Tribunal Supremo: