



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2011/42

diciembre 2011

PACTOS PARASOCIALES CON TERCEROS

David Pérez Millán

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
davidpmillan@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>
Copyright © 2011 por el autor

PACTOS PARASOCIALES CON TERCEROS*

DAVID PÉREZ MILLÁN

PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Resumen: Este trabajo se ocupa de los pactos parasociales sobre el derecho de voto en sociedades de capital cerradas. Se examinan los límites a la validez y eficacia de los pactos entre los socios y terceros: terceros en sentido estricto (fundamentalmente acreedores sociales), la sociedad y sus administradores.

Palabras claves: Pactos parasociales, pactos de voto, terceros, administradores.

Abstract: This paper focuses on Shareholder's Agreements regarding to voting rights in closed corporations. The author analyzes the limits to validity and enforceability of agreements among shareholders and third parties: third parties in the strict sense of the word (mainly company's creditors), the company and its directors.

Key Words: Shareholders' Agreements, Voting Agreements, Third Parties, Directors.

* Texto correspondiente a la comunicación presentada al IX Seminario Harvard-Complutense, *Transatlantic View on Corporate and Financial Law Issues*, celebrado entre los días 7 y 10 de noviembre de 2011 en la Harvard Law School, Cambridge (MA), EE. UU. con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

PACTOS PARASOCIALES CON TERCEROS
DAVID PÉREZ MILLÁN
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

SUMARIO

I.-	Introducción	4
II.-	Pactos con terceros en sentido estricto	5
	A.- Pactos sobre el derecho de voto en general	6
	1) Pactos sobre el derecho de voto y deber de lealtad de los socios ..	6
	2) Pactos sobre el derecho de voto y prohibición de escindir este derecho y la condición de socio	8
	B.- Pactos sobre el derecho de voto ante modificaciones estatutarias o estructurales	9
III.-	Pactos con la sociedad	11
	A.- Obligaciones para los socios	11
	B.- Obligaciones para la sociedad	13
IV.-	Pactos con los administradores	14
	A.- Prohibición en general de los pactos de voto con los administradores	15
	B.- Admisibilidad en ciertos casos de los pactos de voto con los administradores	16

I.- Introducción

Los pactos parasociales influyen en la organización y funcionamiento de infinidad de sociedades actuales. Aunque en teoría son también posibles respecto de sociedades de personas, resultan más interesantes los pactos que se proyectan sobre sociedades de capital por los problemas dogmáticos que plantea entonces la coordinación entre el contenido de tales acuerdos y las normas imperativas y los principios configuradores de los tipos societarios por los que se rigen aquellas sociedades sobre los que están llamados a incidir. Por las mismas razones, las mayores dificultades se suscitan respecto de los pactos de organización y, en particular, ante aquellos relativos al ejercicio del derecho de voto. Por último, y si bien estos pactos pueden referirse a sociedades cotizadas, cobran aún mayor relevancia respecto de sociedades de capital cerradas, puesto que, en principio, la eficacia del pacto será mayor cuanto más concentrada sea la estructura del capital, sin olvidar que la disciplina sobre los mercados de valores resulta incompatible con determinados pactos al tiempo que considera este tipo de acuerdos fundamentalmente como mecanismos de control, lo que suscita una serie de cuestiones que en esta sede no pueden abordarse. De ahí, que esta comunicación se centre en los pactos de voto en sociedades de capital cerradas, aunque algunas consideraciones pudieran extenderse a otros acuerdos y respecto de otros tipos societarios.

En cualquier caso, los pactos parasociales son acuerdos que integran o modifican la relación jurídico-societaria de los socios de aquella sociedad sobre la que recae el pacto. Por consiguiente, todo pacto parasocial, por definición, requiere que dicho acuerdo sea suscrito por, al menos, uno de los socios. No es necesario, en cambio, que todos los socios sean parte del pacto y resulta igualmente posible que en el acuerdo intervengan, además de socios, terceros, en el sentido de personas que no ostentan la condición de socio o que bien intervienen en el pacto, además o en lugar de como socios, por otra posición que ocupan respecto de la sociedad. Cabe así distinguir en función del tercero que interviene en el pacto parasocial: terceros en sentido estricto o sujetos sin relación jurídico-societaria alguna con la sociedad, la propia sociedad o sus administradores con independencia de que puedan ser también socios.

II.- Pactos con terceros en sentido estricto

Los pactos con terceros en sentido estricto, esto es, con personas a las que no une ninguna relación jurídico-societaria con la sociedad sobre la que el acuerdo se proyecta, son admitidos, expresa o implícitamente, por la generalidad de la doctrina española. De hecho, pueden encontrarse incluso referencias en nuestra normativa societaria a la posibilidad de que en determinados pactos parasociales intervengan terceros (cfr., respecto de los protocolos familiares, el artículo 2 del RD 171/2007).

La celebración de semejantes pactos se da de hecho frecuentemente con ocasión de operaciones de financiación, en las cuales quien concede la misma a una determinada sociedad y con el objeto de garantizar el retorno de su inversión, tiene interés en controlar la adopción de determinadas decisiones por los órganos sociales (variaciones en el capital social, modificaciones estatutarias o estructurales).

Hasta la fecha, no obstante, faltan trabajos que se hayan ocupado específicamente de las cuestiones que estos acuerdos suscitan y, en particular, de los límites a su validez y eficacia, distinguiendo la clase de pacto que se analice y considerando las normas imperativas y los principios configuradores de los tipos de sociedades de capital sobre los que tales acuerdos pueden incidir¹.

En cambio, la doctrina alemana se ha ocupado con detalle de los problemas que en un plano dogmático pueden suscitar los pactos parasociales con terceros, fundamentalmente acreedores sociales, cuando se traducen en una vinculación del derecho de voto de los socios que suscriben el pacto. En los distintos planteamientos que se adoptan al respecto cabe observar la distinción entre pactos sobre el derecho de voto en general o respecto de medidas relativas a la dirección de la sociedad, y pactos de voto con relación a modificaciones estatutarias o estructurales. A su vez, pueden encontrarse matices en ambos casos según los pactos sean determinados, respecto de acuerdos sociales o asuntos concretos, o indeterminados.

¹ Constituye una excepción la ponencia que, con el título *Pactos parasociales con terceros*, el profesor Alfaro ofreció el 5 de septiembre en el marco del XI Congreso Notarial Español celebrado en Sitges (Barcelona), cuyo texto ha tenido la amabilidad de facilitarnos y cuyas conclusiones, en su mayoría, compartimos.

A.- Pactos sobre el derecho de voto en general

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia alemanas admiten la validez y eficacia de los pactos con terceros que vinculan el derecho de voto respecto de acuerdos sociales en caso de simples medidas relativas a la gestión de la sociedad (BGB 48, 163, 166 ff.; y, entre otros, BARZ, HUECK, LUTTER, ZÖLLNER). En resumen, esta solución se apoya en las mismas consideraciones que justifican en general la vinculación del derecho de voto de los socios entre ellos, de suerte que la libertad de voto de los socios comprendería la facultad de someterse a la influencia de un tercero (RODEMANN).

No obstante, una opinión minoritaria considera que todos estos pactos con terceros son incompatibles, en principio, con el deber de lealtad de los socios (*Treuepflicht*) y la prohibición de escisión del derecho de voto respecto de la posición de socio (*Abspaltungsverbot*), pudiendo sólo admitirse excepcionalmente cuando el tercero ocupa la posición económica del socio o se le ha de reconocer un interés propio y legítimo en la participación de ese socio (HÜFFER, ULMER, FLUME).

Pero esta argumentación ha sido contestada, afirmando la posibilidad de conciliar los acuerdos sobre el derecho de voto con terceros tanto con el deber de lealtad de los socios como con la prohibición de separar el derecho de voto de la condición de socio (RODEMANN).

1) Pactos sobre el derecho de voto y deber de lealtad de los socios

En primer lugar, se defiende que los pactos de voto con terceros no son incompatibles con el deber de lealtad de los socios, subrayando la relación que debe existir en todo caso entre los deberes del socio resultantes del pacto y los inherentes a su relación societaria. La eficacia del pacto se reconoce, así, dentro de los límites que se derivan del deber de lealtad del socio para con la sociedad y los demás socios, siendo el acuerdo ineficaz en caso contrario (BARZ, HÜFFER, K. SCHMIDT, ULMER).

Existen, con todo, diferencias entre los autores alemanes en cuanto al modo de resolver el eventual conflicto entre los vínculos asumidos en virtud del pacto y el deber de lealtad que pesa sobre los socios en cuanto tales.

Hay consenso en considerar insuficientes los remedios que proporciona el Derecho común. Una interpretación restrictiva del pacto parasocial conforme a la buena fe ex

§ 157 BGB sólo es posible cuando el sentido del voto no se fija de antemano, sino que depende de una orden o instrucción posterior del tercero, en cuyo caso, y de conducir la misma a un voto contrario al deber de lealtad, el socio no estaría ni legitimado ni autorizado a seguirla (ZÖLLNER, HÜFFER, NOACK). De no poder resolverse el conflicto vía interpretación, y haber contemplado, por ejemplo, expresamente las partes del pacto la violación del deber de lealtad del socio, tal acuerdo sería nulo por contrario a las buenas costumbres *ex* § 138 I BGB. Pero si los intervinientes en el pacto parasocial no eran conscientes del conflicto, no puede aplicarse este remedio. Y el conflicto tampoco se resuelve apelando a la imposibilidad en origen de la prestación *ex* § 275 BGB, pues, en todo caso, la imposibilidad no tiene por qué apreciarse en el momento de concluirse el acuerdo sino que puede manifestarse posteriormente (EMMERICH).

Contra una autorizada opinión (ZÖLLNER), se considera asimismo que no basta con la protección de la sociedad a través del control material de los acuerdos (p. ej., vía impugnación por la minoría de los acuerdos adoptados en cumplimiento del pacto parasocial que atenten contra el deber de lealtad), pues esta medida no impide una influencia de hecho incompatible con el interés de la sociedad (ULMER, BEHRENS, RODEMANN).

Habida cuenta de los problemas indicados, en parte de la literatura alemana el posible conflicto entre los vínculos del voto con terceros y el deber de lealtad se resuelve restringiendo la eficacia de tales acuerdos dentro de los límites que el deber de lealtad impone a la libertad de voto en el sentido de otorgar primacía a la vinculación societaria sobre la contractual (K. SCHMIDT, RODEMANN). Se rechaza, por tanto, la opinión que extiende a este ámbito la solución del Derecho contractual en caso de la asunción por parte de un deudor de varios vínculos que entran en conflicto (p. ej., en caso de doble venta), afirmando la eficacia de ambos vínculos y quedando el deudor obligado a indemnizar al acreedor finalmente insatisfecho (se trata de la posición de ZÖLLNER). Para los pactos contrarios al deber de lealtad, en cambio, se sostiene una solución específica del Derecho de sociedades a fin de resolver eventuales conflictos que se basa en tres consideraciones (RODEMANN): i) no se pueden extender las valoraciones del Derecho de obligaciones porque los deberes para los socios que se derivan del Derecho de sociedades son dignos de protección en mayor medida, puesto que su incumplimiento amenaza a todos los socios y el firmante del pacto sabe al concluirlo que no puede imponer a la sociedad una decisión que vaya contra su interés; ii) la limitación de los vínculos de voto dentro del ámbito de libertad del voto se corresponde con su propia justificación, de forma que si la libertad de voto legitima los vínculos sobre el voto, los mismos límites que pesan

sobre dicha libertad deben recaer sobre tales vínculos; iii) el vínculo de voto en conflicto con los deberes de lealtad debe considerarse ineficaz teniendo en cuenta los remedios que se admiten en caso de su incumplimiento (ejecución específica, impugnación de acuerdos), y si el pacto puede desplegar así eficacia en el ámbito corporativo, los principios y valores de dicho ámbito deben concretar a la inversa la eficacia del pacto. De este modo, se concluye la complementariedad entre los vínculos contractuales de voto y los societarios. Los pactos de voto sólo son eficaces dentro del ámbito de la libertad determinado por el deber de lealtad.

Parece que efectivamente debe afirmarse las obligaciones que resultan del pacto parasocial no son incompatibles con los deberes derivados del contrato de sociedad, en el sentido de que los pactos relativos al ejercicio del derecho al voto despliegan su eficacia dentro de los límites en los que se reconoce ese derecho. Y ello no únicamente por consideraciones propias del Derecho societario, sino por la accesoriedad o dependencia teleológico-funcional del pacto parasocial respecto del contrato de sociedad (la idea, en general, se encuentra ya en OPPO). Si este tipo de pactos tiene como objeto incidir en la relación jurídico-societaria de quienes lo suscriben, esa influencia sólo es posible observando las restricciones que a la autonomía de los contratantes impone dicha relación, entre ellas, el deber de lealtad frente a los demás socios.

2) Pactos sobre el derecho de voto y prohibición de escindir este derecho y la condición de socio

En segundo lugar, se sostiene asimismo que los pactos de voto con terceros no infringen la prohibición de escindir el derecho de voto y la condición de socio, puesto que la condición formal de socio continúa correspondiendo al mismo, y la protección de la sociedad frente a la influencia de terceros se garantiza en la medida en que sólo se reconoce la vinculación del derecho de voto con los límites que impone el deber de lealtad para con los socios restantes (RODEMANN).

En ocasiones, no obstante, se ha intentado distinguir en función de si el pacto se refería a acuerdos sociales en concreto o vinculaba el derecho de voto de manera general, como en los pactos que someten ese derecho a las instrucciones del tercero (entre los autores alemanes, apunta esta tesis FLUME, pero, sobre todo, la desarrolla en la doctrina austriaca VAVROVSKY, por

considerar que precisamente tales acuerdos infringen la prohibición de escindir el derecho de voto).

Pero, teniendo en cuenta las razones que se esgrimen a favor y en contra de los pactos sobre el voto con terceros, no parece que semejante división esté justificada (ZÖLLNER, RODEMANN). Resulta simplemente más evidente que si un socio se obliga frente a un tercero a votar en cierto sentido ante la adopción de un acuerdo social determinado o respecto de un asunto concreto, está tan sólo anticipando el momento en que ejerce su derecho al voto a aquel en que suscribe el pacto, y el riesgo de que el socio anteponga entonces su interés individual al común de todos los socios no es mayor que el supone la participación en junta sin la existencia de pacto (como reconoce el propio VAVROVSKY). Sucede que la misma conclusión vale para los pactos generales que hayan de concretarse a lo largo del tiempo caso por caso. Los límites a la autonomía del socio respecto de su voto son siempre los mismos y los mecanismos de tutela de los restantes socios frente a un ejercicio abusivo del derecho de voto, contrario al deber de lealtad o al interés social (impugnación de acuerdos, responsabilidad de administradores), ofrecen las mismas garantías con independencia de que el pacto sobre el voto resulte perfectamente determinado desde su conclusión o de que su contenido se vaya concretando mientras se mantiene en vigor.

B.- Pactos sobre el derecho de voto ante modificaciones estatutarias o estructurales

Por lo que hace a los pactos sobre el voto ante modificaciones estructurales, en cambio, la mayor parte de la doctrina alemana se ha mostrado en contra de su validez y eficacia, en la medida en que con estos acuerdos resultaría afectado el principio de la autonomía estatutaria de los socios (PRIESTER, LUTTER, K. SCHMIDT, WIEDEMANN, RODEMANN).

En contra, se afirma que, en la medida en que las decisiones al respecto se adoptan asimismo en junta, siendo indiferente la motivación que explica la voluntad de los socios, y dado que ha de reconocerse la libertad del socio para vincular su patrimonio, incluida su participación en una sociedad, deben admitirse también estos pactos sobre el derecho de voto, salvo en caso de

conflicto con los deberes del socio frente a la sociedad, en cuyo caso prevalecen estos últimos y el pacto resulta ineficaz (ZÖLLNER).

A esta postura se contesta, en la línea de la opinión mayoritaria, que la esencia de la autonomía estatutaria es proporcionar el derecho de decisión a los socios, y que, ante modificaciones estructurales, no se trata de evitar simplemente un perjuicio a la sociedad por la influencia externa de terceros no sometidos al deber de lealtad entre socios, como en el caso de acuerdos sociales ordinarios, sino en no permitir en absoluto dicha influencia cuando pueda desplegar eficacia jurídica, pues el principio de la autonomía societaria no queda siquiera a disposición de los propios socios (RODEMANN). De ahí que se concluya la ineficacia, en general, de los pactos sobre el derecho de voto respecto de modificaciones estructurales, con la excepción de aquellos en los que el tercero puede considerarse socio en sentido material (p. ej., en caso de negocios fiduciarios sobre las participaciones sociales) o cuando los pactos tiene un contenido determinado y se refieren a acuerdos sociales concretos y perfectamente delimitados (PRIESTER, LUTTER, RODEMANN). La conclusión es la misma en parte de la doctrina austriaca, aunque con una argumentación distinta: la invalidez de semejantes pactos no resulta del principio de autonomía estatutaria, sino de la insuficiente protección de la minoría en tales supuestos (VAVROVSKY).

Sin embargo, tampoco aquí parece que quepa distinguir. Pactos determinados sobre acuerdos sociales concretos en relación con modificaciones estatutarias o estructurales pueden tener la misma repercusión en el ámbito corporativo que pactos más generales. El que los socios se obliguen a votar conforme a lo dispuesto en el pacto suscrito con un tercero no contradice el principio de autonomía estatutaria, sino que es consecuencia del mismo. Ante la modificación del contrato de sociedad, la libertad de los socios, incluida la facultad de someterse a la influencia de un tercero, debe reconocerse dentro de los mismos límites, fundamentalmente el deber de lealtad hacia los demás socios, que ante la adopción de cualquier otro acuerdo social. Los mecanismos para el control material de los acuerdos sociales ofrecen las mismas garantías para los socios disidentes respecto pactos, determinados o indeterminados, sobre el derecho de voto en general o en relación con modificaciones estatutarias o estructurales.

III. Pactos con la sociedad

Es común, y hasta en ocasiones se recomienda para favorecer su *enforcement*, que los pactos parasociales sean suscritos también por la sociedad sobre la que se proyectan. La razón es fácil de entender. Los pactos parasociales son acuerdos entre socios y en esa medida no despliegan como regla sus efectos frente a terceros, entre ellos la sociedad, en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1275 I CC; cfr. también art. 29 TRLSC).

Excepcionalmente, sin embargo, el pacto puede tener efectos para la sociedad aunque ésta no sea parte formalmente de dicho acuerdo. Por una parte, ante los pactos que conceden ventajas a la sociedad a cargo de los contratantes (crédito, aportaciones suplementarias, obligaciones de no competencia, exclusivas de venta o comisión), en cuyo caso la sociedad puede reclamar las obligaciones asumidas por los firmantes del pacto (OPPO y, entre nosotros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA o PAZ-ARES). Por otra, ante los pactos suscritos por todos los socios, cuyo incumplimiento permite la anulación del acuerdo social alcanzado de este modo mediante el ejercicio de una acción de remoción (art. 1098 II CC) o de una acción de impugnación de acuerdos sociales por infracción de los estatutos o lesión del interés social (arts. 204 ss. TRLSC) (PAZ-ARES y FERNÁNDEZ DEL POZO, entre otros). En ambos casos se mantiene inalterado el principio de relatividad de los contratos. En el primer supuesto, porque la sociedad se beneficia de lo previsto en el pacto precisamente como consecuencia de lo previsto en general para los contratos a favor de tercero (art. 1275 II CC). En el segundo, porque no puede afirmarse que la sociedad sea un tercero respecto al acuerdo suscrito por todos sus socios.

En general, no hay dudas sobre la licitud y eficacia de los pactos parasociales suscritos por la sociedad. Con todo, los problemas que puede plantear la suscripción del pacto por la sociedad cuando afecta al voto de los socios deben analizarse distinguiendo las obligaciones que asumen los socios o la sociedad en virtud del pacto.

A.- Obligaciones para los socios

En el ordenamiento alemán la vinculación del derecho de voto de los socios a la voluntad de la sociedad se enfrenta con algunos obstáculos. Pero, aunque se hable de la sociedad, el problema, realmente, atañe a las obligaciones que

con arreglo a un pacto pudieran asumir los socios frente a los administradores sociales.

En concreto, el § 136 Abs. 2 AktG declara nulos los contratos por los que un accionista se obligue a votar a favor de las instrucciones recibidas de la sociedad o su(s) órgano(s) de administración o de las propuestas presentadas por estos últimos. Se pretende de este modo evitar que el órgano de administración pueda ejercer una influencia, coercible jurídicamente, sobre la Junta, alterando la estructura organizativa de la anónima (RODEMANN).

El ámbito de aplicación de esta norma se limita, no obstante, a los sindicatos o acuerdos de voto cuyo contenido no se concrete previamente, sino que dependa de las futuras instrucciones de la sociedad o sus órganos, resultando válidos y eficaces, al contrario, los acuerdos *ad hoc* (ZÖLLNER, OVERRATH). Esta conclusión se defiende porque la norma en cuestión se refiere al voto del accionista siguiendo las instrucciones (*nach Weisung*) de la sociedad o sus administradores, y porque con un acuerdo *ad hoc* no se afecta la finalidad de la norma, puesto que el socio ha decidido libremente en el momento de asumir la obligación sobre el sentido de su voto en concreto (OVERRATH). Según la doctrina mayoritaria, la norma además se aplica únicamente cuando puede afirmarse que los firmantes del acuerdo representan al órgano de administración, para lo cual no basta con que ostenten una mayoría en el mismo (RODEMANN). Y, aunque resulta controvertido, parece predominar la postura que extiende analógicamente el § 163 Abs. 2 AktG a la GmbH (opinión, entre otros, de ZÖLLNER).

En resumen, al prohibir los pactos de voto a favor de la sociedad, se trata de impedir que la voluntad social formada en la Junta dependa de lo que decida el órgano (u órganos) de administración (RODEMANN). Es decir, los problemas son semejantes tanto si el pacto se suscribe con la sociedad o directamente con los administradores.

En todo caso, a falta de una norma expresa como la alemana, no parece que en el ordenamiento español estos pactos deban merecer un tratamiento distinto al de los pactos con terceros en sentido estricto y, admitida la eficacia de los mismos con los límites ya indicados, tampoco aquí se estima oportuno distinguir en función de si el pacto resulta más o menos determinado o se refiere a acuerdos más o menos concretos.

B.- Obligaciones para la sociedad

El problema de la vinculación de la sociedad en virtud del pacto parasocial es, en realidad, el de los efectos para los socios y los administradores que no son parte del acuerdo. De hecho, la suscripción de un pacto parasocial por parte de la sociedad se explica, entre otras razones, para comprometer a la sociedad a obligaciones que de otra manera deberían haberse incluido en los estatutos o para vincular indirectamente a los administradores (FITZGERALD/MUTH).

No obstante, en la jurisprudencia y la doctrina británicas el problema se ha planteado como una posible limitación de los poderes reconocidos por la Ley (*statutory powers*) a la sociedad, concluyéndose que los acuerdos que impliquen semejantes límites no pueden hacerse valer frente a la compañía aunque ésta los haya suscrito. Así puede apreciarse en *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd* [1992] 3 All ER 161, el *leading case* británico en materia de pactos parasociales. En ese caso, cuatro socios suscriben un pacto parasocial del que también es parte la sociedad. Se establece que el pacto prevalezca sobre los estatutos y se acuerda que la sociedad no puede aumentar su capital sin el consentimiento por escrito de todas las partes del acuerdo. Los administradores convocan a los socios a una Junta extraordinaria para aumentar el capital social. Uno de los socios demanda a la sociedad por incumplimiento del pacto. La demanda se rechaza afirmando que la sociedad no puede obligarse a no aumentar su capital en cuanto ello supone una limitación a los poderes que la Ley le reconoce. La sentencia se confirma en la Corte de Apelación. En la *House of Lords*, no obstante, el recurso triunfa parcialmente, concluyéndose que el acuerdo es vinculante para todas sus partes, excepto para la sociedad. Es decir, obliga a los socios, individualmente considerados, que suscribieron el acuerdo a votar en contra del aumento de capital (y se cita en el mismo sentido el caso *Welton v Saffeny* [1897] AC 299 at 331, [1895-9] All ER Rep 567 at 585). Es cierto que se reafirma el viejo principio conforme al cual la sociedad no se puede privar estatutariamente o de otra manera del poder de alterar sus estatutos (*Allen v Gold Reefs of West Africa Ltd* [1990] 1 Ch 656, [1900-3] All ER Rep 746) y *Bushell v Faith* [1969] 1 All ER 1002). Pero en la resolución queda claro que el problema es la vinculación de futuros socios, donde se destaca que la obligación asumida por la sociedad podría haber durado «(...) *for as long as any one of the parties to the agreement remained a shareholder and long after the control of [the company] had passed to shareholders who were not party to the agreement*».

La argumentación vale también, aunque no sólo, para los pactos con terceros. Al respecto se afirma que la sociedad no puede privarse a sí misma del derecho a ejercer los poderes que legalmente le corresponden, como en el caso de que una compañía, a cambio de la concesión de un préstamo, pacte con un banco no modificar los estatutos sociales sin su consentimiento: dicho pacto no podría hacerse valer contra la sociedad, pues de lo contrario supondría privar a los socios de su derecho a decidir un cambio en el contrato social (FITGERALD/MUTH).

La sociedad no puede, por tanto, asumir ninguna obligación que impida el futuro ejercicio de los derechos que corresponden a socios que no son parte del pacto, lo que, a la inversa, supone que el pacto es plenamente eficaz si lo suscriben y mientras sean parte del mismo todos los socios. Pero en tal caso la intervención directa de la sociedad en el pacto resulta hasta cierto punto innecesaria, pues cuando hay perfecta identidad subjetiva entre las partes del pacto parasocial y del contrato de sociedad no puede considerarse a la sociedad un tercero respecto al pacto.

Ahora bien, la vinculación de la sociedad con arreglo a un pacto parasocial puede también obligar de manera indirecta a los administradores a cumplir con dicho pacto. Pero las cuestiones que entonces se plantean son semejantes a la que suscita la vinculación directa de los administradores que suscriben un pacto parasocial, por lo que pueden analizarse al estudiar los pactos sobre el voto con los administradores.

IV.- Pactos con los administradores

Los pactos parasociales en los que, además de los socios y en su caso la sociedad, intervienen todos o algunos de sus administradores, resultan también de interés. En nuestro Derecho, por las dificultades que encuentra directamente su admisibilidad. Con relación a otros ordenamientos, por los límites dentro de los cuales deben admitirse y las consecuencias que se derivan de su reconocimiento. Como se ha indicado, los problemas son semejantes cuando la vinculación de los administradores a la voluntad de los socios se persigue de manera indirecta mediante la suscripción de un pacto parasocial con la sociedad.

A.- Prohibición en general de los pactos de voto con los administradores

Gran parte de la doctrina española rechaza la licitud de los pactos parasociales que vinculan a los administradores de la sociedad. Por una parte, se alude a los principios configuradores de las sociedades de capital y, en particular, a la independencia de que deben gozar los administradores (principio de independencia de criterio o libre apreciación) y al carácter colegiado, en su caso, del consejo de administración (principio de colegialidad y deliberación), así como al régimen de responsabilidad de administradores y la imposibilidad de exoneración aunque el acto lesivo haya sido acordado o autorizado por la Junta (cfr. art. 236.2 LCS) (por todos, MENÉNDEZ). Por otra, se subraya la inconsistencia de la anterior argumentación, habida cuenta del régimen de las instrucciones de la junta al órgano de administración, pero se entienden prohibidos estos pactos como consecuencia, en última instancia, del principio de relatividad de los contratos (art. 1275 CC) (PAZ-ARES).

La primera tesis, que quienes critican califican de *tradicional* o *institucionalista*, efectivamente, no se sostiene, tal y como ha sido formulada, ante el reconocimiento expreso de las instrucciones de la Junta al órgano de administración en la sociedad limitada (art. 161 LSC) y también, por parte de la doctrina, aunque la cuestión resulte más discutida, en la anónima (GARRIGUES, GIRÓN, URÍA, ESTEBAN VELASCO). Respecto de la imposibilidad de exoneración incluso por los actos lesivos acordados o autorizados por la Junta (art. 237 LCS), la responsabilidad de los administradores que en su actuación siguen las instrucciones se limitaría a un juicio o test de legitimidad, en el sentido de un examen de legalidad y no un control de oportunidad; es decir, los administradores deberían sólo fiscalizar la conformidad de las instrucciones con la ley, los estatutos y el interés social (PAZ-ARES y anteriormente, en la misma línea. ESTEBAN VELASCO).

En este sentido, merece destacarse que en el ordenamiento italiano, donde en general se considera asimismo que estos acuerdos (*sindacati di gestione*) no son válidos (SCHLESINGER, SEMINO, GALGANO, PAVONE LA ROSA, PRATELLI, SALAFIA), la reforma del Derecho de sociedades y, en particular, el que se haya admitido en la sociedad limitada la intromisión de los socios en la gestión asumiendo la correspondiente responsabilidad (arts. 2476, 7º co. y 2479, 1º co. CCI), ha llevado a reconocer la validez de semejantes pactos en este ámbito (PRATELLI).

La segunda tesis, que sus propios defensores denominan como *contractualista*, en realidad, alcanza la misma conclusión a la que podría llegarse desde una postura *institucionalista* que resaltara el carácter orgánico de la relación entre los administradores y la sociedad. Esta postura recurre, en cambio, al régimen del mandato colectivo (art. 1731 CC), al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) y a la inoponibilidad del pacto frente a la sociedad (art. 29 LSC). Al margen de que convenga la apelación al mandato para explicar la relación que une a los administradores con la sociedad y sus socios, ciertamente, el mandato colectivo, se nos dice, requiere que las instrucciones al mandatario o mandatarios y su revocación sean colectivas. Pero, como también se recuerda, los mandantes pueden determinar libremente cómo configurar la voluntad colectiva a tales efectos; en el caso de los socios, directamente en el contrato de sociedad o indirectamente por la elección de uno de los tipos. Por tanto, lo que debe aclararse es si cabe semejante configuración asimismo en un pacto parasocial. En este sentido, y con fundamento en el principio de relatividad de los contratos y la consiguiente inoponibilidad del pacto frente a la sociedad, se afirma que los socios sólo pueden impartir a los administradores instrucciones públicas (a través de la junta) y no privadas (las que derivarían del pacto de voto con los administradores). En otras palabras, se afirma, las instrucciones como consecuencia del pacto parasocial supondrían externalidades que no han contratado los socios que no intervienen en el pacto.

Pero lo mismo podría sostenerse subrayando el carácter orgánico de la posición jurídica de administrador. Y, sobre todo, como se verá, esta serie de consideraciones no vale cuando todos los socios son parte del pacto. Entonces no tiene sentido invocar el principio de relatividad de los contratos ni la inoponibilidad del pacto a la sociedad.

B.- Admisibilidad en ciertos casos de los pactos de voto con los administradores

Un sector de nuestra doctrina ha apuntado la validez de los pactos de voto con los administradores, en particular, de los sindicatos en el seno del consejo, si las instrucciones impartidas con arreglo a dicho acuerdo no entran en contradicción con el interés social (CARMEN ALONSO, FERNÁNDEZ DEL POZO)².

² Con una argumentación distinta, en un sentido semejante a lo que se sostiene en esta comunicación, también se ha expresado recientemente el profesor León Sanz en la conferencia que, con el título *Shareholder's Agreements in Close Corporations* y en colaboración con la profesora Latorre Chiner, presentó en el Congreso *Close Corporation*

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que determinados pactos parasociales con los administradores se admiten en otros ordenamientos. Así, en la jurisprudencia y doctrina anglosajonas puede observarse una tendencia hacia el reconocimiento de los pactos parasociales con los administradores, al menos cuando todos los socios son parte del pacto. Es más, en las legislaciones de Canadá y de algunos de los Estados Unidos sobre las sociedades de capital cerradas se han admitido y regulado expresamente pactos por los que los socios asumen o restringen las facultades de gestión de los administradores.

La doctrina había afirmado con anterioridad que los pactos parasociales con los administradores estaban en general prohibidos sobre la base de los deberes fiduciarios de los administradores (KRUGER, [1978] 94 LQR 557, FINN [1978], ABLR 97, 100; DELANEY [1950] 50 Col LR 52).

La jurisprudencia se había pronunciado en el mismo sentido (*Coronation Syndicate Ltd v Lilienfield* 1903 TS 489 [Sudáfrica]; *Long Park Inc v Trenton-New Brunswick Theaters Co* 297 NY 174, NE 21 633 [1948] [USA]; *Motherwell v Schoof* [1949] 2 WWR 529, [1949] 4 DLR 812 [Canadá] [se separan y mantienen los términos válidos del acuerdo que aseguraban a los socios ser nombrados administradores]; *Bergeron v Rinquet et Page et al* [1958] QB 222 [Canadá]; *Atlas Development Co Ltd v Calof and Gold* [1963] 41 WWR 575 [Canadá] [se considera inválido el acuerdo que requiriera la unanimidad entre los administradores para la toma de decisiones]). No obstante, también podían encontrarse resoluciones que admitían tales pactos cuando no afectaran excesivamente la discrecionalidad de los administradores ni hubiera daños para los acreedores u otros socios (*Clark v Dogde* 269 NY 410, 199 NE 641 [1936] [USA]).

La jurisprudencia británica ha admitido recientemente los pactos que vinculan a los administradores. En este sentido, se considera que los administradores no infringen sus deberes fiduciarios frente a la sociedad cuando limitan su discrecionalidad, obligándose contractualmente a ejercer sus facultades de una forma determinada en interés de la compañía (*Fullham Football Club Ltd et al v Cabra Estates plc* [1994] 1 BCLC 363; *Thorby v Goldberg* [1964] 112 CLR 597). La doctrina manifiesta, no obstante, sus dudas sobre el alcance de esta jurisprudencia (FARRAR).

in Latin America, Spain and Germany, y cuya versión escrita nos han proporcionado amablemente sus autores.

La evolución hacia el pleno reconocimiento de pactos entre socios que eliminan o limitan las facultades de gestión de los administradores se ha consumado al otro lado del Atlántico. En el año 1975 se introduce en el *Canada Business Corporations Act* (CBCA) la regulación de los pactos parasociales unánimes (*Unanimous Shareholders Agreements* o USA) (sec. 146). Tales acuerdos deben ser adoptados por escrito por todos los socios y permiten restringir las facultades de los administradores de dirigir y supervisar los negocios de la compañía, aunque no puede eliminarse el órgano de administración. Por su especial naturaleza, estos acuerdos han sido definidos como un híbrido del Derecho de sociedades, parte contractual y parte constitucional («*corporate law hybrid, part contractual and part constitutional in nature*») (*Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, par. 66). En las enmiendas introducidas en 2001 en el CBCA, se aclaró que si los socios sustituían a los administradores en sus deberes también lo hacían en las responsabilidades conectadas con los mismos (sec. 146 [5]). Por otra parte, se ha precisado igualmente que los socios pueden asimismo limitar su discrecionalidad en estos casos (sec. 146 [6]). Es decir, que los socios pueden acordar cómo ejercer los poderes que toman de los administradores (VANDUZER). El acuerdo obliga a los administradores y directivos de la compañía (sec. 122 [2]) y pueden hacerse valer no sólo conforme a las reglas del Derecho de contratos sino acudiendo a ciertos remedios previstos en el CBCA (secs. 214, 241 y 247) (*enforcement* societario).

En el *Model Business Corporation Act* (MBCA) también se regulan los pactos parasociales de todos los socios con los administradores (*Shareholder Agreements*) (§ 7.32). Estos acuerdos pueden, entre otras cuestiones, eliminar el Consejo de Administración o restringir la discrecionalidad o poderes del mismo (§ 7.32 [a] [1]), así como conceder en todo o en parte la administración de la sociedad a uno o más socios o a terceros (§ 7.32 [a] [6]) o regular su ejercicio de cualquier otra manera (§ 7.32 [a] [8]). Dichos acuerdos se pueden contener en los estatutos o en pactos por escrito que se den a conocer a la sociedad, pero en todo caso deben ser aprobados o suscritos por todos los socios y son válidos durante diez años, salvo pacto en contrario (§ 7.32 [b]). El acuerdo que limite la discrecionalidad o las facultades de los administradores les debe exonerar de la responsabilidad en la medida en que el acuerdo limita su discrecionalidad, imponiéndola a aquellos a quienes esa discrecionalidad o facultades se confieren (§ 7.32 [e]). Pero el acuerdo no puede fundar la responsabilidad de ningún socio por los actos o deudas de la sociedad incluso cuando el pacto la configure como una sociedad de personas o suponga que no se observen formalidades que en otro caso serían de respetar en las materias que regula el acuerdo (§ 7.32 [f]).

Esta disciplina se contiene, con algunas diferencias, en la legislación de numerosos Estados de la Unión (cfr., sec. 10-732 *Arizona Revised Statutes*; sec. 300 [b] *California Corporations Code*; sec. 607.0732 *Florida Business Corporation Act*; § 620 *New York Business Corporation Law*; sec. 23B.07.320 *Washington Business Corporation Act*).

Es más, en algunos Estados estos pactos se admiten incluso si no son suscritos por la totalidad, sino por la mayoría o hasta algunos de los socios, con el efecto también de liberar a los administradores e imponer a los socios que son parte del acuerdo la responsabilidad por los actos de gestión, mientras y en la medida en que el pacto controle la discrecionalidad o las facultades de los administradores (cfr. Tít. 8 § 350 *Delaware Code*; § 55-7-31 [c] *North Carolina Business Corporation Act*).

En puridad, las legislaciones que han consagrado pactos por los que los socios se atribuyen o restringen las facultades que, en principio, corresponden a los administradores, no contemplan que estos últimos sean parte del acuerdo, porque el mismo les obliga simplemente de conformidad con el régimen legal. Es decir, no son pactos de los socios con los administradores, pero, y de ahí su interés, persiguen la misma finalidad de someter, en términos jurídicamente coercibles, a los administradores a la decisión de los socios en materia de gestión.

Ello, junto con los deberes de información frente a futuros socios que se comentarán más adelante, explica que en algunos casos se obligue expresamente a poner el acuerdo en conocimiento de la sociedad (§ 7.32 [b] [1] *MBCA*; sec. 10-732 [b] [1] *Arizona Revised Statutes*; sec. 607.0732 [2] [a] *Florida Business Corporation Act*; sec. 23B.07.320 [2] [a] *Washington Business Corporation Act*). No obstante, y aunque no se haya contemplado legalmente, resulta obvio que, para que todos estos pactos desplieguen su eficacia, deben ser comunicados, en todo caso, a los administradores.

Respecto del ordenamiento español, y a falta de una disciplina semejante, hay que separar los pactos con los administradores en los que intervienen todos los socios de aquellos suscritos sólo por algunos, aunque sean titulares de la mayoría del capital social o de los derechos de voto.

A los pactos suscritos por todos los socios no pueden oponerse ninguno de los argumentos que se esgrimen para prohibir los pactos con los administradores. Ni el carácter orgánico de la posición de los administradores ni el principio de relatividad de los contratos o la

inoponibilidad de los pactos a la sociedad se oponen a la plena validez y eficacia de decisiones en materia de gestión acordadas por todos los socios.

En realidad, quienes entre nosotros han sostenido la nulidad de los pactos de voto con los administradores parecen considerar exclusivamente la hipótesis de que existan socios ajenos al pacto. Si, en cambio, todos los socios suscriben el pacto, no hay inconveniente a que pueden determinar en el mismo cómo configurar su voluntad colectiva a efectos de nombrar, impartir instrucciones o separar a los administradores. Expresándolo en los términos que utiliza alguno de nuestros autores, si ello da lugar en el futuro a externalidades, éstas han sido contratadas, es decir, internalizadas o asumidas por todos los socios desde el momento en que celebraron el pacto.

El tema de la responsabilidad tampoco es concluyente, sino que, más bien, ha de resolverse quién responde en el caso de que los administradores ejecuten instrucciones de los socios, al margen de que tales instrucciones resulten de un acuerdo adoptado en junta o se deriven de un pacto parasocial suscrito por todos los socios. Los socios que en virtud del pacto imparten las instrucciones pueden responder como administradores de hecho, lo que no excluye que respondan asimismo los administradores de derecho con los mismos matices que en caso de seguir instrucciones de la Junta. Por otra parte, la responsabilidad de los socios se equipararía, en su caso, a la propia de los administradores, sin que su injerencia en la gestión implicara que respondiesen personalmente de las deudas sociales, salvo que se dieran además los presupuestos ante los que se aplica la doctrina sobre el levantamiento del velo.

Por el contrario, no debe admitirse la validez de los pactos con los administradores respecto del ejercicio de sus facultades que no son suscritos por todos los socios, con independencia de que intervenga en el acuerdo una mayoría de socios o de que el pacto sea conforme al interés social. La posición orgánica de los administradores, el principio de relatividad de los contratos o la inoponibilidad del pacto a la sociedad impiden en este caso que la voluntad de uno o algunos de los socios, al margen de lo que resulta de la legislación societaria y los estatutos de la sociedad, afecte a los intereses de los demás.

Lo mismo ha de decirse de aquellos pactos suscritos inicialmente por todos los socios cuando aparezcan nuevos socios que no se adhieran al pacto. Los acuerdos sobre la actuación de los administradores al margen de los estatutos no pueden desplegar ningún efecto frente a futuros socios salvo cuando los suscriban. Idéntica consideración merecen los pactos con la sociedad que vinculen indirectamente a los administradores.

Al respecto, las legislaciones que han regulado los pactos por los que los socios asumen o limitan las facultades de los administradores se han preocupado por la posición de nuevos socios. De este modo, en ocasiones se obliga a informar a futuros adquirentes de las participaciones sociales, mediante la oportuna indicación en los certificados en que las participaciones se documentan o por otras vías, de la existencia del pacto, a los efectos de que lo suscriban, concediéndoseles, en defecto de dicha información, el derecho a rescindir en un plazo de tiempo determinado la transmisión (sec. 146 [3] y [4] CBCA; § 732 [c] MBCA; sec. 10-732 [c] *Arizona Revised Statutes*; sec. 607.0732 [3] *Florida Business Corporation Act*; sec. 23B.07.320 [3] *Washington Business Corporation Act*). En otros casos, la misma vigencia del pacto o al menos la particular eficacia que se le reconoce se hace depender de que los nuevos socios se adhieran al pacto (sec. 300 [b] *California Corporations Code*; § 620 [b] [2] *New York Business Corporation Law*, incluso cuando, como sucede en esta última regulación, dichos pactos han de hacerse constar en la escritura de constitución de la sociedad).

Conforme al ordenamiento español, los pactos con los administradores sobre el ejercicio de sus facultades debieran considerarse extinguidos con la entrada de nuevos socios que no se adhieran a dichos pactos. La única forma de que el pacto conservara su eficacia consiste en que fuera suscrito por quien en el futuro adquiriese la condición de socio, para lo que, como es sabido, se recurre en la actualidad al establecimiento en estatutos de restricciones a la transmisión de las acciones o participaciones sociales en forma de cláusulas para su autorización, o bien a la configuración de prestaciones accesorias, que tienen, en ambos casos, por objeto la suscripción y cumplimiento del pacto por parte de futuros socios.