



CÁNDIDO PAZ-ARES

*Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad Autónoma de Madrid*

Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción¹

12 de mayo de 2022

¹ Estas páginas traen causa de la conferencia dictada el 12 de mayo de 2022 en la Academia Matritense del Notariado. Dejo constancia de su realización en el marco del Proyecto de Investigación «Gobierno corporativo: el papel de los socios II» (PGC2018-097984-B-100). Agradezco a los profesores Francisco Laporta, Fernando Pantaleón, Miguel Virgós y Jesús Alfaro las observaciones realizadas a los primeros borradores y a Pablo Fernández Martín y José María Gamazo Güell la valiosa ayuda prestada en su edición final. Esta versión actualiza la publicada en el volumen colectivo *Retos de la contratación mercantil moderna* dirigido por Francisco González Castilla y Ubaldo Nieto Carol.

Jorge Caffarena, *in memoriam*

SUMARIO

1. Vieja y nueva doctrina del Supremo: planteamiento del trabajo y sistema de la exposición. 2. La razón jurídica y el insoportable formalismo de la nueva doctrina: el argumento de la inoponibilidad. 3. (sigue): el argumento de la taxatividad. 4. (sigue): el argumento de la especialidad. 5 (sigue): el argumento de la indefensión. 6. La razón lógica y la inconsistencia interna de las soluciones del Supremo. 7. La razón práctica o moral: nadie puede beneficiarse de sus propias faltas. 8. Un apunte sobre la construcción dogmática del fenómeno: de nuevo sobre la exceptio doli.

1. VIEJA Y NUEVA DOCTRINA DEL SUPREMO: PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO Y SISTEMA DE LA EXPOSICIÓN

El examen de la jurisprudencia tradicional sobre la materia objeto de estas páginas muestra que, por una vía u otra, el Tribunal Supremo siempre había llegado a la misma conclusión, a saber: que los acuerdos sociales adoptados en violación de pactos parasociales suscritos por todos los socios –los que después acabarían denominándose pactos omnilaterales o, a veces, pactos universales– eran impugnables con arreglo a las normas y trámites previstos en la legislación societaria (actualmente, arts. 204-208 LSC). La conclusión era, a mi modo de ver, impecable. Otra cosa es que la argumentación que conducía a ella fuese mejorable.

Es cierto que las vías a través de las cuales la jurisprudencia más antigua alcanzaba la referida conclusión distaban mucho de ofrecer un mínimo de sofisticación e, incluso, un mínimo de solidez desde el punto de vista metodológico. A veces la conclusión era producto de afirmaciones simplemente apodícticas, como si cualquier otra solución fuese manifiestamente absurda (v., por ej., STS 28-IX-1965, RJ 4056/1965). En otras ocasiones se recurría a la ficción de que el pacto parasocial era un acuerdo adoptado en junta universal, lo que servía de pretexto para darle carta de naturaleza en el ordenamiento societario (v. STS 26-II-1991, RJ 1600/1991 y STS 10-II-1992, RJ 1204/1992). En otras, en fin, se justificaba la impugnación con apelaciones genéricas y meramente expresivas al levantamiento de velo o el abuso del derecho, sin mayor articulación argumentativa (v. STS 24-IX-1987, RJ 6194/1987 o, en la doctrina registral, RDGRN 26-X-1989, RJ 7050/1989). Esta doctrina jurisprudencial se hallaba en correspondencia con las tesis patrocinadas por los mercantilistas más autorizados del siglo veinte (v., por ej., Duque, 1991, pp. 88-89 y Sánchez Calero, 1997, pp. 250-253, ambos invocando la «técnica de la superación del velo societario»).

Pronto se cumplirán veinte años de la publicación de mi primer estudio sobre el *enforcement* de los pactos parasociales, cuyo objetivo fue precisamente sacar a la luz esa jurisprudencia enterrada en los repertorios, proporcionarle mayor soporte argumental y racionalizar doctrinalmente sus resultados (v. Paz-Ares, 2003, pp. 33-41). El estudio en cuestión tuvo

buena acogida en la doctrina². Sin embargo, produjo un efecto paradójico en la jurisprudencia. Digo esto porque, en la primera ocasión en que el Tribunal Supremo vuelve a vérselas con el asunto en el conocido caso *Kurt Konrad*, los argumentos elaborados en mi estudio (y esgrimidos por los demandantes en la defensa de su causa en casación) resultan rechazados de plano. Es precisamente a propósito de ese caso cuando el alto Tribunal modifica su punto de vista tradicional. La tesis que formula entonces y sigue sosteniendo al día de hoy es justamente la contraria: *los acuerdos sociales adoptados en violación de pactos parasociales, aunque sean omnilaterales, no son impugnables por esa sola razón*. Solo son impugnables si, además, resulta acreditado en cada circunstancia que violan la normativa societaria (es decir, la ley, los estatutos o el interés social).

El caso *Kurt Konrad* dio lugar a cuatro sentencias del alto Tribunal fechadas a finales de 2008 y principios de 2009. Todas ellas traen causa de vicisitudes ocurridas en distintas sociedades del grupo encabezado por Kurt Konrad y Cía, S.A., cuyas participaciones estaban repartidas de modo desigual entre dos ramas familiares, y en todas ellas se alega la vulneración por parte de una rama –el grupo mayoritario– de las obligaciones contraídas frente a la otra rama familiar –el grupo minoritario– en el convenio fechado el 23 de junio de 1997 y firmado por todos los socios. Importa señalar que este convenio parasocial fue el «tratado de paz» alcanzado por los miembros de una y otra rama con el fin de hacer posible la gobernación del grupo empresarial entretanto no se practicara la liquidación o reparto de todos sus activos entre ambas familias, para lo que se preveía un plazo de cinco años. El acuerdo de cogestión alcanzado debía aplicarse a todas las sociedades del grupo («Todos los presentes pactos en relación con la entidad Kurt Konrad y Cía, S.A. serán igualmente de aplicación a las restantes sociedades participadas directa o indirectamente por los accionistas [...]») y en él se preveían reglas sobre la composición de los órganos de gobierno y sobre la adopción de acuerdos en el seno de los mismos encaminadas a asegurar aquella «cogestión». En particular, por lo que aquí interesa, los pactos preveían (i) la representación proporcional de los socios en el consejo (al grupo mayoritario le corresponderían

² De hecho, sus conclusiones son compartidas hoy por la generalidad de los tratadistas. Las discrepancias o diferencias son más bien de matiz y se proyectan solo sobre el plano constructivo: v., entre tantos, Alonso Ledesma (2006, p. 857); Fdez. del Pozo (2007, pp. 173-175); Fdez. del Pozo (2008, pp. 210-211); Galeote (2008, pp. 230-232); Pérez Millán (2008, pp. 383 ss., 2009, pp. 395 ss., 2010, pp. 231 ss.); Sáez Lacave (2009, pp. 12 ss., 2010, pp. 1035 ss.); Juste Mencía (2009b, pp. 415 ss.); Redondo Trigo (2009, pp. 2685-2686); Ruiz-Cámara y Torregrosa (2009, pp. 65 ss.); Pérez Millán (2010, pp. 250 ss.); Noval Pato, (2012, pp. 116 ss.); Pérez-Moriones (2013b, pp. 584-586); Perdices (2016a); Mtez. Echevarría (2020, pp. 434-437); Núñez Rodríguez (2020, pp. 406-407); Alfaro (2013, 2015, p. 171, 2022); etc.

tres consejeros y la presidencia del Consejo y al minoritario, dos y la secretaria del órgano); (ii) mayorías cualificadas para la adopción de determinadas decisiones, con lo que se atribuía un derecho de veto a la minoría y se forzaba a que las decisiones importantes fuesen consensuadas por ambas ramas familiares; y (iii) la designación de cuatro consejeros delegados, dos por cada grupo familiar, que debían actuar mancomunadamente de forma tal que para la aprobación de cualquier acto era preciso que concurriera al menos un representante de cada familia. En este contexto, las controversias concretas que llegaron a casación son, en términos simplificados, las siguientes:

a) STS 6-III-2009 (RJ 2794/2009): tras el cese de un consejero designado por la minoría, se convoca junta general en una de las sociedades incluidas en el pacto –Turística Konrad-Hidalgo, S.L. –para, entre otros extremos, cubrir la vacante producida. El grupo mayoritario, desoyendo a su contraparte, nombra al consejero que le parece oportuno en lugar de votar a favor de la propuesta del grupo minoritario, a lo que contractualmente estaba obligado.

b) STS 5-III-2009 (RJ 1633/2009): la sociedad matriz –Kurt Konrad y Cía, S.A.– era consejero persona jurídica de dos filiales del grupo (Golf Costa Adeje, S.L. y Santa María del Sur, S.A.) y su consejo debía nombrar a la persona física llamada a representarla en los consejos de dichas filiales. Los consejeros del grupo mayoritario en la matriz eligieron a gente de su cuerda como representantes del consejero-persona jurídica (es decir, de la matriz), contraviniendo así sus compromisos, que les obligaban a tomar esta decisión con cuatro votos favorables. El acuerdo se adoptó con la mayoría de tres votos, correspondientes a la familia mayoritaria.

c) STS 10-XII-2008 (RJ 17/2009) y STS 6-III-2009 (RJ 2793/2009, a no confundir con la anteriormente citada de la misma fecha): en ambos supuestos se trataba de ratificar ciertos actos realizados por un apoderado sin poder bastante y de nombrar a tres apoderados en dos sociedades del grupo (Turística Konrad Hidalgo, S.L. en la primera sentencia y Camanchaca, S.L. en la segunda). Pues bien, el grupo mayoritario ratificó lo hecho por el *falsus procurator* y nombró a tres apoderados de su círculo con tres votos contra dos, cuando el pacto –como acaba de recordarse– obligaba a adoptar dichos acuerdos con un mínimo de cuatro votos y, por tanto, con la aquiescencia del grupo minoritario³.

³ Es cierto que muchos de los pactos infringidos en el caso *Kurt Konrad* se refieren al consejo de administración. Esto no significa sin embargo que deban reputarse nulos. La prohibición de los pactos de voto en relación al consejo prevista ahora en el art. 228 d) LSC y anteriormente reconocida por la doctrina sin apenas discrepancia en atención al deber de independencia del consejero (v., por todos, Paz-Ares, 2010, pp. 5-6 e *ibi* más referencias) no es aplicable sin embargo a los pactos omnilaterales. La externalidad que justifica la prohibición está por definición excluida en estos casos. Desde el punto de vista positivo, esta conclusión se halla confirmada por la capacidad de la junta y, por tanto, del socio único o de todos los socios, de dictar instrucciones vinculantes (cfr. Paz-Ares, 2019, pp. 32-33 e *ibi* más referencias; v. también Fdez. del Pozo, 2014, p. 22).

Ante tales agravios, el grupo minoritario reacciona impugnando los acuerdos sociales adoptados en unos casos por la junta y en otros por el consejo bajo el argumento de que en todos ellos se habría contravenido el pacto omnilateral suscrito el 23 de junio de 1997. La controversia llega a casación en virtud de los recursos interpuestos por el grupo minoritario. En suma, los recursos se fundan –de acuerdo con la síntesis de la STS 6-III-2009 (RJ 2793/2009)– en la «infracción de la jurisprudencia dictada por las sentencias de 24 de septiembre de 1987 y 10 de febrero de 1992, en cuanto permiten oponer a la sociedad los pactos parasocietarios firmados por todos los socios y basar en ellos la impugnación de acuerdos, en relación con los artículos 115.1[LSA] y 56 [LSRL]». El Tribunal Supremo rechaza el recurso en los cuatro casos por considerar que la infracción de los pactos parasociales, aunque sean omnilaterales, carece de relevancia impugnatoria. Al hacerlo, sin embargo, no reconoce que se está apartando de la jurisprudencia anterior (más bien da a entender que los recurrentes han tergiversado su doctrina tradicional, lo cual, a nuestro modo de ver, es inexacto)⁴. La Sala Primera cierra filas en torno a la mencionada tesis, ciertamente llamativa desde la perspectiva del sentido común, sin ninguna fisura (a pesar de que cada una de las cuatro sentencias procede de un ponente distinto) y con especial contundencia. La unanimidad y rotundidad de sus pronunciamientos, disciplinadamente acatados por la jurisprudencia de apelación en la mayor parte de los casos posteriores⁵, contrasta con la fría acogida que le ha dispensado la doctrina.

Al día de la fecha la doctrina *Kurt Konrad* permanece inalterada. Pese a que en algún momento intermedio, a raíz del caso *Cornelio* (STS 25-II-2016, RJ 635/2016), pudo abrigarse la esperanza de su rectificación, los últimos pronunciamientos –casos *Grupo Zapata* (STS 20-II-2020, RJ 485/2020), *Duro Felguera* (STS 17-XI-2020, RJ 5282/2020) y *Fini Sweets* (STS 7-IV-2022, JUR 129041/2022)– han vuelto a las andadas.

He leído y releído en varias ocasiones las siete resoluciones citadas tratando de aislar las distintas piezas de su razonamiento y de dar con un orden apropiado para su exposición. La mejor reconstrucción que se me ocurre del conjunto hace descansar la nueva doctrina jurisprudencial en tres argumentos básicos: (i) el *argumento de la inoponibilidad* (los pac-

⁴ Este es un punto que admiten incluso los autores que más fervientemente han apoyado la nueva doctrina del Supremo (v. por ej., Sánchez Álvarez, 2009, pp. 1368-1370).

⁵ Sirvan como botón de muestra los siguientes: SAP Murcia 31-VII-2013 (AC 1570/2013); SAP Barcelona 25-VII-2013 (AC 1823/2013); SAP Girona 10-V-2013 (AC 1243/2013); SAP León 21-II-2013 (JUR 126548/2013); SAP Castellón 12-XI-2012 (AC 798/2013); SAP Barcelona 6-II-2012 (JUR 331418/2012); SAP Vizcaya 10-III-2011 (JUR 303604/2011); SAP Barcelona 13-X-2010 (JUR 183104/2011); SAP Barcelona 25-V-2010 (JUR 183161/2011); SAP Barcelona 23-IX-2009 (JUR 203954/2011); SAP Las Palmas 14-IX-2009 (JUR 484417/2009).

tos parasociales resultan irrelevantes en el plano societario porque el art. 29 LSC los declara inoponibles a la sociedad); (ii) el *argumento de la taxatividad* (la lista de causas de impugnación contenida en el art. 204.1 LSC es *numerus clausus* y, en ella, no se menciona la violación de los pactos parasociales); y (iii) el *argumento de la especialidad* o de la auto-responsabilidad (no existe una razón imperiosa para acudir a los mecanismos de tutela societarios cuando el ordenamiento contractual elegido por las partes provee remedios suficientes para deshacer el agravio). Aun cuando no aparece invocado, ni siquiera evocado, en ninguna de las sentencias de la nueva época, cabría añadir a los anteriores un cuarto argumento: (iv) el *argumento de la indefensión* (la admisión de la violación de los pactos parasociales como fundamento de impugnación implica dirigir la demanda contra la «parte equivocada», generándose una doble indefensión: la de la propia sociedad, que carece de información sobre las vicisitudes del incumplimiento, y la de los socios presuntamente incumplidores, que no pueden defenderse del cargo de incumplimiento del pacto en el proceso de impugnación).

En mi opinión, la nueva doctrina del Supremo debe ser abandonada. No se aviene bien con algunos postulados centrales de la moralidad del derecho privado. Esta es la idea cardinal que inspira o preside estas páginas, en las cuales me propongo demostrar, por medio precisamente de tres variaciones sobre el *defeater* clásico de la buena fe, la necesidad de rehabilitar y recuperar para el acervo actual la vieja doctrina del Tribunal Supremo.

El resto de la exposición se divide en cuatro partes. En la primera se revisa la nueva doctrina desde la óptica de la *razón jurídica* más estricta o positiva. El objetivo es poner de manifiesto, a la luz de ciertas reglas canónicas derivadas de la buena fe, el insoportable formalismo de cada uno de los argumentos que la sustentan, por el orden en que han sido enunciados (v. *infra* §§ 2-5). En la segunda parte, la crítica se enfoca desde el punto de vista de la *razón lógica* o, si se prefiere, desde el punto de vista de la coherencia o consistencia de la nueva doctrina con la mantenida por el Tribunal Supremo en asuntos estructuralmente semejantes, que también deja bastante que desear desde el punto de vista de las exigencias de la buena fe (v. *infra* § 6). En la tercera parte se enjuicia la tesis jurisprudencial bajo la perspectiva de la *razón práctica*. De lo que se trata ahora es de mostrar su incompatibilidad con el que quizá sea el principio más elemental de la moralidad o integridad del derecho —el principio de que nadie puede beneficiarse de sus propias faltas—, que igualmente puede reconducirse a las exigencias de la buena fe (v. *infra* § 7). Llegados a este punto habremos demostrado —esa es al menos nuestra esperan-

za— que todos los caminos conducen a Roma. La cuarta y última parte del estudio se reserva para la reflexión más propiamente dogmática. En ella se valora cuál es la construcción doctrinal que está en mejores condiciones de racionalizar la solución propuesta (v. *infra* § 8).

2. LA RAZÓN JURÍDICA Y EL INSOPORTABLE FORMALISMO DE LA NUEVA DOCTRINA: EL ARGUMENTO DE LA INOPONIBILIDAD

Bajo la perspectiva del análisis estrictamente jurídico o jurídico-positivo, uno pensaría que el argumento más poderoso de que dispone quien pretenda defender la irrelevancia societaria de los pactos omnilaterales lo proporciona el art. 29 LSC, que proclama la inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales. Así suele entenderlo la doctrina que respalda la tesis de marras, a veces con la vergonzante excusa del «*dura lex, sed lex*»⁶. Y así lo ha entendido también la flamante STS 7-IV-2022 (JUR 129041/2022); de hecho, en su resumen de la nueva doctrina jurisprudencial, coloca el argumento en la primera fila de su razonamiento (v. ap. 3 del FD 5º). Es curioso sin embargo que las sentencias fundacionales de esa nueva jurisprudencia —las emanadas en el caso *Kurt Konrad*— apenas hagan hincapié en él⁷. O quizá no tan curioso. Veamos esto con algo de detenimiento.

a) Mi conjetura es que la tradicional falta de invocación de la regla de la inoponibilidad o la timidez en su apelación a ella delatan en rea-

⁶ Efectivamente, es el argumento al que más de inmediato apela aquel sector minoritario que sigue insistiendo en la irrelevancia societaria de los pactos omnilaterales (v., por ej., Sánchez Álvarez, 2009, pp. 1361 ss.; Madridejos 1996, p. 216 y, sobre todo, 2010, p. 301; más matizadamente, Morales Barceló, 2014, pp. 180 ss.; Mtez. Rosado, 2017, pp. 188 ss.; Feliú Rey, 2012, pp. 357-363; la «excusa vergonzante» a que aludo en el texto es invocada, por ej., por este último autor (*ibi*, p. 362).; en parecido sentido se pronuncia García Vicente (2021, p. 734), a juicio de quien «la razonabilidad [de derogar la regla de la inoponibilidad] no le resta un ápice a su ilegitimidad: el intérprete suplantaría al legislador».

⁷ De hecho, si no me equivoco, tres de ellas ni siquiera lo mencionan. Y la cuarta se refiere al argumento en cuestión de pasada. Aludo a la STS 5-III-2009, de la que extraigo este fragmento algo contradictorio: «algunas sentencias más recientes de esta Sala [...] ciertamente no desconocen la relevancia de lo que todos los socios de una determinada sociedad puedan acordar en documento privado, lo que desde luego no supone desconocer lo que con toda claridad establece el párrafo segundo del apartado 1 del art. 7 LSA [actual art. 29 LSC]», a tenor del cual los pactos parasociales «no serán oponibles a la sociedad». «Algo contradictorio», digo, porque lo que en rigor se corresponde con la afirmación de no desconocer la relevancia de la omnilateralidad del pacto es más bien el reconocimiento de su oponibilidad.

lidad la escasa fe del alto Tribunal en la fuerza del argumento. Tratándose de pactos omnilaterales, el argumento a duras penas resiste la prueba de la valoración paralela en la esfera laica. Es muy contraintuitivo. La intuición del hombre de la calle contradicha puede racionalizarse con suma facilidad desde el punto de vista técnico. Basta con advertir que la regla de la inoponibilidad no es más que el trasunto en el derecho de sociedades del principio de relatividad de los contratos⁸. El entendimiento usual de este principio subraya su dimensión subjetiva (a la dimensión objetiva se aludirá más tarde: v. *infra* § 4). Así lo hace, desde luego, el art. 1257 II CC: lo pactado por unos no puede afectar a otros (*res inter alios acta tertiis non nocet nec prodest*). La regla de la oponibilidad obedece a esta misma lógica: lo pactado por los socios en la esfera parasocial no es oponible a la sociedad, porque ésta –en su condición de persona jurídica– es un tercero respecto de ellos.

La *ratio* de la inoponibilidad radica, así pues, en la idea de ajenidad: la ajenidad de la sociedad respecto de los firmantes del pacto. La pregunta que surge entonces –¿por qué es ajena la sociedad a los firmantes del pacto y a los pactos mismos? ¿por qué son estos *res inter alios acta*?– tiene una respuesta sencillísima: porque no coinciden las partes del pacto y las partes de la sociedad. La falta de coincidencia entre uno y otro círculo de personas determina inexorablemente la necesidad de considerar a la sociedad como un tercero en sentido material respecto de los firmantes del pacto. Desde el momento en que la imputación de la persona jurídica es indivisible, esta es la única manera de evitar externalidades o, dicho de otro modo, de no afectar sin su consentimiento la esfera de aquellas partes del contrato de sociedad que no son parte del pacto parasocial⁹.

Ahora bien, cuando las partes del pacto y las partes de la sociedad coinciden, como ocurre en los pactos suscritos por todos los socios, la regla de la oponibilidad pierde el pie que la sustenta¹⁰. La omnilateral-

⁸ No confundimos relatividad e inoponibilidad como categorías generales, como a menudo ocurre en la jurisprudencia (v. sobre ello, Rodríguez González, 2000, pp. 213 ss., esp. 232 ss.). Lo que afirmamos, y en esto no parece haber dudas en la doctrina, es que la inoponibilidad societaria es relatividad contractual (el argumento lo hemos desarrollado con mayor detalle en Paz-Ares, 2003, pp. 36-38).

⁹ Técnicamente, esto se comprende bien desde una concepción analítica de la persona jurídica (v., para una primera aproximación, Paz-Ares, 1983, pp. 1596 ss. o Paz-Ares, 2006a, pp. 568-569).

¹⁰ Como bien dice Noack en su esclarecedor escrito de habilitación: «*Die Gesellschaft ist nicht als Dritte bei Rechtsverhältnissen anzusehen, die von ihren sämtlichen*

dad del pacto determina la *identidad de sujetos*: el conjunto de socios y la sociedad devienen, a estos efectos, el mismo sujeto. So pena de desembocar en la hipóstasis de la persona jurídica, la sociedad no puede pretender ser considerada un tercero ajeno o extraño a las relaciones jurídicas asumidas por la totalidad de sus miembros. La necesidad de reducir el alcance de la regla de la inoponibilidad en estos casos es tan de cajón –tan transparente desde el punto de vista de las razones del legislador a las que se presta la máxima deferencia– que no requiere de ningún esfuerzo argumentativo especial.

De hecho, la casuística que nos ocupa pertenece a una fenomenología más amplia que siempre se ha resuelto en nuestra praxis jurisprudencial de manera directa, sin necesidad incluso de acudir al socorrido expediente del levantamiento de velo, a través de eso que desde antiguo se conoce como la «doctrina de terceros» del Tribunal Supremo (me parece que la expresión fue acuñada por Puig Brutau, 1958, p. 339). Los estudiosos del derecho de los títulos-valor la conocemos muy bien. Del mismo modo que el beneficio de la inoponibilidad de excepciones causales (arts. 20 y 67.1 LCCh) o la posibilidad de adquirir *a non domino* una letra (art. 19 LCCh) o un inmueble (art. 34 LH) se supedita a que el sujeto que los invoca a su favor pueda ser calificado o cualificado de «tercero cambiario» o de «tercero hipotecario», la sociedad solo puede apelar a la inoponibilidad de los pactos parasociales si merece la consideración de «tercero societario». La cualificación implica que se trate de un tercero genuino, no de una reproducción, duplicación o prolongación del segundo, lo cual a su vez implica que exista una neta separación o diferenciación económica entre los sujetos. Diríamos por ello que estamos ante un caso fácil de derrotabilidad del derecho. La justificación subyacente del art. 29 LSC ilumina tan decisiva e incontrovertidamente la interpretación del precepto que su literalidad queda por completo desautorizada. Y desplazada.

Esto se intuye, pero quizá no esté de más racionalizarlo mínimamente para reducir la resistencia doctrinal que aun pueda suscitar nuestra tesis bajo la apelación a la socorrida muletilla positivista *dura lex, sed lex*. El lector resistente podría

Gesellschaftern eingegangen wurden) (Noack, 1994, p. 164). Otra cosa es si también debe reputarse exacta la afirmación incluida punto y seguido («*Diese Rechtsbeziehungen sind grundsätzlich auch solche der Gesellschaft*»), sobre lo que nos detendremos al final del estudio (v. *infra* § 8). En Italia es cuestión, sorprendentemente, poco discutida en la doctrina; no obstante, algunas de las voces más autorizadas consideran, como aquí se postula, que los pactos parasociales omnilaterales son oponibles a la sociedad a efectos de impugnación (v., por ej., Portale, 2015, p. 14).

interpelarnos preguntando por qué si la excepción de los pactos omnilaterales es tan obvia, el legislador no la ha introducido expresamente en el art. 29 LSC. La mejor respuesta que puedo ofrecerle reside en esa misma obviedad, combinada tal vez con la idea del *id quod plerumque accidit*. Cabe presumir, en efecto, que el legislador arranca de la premisa de que, de ordinario, no puede contarse con la coincidencia total entre partes del pacto y miembros de la sociedad, pues incluso aunque se haya producido en el momento original, no está asegurada su subsistencia en el futuro; puede ser –y de hecho será frecuente– que el socio que sale de la sociedad no denuncie el pacto y, viceversa, que el socio que ingresa en la sociedad, no se incorpore al pacto. Nada hay de objetable en ese proceder. Cualquier norma legal es una generalización (v. Schauer, 1991, pp. 17 ss.). Y los problemas (o pecados tanto de defecto como de exceso) inherentes a dicha generalización, en algunas ocasiones al menos, se resuelven de manera mecánica. Nadie sostendría, por ejemplo, que una sociedad íntegramente participada por el transmitente goza del beneficio de la limitación de excepciones o de la posibilidad de adquirir *a non domino* en el ámbito cambiario o hipotecario. El espíritu de la regla es tan transparente que se impone sin más a la letra. Por eso digo que estos casos, al igual que el que nos ocupa en estas páginas, son casos fáciles de derrotabilidad.

De todas maneras, para comprenderlo mejor, es oportuno recordar que, de ordinario, revocar, superar o derrotar una regla en función de su justificación subyacente es tarea algo más compleja. La reducción teleológica no se sustancia con la simple apelación al viejo brocardo *cessante ratio legis cessat lex ipsa* (cfr. Canaris, 1964, p. 189). Para percatarse de ello hay que tener en cuenta que, en realidad, las reglas tienen una doble razón de ser: una es la que *justifica el contenido de su mandato* (asociada a ciertos valores sustantivos, entre los que destacan la propia finalidad de la norma o algunas exigencias morales asociadas a la buena fe) y otra la que *justifica su formulación como regla* y, por tanto, su grado de opacidad o de autonomía semántica frente a las razones subyacentes (asociada ahora a valores formales: previsibilidad o calculabilidad del derecho, eficiencia decisional –reducción de costes de computación y administración del derecho– y separación de poderes¹¹). Y siendo así, se comprende que la reducción teleológica (o, en su caso, la ampliación analógica) solo proceda cuando se cumplen dos condiciones o se logra el adecuado *trade-off* entre dos condiciones: una es la gravedad o relevancia material de la divergencia extensional entre la regla y su justificación subyacente (o, si se prefiere, entre literalidad y finalidad o entre letra y espíritu); la otra, la reconocibilidad de dicha divergencia a ojos de la comunidad jurídica, pues a medida que se hace más evidente o menos discutible la operación de ajuste desde el punto de vista de las «razones del legislador» tendrá menor impacto en los valores de previsibilidad, eficiencia decisional y reparto de poderes asociados a la seguridad jurídica. Esta es la que podemos llamar *condición de certidumbre epistémica*.

¹¹ Huelga decir que detrás de esos valores formales están otros ideales: promover la autonomía moral, suplir la racionalidad limitada, garantizar el autogobierno, etc.

En la teoría del derecho contemporánea el tratamiento *par excellence* de estas cuestiones se lo debemos a Schauer (1991, pp. 135 ss. y 196 ss. y, recientemente, 2021). No obstante, como privatista me gusta recordar que Ihering ya había atisbado perspicazmente muchas de estas ideas con sus conceptos de realizabilidad material y realizabilidad formal del derecho (v. Ihering, 1998, p. 40). La razonabilidad sustantiva del derecho, basada en última instancia en razonamientos teleológicos y deontológicos, la denominaba Ihering realizabilidad material (y la hacía depender de su utilidad y proporcionalidad) mientras que la realizabilidad formal la refería a la «facilidad y seguridad de la aplicación del derecho abstracto al caso concreto». Y justamente a ese propósito nos recordaba que la exigencia de realizabilidad formal «obliga a menudo a las ideas jurídicas a abandonar una parte de su pureza primitiva para revestir una forma que las hace de más fácil manejo en la práctica» (Ihering, 1998, p. 42) y viceversa, que en escenarios de certidumbre epistémica, podemos perseguir mayor pureza dado que el operador no pierde «tiempo y [emplea] gran trabajo para discernir en cada caso concreto estas condiciones» ni se abre «ancho campo a la arbitrariedad del juez».

En resumen, la apelación al formalismo se torna insoportable en condiciones de certidumbre epistémica, es decir: cuando se constata que la pretensión de atenerse a la letra del precepto, por no obedecer a ninguna razón justificada de seguridad jurídica, como indubitadamente ocurre en el caso objeto de examen, bien puede calificarse de «abuso manifiesto» (la expresión es de Möllers, 2019, pp. 229-230). Esto explica nuestra conjetura acerca de por qué las sentencias del caso *Kurt Konrad* han pasado tan de puntillas sobre el argumento de la inoponibilidad.

b) Y también explica la sorpresa mayúscula que nos ha causado el excursus sobre la inoponibilidad y la relatividad de los pactos parasociales contenido en el recentísimo caso *Fini Sweets* (STS 7-IV-2022, JUR 129041/2022, ap. 3 del FD 5º). En su larga y seguramente ociosa disgresión sobre el principio de relatividad del contrato, la Sala Primera reconoce, no podía ser de otro modo, que se trata de un principio sujeto a excepciones. El Tribunal menciona como tales los supuestos de pérdida de independencia del contrato de obra celebrado entre promotor y constructor respecto de los contratos de compraventa celebrados por el promotor con los adquirentes finales de la vivienda, los casos de limitaciones impuestas por la marca que obligan a vincular al fabricante en las relaciones contractuales entre concesionarios y clientes finales y algunas hipótesis especiales de pactos parasociales (los pactos de atribución y los pactos parasociales firmados por la sociedad¹²). Lo que sorprende, sin embargo, es que en su

¹² *In limine* expreso mis dudas acerca de esta última excepción; aun cuando tradicionalmente se ha sostenido así (v., por ej., Sánchez Calero, 1997, pp. 252-253), el mero

minucioso repaso de las excepciones del repetido principio de relatividad o de inoponibilidad la sentencia no contemple el caso más evidente y transparente, que es cabalmente el de los pactos omnilaterales. Es como si la claridad del caso hubiese deslumbrado al Tribunal impidiéndole ver la excepción.

Por razones similares, cuesta entender también el apartado 1 del art. 213-21 del Anteproyecto de Código Mercantil (CGC, 2012, pp. 152-153), igualmente invocado por la STS 7-IV-2022 (ap. 7 del FD 5º). No tiene más explicación que el de la ciega fidelidad a la nueva doctrina del Tribunal Supremo, en relación a la cual el prelegislador se torna más papista que el Papa. Reza así el precepto: «Los pactos celebrados entre *todos* o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro Mercantil, no serán oponibles a la sociedad. *Los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos*»¹³. Como bien dice Jesús Alfaro,

«[q]ue los jueces se equivoquen es siempre menos peligroso que que lo haga el legislador, ¿por qué sigue el legislador al juez cuando hay razones para pensar que puede estar equivocado? Lo prudente, cuando hay discrepancias respecto a la bondad de una doctrina jurisprudencial, es que el legislador no se pronuncie y permita que ‘siga la discusión’ hasta que se haya alcanzado el consenso» (Alfaro, 2013).

Una curiosidad adicional. En mi pesquisa he descubierto que, contra todo pronóstico, el precepto proyectado –e indirectamente la doctrina del Supremo que trata de recoger– tienen un precedente (casual, no causal) en el derecho comparado. Me refiero al inciso final del art. 17.1 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués: «con base en el acuerdo parasocial [sea de *todos* los socios o solo de algunos de ellos como precisa un poco antes] no pueden ser impugnados actos de la sociedad o de los socios para con la sociedad». La curiosidad me ha llevado a explorar esta desafortunada anomalía, que en general es puesta en solfa por la doctrina portuguesa (Cunha, 2010, pp. 299-300; Filipa Leal, 2009, pp. 174-178). De hecho, los autores llegan a sostener que, a pesar de su dicción literal, el precepto tiene que ser reducido teleológicamente: «*nada justifica impor aos sócios aquilo que eles –todos eles– declararam, uns*

hecho de que la sociedad suscriba un pacto (piénsese, por ej., en un pacto de sindicación del voto) no la convierte en parte (v., en este punto, la crítica de la STS 7-IV-2022 de Alfaro, 2022). Como apunté en su momento (v. Paz-Ares, 2003, p. 32), «la oponibilidad es independiente del conocimiento, incluso del consentimiento de la sociedad».

¹³ El apartado 3 del susodicho art. 213-21 ha sido interpretado por algún comentarista en el sentido de que limita los mecanismos de *enforcement* a la acción de daños (v. Núñez Rguez., 2020, p. 408). De ser así, habría que concluir que el precepto sería por lo menos coherente internamente. No parece sin embargo que su tenor literal permita esa interpretación: «Quien hubiere incumplido un pacto parasocial deberá indemnizar los daños y perjuicios causados y asumir las demás consecuencias previstas en el pacto».

perante ous outros, não querer; ou não admitir aquilo que eles unanimemente quiseram» (Carneiro da Frada, 2009, p. 108), aunque más que una reducción teleológica lo que verdaderamente se está proponiendo es una *interpretatio abrogans*, ciertamente justificada. El argumento, en última instancia, busca disolver una contradicción lógica. Si es eficaz *inter partes*, el acuerdo parasocial, cuando es omnilateral, no puede ser ineficaz frente a la sociedad. Ninguno de los que suscribió el pacto puede invocar la naturaleza societaria de ciertas normas como justificación para un comportamiento disconforme con él: «no hay ninguna razón para que la ley permita que sean eficaces actos que, a pesar de ser conformes con el ordenamiento societario, representan ilícitos contractuales» (Carneiro da Frada, 2009, pp. 124-125).

c) Para cerrar este capítulo formularé una última precisión, y es que la excepción de la omnilateralidad, tal y como aquí se entiende, no implica necesariamente la confusión de las esferas societaria y obligacional ni la conversión de la sociedad en parte directa del pacto parasocial, ni siquiera la integración del pacto parasocial en el ordenamiento de la persona jurídica con todas las consecuencias que ello acarrea. Como excepción al principio de inoponibilidad, el único significado que tiene es impedir que la sociedad haga palanca en el carácter meramente obligacional del pacto omnilateral para perpetuar acuerdos sociales adoptados por la mayoría de sus socios contraviniéndolo. El impedimento deriva del postulado general de consistencia en la conducta negocial, como tendremos ocasión de comprobar más tarde cuando ensayemos la primera variación sobre el tema de la buena fe (v. *infra* § 3 c) y, sobre todo, § 4 c); antes tenemos que introducir en la escena el resto de los argumentos sustantivos en los que se ampara el Tribunal Supremo.

3. (SIGUE): EL ARGUMENTO DE LA TAXATIVIDAD

Vista la extrema debilidad del argumento de la inoponibilidad, no debe extrañarnos que la jurisprudencia haya buscado refugio en otros puertos más seguros para justificar su tesis de la irrelevancia. El más seguro se lo brinda el *argumento de la taxatividad*. De hecho, las sentencias fundacionales hacen descansar sobre él prácticamente todo el peso del razonamiento:

La cuestión –dice el Supremo en una de las sentencias del caso *Kurt Konrad*– consiste en «decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir [...] lo pac-

tado por los socios en aquella ocasión». «La respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 LSA [actual art. 204.1 LSC] ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad». «Consecuentemente –concluye el alto Tribunal– la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado» (los fragmentos transcritos proceden de la STS 6-III-2009, RJ 2794/2009; las demás sentencias, tanto las restantes del caso *Kurt Konrad* como la posterior del caso *Grupo Zapata* –STS 20-II-2020, RJ 485/2020–, se producen en términos semejantes).

Como se aprecia, el argumento de la taxatividad es muy simple: no cabe impugnar los acuerdos hechos en violación de pactos parasociales porque la lista de causas de impugnación contenida en el art. 204.1 LSC es una lista cerrada o *numerus clausus*. El Tribunal suele formular su tesis en términos positivos: los acuerdos sociales adoptados en violación de pactos parasociales, aunque sean omnilaterales, *no son impugnables por esa sola razón*. Solo son impugnables si, *además*, violan la normativa societaria (es decir, la ley, los estatutos o el interés social). Pero el significado de la formulación positiva es idéntico al de una formulación negativa. Nótese que el «además» es puramente retórico. No añade nada. La infracción de la normativa societaria, vaya o no acompañada de violación de pactos parasociales, es siempre y por sí sola causa bastante de impugnación.

El argumento de la taxatividad es algo más sutil y plausible, especialmente en un contexto normativo, como es el de la regulación de la impugnación, tan influido por la idea de la conservación de los negocios o estabilidad de los acuerdos. Sin embargo, tampoco llega a convencer. En última instancia adolece, como el anterior, de un exceso de formalismo o literalismo. Vuelvo a entender estas expresiones en el peor de sus sentidos, cabalmente en aquél a que se refería Ihering cuando observaba que «el apego a la palabra es uno de los signos de falta de madurez y desarrollo intelectual en derecho como en otras disciplinas. A la cabeza de la historia del derecho podría escribirse –añadía–: «*in principio erat verbum*»¹⁴. Con frecuencia –decía también–, el literalismo es producto de la pereza argumentativa: «la interpretación gramatical es más cómoda, más fácil, más sencilla, más segura, puesto que no hay ninguna

¹⁴ Ihering (1998, p. 619).

investigación que hacer, sino atenerse fielmente a lo que se tiene delante, al fenómeno exterior»¹⁵. Frente a ello reivindicaba Ihering la antigua jurisprudencia romana, que «no era esclava ciega del texto de la ley, sino que lo interpretaba teniendo en cuenta las exigencias de la razón y las necesidades de la vida práctica»¹⁶.

Pues bien, no hace falta decirlo, nosotros reivindicamos aquí también las exigencias de la razón y las necesidades de la vida práctica y por ello invitamos a superar, por una u otra vía, el literalismo más burdo. Donde «burdo» –conviene precisarlo– significa innecesario desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de una sana preocupación por reducir costes de computación y administración del derecho. Sería una ironía que quienes han decidido incumplir sus pactos (o la sociedad convertida en portavoz de ellos) pudiesen aferrarse al *numerus clausus* de las causas de impugnación so pretexto de que ello es necesario para planificar su futuro con certeza y proteger así su autonomía moral. La ironía no sería menor si lo hiciesen bajo el argumento usual de que el *numerus clausus* es preciso para simplificar el funcionamiento de la justicia y promover la eficiencia procesal cuando son cabalmente razones de esta índole las que, en el caso de los pactos omnilaterales, más abonan la superación de la supuesta taxatividad (v. *infra* § 4 c).

Las vías o estrategias argumentativas disponibles a fin de lograr aquellos objetivos son básicamente las siguientes: (a) la creación de una nueva causa de impugnación por analogía, esta sería la vía recta; (b) la reconducción del supuesto a una de las causas de impugnación típicas, esta sería la vía oblicua; y (c) la demostración de la inadmisibilidad del ejercicio por parte de la sociedad de su pretensión defensiva o vía contraria. Cualquiera de ellas permite alcanzar el resultado justo. Esto es lo que interesa subrayar ahora. La elección de la más eficiente desde el punto de vista constructivo es una cuestión secundaria.

a) La primera estrategia recurre, como decimos, a la vía recta. La premisa de la que arranca es que la omisión en el art. 204.1 LSC de la infracción de los pactos parasociales como causa de impugnación de los acuerdos sociales se debe a una simple razón de congruencia con la regla de inoponibilidad del art. 29 LSC. Los acuerdos no son impugnables porque los pactos no son oponibles, es decir, porque de ordinario la sociedad no ha de tenerlos en cuenta en sus procesos de toma de decisión. Ahora bien, por la misma regla de tres, si excepcionalmente los pactos son oponibles –como sucede, según hemos comprobado en el

¹⁵ *Ibid.*, p. 621.

¹⁶ *Ibid.*, p. 623.

apartado anterior, en el caso de los pactos omnilaterales–, no debería haber inconveniente en entender que los acuerdos hechos en violación suya son impugnables. De la misma manera que restringimos la regla de la inoponibilidad para sustraer de ella los pactos suscritos por todos los socios, podemos ampliar las causas de impugnación para incluir en ellas la violación de los pactos omnilaterales. La tasa de las causas o motivos de impugnación no tiene por qué entenderse *ad pedem litterae* o tan estrictamente que no deje espacio para su integración analógica.

Una vez rota la barrera de la inoponibilidad, no debería haber obstáculos, en efecto, para coger el toro por los cuernos. Se trataría de aceptar sin remilgos que, aun no siendo una de las infracciones legalmente tasadas, es preciso admitirla como causa de impugnación análoga por imperativo del art. 4.1. CC (cfr. Paz-Ares, 2003, p. 39 y Alfaro, 2015, p. 171). La identidad de razón entre el supuesto legalmente contemplado (infracción de reglas privadas: los estatutos, los reglamentos o el interés social) y el supuesto legalmente ignorado (la infracción de los pactos omnilaterales) es patente. Es cierto que la procedencia de la analogía es discutible cuando se predica de normas que contienen elencos cerrados o *numerus clausus*¹⁷. Es discutible, sin embargo, que este sea el caso del art. 204.1 LSC. Nótese que, a diferencia de las verdaderas listas cerradas (por ej., la del art. 231 LSC o la del art. 756 CC), la del art. 204.1 LSC contiene conceptos abiertos o indeterminados –el de interés social es paradigmático–, lo cual pugna con la propia idea de tipicidad o taxatividad. Y nótese también el resultado inconveniente a que conduce la idea preconcebida del *numerus clausus*, cual es el de consagrar la inmunidad de cualquier acuerdo hecho en contravención de normas societarias de índole distinta a los estatutos (piénsese, por ejemplo, en acuerdos sociales contrarios a un contrato de grupo o a un acuerdo de fusión aprobado por todas las sociedades fusionadas) y con ella, en cierto sentido, la impunidad de quienes las han incumplido. Es algo que tiene poco sentido¹⁸.

¹⁷ Las normas con verdaderos *numerus clausus* son un tipo de normas dotadas de un elevado grado de «reglacidad» o, mejor dicho quizá, de «regleidad» (*ruleness*) y, por ende, menos accesibles a ajustes basados en su justificación subyacente (me permito aquí remitir a ciertas consideraciones realizadas recientemente en relación al listado del art. 231 LSC: v. Paz-Ares y Jordano, 2022, pp. 62-65). Ello no quiere decir, sin embargo, que se conviertan en «intocables del derecho», para utilizar la gráfica expresión de José Juan Moreso.

¹⁸ Antes de la reforma de 2014, el art. 204.1 LSC no mencionaba las infracciones reglamentarias (de los reglamentos de la junta o del consejo) como causa de impugnación. No creo sin embargo que esta laguna debiera llevar entonces a entender que tales infracciones eran irrelevantes a efectos de impugnación, como sostenía algún sector de la doctrina (v., por ej., Salelles 1995, p. 7 y, más matizadamente, Alcalá, 1998, pp. 308-310). Es cierto, sin embargo, que dogmáticamente los pactos omnilaterales podrían conceputarse y clasificarse como una especie distinta a las regulaciones societarias, y así lo

b) La segunda estrategia llega al mismo resultado utilizando una vía oblicua, que consiste en reconducir la infracción parasocial a una de las infracciones tasadas. Porque, en efecto, aun cuando hubiera de aceptarse a pies juntillas la premisa del *numerus clausus*, ello no debería impedir la subsunción de nuestro caso en alguno de los supuestos típicos: las infracciones legales, las infracciones estatutarias o las infracciones fiduciarias.

Para subsumir la violación de los pactos parasociales dentro de las infracciones de ley se ha recurrido a las cláusulas generales de la buena fe o del abuso del derecho. De esta manera, se dejaría servida formalmente la posibilidad de construir una infracción de ley, que justo se hace descansar en la violación del precepto legal que recoge aquellas cláusulas generales. Así, por ejemplo, Vicent Chuliá (2008, p. 350) ha escrito: «los acuerdos sociales adoptados en violación del pacto son contrarios a la ley por constituir abuso de derecho (por tanto, violación de ley: del art. 7 II CC)». La solución no solo resulta artificiosa desde el punto de vista material (el abuso del derecho, aunque este legalmente codificado, es un ilícito atípico y como tal difícilmente puede servir de base a una causa típica¹⁹), sino también inexacta desde el punto de vista conceptual. Como veremos más adelante, el abuso no reside propiamente en la violación del pacto parasocial (eso es un incumplimiento contractual) cuanto en la pretensión de querer salvar el acuerdo social contrario apelando a su regularidad o conformidad con el ordenamiento societario (v. *infra* letra c).

No merece más crédito el intento de pasar la infracción parasocial por el alambique de las *infracciones estatutarias* so capa de que los pactos parasociales son reglas interpretativas o extensivas de los estatutos y de que, en la medida en que tratan de establecer la voluntad de todos los socios, pueden o deben equipararse a las reglas estatutarias²⁰. La solución resulta forzada. Los pactos parasociales no son o, al menos, no son siempre un instrumento para interpretar los estatutos, menos aún reglas estatutarias, propia o impropia tales, bajo un concepto amplio de estatutos (v. Noval, 2012, p. 138), sino un cuerpo de reglas que deliberadamente se ha querido mantener al margen del orden estatutario (sobre este punto v. *infra* § 8).

La mejor opción de reconducción la brinda sin duda la cláusula de interés social. No hay que forzar mucho las cosas para construir la violación del pacto parasocial como *infracción fiduciaria*. Basta con percatarse de que, desde un entendimiento contractual del interés social,

haremos nosotros. Se trata, sin embargo, de una cuestión meramente constructiva (v. *infra* § 8).

¹⁹ Así reza el título de un conocido opúsculo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2006).

²⁰ Sugiere algo en esta dirección Zöllner (1988, Rn 79).

cualquier acuerdo que contravenga un pacto suscrito por «todos» los socios revela una desconsideración de sus intereses –una forma de deslealtad o infidelidad– y que, en correspondencia con ello, puede tacharse de contrario al interés social²¹. Esto ha sido siempre así, pero quizá hoy resulta más claro a la luz del párrafo segundo del art. 204.1 LSC. Introducido en la reforma de 2014, el párrafo en cuestión ha allanado el terreno para ello al formalizar la desvinculación de la infracción del interés social del perjuicio patrimonial de la sociedad e incorporar la figura del abuso de mayoría, de la que nuestro caso podría considerarse manifestación paradigmática. El deber de lealtad de la mayoría puede ser precisado por los pactos parasociales convenidos con la minoría, puesto que de alguna manera configuran expectativas relacionadas con la sociedad y con la confianza mutua de los socios en relación con ella. El acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está –así podría decirse– *in re ipsa*²². Cabría afirmar por ello que la mayoría que aprueba un acuerdo contrario a los compromisos parasociales está infringiendo, si no necesariamente, al menos sí ordinariamente, su deber de lealtad frente a la minoría. Las categorías «contrario al deber de lealtad» (*treuwidrig*) y «contrario al interés social» son equivalentes²³.

En este contexto procede traer a colación el interesante caso *Riera Beaune* (SAP Barcelona 12-II-2019, RJ 62839/2019). Los hechos, algo simplificados, son los siguientes: los cuatro socios de la sociedad Riera Beaune (uno tiene el 35% del capital, otro el 15% y los dos restantes el 25% cada uno) acuerdan en el correspondiente pacto omnilateral que la junta de la sociedad no puede cons-

²¹ Esto se ha convertido en un lugar común en nuestra doctrina: v., *ex multi*, Sáez Lacave (2009, pp. 21-22); Redondo Trigo (2009, pp. 2688-2690); Pérez Millán (2010, pp. 254-256); Noval (2012, pp. 99-100 y 138); Juste (2009, p. 32); Pérez Moriones (2013b, pp. 595-596); Mtez. Rosado (2017, pp. 184 ss.); Gimeno Ribes (2021, ap. IV.2); etc.; en la doctrina comparada sobresalen en esta dirección Schmidt (1992, p. 621) y, actualmente, Drescher (2019, Rd. 59) con ulteriores referencias. Naturalmente, si hubiera de rechazarse la premisa contractual o contractualista del interés social (*quod non*: v. Paz-Ares, 2002, pp. 1807 ss.), el argumento no valdría conceptualmente; desde una visión institucionalista, no son equiparables infracción de pacto omnilateral e infracción de interés social (cfr. Sánchez Álvarez, 2009, pp. 1377-1379).

²² Del mismo modo que la adopción de un acuerdo por unanimidad excluye la posibilidad de infracción del interés social (v. Alfaro, 1996, pp. 79-80), la infracción de lo acordado por unanimidad fundamenta una infracción del interés social.

²³ Para un desarrollo de estas ideas en nuestra doctrina, v. Alfaro (1996, pp. 137-140) y Paz-Ares (1996, pp. 136 ss. y 2013, pp. 85 ss.).

tituirse si no concurre el 75% del capital y, además, que no puede adoptar acuerdos si no es con una determinada mayoría reforzada. Previa convocatoria formal, la junta objeto de la litis se declara constituida y se desarrolla con la asistencia de los socios del 35% y del 15%. Uno de los socios del 25% impugna la reunión y el acuerdo de reducción de capital adoptado en ella por infracción del pacto parasocial. El Juzgado de lo Mercantil, tras verificar que la junta se había constituido conforme a las normas societarias aplicables y que los acuerdos se habían adoptado por las mayorías legal y estatutariamente previstas, desestima la demanda. Entiende que los pactos parasociales son irrelevantes a efectos impugnatorios. La Audiencia, sin embargo, se siente en la necesidad de revocar la sentencia de instancia. El dilema al que se enfrenta es argumentativo. Ha de encontrar una vía que le permita alcanzar ese resultado evitando que la mayoría consume la tropelía y, al propio tiempo, mantener el debido respeto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como el Supremo, aun sosteniendo que la infracción del pacto parasocial no es razón por sí sola para impugnar el acuerdo, ha precisado que esa premisa no excluye que pueda serlo si en el caso concreto se verifica, además, una infracción del interés social, la Audiencia cree encontrar aquella vía declarando la nulidad del acuerdo, no por infracción del pacto parasocial, sino por infracción del interés social. Ahora bien, si miramos con cuidado las cosas, enseguida advertimos que se trata de una simple argucia argumentativa. La treta o ardid consiste en eludir el análisis circunstanciado asumiendo que, *ex definitione*, la infracción parasocial entraña una infracción fiduciaria: «la infracción de lo convenido en el pacto de socios supone, por sí misma, una infracción del interés social» (ap. 8)²⁴. No hace falta ser un lince para percatarse de que de este modo se vacía completamente de contenido la doctrina del Supremo, cuya premisa lógica es que el concepto de infracción parasocial y el concepto de infracción del interés social no son coextensivos.

Por lo demás, debo hacer una precisión adicional. Pues aunque suscribo enteramente el resultado a que conduce la recalificación de la infracción parasocial como infracción del interés social, hoy no estoy seguro de que sea una operación conceptualmente irreprochable, como presupone la Audiencia, quizá inducida por algo que escribí hace años (v. Paz-Ares, 2003, p. 41) y que ella misma cita con generosa aprobación en la repetida SAP 12-II-2019. Hoy pienso que cuando dije que «la infracción parasocial entraña por definición la infracción del interés social» seguramente me excedí. Pueden darse casos en que no sea así. Y ello no tanto por las razones que suelen aducir los autores más críticos, cuanto por el hecho de que el pacto parasocial mismo puede quedar neutralizado. Me explico. Las razones invocadas por los autores que niegan la ecuación «infracción del pacto omnilateral = infracción del interés social» se

²⁴ La ecuación «infracción pacto omnilateral = infracción interés social» formulada en el caso *Riera Beaune* ya había sido esbozada en un caso anterior de la misma Audiencia: v. SAP Barcelona 31-III-2016 (JUR 130508/2016), ap. 36.

fundan en la idea de que el contenido concreto del interés social es variable (porque evoluciona con la empresa), mientras que el del pacto se mantiene inalterado²⁵. El razonamiento sin embargo es falaz. Si contemplamos la cláusula de interés social como cláusula de completamiento o integración del contrato (art. 1258 CC), pronto nos damos cuenta de que tiene poco sentido recurrir a ella cuando el contrato ha sido completado en el pacto omnilateral. Es cierto que esto vale para los pactos con contenido material, no para aquellos que establecen un procedimiento de decisión. En relación con estos, se invierten las tornas: en lugar de estar sujeto o definido el interés social por lo que establezca el pacto, el propio pacto parasocial o, mejor dicho, la decisión que salga de su aplicación, está sujeta ella misma al interés social, en el sentido de que no obliga cuando resulte materialmente contraria al interés social (el tema ha sido analizado sobre todo por Zöllner, 2007, p. 491 con referencias a otros trabajos suyos anteriores). Un ejemplo resultará más ilustrativo que mil palabras. Imaginemos que el pacto parasocial me obliga a votar según las indicaciones de Ticio y que *el quid* objeto de votación es una operación vinculada de Ticio con la sociedad. Es claro que si los términos de la operación son ventajosos para Ticio y perniciosos para la sociedad cesa mi obligación de votar ateniéndome a las reglas del pacto parasocial.

c) La tercera estrategia consiste en seguir la *vía contraria*. En lugar de discutir si la pretensión impugnatoria está justificada, lo que se plantea ahora es cambiar la perspectiva del análisis y valorar si lo está la pretensión que hace valer la sociedad al oponerse a ella. Esta es la vía que, al día de hoy, me parece más prometedora desde el punto de vista argumentativo. Pues es ahí –en el intento de la sociedad de parapetarse en el carácter meramente obligacional del pacto parasocial– donde reside lo más reprochable de su proceder²⁶. El reproche se funda en una de las primeras y más visibles exigencias de la buena fe objetiva, que es la exigencia de *consistencia intertemporal en la conducta negocial*. En torno a ella se articula nuestra primera variación sobre la buena fe.

Es inadmisibles, en efecto, que la pretensión de impugnación trate de paralizarse por la sociedad oponiendo la conformidad del acuerdo a la normativa societaria cuando dicha oposición contradice tanto la conducta habida en el pasado como, sobre todo, la conducta debida en el futuro. *Habida en el pasado*, puesto que cuando se suscribió el

²⁵ Así, por ej., Hijas Cid, 2016, p. 153; Juan Gómez, 2015, p. 15; Mtez Rosado 2017, p. 189; este es precisamente el motivo aducido por la SAP Cádiz 26-VII-2007, JUR 247215/2007, para desestimar la impugnación de un acuerdo; juzgó que la violación del pacto omnilateral no entrañaba la del interés social porque aquel había devenido obsoleto desde el punto de vista de este.

²⁶ Esta es la vieja intuición de Ulmer (1987, pp. 1850-1851).

pacto omnilateral, aparte del vínculo obligacional contraído, se creó la confianza en el ámbito interno de la sociedad de que su cumplimiento no se sabotearía apelando a la normativa societaria (volveré sobre este argumento y sobre la regla *venire contra factum proprium* a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la problemática simétricamente inversa: v. *infra* § 6). Y, sobre todo, *debida en el futuro*, porque, aunque se rechazara ahora la anulación del acuerdo apelando a los argumentos formales de la inoponibilidad o de la taxatividad, no podría rechazarse en el futuro su revocación en ejercicio de la acción de remoción (art. 1098 CC). La inadmisibilidad del ejercicio del derecho a la defensa societaria se funda ahora en la falta de un interés propio en el mantenimiento del acuerdo social, de la que es fiel expresión otra vieja regla derivada de la buena fe: *dolo facit qui petit quod redditurus est*. Desarrollaré esta idea a su debido tiempo, cuando ya hayan entrado en escena todos los argumentos hechos valer por el Supremo (v. *infra* § 4 c).

4. (SIGUE): EL ARGUMENTO DE LA ESPECIALIDAD

El tercer argumento del que a veces también echa mano la jurisprudencia para sustentar su nueva doctrina es el que, a falta de expresión más significativa, he denominado *argumento de la especialidad*. Es un argumento puramente defensivo frente a lo que vengo calificando de «insoportable formalismo». Sabedor de que los resultados a que conduce su tesis son contraintuitivos –o, como suele decirse, «repugnan al sentido de la justicia material»²⁷–, el Tribunal trata de convencernos de que la cosa no es tan grave o severa como se la pinta. El objetivo buscado con el nuevo argumento sería ofrecer, si no un antídoto, al menos un paliativo para hacer más digerible la solución propuesta. Lo que después de todo viene a decírsenos es que la tutela impugnatoria frente al incumplimiento de los pactos parasociales no es estrictamente necesaria para restablecer la justicia porque los agraviados disponen de remedios suficientes en el derecho de obligaciones para deshacer el entuerto (así también Sánchez Álvarez, 2009, p. 1379 y Madrideojos, 2010, p. 301). El argumento, que en última instancia presupone la inexistencia de una necesidad acuciante o apremiante de la tutela impugnatoria, no aparece plenamente desarrollado en ninguna de las sentencias, solo apuntado o

²⁷ Así, por ej., Vaquerizo (2011, p. 402).

sugerido entre líneas en algunas de las últimas. El paso que lo deja entrever es el siguiente:

«En la sentencia 120/2020, de 20 de febrero, declaramos que ‘la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto pues éste no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales» (STS 17-XI-2020, RJ 5282/2020; el mismo paso es reproducido ahora por la STS 7-IV-2022, ap. 5.4 del FD 5º *in fine*).

La doctrina suele completar el argumento invocando la autonomía privada y la libertad de elección (*Wahlfreiheit*). Las fórmulas son diversas, pero la idea es siempre la misma: «la voluntad de las partes de convenir fuera de estatutos significaría, *a fortiori*, una renuncia a la oponibilidad de lo pactado frente a terceros y frente a la sociedad»; «no puede recurrir a la tutela societaria quien pactó fuera de ella, porque entonces se iría contra los propios actos»²⁸. El mensaje, en definitiva, es fácilmente reconocible: que cada palo tiene que aguantar su vela. De ahí que el argumento de la especialidad pueda rebautizarse como *argumento de la autorresponsabilidad*²⁹. Así entendido, es indudable que tiene una parte de verdad, aunque no contiene toda la verdad.

a) Tiene una parte de verdad porque efectivamente no procede acudir a los medios de tutela societaria (a la impugnación de acuerdos, pero tampoco a la exclusión de socios, ni a la rectificación del libro registro ni a ningún otro) cuando el resultado final al que se llega mediante ellos difiere del que se alcanza o alcanzaría con los instrumentos que provee la tutela obligacional contratada. Otra cosa chirriaría con la autonomía privada. Pues hay que convenir que las partes, al optar por una forma de contratación, optan también por una forma de protección. En este punto disentimos de quienes presuponen que en la suscripción de pactos omnilaterales no hay una elección tipológica específica³⁰. La hay, y está moti-

²⁸ Así por ejemplo la expresan (aunque no la compartan), respectivamente, Pérez Moriones (1996, pp. 433-434) y Fdez. del Pozo (2007, p. 172).

²⁹ La doctrina alemana insiste particularmente en él (v. referencias recientes en Englisch, 2017, Rd 50; v. también Pérez Millán, 2019, p. 113).

³⁰ Cfr., por ej., Noack (1994, p. 37-38, 156 ss.) o, entre nosotros, Sáez Lacave (2009, p. 3), a juicio de quien «la voluntad de los socios es [...] que sus pactos de carácter orga-

vada por una renuncia deliberada (sea por razones de confidencialidad, de inmutabilidad, de temporalidad o de flexibilidad) a la regulación societaria.

b) Pero, como digo, el argumento de la especialidad no contiene toda la verdad. El recurso a la tutela societaria no debe impedirse cuando el resultado objetivo a que conduce la tutela obligacional contratada es el mismo o equivalente. La coincidencia subjetiva entre las partes de la sociedad y las partes del pacto parasocial —es decir, la omnilateralidad— es condición necesaria para desplazar la regla de la inoponibilidad, pero no es condición suficiente. La razón se comprende sin esfuerzo. La inoponibilidad no obedece sólo a la idea de relatividad subjetiva a que alude el art. 1257 CC, sino también a la idea de lo que en su momento denominé *relatividad objetiva*, que exige también coincidencia de resultados (v. Paz-Ares, 2003, pp. 36-37). No se compadecería bien con la elección tipológica adoptada en el ámbito de la autonomía privada que alguien pudiera conseguir por la vía societaria más de lo que puede conseguir por la vía obligacional o contractual. Es claro, por ejemplo, que no cabe invocar la infracción del pacto parasocial para impugnar un acuerdo cuando en el pacto sólo se ha previsto, como a veces ocurre en los contratos de inversión, la tutela indemnizatoria.

Ahora bien, salvedad hecha de estas hipótesis marginales, en la normalidad de los casos ha de entenderse que los firmantes de un pacto parasocial, como los de cualquier otro contrato, disponen en nuestro derecho de la tutela real. Recordamos que, frente a algunas posiciones aisladas, en la doctrina y la jurisprudencia prevalece la idea de que los pactos parasociales y, singularmente, las obligaciones de voto son susceptibles de ejecución específica o forzosa —acción de cumplimiento y acción de remoción— y que, por tanto, aunque sea tras muchas penalidades, al final debería ser siempre posible obtener el resultado buscado con la impugnación por las vías que proporciona el derecho de obligaciones (no adoptar el acuerdo o dejarlo sin efecto mediante la revocación)³¹. Y siendo así, tiene poco sentido impedir que se invoque directamente la infracción del pacto parasocial para impugnar los

nizativo rijan la vida societaria y sean oponibles a la sociedad, y no que sus pactos les vinculen entre sí en una relación distinta de la societaria cuando lo que pretenden es regular sus relaciones sociales».

³¹ Me he ocupado con detenimiento de este aspecto en Paz-Ares (2003, pp. 22-28); en términos generales parece que nuestro planteamiento ha sido aceptado por la doctrina posterior (v., por ej., Galeote, 2008, pp. 230-232). El apartado tercero del art. 213-21 del Anteproyecto de Código Mercantil no parece que deba ser interpretado en sentido contrario aun cuando dicha interpretación podría darle más consistencia interna (v. *supra* § 2 b).

acuerdos sociales³². Impedirlo obligaría a las partes a un calvario inútil: a dejar vigente provisionalmente el acuerdo; a solicitar la condena de los incumplidores a emitir su voto a favor de la revocación del acuerdo indebidamente adoptado en virtud de la acción de remoción (art. 1098 CC) y, una vez conseguida esta condena, a promover la celebración de una junta para dejar sin efecto el acuerdo (cfr. art. 204.2 LSC). Obsérvese que el recurso a la acción de cumplimiento en sentido estricto no será posible más que en casos excepcionales de incumplimiento anticipado del pacto, básicamente cuando un socio haya manifestado *ex ante* su intención de no honrar el compromiso de voto contraído (arg. *ex art.* 1503 CC)³³.

El requisito de la coincidencia o equivalencia de resultados es un requisito hipotético. Es irrelevante que en el caso de que se trate pueda acreditarse que la tutela contractual basada en las acciones de cumplimiento no sería efectiva *de facto*. *Lo decisivo es que hipotéticamente hubiese sido posible*. La equivalencia, en suma, no se mide en función de lo realizable prácticamente, sino de lo posible o pensable teóricamente. El enfoque es abstracto, no concreto.

Esto tiene varias consecuencias. Una importante es que no puede negarse relevancia societaria a la violación del pacto aunque la situación no puede ser reconstituida con la revocación del acuerdo. Imaginemos que una minoría de bloqueo vota –en contra de lo prevenido por el pacto omnilateral– a favor de una determinada modificación estatutaria. Es claro que el estado original no puede reprimarse mediante la acción de remoción. Pues, aunque se consiga la condena del juez a que la minoría rebelde vote a favor de la revocación del acuerdo indebidamente adoptado, ello no asegura la eliminación del acuerdo. Los derechos de veto sirven para bloquear acuerdos no para eliminarlos. Nada de esto debe impedir sin embargo que demos por satisfecha la condición de equivalencia objetiva o de resultados. Ciertamente no puede conseguirse la eli-

³² Obsérvese que si los pactos parasociales no fuesen ejecutables *in natura*, la solución tendría que ser la contraria. Si los socios no tienen derecho en la vía contractual al cumplimiento *in natura* de los pactos, no pueden tenerlo en vía societaria.

³³ Si cabe la resolución por «incumplimiento anticipado» previsible, que se produce cuando exista «fundado motivo para temer» el incumplimiento, no hay razón para poner trabas a la acción de cumplimiento, al menos cuando la prestación pueda sustituirse, como ocurre en los casos en que consista en la emisión de una declaración de voluntad (v. art. 894 LEC). Lo único que es preciso es que haya certidumbre objetiva de que se producirá el incumplimiento, porque así lo ha anunciado el deudor o porque así se deduce de otras circunstancias concurrentes: v., por ej., STS 26-II-2013 (RJ 4935/2013); STS 18-VII-2013 (RJ 4245/2013); o STS 5-II-2014 (JUR 61656/2014); en la doctrina, v. García Pérez (2012, pp. 37 ss.).

minación del acuerdo mediante la acción de revocación, pero teóricamente –si la justicia fuese instantánea o pudiese anticiparse– podría haberse conseguido el mismo resultado mediante la acción de cumplimiento.

Otra consecuencia es, por ejemplo, que no cabe sostener que la anulación que se consigue vía impugnación no es idéntica a la que se conseguiría vía acción de remoción (art. 1098 CC) so capa de que aquella tiene efectos retroactivos, mientras que esta –instrumentada a través de la revocación– carece de ellos. Este tipo de observaciones son poco pertinentes porque lo relevante es la equivalencia práctica de resultados. En cualquier caso, no estará de más precisar que la revocación, especialmente la revocación de un acuerdo irregularmente adoptado, puede ser acordada y de hecho suele ser acordada con efectos retroactivos (v., en el contexto de nuestra materia, Noack, 1994, pp. 165-166; por nuestra parte, siempre hemos defendido la posibilidad de adoptar retroactivamente los acuerdos de subsanación y revocación contemplados en el art. 204.2 LSC, antes incluso de la reforma de 2014: v. Paz-Ares, 2007, pp. 289 ss.; v., en la doctrina registral, la RDGRN 26-X-2016, RJ 6047/2016; más doctrina en Sánchez Calero, 2007, pp. 377-378 y 381; Tato, 1997, pp. 96-97; Bustillo, 1999, pp. 292-293).

c) El recurso al argumento de la especialidad en el caso de equivalencia o coincidencia objetiva de resultados (que es el *id quod plerumque accidit*) se torna tan artificial o artificioso como el recurso al argumento de la inoponibilidad en el caso de la coincidencia subjetiva de partes. Lo abonan ahora una razón práctica y una razón jurídica. La *razón práctica* es de economía o eficiencia procesal. La posibilidad de recurrir a la tutela impugnatoria del derecho de sociedades permite gestionar mejor el riesgo procesal porque unifica y simplifica el procedimiento. Lo unifica en el plano subjetivo porque asegura la sustanciación de un único proceso colectivo en lugar de varios individuales instados por distintos socios cuya coordinación sería incierta dada la falta de litisconsorcio. Y lo simplifica en el plano objetivo porque el resultado final se alcanza de una vez por todas en lugar de tener que instar varios procesos o trámites sucesivamente: uno para obtener la condena del incumplidor a votar a fin de deshacer lo mal hecho, otro para la celebración de la junta en la que hacer valer la condena y revocar el acuerdo mal hecho, etc.³⁴

Hemos planteado el caso más usual en la práctica, aquel en el que la violación del pacto parasocial consiste en haber adoptado un *acuerdo positivo*. Pero

³⁴ Estas dificultades suelen ser subrayadas por la doctrina alemana, no en vano el argumento central aducido por el BGH para admitir la impugnación basada en la violación de pactos omnilaterales es el de la economía procesal (v., por ejemplo, en la literatura de comentarios reciente, Drescher, 2019, § 243, Rn. 60; y Drescher, 2019, § 47, Rd 250).

el razonamiento sirve igualmente para el caso en que la violación consista en no adoptar una determinada propuesta de acuerdo, cuyo tratamiento como *acuerdo negativo*, aunque es quizá menos apremiante, debe ser semejante. Lo veremos más adelante (v. *infra* § 6 c).

La *razón jurídica* se funda en aquella exigencia de consistencia intertemporal en la conducta negocial que refleja la vieja máxima *dolo facit qui petit quod redditurus est* (Dig. 50, 17, 173, 3). De acuerdo con esta regla formulada por Paulus actúa de manera reprochable o reprochable quien se escuda en una norma que le ampara provisionalmente para desatender un compromiso que en el futuro tendrá que atender definitivamente³⁵. No puede pedirse hoy lo que habrá que devolver mañana. No puede mantenerse ahora lo que habrá que deshacer después. Detrás late una de las primeras exigencias que impone la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC): así como la doctrina de los actos propios censura la conducta actual de quien actúa en contradicción con su conducta pasada, la máxima *dolo facit* censura la conducta actual de quien se pone en contradicción con la que debe ser su conducta futura. El ordenamiento no puede amparar la conducta de quien pretende conservar ahora un acuerdo (oponiéndose a la impugnación fundada en la violación de un pacto omnilateral bajo el pretexto de que carece de relieve en la esfera societaria) que inmediatamente tendría que revocar (a consecuencia de los derechos contractuales que asisten al demandado y que este hace valer mediante el ejercicio de la acción de remoción y subsiguiente solicitud de celebración de una junta en los términos vistos).

Esta es la explicación que ofrecí en su momento y la que al día de hoy me sigue pareciendo la mejor forma de racionalizar la solución del problema examinado³⁶. El lector sin embargo no debe llamarse a engaño. La idea que está detrás de la regla *dolo facit* a la que acudimos para neutralizar el argumento de la especialidad no es en absoluto extraña o desconocida en nuestro medio. De hecho inspira algunas normas o instituciones fundamentales de nuestro derecho privado. Es particularmente ilustrativa la compensación (arts. 1195-1196 CC). Pues evidentemente tildaríamos de mala fe al acreedor que se empeñase en obtener el pago de su deudor cuando él mismo está sujeto a una obligación similar y, por tanto, para sal-

³⁵ Ofrece un recuento magnífico de la regla Wacke (1982, pp. 477 ss).

³⁶ Cfr. Paz-Ares (2003, pp. 38-39). Debo confesar, en cualquier caso, mi extrañeza porque este planteamiento no se haya siquiera planteado en la doctrina alemana, en la que el desarrollo de la teoría de la buena fe al amparo del § 242 BGB ha alcanzado cotas más altas.

dar su propia deuda, tendrá que devolverle inmediatamente lo que ha recibido. ¿Qué interés puede animar o guiar a quien tiene un empeño de esa índole? Ninguno bueno.

El ejemplo nos ayuda a comprender que la regla *dolo facit* no se justifica propiamente por razones de eficiencia procesal o no se justifica solo por esas razones. Apela también a razones éticas, que hacen indigno de tutela a aquél que carece de un *interés propio duradero*, a aquel que pretende hacer valer una posición jurídica formal –en nuestro caso, la de un acuerdo adoptado conforme a las reglas societarias, pero en contra de un pacto omnilateral– simplemente para ganar una ventaja estratégica de carácter provisional y claudicante. Es justamente esta circunstancia la que lo hace indigno de tutela, pues delata que no hay justificación sustantiva para su conducta. Todo es un pretexto, una treta para retardar el cumplimiento de sus propias obligaciones. Y el interés en ralentizar el cumplimiento de lo debido forzando a la contraparte a recorrer un circuito inútil no puede recibir amparo. De lo contrario se estaría dando incentivos a los deudores incumplidores para que hagan uso de sus posiciones formales con el único propósito de desanimar a la contraparte a perseguir su derecho o incluso a imposibilitarlo si entretanto logran consolidar su posición al relacionarse con terceros de buena fe. Ya se sabe que justicia retrasada es con frecuencia justicia denegada. En realidad, lo que hacen los socios incumplidores –o la sociedad que los representa en el juicio de impugnación– al apelar a la separación de lo social y parasocial es transformar su pretensión de protección judicial: en lugar de tomarla y utilizarla como lo que es –un medio para el restablecimiento del derecho–, la toman y utilizan como si fuera un fin en sí mismo; y así, careciendo ésta de mérito, acaban convirtiéndola en un medio para evitar el restablecimiento del derecho³⁷.

³⁷ Esta es la célebre explicación de la regla *dolo facit* ofrecida por Wieacker, que se basa, en última instancia, en lo que él llama «motivos definitivos de coordinación» (cfr. Wieacker, 1979, pp. 64-65). Está emparentada con la que prohíbe ir contra los actos propios pues ambas tratan de preservar, como he dicho, la consistencia intertemporal en la conducta negocial. El parentesco sin embargo no es de primer grado, pues el reproche ético o social a que obedecen una y otra son diferentes (esta circunstancia explica que la doctrina alemana, la que más ha refinado sin duda la elaboración y concretización de la buena fe, las tome como ejes de grupos de casos distintos: v., por ej., el manual de Looschelders, 2020, pp. 36 y 38). El reproche de la regla *dolo facit* radica, como digo, en la ausencia de un interés duradero digno de tutela por parte de quien ejercita la pretensión; el de la regla *venire contra factum proprium*, en cambio, en la necesidad de proteger la confianza creada en la contraparte con el acto propio. Esto explica que en estas páginas trate ambas reglas conjuntamente dentro de la primera variación sobre la buena fe, pero como variantes o subvariantes distintas.

5. (SIGUE): EL ARGUMENTO DE LA INDEFENSIÓN

El último argumento que cabe o cabría esgrimir en pro de la nueva doctrina del Tribunal Supremo es el *argumento de la indefensión*. La circunstancia de no haber sido invocado en ninguna de sus resoluciones ni, en general, haber recibido atención por parte de nuestra doctrina no lo hace de menor relieve o cuantía³⁸. El argumento trata de combatir las razones –económicas y morales– de eficiencia procesal aducidas en el apartado anterior para neutralizar el argumento de la especialidad, y lo hace so pretexto de que la simplificación procesal buscada través de la sustitución de la acción de cumplimiento por la acción de impugnación conduce a la indefensión tanto de la sociedad como de los socios que presuntamente habrían incumplido los pactos. La razón de todo ello estribaría en que la acción de impugnación conduce necesariamente a demandar a «la parte equivocada».

a) En el *caso de la sociedad* el argumento tiene ciertamente poco recorrido. Es cierto que, al seguirse el cauce del juicio de impugnación de acuerdos sociales, la demanda se dirige contra la sociedad y no contra los socios que han incumplido el pacto. Pero ello no quiere decir que se demande a «la parte equivocada». Sucede lo mismo en todas las impugnaciones de acuerdos. En ellas, la legitimación pasiva de la sociedad resulta siempre formalmente anómala, aunque sea funcionalmente adecuada. La anomalía formal es clara. De suyo, el demandado debería ser el conjunto de socios que formó la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo. Pues lo que en rigor se sustancia en cualquier pleito de impugnación es una disputa entre dos grupos de socios, los que han votado a favor y los que han votado en contra del acuerdo³⁹. La legitimación pasi-

³⁸ Es verdad que el Supremo en algún momento ha afirmado que la infracción de los pactos parasociales no tiene cabida «en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales» (STS 17-XI-2020, RJ 5282/2020). No creo, sin embargo, que al hacerlo tuviera en mente la cuestión que tratamos en este apartado. En la doctrina española hay alguna referencia de pasada en Pérez Millán (2010, p. 249).

³⁹ Cfr. Noack (1994, p. 158); v. también Ulmer (1987, p. 1854); Büssemaker (1999, pp. 91 ss.). Es en el derecho alemán donde se ha prestado mayor atención a la problemática de la indefensión. El motivo de ello estriba en que ha sido esgrimida por un sector importante de la doctrina para combatir la tesis del Tribunal Supremo de aquel país, el cual –a diferencia del nuestro– ha mantenido siempre, sobre la base fundamentalmente de consideraciones de economía procesal, que los acuerdos sociales adoptados en violación de pactos omnilaterales son impugnables con arreglo a la normativa societaria. El *leading case* es *Kerbnägel* al que han seguido por lo menos dos más (en nuestra literatura informa suficientemente sobre el estado de la cuestión en Alemania y Austria, Noval, 2012, pp. 59-66).

va de la sociedad prevista en el art. 206.3 LSC no es una solución, por así decir, de «derecho natural de sociedades», sino un expediente ingeniado para facilitar la coordinación de los socios que adoptaron el acuerdo con sus votos. Su valor reside ahí, en su adecuación funcional para lograr ese objetivo organizativo. Debe entenderse por ello que, en realidad, la sociedad –que naturalmente actúa a través de los administradores– representa en el proceso de impugnación a los socios que defienden el acuerdo. No es una representación en el sentido técnico de la palabra, pero es indudablemente representación en el sentido funcional o económico. De hecho, cuando los administradores no pueden desarrollar ese papel por ser ellos mismos quienes ejercitan la acción de impugnación –sea en su condición de accionistas o como representantes de la sociedad–, la sociedad tiene que ser representada en juicio por el socio que designe la junta y, a falta de esta designación, por el que designe el Juez de entre los que hayan votado a favor del acuerdo (v. art. 206.3 LSC).

La sociedad representa, así pues, a los socios que votaron a favor del acuerdo y eventualmente incumplieron el pacto. En consecuencia, no resulta razonable asumir, desde el punto de vista práctico al menos, que la sociedad demandada carece de la información y la documentación necesarias para la adecuada defensa del acuerdo en juicio y que, por esa misma razón, queda inerte o indefensa en el proceso⁴⁰. Propiamente hablando, la indefensión, de haber alguna, sería la de los socios representados. Pero tampoco resulta razonable asumir esto. Por su propio interés y por la cuenta que les trae, los socios en cuestión –es decir, los socios interesados en mantener el acuerdo– son los primeros que proporcionarán a la sociedad la información necesaria para ganar el pleito (por ejemplo, prueba de que no se ha producido el incumplimiento del pacto omnilateral alegado por el demandante o de que el incumplimiento que se ha producido está justificado, etc.).

b) En el caso de los socios presuntamente incumplidores, el argumento tampoco da en el clavo. No hay indefensión. *De facto* porque, como acabamos de ver, los socios a quienes se imputa el incumplimiento no quedan fuera del proceso: actúan dentro de él, si bien indirectamente, a través de la sociedad que los representa. Y *de iure* porque siempre pueden participar directamente en el proceso como intervinientes. El art. 206.4 LSC es claro al respecto: «Los socios que hubieran votado a favor del acuerdo podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez». Debe tenerse en cuenta además que la intervención prevista en el

⁴⁰ Esto es lo que, en un exceso de formalismo, sostienen los críticos (v., por ej., Winter, 1990, p. 274).

precepto no es una intervención meramente adhesiva, sino una genuina *intervención litisconsorcial*. Porque, como certeramente precisó en su día el malogrado profesor Gimeno Sendra, en línea con las observaciones que venimos realizando, «la interesada en la conservación del acuerdo no es la sociedad, sino los accionistas que votaron a favor» (Gimeno Sendra, 1981, p. 91). En su calidad de litisconsortes, los socios disponen de amplios poderes: están legitimados para oponerse a los actos dispositivos de las partes que puedan ocasionar la finalización anormal del proceso, suplir mediante sus actos procesales los efectos de la rebeldía o de una conducta meramente pasiva de la sociedad demandada, a ellos deben notificárseles las resoluciones judiciales y contra ellas podrán ejercitar los medios de impugnación que consideren con independencia de la parte principal, etc. (v. Massaguer, 2015, pp. 266-267 con indicaciones adicionales).

c) Nada es perfecto. Por ello las evaluaciones comparativas siempre deben hacerse considerando los marcos de imperfección alternativos; lo contrario nos abocaría a la falacia del nirvana. Digo esto a propósito de la objeción que se ha dirigido a nuestra tesis desde el ángulo de las costas procesales. Pues, en efecto, en el caso de que la sentencia finalmente estime la demanda de impugnación, las costas se le imponen a la sociedad cuando, en realidad, deberían imponérsele solo a los socios mayoritarios, que son los incumplidores del pacto. Es cierto que esta solución tiene algo de injusto, pues, si paga la sociedad, también pagan su cuota parte los minoritarios víctimas del incumplimiento (cfr. Schäfer, 2021, Rn 24). La objeción es en todo caso de poca monta. No tanto porque una «injusticia» similar se produce en gran parte de los casos de impugnación, cuanto porque la «injusticia» es asumida de buen grado por las víctimas. Los socios minoritarios no pueden quejarse cuando ellos mismos son quienes han elegido la vía de la impugnación para obtener una reparación más expedita de su agravio. No está dicho por otra parte que los socios perjudicados no puedan obtener el resarcimiento del daño experimentado por fuera, en el ámbito contractual. Al fin y al cabo, los socios que hayan incumplido el pacto parasocial están obligados a indemnizar todos los daños que haya causado a su contraparte el incumplimiento.

6. LA RAZÓN LÓGICA Y LA INCONSISTENCIA INTERNA DE LAS SOLUCIONES DEL SUPREMO

El examen efectuado hasta el momento arroja una conclusión y propicia una conjetura. La conclusión es que ninguno de los argumentos que dan sustento a la nueva doctrina jurisprudencial tiene bases sólidas desde

el punto de vista de la razón estrictamente positiva. La conjetura es que, después de todo, es muy probable que en su fuero interno el propio Tribunal Supremo no las tenga todas consigo. Si nos atrevemos a lanzar esta especulación, es porque, de lo contrario, sería difícil de comprender que abandone su propia doctrina tan pronto como se presenta el *caso simétricamente inverso*. El cometido de este nuevo capítulo de nuestra reflexión consiste precisamente en demostrar que la diferencia de trato dada al caso directo y al caso inverso produce una inconsistencia interna de tal gravedad en la doctrina del alto Tribunal que su plausibilidad o credibilidad queda puesta en entredicho también desde la perspectiva de la razón lógica. Desde Aristóteles sabemos que el principio de no contradicción es la base de todo razonamiento y aún de todo pensamiento.

Para el desarrollo de este argumento parto del caso *Cornelio* (STS 25-II-2016, RJ 635/2016), que sirve de modelo o paradigma de la casuística «simétricamente inversa». El caso *Cornelio* es destacable por ser el primero de la nueva época jurisprudencial en que el Tribunal Supremo atribuye relevancia societaria a la infracción de un pacto parasocial. La relevancia reside en rechazar la impugnación de un acuerdo social ostensiblemente contrario a la normativa societaria por haber sido adoptado de conformidad con el pacto omnilateral⁴¹. El fundamento del rechazo se hace descansar en la buena fe. El alto Tribunal estima que actúa contra sus propios actos –contra la confianza suscitada al firmar el pacto parasocial– el demandante que invoca un incumplimiento de la norma societaria (sea legal o estatutaria) producido precisamente como consecuencia del cumplimiento de un pacto válido⁴².

Es bueno tener presentes las circunstancias específicas del caso *Cornelio*. Isaac transmite a sus dos hijos, Cornelio y Eusebio, la totalidad del capital de la sociedad familiar, la mitad a cada uno. En el contrato que celebra con ellos se

⁴¹ A decir verdad, el Supremo ya había abierto esta brecha un poco antes, aunque fuese de una manera muy tímida: v. STS 3-XI-2014 (RJ 5870/2014). En cambio, la sentencia no habría significado nada especialmente destacable en la jurisprudencia antigua, como pone de relieve el caso de 1920 que se cita en la nota siguiente.

⁴² En rigor, el caso *Cornelio* (STS 25-II-2016, RJ 635/2016) no menciona *expressis verbis* la doctrina de los actos propios. Es indudable sin embargo que es dicha doctrina y la prohibición de *venire contra factum proprium* sobre la que se asienta, como han puesto de relieve sus comentaristas (v., por todos, Pérez Moriones, 2016, p. 179). El caso *Cornelio* tiene un precedente similar en un caso de cien años antes (v. STS 14-V-1920), que es relatado con gracia y sistematizado por Díez-Picazo dentro de la doctrina de los actos propios. «Es contradictorio –dice el autor– demandar la nulidad del acuerdo porque este acuerdo era perfectamente coherente con la conducta anterior del propio demandado» (Díez-Picazo, 2014, p. 392).

reserva no obstante un usufructo sobre un 20% de las acciones (un 10% grava las acciones de Cornelio y el otro 10%, las de Eusebio), con la previsión de que el derecho de voto le corresponderá a él como usufructuario. En un determinado momento surgen desavenencias entre los hermanos y la junta adopta un acuerdo con los votos a favor de Eusebio (40%) y del padre (20%) y con la oposición de Cornelio (40%), y así se hace constar en el acta de la reunión. Cornelio se resiste a aceptar el veredicto de los votos y acaba impugnando el acuerdo con la excusa de haber sido adoptado en violación de las previsiones legales y estatutarias, que atribuyen el derecho de voto de las acciones usufructuadas al nudo propietario (v. art. 127.1 LSC). Si se hubiese computado el 50% de los votos que le corresponden como nudo propietario –alega Cornelio–, la situación sería de empate y, por tanto, no se habría podido alcanzar ningún acuerdo⁴³. El Tribunal Supremo no lo duda un instante. Rechaza de plano la impugnación por entender que el demandante actúa de mala fe. El ejercicio de la pretensión de impugnación contradice sus propios actos y la confianza suscitada con ellos. Dice el Tribunal:

«Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial».

La decisión del Supremo en el caso *Cornelio* es impecable. De hecho, a la vista de su indudable fuerza de persuasión, suponiendo que podría ser el primer paso del *overruling* de la doctrina *Kurt Konrad*, llegamos a «albergar la esperanza de que las aguas volverían pronto a su cauce»⁴⁴. Desgraciadamente, el augurio no se ha cumplido. Pocos años después, en la primera ocasión que se le presenta, el alto Tribunal vuelve a ratificar la doctrina *Kurt Konrad*. Las resoluciones relevantes ya han sido citadas: v. STS 20-II-2020 (RJ 485/2020), STS 17-XI-2020 (RJ 5282/2020) y STS 7-IV-2022 (JUR 129041/2022). En todas ellas leemos:

«Es reiterada la jurisprudencia de esta sala [alude a las sentencias de 2008/2009 en los casos *Kurt Konrad*] que declara que la impugnación de

⁴³ Hay otros casos parecidos en la jurisprudencia menor: v., por ej., SAP Madrid 16-XI-2012 (JUR 5173/2012): impugnación –igualmente fracasada– de un acuerdo social adoptado por una mayoría inferior a la prevista estatutariamente (66%), pero superior a la convenida parasocialmente por todos los socios (60%).

⁴⁴ Así Paz-Ares (2019, p. 33). No fuimos los únicos. Los primeros comentaristas de la sentencia ya habían señalado la más que dudosa continuidad entre la doctrina sentada en los casos *Kurt Konrad* y la que ahora asomaba en el caso *Cornelio*: v., por ej., Radovanovic (2017, pp. 127-129); Pérez Moriones (2016, p. 170); más recientemente, Gimeno Ribes (2021, ap. IV.2); etc.

acuerdos sociales no puede fundarse en que el acuerdo impugnado infringe los pactos parasociales, porque se trata de pactos que ‘no serán oponibles a la sociedad’ (art. 29 LSC), sin perjuicio de que pueda considerarse contraria a la buena fe la conducta del socio que impugna un acuerdo social que justamente da cumplimiento al pacto parasocial omnilateral en el que ha intervenido [como señaló en el caso *Cornelio*].».

En el párrafo transcrito, el Supremo trata de convencernos de que puede sostenerse una cosa y la contraria a la vez; es decir, de que cabe rechazar la impugnación de un acuerdo social contrario a los estatutos o la ley so pretexto de que es conforme al pacto parasocial y de que, en cambio, no puede admitirse la impugnación de un acuerdo contrario al pacto parasocial so pretexto de que es conforme a los estatutos o a la ley. Pero esto no resulta lógicamente posible ni valorativamente aceptable. Si damos prioridad al pacto en el primer caso no podemos quitársela en el segundo.

Y viceversa: si damos prioridad a la normativa societaria en el segundo caso no podemos quitársela en el primero. Esta última formulación es útil porque nos permite visualizar más fácilmente la contradicción. Basta en efecto con aplicar al caso *Cornelio* los tres argumentos jurídicos esgrimidos por el juzgador en la serie *Kurt Konrad* para apercibirse de que algo falla en el razonamiento. Todos ellos conducen o habrían conducido en efecto a estimar la demanda de impugnación de *Cornelio*. Veámoslo rápidamente. Con arreglo al *argumento de la inoponibilidad*, la violación del pacto no es relevante en la esfera societaria: no siendo oponible a la sociedad, tampoco es invocable por ella y, siendo así, no puede oponerle como excepción para neutralizar la impugnación. Con arreglo al *argumento de la taxatividad*, tampoco hay razón para rechazar la impugnación: es llano que ahora concurre una causa de impugnación típica según el art. 204 LSC: la infracción de ley y/o de estatutos. Con arreglo al *argumento de la especialidad* o de la autorresponsabilidad, sucede otro tanto: la protección frente a la violación del pacto no puede buscarse en el derecho de sociedades porque las partes lo han rehuido; en consecuencia, estas solo tienen a su disposición los remedios que le brinda el derecho general de obligaciones.

Anticipando quizá una crítica de esta índole, el Tribunal se cuida en la propia sentencia de recordar que la posibilidad de hacer uso del correctivo de la buena fe aplicado en el caso *Cornelio* ya estaba contemplado en las sentencias *Kurt Konrad*, en las cuales efectivamente se reconocía que, excepcionalmente, cuando concurriesen circunstancias indiciarias de un comportamiento abusivo, la aplicación del principio de buena fe podría haber conducido al resultado contrario, es decir, a anular el acuerdo por infracción del pacto omnilateral. Pero este reconocimiento, *lejos de salvar el problema de inconsistencia, lo hace aun más patente*. No repara el alto

Tribunal en que, en realidad, el caso *Cornelio* es el prototipo de caso inverso, al igual que el caso *Kurt Konrad* era el prototipo del caso directo, y que, como tal prototipo, no presenta ninguna de esas circunstancias excepcionales indiciarias del abuso que justificaría el recurso a la buena fe. La solución del caso *Cornelio*, dicho en otras palabras, no se explica por ninguna circunstancia extraordinaria como se nos pretende hacer creer, sino por las circunstancias ordinarias que definen la estructura misma del caso. La mala fe del demandante está, por así decirlo, *in re ipsa*. Pues, por definición, siempre que uno pretende anular un acuerdo adoptado en cumplimiento de un pacto suscrito por él, va en contra sus propios actos. Lo mismo tendría que predicarse del caso *Kurt Konrad*. La mala fe del demandado en este grupo de casos está también *in re ipsa*. Pues, por definición –cabría argüir por la misma regla de tres–, siempre que alguien pretende oponerse a la anulación de un acuerdo adoptado en violación de un pacto suscrito por él, actúa también contra sus propios actos.

La más reciente STS 7-IV-2022 (JUR129041/2022) se esfuerza, también en vano, por salvar la contradicción entre *Cornelio* y *Kurt Konrad*. Es significativo el paso donde afirma que la solución de *Cornelio* no se basó «en una inversión o derogación singular de la regla de la inoponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad, sino en un criterio distinto: la aplicación de la regla general de la buena fe y, en conexión con ella, el principio de confianza legítima (art. 7.1 CC), en relación con el incumplimiento por el impugnante de lo pactado en el acuerdo extraestatutario, el acuerdo del que era parte» (ap. 5.5 *in fine* del FD 5º). Pero esto, como decimos, no prueba nada. No se trata de cosas distintas que justifiquen tratamientos distintos o dispares. De hecho, aquí se defiende que es justamente la buena fe lo que justifica dar relevancia societaria a los pactos omnilaterales, tanto en la fenomenología de los casos inversos como en la de los casos directos. La misma sentencia, un poco más adelante, acaba admitiendo lo que más atrás había negado: «la regla de la inoponibilidad no carece de excepciones, fundamentalmente basadas en el principio de buena fe y otros conectados, como el de la confianza legítima o la interdicción del abuso de derecho» (ap. 6.5 del FD 5º).

Conclusión: la única diferencia relevante que existe entre ambos casos prototípicos estriba en el rol procesal de quien actúa de mala fe. Mientras que en *Cornelio* es la parte demandante, en *Kurt Konrad* es la parte demandada⁴⁵. Constatada esta circunstancia, la única incógnita que queda por des-

⁴⁵ La diferencia ulterior de que en *Cornelio* resulte irrelevante que el pacto parasocial conculcado sea omnilateral o fraccionario es intrascendente a nuestros efectos. Obsérvese que el reproche basado en el incumplimiento del pacto es imputable al demandado aunque el pacto sea fraccionario, siempre y cuando él lo haya suscrito. En cambio, ese mismo repro-

pejar consiste en discernir si esa diferencia posicional justifica el tratamiento simétricamente contrario de uno y otro tipo de casos que propone el Supremo. En nuestra opinión, la respuesta solo puede ser negativa. La posición procesal de demandante o demandado es irrelevante a efectos de la aplicación de las reglas derivadas de la buena fe y, específicamente, de las reglas *venire contra factum proprium* y *dolo facit qui petit quod (statim) redditurus est*. Lo único relevante es que se ejercite una *pretensión contradictoria* con la conducta realizada en el pasado o debida en el futuro.

Ha de evitarse el engaño a que a veces llaman las palabras. La palabra «pretensión» no puede identificarse con demanda. La pretensión –la facultad o el derecho de que se trate– no la ejercita solo el demandante (*Cornelio*, el incumplidor del pacto); también la ejercita el demandado (la sociedad *Kurt Konrad y Cía* como representante de la mayoría incumplidora del pacto). La función de la buena fe en relación con el ejercicio del derecho subjetivo se resume en la idea de que es inadmisibles el ejercicio de un derecho contrario a ella. Ahora bien, como ha precisado José María Miquel, «esta consecuencia no significa que la buena fe no tenga más alcance que paralizar el ejercicio del derecho». El origen de esta idea procede seguramente de la *exceptio doli* y del planteamiento romanístico de que es tributaria, en el que la acción se sitúa en el centro de las categorías jurídicas, y todos los conflictos se resuelven desde la óptica de la acción y la excepción. Pero ese planteamiento no puede condicionarnos hoy (cfr. Miquel, 1991, p. 48). Hoy hemos de estar al concepto material y no procesal de pretensión. «La pretensión –la afirmación es ahora de Diez-Picazo– es independiente de la posición que el litigante adopte dentro del proceso».

«La pretensión contradictoria puede, por tanto, producirse formulando una acción o una excepción; reconviniendo o contestando la reconvencción; replicando o duplicando. Para que haya pretensión, según esta idea, es menester solamente que el sujeto ejercite un derecho o facultad. Y una facultad se ejercita no solo accionando, sino también deteniendo o enervando una acción, en virtud de un poder excepcionalmente atribuido para ello por el ordenamiento jurídico (excepción). La excepción, en cuanto acto de ejercicio de una facultad es, por ello, desde nuestro punto de vista, una verdadera pretensión» (Diez Picazo, 2014, p. 280).

Sentado lo anterior, la fenomenología relevante puede ordenarse alrededor de tres grandes grupos de casos, cuya breve descripción nos

che sólo puede ser imputado a la sociedad demandada cuando el pacto sea omnilateral porque en caso contrario, en virtud del principio de indivisibilidad de la imputación de la persona jurídica, se estaría afectando la esfera de los socios que no son parte del pacto (v. SAP Madrid 2-III-2018, JUR 153961/2018, y SAP Vizcaya 19-VII-2016, JUR 259284/2016).

permitirá recapitular las conclusiones alcanzadas hasta el momento. Los dos primeros definen la casuística fundamental según que la mayoría representada por la sociedad sea la de los accionistas cumplidores o la de los accionistas incumplidores de los pactos parasociales. El tercero recoge una casuística especial –la de los llamados «acuerdos negativos»–, en la que la sociedad representa a la minoría incumplidora.

a) El primer grupo responde al prototipo o patrón del caso *Cornelio*. La sociedad representa a la mayoría de accionistas cumplidores, la cual aprobó con sus votos el acuerdo impugnado de conformidad con lo exigido en el pacto parasocial, que obligaba a dejar de lado algunas normas societarias. La sociedad se defiende de la impugnación alegando la *exceptio doli*. Reiteramos que, a nuestro modo ver, la tesis del Tribunal Supremo es impecable: la pretensión que hace valer la minoría incumplidora cuando ejercita la acción de impugnación so capa de que el acuerdo ha sido adoptado con infracción de la norma legal o estatutaria constituye un ejercicio inadmisibles de su pretensión ofensiva. La congruencia con los propios actos realizados en el pasado al firmar el pacto (regla *venire*) o con debidos en el futuro cuando tengan que deshacer el acuerdo adoptado (regla *dolo facit*) le exigen abstenerse de ejercitar la acción de impugnación. Si la ejercita, esta tendrá que ser desestimada por contradecir las exigencias la buena fe.

b) El segundo grupo de casos responde al patrón de *Kurt Konrad*. La sociedad representa ahora a la mayoría de los accionistas incumplidores, la cual aprobó con sus votos el acuerdo impugnado en violación del pacto omnilateral, aunque fuera conforme a las normas societarias. La tesis del Tribunal Supremo aquí resulta insostenible. Nuestra idea es que la oposición que hace valer la sociedad –es decir, la mayoría incumplidora– apelando a la irrelevancia de los pactos parasociales en la esfera de la sociedad –inoponibilidad, taxatividad y especialidad– constituye un ejercicio inadmisibles o contrario a la buena fe de su pretensión defensiva. La congruencia con los propios actos realizados por esa mayoría de socios en el pasado y con los debidos por ella en el futuro impiden a la sociedad que la representa defenderse parapetándose en la conformidad de los acuerdos con la normativa societaria. La valoración que merece la conducta del demandado aquí es exactamente la misma que merece la del demandante en el caso anterior.

Huelga recordar que tanto en uno como en otro caso se verifican los tres elementos básicos del supuesto de hecho de las reglas *venire* y *dolo facit*, a saber: (i) *existencia de acto propio en el pasado* (suscripción del pacto y consiguientemente creación de la confianza de que sería cumplido u honrado) o de *acto debido en el futuro* (existencia de un deber de eliminar el acuerdo). Desde el punto de vista técnico alguien podría puntualizar que, en rigor, la firma del pacto parasocial no es un acto propio en el sentido genuino del término sino un acto negocial y que, consiguientemente, no es necesario pasar por el alambique de la buena fe para desmontar la pretensión; basta con acudir al contrato y su fuerza obligatoria (art. 1091 CC). La jurisprudencia del Tribunal Supremo confunde con frecuencia ambos planos y por tanto la fuerza vinculante del acto propio y la del contrato o

negocio jurídico, como ha puesto de relieve el minucioso análisis de Diez-Picazo (2014, pp. 216-218). La puntualización sin embargo no es oportuna en el terreno que pisamos, al menos desde el punto de vista de la opción constructiva elegida (v. *infra* § 8). En él puede hablarse con propiedad de acto propio porque el pacto no se hace valer frente a la sociedad como acto negocial (ya que formalmente ella no es parte de él), sino solo como fundamento de la confianza legítima creada y luego defraudada. (ii) *Existencia de una pretensión contradictoria* con el acto propio o el acto debido, sea esta ofensiva (la del accionista que impugna) o defensiva (la de la sociedad que se opone). Y (iii) *existencia de identidad entre el sujeto de la conducta y el sujeto de la pretensión* (v. Diez-Picazo, 2014, p. 257). La identidad se verifica aunque se trate de sujetos distintos siempre y cuando jurídicamente deban equipararse o identificarse. El caso de manual es el de la representación (Diez-Picazo, 2014, pp. 297-298). Pero tan de manual como el de la representación es el del pacto omnilateral, que presupone la coincidencia subjetiva de los firmantes del pacto y de los socios de la sociedad. Cabría incluso sostener que, propiamente hablando, estamos también ante un caso de representación puesto que –como venimos argumentando– la sociedad «representa» a los socios incumplidores, con cuya mayoría se adoptó el acuerdo impugnado.

c) El tercer grupo de casos obedece al esquema de los *acuerdos negativos*. El problema estriba ahora en que la mayoría incumplidora (representada también por la sociedad en el proceso de impugnación) impide la formación del acuerdo comprometido en el pacto omnilateral. En el grupo de casos anterior, la impugnación del acuerdo positivo buscaba remover o eliminar el acuerdo adoptado en violación del pacto, «deshacer lo mal hecho» en palabras del art. 1098 CC. En este, la impugnación del acuerdo negativo –del acuerdo en virtud del cual se rechaza la aprobación de una determinada propuesta– busca algo más, a saber: declarar la existencia del acuerdo que formal u oficialmente no se ha adoptado, pero que debió haberse adoptado y proclamado en cumplimiento del pacto. ¿Es esto posible? La cuestión es compleja. Para abordarla es preciso desbrozar mínimamente la problemática de los acuerdos negativos. Unas pinceladas serán suficientes:

Primera: Desde el momento en que conceptualmente se ha reconocido que los acuerdos negativos, tal y como quedan definidos, son acuerdos propiamente dichos (y no simples «no acuerdos»), la posibilidad abstracta de impugnarlos ha dejado de ser objeto de discusión. La discusión se centra hoy en la delimitación de la posibilidad concreta de hacerlo, la cual está correlacionada en buena medida con la verificación una efectiva necesidad de tutela⁴⁶. La fenomenolo-

⁴⁶ La doctrina y jurisprudencia disponibles sobre la materia, en las que sólo entraré a efectos de esclarecer la cuestión planteada de los acuerdos negativos contrarios a pactos omnilaterales, asume en ocasiones una delimitación generosa (a veces demasiado generosa: v., por ej., STS 9-IX-1998, RJ 6608/1998; STS 27-III-2001, RJ 4767/2001; STS 4-VII-2007, RJ 3873/2007) del ámbito de los acuerdos negativos impugnables (v., con diversa aproximaciones, Marín de la Bárcena, 2015, pp. 281 ss.; Alfaro, 2015, p. 170 y 2019, p. 1222; Bustillo, 2016, p. 5 ss. y 2017, pp. 2 ss.; González Fernández, 2019, pp. 1372 ss. y, sobre todo, con un tratamiento detenido y contenido, Iribarren, 2017, pp. 197-198).

gía menos discutible desde esta perspectiva agrupa los supuestos en que la impugnación del acuerdo negativo –del acuerdo de rechazo– aquejado de un vicio o defecto resulta necesaria para que pueda imponerse el «acuerdo espejo» –el acuerdo rechazado–, lo que sucede en dos hipótesis: (i) cuando el acuerdo espejo ha sido materialmente adoptado y (ii) cuando el acuerdo espejo habría debido indiscutiblemente ser adoptado.

La primera hipótesis no admite debate. El supuesto paradigmático se produce cuando el presidente de la junta proclama el rechazo de una propuesta sometida a la consideración de la junta por no haberse alcanzado la mayoría exigible cuando en realidad sí se ha alcanzado. El vicio o defecto del acuerdo negativo –en realidad de su proclamación u oficialización– reside en el error de cómputo cometido: en no haberse computado el voto a favor de determinados accionistas que lo emitieron (o habrían emitido válidamente si no se les hubiese impedido) o en haberse computado el voto en contra de determinados accionistas que no debieron haber votado (por hallarse en mora [art. 83.1 LSC], afectados por un conflicto de interés [art. 190.1 LSC] o por cualquier otra razón legal o estatutaria). En tales casos, la impugnación persigue un doble objetivo, instrumental y final. El instrumental es obtener un pronunciamiento judicial constitutivo: la anulación de un acuerdo –el acuerdo negativo– válido pero claudicante⁴⁷. El final es lograr un pronunciamiento declarativo: la declaración de existencia del acuerdo espejo⁴⁸.

Segunda: La hipótesis verdaderamente problemática es la segunda, que se caracteriza por que el acuerdo espejo en realidad no fue adoptado, aunque debió ser adoptado. Dentro de ella hay que distinguir nuevamente dos subhipótesis en función de la naturaleza o destinatario del deber infringido. La primera agrupa aquellos casos en que el deber infringido es un *deber genérico impuesto a la sociedad* como tal por la norma legal o estatutaria (utilizo aquí el concepto de deber para aludir a obligaciones referidas a la junta tales como cesar al administrador que haya incurrido en incompatibilidad o prohibición [art. 224 LSC]; disolver la sociedad cuando se haya verificado una causa legal o estatutaria de disolución [art. 363 LSC]; cambiar el domicilio estatutario cuando haya cambiado la sede efectiva [art. 9.1 LAC]; adaptar los estatutos cuando se haya producido una reforma legal que lo imponga; reducir el capital y amortizar autocartera irregularmente adquirida o mantenida [arts. 139 y 141 LSC]; etc.). A menudo se sostiene que en estos casos cabe también la impugnación del acuerdo negativo dirigida a que salga a la luz y prevalezca el acuerdo espejo que debió haberse

⁴⁷ Obsérvese que la anulación es imprescindible. De hecho, si el acuerdo negativo no se anula antes de que expire el plazo de caducidad de la acción, el acuerdo se torna definitivamente válido. Esto pasa con todos los *acuerdos anulables*, que son la gran mayoría, aunque el legislador haya prescindido de esta calificación. En realidad, los únicos *acuerdos nulos* de pleno derecho son los contrarios al orden público. Por eso, la acción declarativa de nulidad no caduca ni prescribe (v. art. 205.1 LSC *in fine*).

⁴⁸ Esto lo admiten incluso quienes ponen en duda la propia categoría de los acuerdos negativos o adoptan la posición más restrictiva posible (v., por ej., Rojo, 2011, pp. 1438-1440).

adoptado (v., por ej., STS 4-VII-2007, RJ 3873/2007). Pero no es así. No cabe la impugnación por dos razones convergentes. Primera, porque no es propiamente necesaria. No hay, en efecto, una laguna de protección que haya de ser colmada por esta vía (v. al respecto las atinadas observaciones de Iribarren, 2017, pp. 197 ss.). Puede hacerse prosperar el «acuerdo espejo» sin impugnar el acuerdo negativo. El ordenamiento contempla acciones directas a tal efecto (v., a título de ejemplo, arts. 366.1 o 139.3 LSC); mediante ellas los interesados pueden obtener la condena judicial a adoptar tal acuerdo o la adopción judicial del mismo y dicha condena puede ser instada aun cuando hayan transcurrido los plazos de caducidad de la acción de impugnación. Segunda, porque en rigor no es posible. El acuerdo de rechazo no adolece, técnicamente hablando, de un vicio o defecto que permita anularlo. La mejor prueba de ello es que el presidente de la junta ha de aceptar el resultado negativo de la votación; carece de autoridad para declarar adoptado el acuerdo bajo el argumento de que la ley obliga a los socios a votar a favor de su adopción. De lo cual cabe inferir que, en realidad, el ordenamiento no impone a los socios una obligación específica o directamente *enforceable* de votar a favor, de la que en su caso pueda derivarse una responsabilidad personal por daños⁴⁹. La única consecuencia del «incumplimiento» es la posibilidad o facultad de acudir al juez para que este adopte el acuerdo omitido. En el caso de los administradores, esa facultad se convierte en obligación, cuya

⁴⁹ Hay que partir de la premisa general de que los accionistas no responden frente terceros ni frente a sus consocios o la sociedad por el ejercicio de su derecho de voto en la junta y la consiguiente adopción de acuerdos impugnables salvo que hayan actuado con dolo específico de dañar o mediante infracción material grave del deber de lealtad (en esa línea restrictiva seguramente ha de interpretarse también el art. 197.6 LSC). Fuera de esos casos extremos, nuestro entendimiento es que subsiste la regla general de limitación de la responsabilidad o, si se prefiere, de irresponsabilidad. La razón estriba en que los socios de una sociedad de capital no están sujetos contractualmente a deberes de diligencia frente a la sociedad o sus consocios ni extracontractualmente a deberes generales de cuidado frente a terceros (para una opinión distinta, v. Iribarren, 2022, pp. 137-138; presupone este autor que los socios asumen deberes de diligencia y que, por ende, su responsabilidad por la adopción de acuerdos lesivos no tiene más límite que «el caso fortuito o la fuerza mayor» (Iribarren, 2022, p. 124). Más allá de la que pesa sobre la sociedad, la responsabilidad por daños derivados de acuerdos positivos impugnables, en la medida en que normalmente está asociada a su ejecución, corresponde a los administradores; como *gatekeepers*, su deber es abstenerse de ejecutar los acuerdos e instrucciones de la junta que no superen el test de legalidad o licitud a que deben someterlos (v., por todos, Paz-Ares, 2010, pp. 8-13). La responsabilidad por daños derivados de acuerdos negativos impugnables será también de cargo de los administradores, pero sólo en el caso de que no insten su impugnación y la correspondiente declaración de eficacia del acuerdo espejo. La eventual responsabilidad de los socios a título de partícipes (como inductores, autores mediatos u otras modalidades de participación) en acciones u omisiones ilícitas de los administradores constituye un grupo de casos aparte, regido por las reglas generales sobre la cuestión (sobre ellas v. Paz-Ares, 2019, pp. 191-198).

infracción puede ser fuente de responsabilidad a su cargo (frente a la sociedad o frente a los socios o terceros perjudicados: v. art. 238 y 241 LSC).

Tercera: La otra y más interesante subhipótesis se verifica cuando el deber infringido es un *deber específico impuesto al accionista* de votar a favor de un determinado acuerdo⁵⁰. En este caso, en la medida en que preexiste una obligación de todos o de algunos de los socios de votar a favor del acuerdo, bien puede entenderse (o fingirse) que el acuerdo espejo ha sido adoptado y, en consecuencia, que el presidente de la junta está habilitado para computar esos votos como positivos de la misma manera que lo está para computarlos como negativos (como no emitidos) cuando el accionista está sujeto a una prohibición de voto. La teoría no parece especialmente problemática.

El problema está en la práctica. ¿Existen realmente supuestos en que el accionista esté sujeto *qua* accionista al deber de votar en un determinado sentido susceptibles de *enforcement* directo por parte del presidente de la junta? No tenemos constancia de que el ordenamiento haya previsto concretos deberes legales de esta índole. Tampoco es usual encontrarlos en los estatutos, aunque ciertamente no debería haber obstáculos para establecerlos en el ámbito de la autonomía privada (al menos cuando se establezcan de manera suficientemente precisa; parece aplicable aquí el requisito de especificidad o determinación exigido por la jurisprudencia para el caso inverso de las prohibiciones estatutarias de voto: v. STS 12-XI-2014, RJ 6461/2014)⁵¹. La doctrina suele estimar sin embargo que la hipótesis se verifica en ciertas situaciones especiales en que la obligación de voto positivo deriva del deber de lealtad del socio. Hay dos casos básicos: el abuso de minoría y el abuso de mayoría (cfr. art. 204.1 II LSC). El primero se verifica cuando los accionistas minoritarios ejercitan su derecho de veto impidiendo la adopción de acuerdos necesarios para evitar un daño grave a la sociedad o los socios (por ej., un aumento de capital u otra medida de saneamiento en una compañía al borde del concurso; la aprobación de un balance de liquidación, como sucedió en la reciente SAP La Coruña 1-IV-2022, JUR 187505/2022)⁵². El segundo, cuando los accionistas mayoritarios ejercitan su derecho de voto impidiendo la adopción de acuerdos

⁵⁰ En cuyo caso, como es natural, la infracción del deber se convierte en vicio o defecto del acuerdo y, por tanto, en motivo de impugnación (queda a salvo, por supuesto, el caso de que el vicio supere el test de resistencia: v. art. 204.3 d) LSC).

⁵¹ Desde luego, la posibilidad de establecer obligaciones de voto no debería discutirse en el ámbito de las prestaciones accesorias (cfr. Pérez Millán, 2019, pp. 109-110). Por ejemplo, no veo problemático que los estatutos impongan a los accionistas pertenecientes a una determinada clase (mayoritaria) la obligación de votar a favor del nombramiento como consejero de la persona que proponga otra clase (minoritaria) o a favor del reparto de una reserva voluntaria cuando se cumplan condiciones suficientemente precisas (recuérdese que el art. 86.1 LSC exige que el «*contenido concreto y determinado*» de la prestación accesoria quede fijado en los estatutos).

⁵² Cfr. Alfaro (2015, pp. 214-215 y 2021) y, sobre todo, Iribarren (2017, pp. 184 ss.). La elaboración doctrinal de base proviene del escrito de habilitación de Zöllner (1963, pp. 405 ss.).

necesarios para evitar un «detrimento injustificado» de la minoría (por ej., rechazo de un acuerdo de distribución de dividendos en una sociedad con tesorería sobrante, sin proyectos de inversión y con dificultades de valoración)⁵³. Debo decir que abrigo alguna duda o reserva. No tanto acerca de la existencia del deber de lealtad en estos escenarios, cuanto acerca de la liquidez de su infracción y, por ende, acerca de la posibilidad de su *enforcement* privado por el presidente de la junta en el ámbito interno de la sociedad (v., por ej., RDGRN 3-IV-2017, RJ 2234/2017), al que suele vincularse la viabilidad de la pretensión declarativa que acompaña a la pretensión constitutiva y propiamente impugnatoria (v., por ej., Zöllner, 2007, p. 508). Quizá pueda admitirse en casos verdaderamente extremos de abuso de la minoría en que la reacción del presidente sea indispensable para evitar un daño irreparable (estado de necesidad). Pero fuera de tales casos, en la fenomenología ordinaria del abuso de la mayoría, no parece muy factible⁵⁴. En todo caso, no es necesario resolver ahora la cuestión de fondo. Lo que en estos momentos interesa constatar es simplemente que la solución está relacionada con el grado de especificidad o liquidez del deber, lo que prepara el terreno para la última pincelada, la verdaderamente relevante a efectos del presente estudio.

Cuarta: Quid iuris en el caso de los acuerdos negativos adoptados en contravención de un pacto parasocial omnilateral? ¿cabe entender que son impugnables para que prevalezca el acuerdo espejo? En nuestra opinión, el interrogante merece ahora una respuesta resueltamente positiva, a la que llegamos uniendo algunos de los cabos que hemos ido recogiendo en la exposición anterior. El presupuesto previo de esa conclusión es de tipo epistémico, y se basa en que el pacto parasocial efectivamente prevea un deber contractual de votar a favor de propuestas determinadas (materialmente) o determinables (con arreglo a un procedimiento) cuya identificación quede más allá de cualquier duda razonable. Esto exige que las propuestas en cuestión tengan un grado de especificidad suficiente (el cual –como es natural– depende del carácter descriptivo y no valorativo del supuesto de hecho al que el pacto parasocial anude el deber de votar). La liquidez del deber evita la objeción de que, en la sombra, estamos invistiendo al presidente de la junta (que normalmente será parte del pacto omnilateral y en todo caso representará a la mayoría de sus partes) de la facultad de tomarse la justicia por su mano considerando que un accionista tiene la obligación de votar a favor.

El fundamento normativo de la conclusión descansa nuevamente sobre exigencias de la buena fe semejantes a las que hemos visto anteriormente. Tratándose de un pacto omnilateral, la sociedad –en la medida en que representa solo a la

⁵³ Bajo la óptica doctrinal específica de los acuerdos negativos, v. Marín de la Bárcena (2010, ap. 3.3); con carácter general, v. Campins (2020).

⁵⁴ Parece apuntar en esta misma dirección Marín de la Bárcena (2010, ap. 3.3, nt. 67). Debo añadir, sin embargo, que la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia, específicamente en relación con la negativa de la mayoría a repartir dividendos, está desarrollándose al margen de la doctrina de los acuerdos negativos con consecuencias harto discutibles desde el punto de vista práctico y sistemático. De esta cuestión habremos de ocuparnos sin embargo otro día.

mayoría incumplidora en el procedimiento de impugnación— no puede apelar a su carácter meramente obligacional —a su inoponibilidad en definitiva— para sostener que el acuerdo negativo es válido y que el acuerdo espejo no ha sido efectivamente adoptado. Una apelación así contraviene, como sabemos, las reglas *venire y dolo facit*⁵⁵. Esta conclusión tampoco puede ser neutralizada con el argumento de que aquí no existe una necesidad de tutela que justifique el recurso a la doctrina de la impugnación de los acuerdos negativos sobre la base de que los accionistas interesados en que se adopte el acuerdo espejo pueden acudir a los tribunales y obtener de estos la condena de sus contrapartes incumplidoras a emitir un voto a favor del acuerdo de que se trate en la junta que se convoque al efecto. El argumento no conjura las razones de economía procesal y de trámites que están a la base de la regla *dolo facit*. Obsérvese que la solución estrictamente contractual no bastaría por sí sola, ya que posteriormente habría que cumplimentar (inútilmente) el trámite societario de la celebración de la junta (v. *supra* § 4 c).

Hemos explicado los tres grupos de casos acudiendo a las reglas *dolo facit y venire*. Pero hay otra forma igualmente razonable y tal vez más gráfica de racionalizar el mismo resultado, lo que nos da pie para efectuar la segunda variación sobre el tema conductor de estas páginas, que es el *defeater* de la buena fe⁵⁶. La segunda variación nos lleva a una regla de estructura distinta a las anteriores y en la que quizá se acentúa o hace más visible el reproche moral. Es la regla que el profesor Miquel ha denominado de la «inadmisibilidad del ejercicio de posiciones jurídicas maliciosamente obtenidas» (Miquel, 1991, pp. 55-56)⁵⁷. La jurisprudencia ha denegado la protección en muchas ocasiones a quien se escuda en una posición jurídica adquirida regularmente según las reglas formales (aquí, en un acuerdo social —positivo o negativo— válidamente adoptado según la normativa societaria), pero realizada sustancialmente de manera desleal o deshonesto (v. STS 11-V-1988, RJ 4053/1988 o STS 14-X-1983, RJ 5326/1983). La mejor ilustración nos la ofrece otro de los preceptos más venerables de nuestro derecho de obligaciones. Me refiero al art. 1473 CC, regulador de la doble venta. En principio, el segundo comprador adquiere la propiedad

⁵⁵Aunque con una argumentación no coincidente, llega al mismo resultado Noack (1994, pp. 156-157) con referencias ulteriores a la doctrina suiza que admite una impugnación dirigida a anular el «acuerdo negativo» y declarar nombrado miembro del consejo de administración a una persona que realmente no fue designada por contravenir los accionistas las obligaciones de voto contraídas en un pacto omnilateral; v. también Zöllner (2007, p. 508).

⁵⁶ Las reglas *dolo facit y venire* no son más que dos subvariantes dentro de la primera variación, cuyo *Leitmotiv* general es la consistencia intertemporal en la conducta negocial.

⁵⁷ La doctrina alemana agrupa estos casos bajo la denominación *unredlicher Erwerb einer Rechtsstellung*.

de la cosa vendida cuando se satisfacen las condiciones legales/formales precisas para ello, a saber: existencia de un contrato válido y obtención de la posesión de la cosa (art. 609 CC)⁵⁸. Pero solo en principio, pues el Código no reconoce eficacia a esa adquisición cuando el segundo comprador, aun siendo el primero en haber tomado posesión de la cosa, hubiese actuado de mala fe, es decir, hubiese sabido en el momento de contratar que el vendedor había vendido la cosa previamente a otro («la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión [de la cosa] con buena fe»). La mala fe impide la adquisición del derecho.

Pues bien, nuestro caso es parangonable; más aún diríamos, es estructuralmente equivalente al de la doble venta. Para apreciarlo basta con advertir que el verdadero demandado en una impugnación de acuerdos es –como venimos subrayando– la mayoría que ha adoptado el acuerdo positivo o negativo, la cual está representada por la sociedad, y que esa mayoría (al igual que el segundo comprador) no puede pretender protección de su posición jurídica –es decir, mantener la validez del acuerdo adoptado (o de la propiedad adquirida)– porque, aun cuando la ha obtenido regularmente conforme al derecho societario (o al derecho de cosas previsto en el art. 609 CC), la ha adquirido maliciosamente desde el punto de vista de la buena fe. No hay diferencia ninguna entre su posición y la posición del segundo comprador de mala fe. Por ello, el ordenamiento y la jurisprudencia que lo hace efectivo deberían cortar por lo sano y no validar acuerdos sociales que han sido adoptados de manera deshonesto, por una mayoría que sabía que no podía adoptarlos.

7. LA RAZÓN PRÁCTICA O MORAL: NADIE PUEDE BENEFICIARSE DE SUS PROPIAS FALTAS

Termino con una parábola de la que me he valido para ilustrar la problemática objeto de examen en una ejercitación práctica con mis alumnos. Permítaseme la licencia y el pequeño desahogo que la acompaña. Con ella ensayo una nueva variación –la tercera y última– sobre el argumento conductor del trabajo. La parábola a que me refiero narra la historia de un pacto omnilateral. El día de su 80 cumpleaños, el patriarca de una exitosa empresa familiar decide anticipar sus previsiones sucesorias, para lo cual cede a su nieto Elmer la presidencia ejecutiva del con-

⁵⁸ En realidad, además del título y el modo a que se refiere el art. 609 CC, para completar el supuesto de hecho de la adquisición de la propiedad es necesaria la concurrencia de un tercer elemento: la legitimación para disponer del vendedor, bien porque él es el dueño de la cosa o bien porque ha sido autorizado por este para enajenarla.

sejo y el 51% del capital de la sociedad (el 49% restante lo retiene él con la idea de que en el futuro sea heredado por sus dos únicas hijas vivas, las cuales han vivido siempre alejadas del negocio). El abuelo cede las acciones bajo la premisa de que mientras él viva el nieto no adoptará ninguna decisión relevante sin contar con su voto o aquiescencia, y así se documenta en la escritura pública de transmisión de dichas acciones. El nudo de la historia se produce poco después, cuando Elmer, inopinadamente y de espaldas a su benefactor, se alía con el eterno rival del abuelo para fusionar sus empresas. El acuerdo de fusión, aprobado únicamente con el capital en manos de Elmer, supone un mazazo para el abuelo. Da al traste con la obra y el sueño de su vida. No conocemos el desenlace. Solo sabemos que el abuelo llama a su abogado para anular el acuerdo y deshacer una fusión hecha a traición y que éste le explica, para su estupefacción, que no va a ser fácil a la vista de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre los pactos omnilaterales⁵⁹.

El cuento trata de hacer una valoración paralela del incumplimiento de Elmer en la esfera laica. El propósito es mostrar algo bien sabido en la práctica, a saber: que la imposibilidad de impugnar los acuerdos sociales por infracción de los pactos parasociales conduce casi irremediablemente a permitir que los socios incumplidores se salgan con la suya sacando provecho de sus propias faltas. Lo cual muestra una nueva contradicción en pugna con la buena fe, que otra vez se nos presenta –parafraseando un conocido título de Ripert– como cauce o instrumento de incorporación de la regla moral en las obligaciones civiles⁶⁰. Pues, en efecto, uno de los postulados más elementales de la moralidad del derecho privado se plasma en la célebre máxima de Ulpiano *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* (Digesto 50, 17, 134, 1). Aun cuando de ordinario se trae a colación en el ámbito sucesorio, no creo que haya inconveniente en hacerlo también en el societario⁶¹. Y es que, en nuestra opinión, ni la regla de la inoponibilidad (art. 29 LSC) ni la regla de taxatividad o del *numerus clausus* de las causas de impugnación (art. 204.1 LSC), aun concebidas en sus términos más estrictos o absolutos, pueden amparar la «obtención de ventajas» derivada de la infracción de deberes. No son, repetimos, «intocables del derecho».

¿Cuál sería el desenlace si la ignominiosa traición fabulada llegara a las puertas del Tribunal Supremo? Es posible que los magistrados de la Sala Primera porfiasen en su doctrina y rechazasen la impugnación de la

⁵⁹ V. Paz-Ares (2022). El cuento se reproduce como anexo del presente trabajo.

⁶⁰ Ripert (1949).

⁶¹ Sobre la historia y vicisitudes de la máxima v. Zimmermann (2010, pp. 269 ss.).

fusión consumada a traición del pacto parasocial. O quizá no. Es posible también que la repugnancia moral de la traición –y de la crueldad que encierra– les empujara a superar la inoponibilidad y el *numerus clausus* de las causas de impugnación. Para facilitar esta solución creo que podría ser útil enfrentar a nuestros interlocutores con un caso semejante, esta vez situado en el ámbito del derecho de sucesiones propiamente tal. El caso reformula el cuento para acercarlo a la realidad. Imagínese, en un escenario alternativo de nuestra historia, que el nieto, ávido de mandar y disponer, hubiese contratado un sicario para quitar de en medio a su abuelo y así acelerar la recepción de la herencia. E imaginemos también que en la lista de las causas de indignidad para suceder prevista en el Código Civil no figurase la que actualmente figura en el núm. 1º del art. 756 (la de quien «fuera condenado por sentencia firme por atentar contra la vida del [causante]»). ¿Habrían apelado también nuestros magistrados al carácter tasado de las causas de la incapacidad para suceder?⁶² ¿Habrían permitido que heredase el asesino del testador? No lo creo.

Pongo este ejemplo porque nos transporta al caso real. El Elmer real asesinó a su abuelo en Nueva York en 1882 (*Riggs vs. Palmer*, 115 New York, 506, 22, N.E., 188, 1989). Elmer sabía que su abuelo le dejaba en el testamento la mayor parte de su fortuna. Pero sospechaba o temía que el anciano, tras haberse vuelto a casar, pudiera cambiar su última voluntad. Por eso lo envenenó. El crimen fue descubierto y Elmer fue condenado. ¿Tenía derecho a la herencia o esta debía ir a parar a sus dos tías que la reclamaban para ellas? En Estados Unidos el derecho sucesorio es competencia de las leyes estatales. La de Nueva York aplicable al caso, a diferencia de la nuestra, no contemplaba el asesinato del causante como causa de incapacidad para suceder. El abogado de Elmer sostuvo por ello que la fortuna del abuelo le correspondía a su cliente. Argumentó que si el Tribunal fallaba a favor de las tías de Elmer e hijas del finado estaría cambiando el testamento y sustituyendo la ley por sus propias convicciones morales.

Al comienzo de su deliberación, todos los jueces convinieron en que su decisión debería estar de acuerdo con la ley o el derecho. Ninguno preten-

⁶² Recuerdo que el elenco de causas de indignidad para suceder contenido en el art. 756 CC constituye uno de los supuestos más paradigmáticos de *numerus clausus*, si no el más, de nuestro derecho privado. Puede comprobarse abriendo cualquier manual o comentario del Código Civil por la página oportuna: «Como quiera que las causas de indignidad son presupuesto de unas consecuencias claramente sancionadoras y excepcionales, deben ser objeto de interpretación restrictiva (STS 11-II-1946, Ar. 121 y 26-III-1993, Ar. 2394), sin que se admita su ampliación o aplicación analógica, por mucho que el heredero o legatario hayan ofendido al causante incluso mediante actos más graves que los previstos en este precepto» (así, por ej., Trujillo, 2001, p. 903).

día reformar la ley en interés de la justicia. No estaban de acuerdo sobre la solución correcta del caso, pero su desacuerdo versaba sobre el significado de la ley, sobre qué requería la ley cuando se la leía como era debido. Porque la ley –según una conocida descripción de Dworkin– no es una entidad física («un documento con palabras impresas»), sino la norma «creada por la sanción de dicho documento», cuyo esclarecimiento a menudo es un asunto más complejo (Dworkin, 1988, p. 25). El problema al que se enfrentaron aquellos jueces fue, en palabras de Dworkin, un problema de interpretación parecido al que se enfrenta la crítica literaria:

«Todos los críticos literarios están de acuerdo sobre lo que es el poema «*Sailing to Byzantium*» en el primer sentido. Están de acuerdo en que es una serie de palabras designadas como dicho poema por W.B. Yeats. Sin embargo, disienten sobre lo que el poema es en el segundo sentido, es decir, sobre lo que el poema significa o quiere decir. Disienten en cómo interpretar el poema «real», el poema en el segundo sentido, a partir del texto, del poema en el primer sentido» (Dworkin, 1988, p. 26).

Al igual que los críticos literarios necesitan una «teoría adecuada» o al menos un «estilo de interpretación» para poder interpretar el poema detrás del texto, los jueces necesitan algo así como una «teoría del derecho» para hacer lo mismo con las normas legales. Esto es indudable cuando las palabras utilizadas por las normas padecen algún defecto semántico; cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Pero también debe serlo cuando las palabras son, desde el punto de vista lingüístico, impecables, como sucede en nuestro hipotético art. 756 CC o en los arts. 29 o 204.1 I LSC. Las palabras de la normativa de sucesiones de Nueva York aplicable al caso Elmer no eran ni vagas ni ambiguas. Los jueces discreparon sobre el impacto de tales palabras en los derechos sucesorios de Elmer y sus tías porque no estuvieron de acuerdo sobre cómo interpretar lo que Dworkin llama la «normal real» en las circunstancias tan especiales del caso.

Unos –la minoría representada por la opinión del juez Gray– pensaron que los testadores deben confiar en el tratamiento que recibirán sus testamentos cuando hayan pasado a mejor vida y no puedan impartir nuevas instrucciones. Por ello sostuvieron que es necesario tomarlos al pie de la letra. Por disparatadas que parezcan, sus disposiciones deben ser respetadas. Además, si a Elmer se le priva de su herencia sólo porque es un asesino, se le impone un castigo más por su crimen, adicional al de la cárcel, contraviniendo las garantías del derecho penal.

Otros –la mayoría representada por el juez Earl–, a partir de una teoría del derecho diferente, atribuyeron a las intenciones del legislador una

influencia importante para desentrañar la «norma real». Pensaron que sería absurdo suponer que los parlamentarios de Nueva York que originariamente promulgaron la ley aplicable al caso hubieran considerado admisible que los asesinos pudieran heredar de sus víctimas y, por esa razón, la norma verdadera o real que dictaron no contenía esa consecuencia. No lo sabían a ciencia cierta, pero –como dice Dworkin– a veces debemos aceptar, aun sin poseer ninguna evidencia sobre los estados mentales, «juicios de probabilidad especulativa y no de certeza práctica» (Dworkin, 1988, p. 227). Pero el argumento decisivo es otro. Lo más probable es que los legisladores de Nueva York no tuvieran en mente el caso de los asesinos. No tuvieron el propósito de que los asesinos heredaran, pero tampoco que no lo hicieran. Lo que los jueces pensaron es que las leyes deben interpretarse, a menos que indiquen claramente lo contrario, sobre el trasfondo de los principios generales del derecho y los principios tradicionales de justicia y en el marco del sistema de que forman parte. Y como el derecho en otras partes respeta el principio de que *nadie puede aprovecharse de sus propias faltas*, la ley sucesoria debía interpretarse del mismo modo (Dworkin, 1988, p. 227-228).

Esto mismo pensaron a buen seguro los magistrados de la Audiencia de Murcia cuando abordaron un caso similar (v. SAP Murcia 19-XI-2012, AC 1631/2012). Lo traemos a colación porque en él se puso a prueba precisamente el *numerus clausus* del art. 756 CC. De entre las distintas causas de indignidad para suceder listadas en el precepto, la primera es –como recordábamos hace un momento– la de quien resulta condenado por sentencia firme por atentar contra la vida del causante. Pues bien, los hechos, verdaderamente espeluznantes, fueron los siguientes: un hombre desquiciado mata a su mujer y a continuación a sus hijos pequeños; cuando la policía llega al lugar del crimen, se suicida con un disparo en la cabeza. El problema sucesorio suscitado consistió en discernir si el caudal de la mujer heredado en primera instancia por sus hijos fue heredado a continuación, a raíz de la muerte de estos, por el parricida. De ser así, los bienes en cuestión habrían entrado en su patrimonio con la consecuencia de que, tras su suicidio, los padres del asesino tendrían derecho a heredarlos. Esto fue lo que sostuvo el Juez de Instancia en aplicación literal del art. 756 1ª CC. El juez entendió que el asesino no incurrió en rigor en la causa de indignidad para suceder allí prevista porque nunca fue condenado por sentencia firme ni nunca podría haberlo sido ya que la responsabilidad criminal se extingue con la muerte. La Audiencia Provincial de Murcia corrigió el tiro y lo declaró –como hiciera la Corte de Apelaciones de Nueva York en *Riggs*– indigno para suceder a sus hijos e indirecta-

mente a su mujer. «Sería aberrante que un parricida confeso pudiera heredar a sus víctimas»⁶³.

Debe recalcar que el propósito de los jueces en el caso *Riggs* y de nuestros magistrados en el del parricida de Murcia fue interpretar el derecho que es, no inventar o establecer el derecho que debe ser⁶⁴. Estamos ante casos de interpretación en los que la duda interpretativa no proviene de una incertidumbre lingüística, sino que se suscita porque la solución literal contradice ese principio tan afincado en nuestra conciencia jurídica y moral de que nadie puede beneficiarse de sus propias faltas.

«Si pensamos que [se plantea una duda interpretativa], esto sólo puede deberse a que nosotros mismos tenemos alguna razón para pensar que los asesinos no deberían heredar. Ningún lenguaje en el estatuto de los testamentos de Nueva York declara en forma específica que las personas de ojos azules pueden heredar; sin embargo nadie piensa que el estatuto sea confuso sobre la cuestión de si pueden o no. ¿Por qué es diferente en el caso de los asesinos o, más bien, por qué fue diferente cuando se decidió el caso Elmer? / Si siguiéramos la teoría del significado del orador, nos veríamos tentados a decir: porque tenemos razones para pensar que aquellos que adoptaron el estatuto no tuvieron la intención de que los asesinos heredaran. Sólo podemos ver el sentido de dicho reclamo de forma contrafáctica y luego ver que es demasiado fuerte. Es confuso, solo porque somos *nosotros* quienes pensamos que el caso de excluir a los asesinos del estatuto de testamentos es un caso fuerte, sancionado por principios respetados por el derecho en otras partes» (Dworkin, 1988, p. 248).

Esta es la moraleja de la parábola de Elmer. La lección que obtenemos de ella es que la función de bloquear el acceso a sus justificaciones subyacentes que cumplen las listas *numerus clausus* y en general las reglas (de las que aquéllas son quizá el exponente más paradigmático) tiene sus límites. La autonomía semántica de las reglas y la divergencia extensional entre letra y espíritu a que da lugar la aceptamos con naturalidad desde una óptica positivista, pero eso no quiere decir que no esté sujeta a límites. Incluso desde esa misma óptica positivista, la autonomía semántica ha de asumirse en su justa medida. La posibilidad de contraprueba o excepción no tiene que descartarse siempre y en todo lugar, como postularía el positivismo más acendrado. Mi experiencia como

⁶³ Estas palabras de Miquel (2019, p. 1679) expresan bien la precomprensión de los magistrados murcianos. Otra cosa es que después erraran en la determinación de la suerte de la herencia de la mujer e hijos asesinados (v. la excelente disección del caso efectuada por Miquel, 2019, pp. 1682 ss.).

⁶⁴ Insiste sobre este punto con razón Dworkin (1988, p. 40).

jurista positivo me indica que la mejor caracterización de nuestras prácticas jurídicas es probablemente la que ofrece el positivismo presuntivo. La idea básica se cifra cabalmente en la presunción de que el lado formal del derecho –lo que las reglas literalmente dicen– prevalece *prima facie* sobre el lado material, pero el resultado al que conduce el derecho formal no será el resultado final si puede acreditarse más allá de cualquier duda razonable –aquí aparece de nuevo la condición de certidumbre epistémica– que, desde el punto de vista de las valoraciones del legislador, es muy incorrecto, gravemente erróneo o de cualquier otra manera altamente injusto, no simplemente incorrecto, erróneo o injusto⁶⁵. Las cualificaciones que aportan los adverbios empleados –«muy», «gravemente», «altamente», etc.– son esenciales para marcar la excepcionalidad de la hipótesis –para lograr el debido *trade-off* a que me referí en su momento entre la *ratio* de la norma y la *ratio* de su formulación como regla (v. *supra* § 2 a) *in fine*)– y evitar el riesgo de las pendientes resbaladizas⁶⁶. No es cosa de entrar aquí en mayores elucubraciones iusfilosóficas⁶⁷. En este momento se trata simplemente de constatar un hecho, y es que cuando el derecho resulta realmente insoportable desde el punto de vista material –o del balance de las razones teleológicas y deontológicas subyacentes– la tendencia empíricamente observable es que los jueces, por una vía u otra, normalmente acaban dejando de lado la regla. En nuestra fenomenología son muy elocuentes el caso *Cornelio* (STS 25-II-2016, RJ 635/2016), el caso *Riera* (SAP Barcelona 12-II-2019) o el caso del parricida de la Audiencia de Murcia (19-XI-2012, AC 1631/2012).

La idea de fondo que revela esta regularidad empírica es que, a partir de un determinado punto, la cantidad (de injusticia o incorrección o error) se transforma en calidad. Los casos de que suelen valerse los filó-

⁶⁵ Schauer (1991, pp. 259-267; 2012, pp. 228-229).

⁶⁶ Los positivistas más acérrimos no admiten, ni siquiera en estos supuestos cualificados, la posibilidad de levantar el velo de la «regleidad» porque temen que, en cualquier caso, el valor de coordinación de la regla se erosione rápidamente y con esto se desvanezca la fuerza de la presunción (v. por ej., Alexander y Sherwin, 2008, pp. 68-73). No podemos estar de acuerdo cuando el error es clamoroso. Si efectivamente este se acredita más allá de cualquier duda razonable, la garantía frente al riesgo de deslizarnos por la pendiente resbaladiza, de olvidar o menospreciar la dimensión institucional del derecho y de convertir las reglas jurídicas en simples reglas heurísticas de andar por casa, queda excluida o reducida al mínimo. No debe extrañarnos por ello que incluso Hart haya aplaudido la desheredación de Elmer en el caso *Riggs*. Lo que debe extrañar es que, desde ciertas posiciones ultrapositivistas o fundamentalistas, se insista en estar a la letra de la ley (así, por ej., Farrell, 2014, pp. 76-77) y se tilde a Hart de «adversario complaciente» (p. 70).

⁶⁷ El lector interesado encontrará en la literatura más reciente una valiosísima aportación en Bayón (2020).

sofos del derecho menos positivistas para ilustrar sus tesis (el del asesinato en *Riggs* popularizado por Dworkin o el de ciertas barbaridades de la legislación nazi que inspiraron la famosa fórmula de Radbruch⁶⁸) tienen mucha fuerza emocional. Pero hay que decir que esa transformación y la consiguiente pérdida de valor de la regla como regla también se registra en contextos de valoración menos comprometidos moralmente, como es, a fin de cuentas, el de los pactos parasociales. En estos escenarios más prosaicos se presentan igualmente casos recalitrantes desde el punto de vista de la finalidad y/o moralidad del derecho que interpelean al jurista y le reclaman la oportuna reparación. La buena fe –sin duda el *defeater* más paradigmático del derecho privado– juega aquí un papel importante y, desde luego, nos sirve en bandeja el instrumento para introducir ese tercer correctivo con el que vuelve a ponerse contra las cuerdas la doctrina del Supremo sobre los pactos omnilaterales: *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*.

8. UN APUNTE SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL FENÓMENO: DE NUEVO SOBRE LA *EXCEPTIO DOLI*

Las diversas variaciones sobre el tema de la buena fe ensayadas hasta el momento conducen a atribuir relevancia societaria a la infracción de los pactos omnilaterales. El resultado alcanzado no representa ninguna novedad. Salvo contadas excepciones, la doctrina lo admite sin ambages⁶⁹. Otra cosa es cómo lo racionaliza dogmáticamente, punto en relación al cual las posiciones distan aún de la unanimidad. Las distintas construcciones dogmáticas pueden reconducirse a dos matrices básicas, una de tipo analítico y otra de tipo sintético.

Las reconducibles a la *matriz analítica* parten de la premisa de que es conveniente distinguir conceptualmente y diferenciar normativamente el plano societario y el plano contractual, el plano organizativo y el plano obligacional, el plano de la sociedad externa y el plano de la sociedad interna y, en definitiva, el plano de las relaciones sociales y plano de las relaciones parasociales, aun cuando estas tengan su origen en pactos omnilaterales o universales. La omnilateralidad, en definitiva, no determina el colapso de esas distinciones.

Aclaración importante: los diferentes pares de distinciones mencionados –y a menudo utilizados en la discusión– guardan cierta correspondencia entre sí,

⁶⁸ Es instructivo al respecto Alexy (2001, pp. 75 ss.).

⁶⁹ V. referencias *supra* nt. 2.

pero ni son perfectamente equivalentes ni se fundan siempre en conceptos completamente precisos. Ello sin embargo no les priva de utilidad. Responden a convenciones o formas de hablar entre los mercantilistas, tal vez inexactas, pero significativas desde el punto de vista comunicativo:

Así sucede sin duda con el par que enfrenta el plano contractual y el plano societario. No hace falta decir que, tomada al pie de la letra, la distinción es falsa de raíz. Nadie pone en duda que las relaciones societarias son ellas mismas también relaciones contractuales (tan contractuales como las parasociales) e incluso que las relaciones parasociales, en la normalidad de los casos, son ellas mismas también relaciones societarias. La convención tiene otro significado: simplemente traslada la idea de que las llamadas «relaciones societarias» son relaciones institucionales de la sociedad mientras que las «relaciones contractuales» son relaciones personales de los socios, lo cual nos lleva al siguiente par de conceptos.

El par que contrapone el plano organizativo y el plano obligacional es también muy significativo a pesar de su ambigüedad. La distinción es útil sin duda si la asociamos con *la distinta eficacia que tiene uno y otro tipo de regulación*, con el llamado «relieve real» de las reglas (y la organización) societarias y la simple eficacia obligacional o *inter partes* de las reglas parasociales. A este propósito vale la pena recordar que de ordinario el contrato de sociedad despliega tanto efectos obligatorios (el contrato hace surgir derechos y obligaciones a favor y a cargo de los socios) como efectos organizativos (el contrato pone en pie una organización dotada de personalidad jurídica). Unos y otros efectos se acompañan o coordinan desplazando el punto de referencia de las relaciones obligatorias. Por regla general, los derechos y obligaciones derivados del contrato de sociedad no dan lugar a relaciones obligatorias entre los socios, que quedan reducidas al mínimo; solo a relaciones entre los socios y la sociedad. El reconocimiento de personalidad jurídica determina justamente la unificación a través de la sociedad de las relaciones de los socios (v. Paz-Ares, 2006b, pp. 496-497). Pues bien, lo que pretendemos significar cuando afirmamos que los pactos parasociales, aunque sean omnilaterales, se proyectan exclusivamente en el plano obligatorio es que las relaciones a que dan lugar no se entablan propiamente con la sociedad. Justamente por ello añadimos que los pactos parasociales no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica ni con carácter general pueden valerse de sus mecanismos de *enforcement*. Ello sólo será posible si se satisfacen las dos condiciones que, según hemos comprobado, convierten en abusiva la apelación a esa distinción de planos por parte de la sociedad, a saber: la falta de ajenidad de la sociedad respecto de los pactos (v. *supra* § 2) y la equivalencia de los resultados a que conducen los mecanismos de *enforcement* del derecho societario y del derecho general de los contratos (v. *supra* § 4).

La distinción de marras parece, en cambio, menos útil si pretende proyectarse sobre *el distinto contenido de uno y otro tipo de regulación*. No creo que se gane mucho afirmando, por ejemplo, que la regulación societaria propiamente tal (los estatutos básicamente) sólo tiene por objeto cuestiones organizativas (básicamente, el diseño orgánico, la distribución de competencias y los procedimientos de toma de decisiones) y que aquellas regulaciones que solo contemplan la atri-

bución de derechos y obligaciones a los socios (por ej., las prestaciones accesorias) no merecen la consideración de genuinas cláusulas estatutarias, serían, como acostumbra a decirse, cláusulas estatutarias meramente formales o *unechte Satzungsbestimmungen* (sobre esta discusión, escolástica donde las haya, v. en nuestra doctrina, Noval, 2012, pp. 38 ss. con ulteriores referencias). La contrapartida de este entendimiento extendido es que la regulación parasocial, centrada en la definición y atribución de derechos y obligaciones entre los socios, carece completamente de contenido organizativo en el sentido referido, lo cual tampoco puede admitirse a pies juntillas. Buena parte de la regulación parasocial se ocupa precisamente de organizar las competencias orgánicas y los procedimientos de decisión, solo que lo hace en la vertiente obligacional de las relaciones entre ellos. Nada de esto debe extrañarnos. El objetivo principal de la mayor parte de los pactos parasociales es reglamentar el proceso decisional sea concentrando el poder (societariamente disperso) o sea dispersando el poder (societariamente concentrado), de ahí que hablemos de «pactos de organización».

Menos ambiguo resulta, en fin, el par que diferencia en este contexto el plano de la sociedad interna y el plano de la sociedad externa. Con todo, ha de ponerse también un grano de sal. El recurso a esta nueva distinción, paralela a las anteriores, no implica que las relaciones parasociales tengan que calificarse siempre y necesariamente como sociedades internas (la calificación debe reservarse para las sindicaciones de voto y demás convenios en que se contemple un apoyo mutuo para el ejercicio de los derechos de socio, como sucede en general en los pactos de organización: cfr. Noack, 1996, pp. 48-49; Servatius, 2022, Rd 59, etc.)⁷⁰. Menos aún implica que todas las normas que integran la disciplina positiva de la sociedad civil (arts. 1665 CC ss.) hayan de aplicarse ciega o mecánicamente a los pactos parasociales que merezcan la calificación de sociedad interna sin una previa com-

⁷⁰Ahora bien, en las hipótesis en cuestión es llano que pueden convivir perfectamente la sociedad externa y la sociedad interna, incluso en el caso de los pactos omnilaterales. La omnilateralidad no determina que la sociedad interna colapse en la sociedad externa, como a fin de cuentas vienen a postular las tesis de corte sintético. Ambas esferas se mantienen diferenciadas. El profesor Miquel indica que «[s]ostener que en ese caso existen dos sociedades –como sostenemos nosotros– da lugar a una *esquizofrenia social propia de un derecho de locos*» (Miquel, 2022, p. 87). Disiento de mi admirado amigo y colega, que tal vez ha sucumbido al prejuicio naturalista en su aventurado juicio. Pueden existir y convivir perfectamente dos sociedades porque una es interna y la otra es externa; porque una se traduce en un mero contrato o regulación obligacional entre los socios y la otra se presenta, como acaba de recordarse, como una organización unificada que actúa de contraparte del complejo obligacional, que ya no recae sobre los socios *uti singoli* sino sobre el conjunto de ellos –sobre la sociedad– *uti universi*. El profesor Miquel lo reconoce a continuación sin reconocerlo: «[e]xisten en todo caso dos regulaciones de una única sociedad, pero no dos sociedades». El realismo verbal le juega, como decimos, una mala pasada. Ciertamente existen dos regulaciones, pero también existen dos sociedades porque la sociedad no es otra cosa que una regulación o conjunto de reglas. O si se prefiere, haciendo honor al realismo verbal, existe una sociedad (la externa) que se prolonga (como sociedad interna) en el plano obligacional (así lo formulé en su día: v. Paz-Ares, 2003, p. 19).

probación de su correspondencia tipológica, como a veces se pretende⁷¹. De estos excesos, manifestados por ejemplo en una irrestricta aplicación de la denuncia *ad nutum* (art. 1705 CC) a los pactos de duración indeterminada, la jurisprudencia de conceptos puede tener ciertamente una parte de culpa, como ha observado oportunamente el profesor Miquel (2022, pp. 86, 95-97). Ello no quiere decir, sin embargo, que la denuncia *ad nutum* quede excluida de raíz en materia de pactos parasociales, como postula el indicado profesor. La denuncia *ad nutum* no puede ser excluida y será en todo caso de aplicación cuando el pacto parasocial imponga deberes de prestación gravosos desde el punto de vista de la libertad personal (v. gr.: un deber de no competencia, un deber de administrar la sociedad, un deber de garantizar las deudas sociales, incluso un deber de asistir personalmente a las reuniones, etc.: v. Paz-Ares, 2014, pp. 860 ss.)⁷².

La consecuencia de mantener la separación analítica entre los referidos planos conduce lógicamente a afirmar –como vengo sosteniendo desde mis

⁷¹ No es, desde luego, mi caso, como parece imputarme Miquel (2022, pp. 47-50); en seguida lo comprobará el lector.

⁷² So pretexto de que en tales casos estaríamos ante deberes u obligaciones *propter rem*, vinculados a la titularidad de la acción o participación (o semejantes a ellos), de los que uno siempre puede liberarse transmitiendo la acción o renunciando a ella, Miquel ha sostenido que la denuncia *ad nutum* no es conceptualmente aplicable a los pactos parasociales (cfr. Miquel, 2022, pp. 118-120 y 138). El argumento me parece inexacto y excesivo. Inexacto porque, salvo previsión contraria, las obligaciones derivadas de los pactos parasociales no son ambulatorias; técnicamente, no circulan con la acción. Y excesivo porque resulta a todas luces desproporcionado supeditar la recuperación de la libertad a la renuncia a la participación o incluso a su transmisión, máxime si no existe un mercado líquido para ellas. El caso tiene poco que ver con la obligación del comunero de contribuir a los gastos de la comunidad (art. 395 CC o 9.1 e) LPH) y otras similares (arts. 544, 575, 599 CC) invocadas al propósito, en que la obligación refleja un coste estructural o inherente al propio derecho. No creo que el profesor Miquel porfiase en su criterio en los casos en que falte esa inherencia. ¿O acaso no permitiría denunciar *ad nutum* el pacto en virtud del cual el propietario de uno de los pisos del edificio se hubiese obligado a presidir indefinidamente la comunidad de vecinos, supuesto naturalmente que la denuncia se comunicase con una antelación razonable (por ej. 6 meses: v. art. 16.3 LCD) y se ejercitase pasado un tiempo mínimamente suficiente para poder amortizar la ventaja que eventualmente hubiese podido recibir a cambio el vecino en cuestión (en esto consiste precisamente la exigencia de la buena fe en el ejercicio de la denuncia, según he mostrado en otros estudios: v. Paz-Ares, 1997, pp. 50-51)? Quiero pensar que en supuestos de este tipo el profesor Miquel tampoco se opondría a la denuncia bajo el argumento o argucia de que el obligado tiene a su disposición la posibilidad de librarse de la obligación contraída abandonando el piso o incluso vendiéndolo con el coste de desubicación de su microcosmos vital que ello conlleva. Un sacrificio de esa índole, en la medida en que excede del coste o carga de conservación inherente al derecho, no parece exigible. El otro argumento a que apela el profesor Miquel para defender su tesis –la regulación positiva de las prestaciones accesorias, en la cual no está prevista la denuncia *ad libitum*– tampoco parece concluyente, como se comprobará en el subapartado b) que sigue.

primeros estudios (v. Paz-Ares, 2003, pp. 39 ss.)— que los pactos parasociales, aunque sean omnilaterales, no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica, sino que permanecen exclusivamente en el recinto de las relaciones obligatorias entre los socios (en estos términos se ha expresado también la STS 7-IV-2022, ap. 2.1 del FD 5º). Reitero una vez más esta formulación porque permite comprender sin esfuerzo que, desde un punto de vista constructivo de matriz analítica, la eficacia societaria de la infracción parasocial no se explica directamente en función del incumplimiento contractual. Esa relevancia y el resultado práctico en el que desemboca se describen o explican mejor acudiendo al viejo expediente de la *exceptio doli*, cuya función cumple hoy la buena fe objetiva (art. 7.1 CC). El cometido reservado aquí a la *exceptio doli* es el de romper el diafragma que separa el plano societario y el plano obligacional. Pues cuando el pacto es omnilateral, se registra un incumplimiento y la sociedad apela a su inoponibilidad el dolo está *in re ipsa*, es un dolo presente. La omnilateralidad del pacto determina, en efecto, que la pretensión de hacer valer la separación resulte abusiva (i) porque contradice la conducta negocial —realizada en el pasado (regla *venire contra factum*) o debida en el futuro (regla *dolo facit*)—; (ii) porque pretende consolidar una posición jurídica adquirida de manera maliciosa o desleal; y (iii) porque implica obtener una ventaja de la propia falta. Cualquiera de esas variantes o variaciones conduce al mismo resultado, según hemos tenido ocasión de comprobar. Todos los caminos —ya lo dijimos en la introducción— conducen a Roma.

En nuestra doctrina, esta aproximación constructiva aparece esbozada en nuestros primeros estudios (aunque con ciertas imprecisiones que ahora hemos tratado de subsanar o clarificar) y en la actualidad se halla bastante difundida (v., por ej., Morales Barceló, 2014, pp. 185-186; Radovanovic 2017, pp. 131-1342; Galacho, 2020 p. 94; etc.). Algunos autores han objetado sagazmente la explicación basada en la regla *venire contra factum proprium* (imagino que harían lo propio con la basada en las reglas *dolo facit*, «adquisición maliciosa» o *nemo ex delicto*) alegando que la contradicción del acuerdo con el pacto parasocial no constituye en rigor una actuación de mala fe, sino directamente un incumplimiento de la obligación contractual contraída en el pacto (cfr. Perdices, 2016b). Es cierto que la apelación a la doctrina de los actos propios por parte de nuestros tribunales resulta a menudo ociosa, pues si el acto propio es un acto negocial —un negocio jurídico—, la censura de la conducta que lo contradice no necesita acudir a la buena fe; basta con invocar sin rodeos o circunloquios la fuerza de ley del negocio jurídico (art. 1091 CC)⁷³. Ahora bien, esta objeción no procede cuando la construcción del

⁷³ Cfr. Díez-Picazo (2014, pp. 216-218). Allí leemos: «esta identificación entre la inadmisibilidad del *venire contra factum* y la inadmisibilidad de desligarse de un

fenómeno parte de la diferenciación analítica de planos. Un magistrado del Tribunal Supremo lo ha expuesto con perspicacia: existiendo «una duplicidad de planos (el estatutario y el contractual), no [puede] resolverse la cuestión exclusivamente desde uno de ellos, declarando que se ha infringido el contrato, puesto que ha de darse respuesta al conflicto planteado en el plano orgánico societario, y es ahí donde la infracción derivada del pacto parasocial puede articularse a través de la infracción de la buena fe» (Vela Torres, 2018, p. 1457). El fenómeno es en cierto modo similar al que se produce en el derecho cambiario⁷⁴.

Las tesis reconducibles a la *matriz sintética* parten de la premisa opuesta. Tratándose de pactos omnilaterales o universales –se afirma–, no deben distinguirse o separarse el plano societario y el plano obligacional. La insistencia en mantener la distinción o la separación sería pura jurisprudencia de conceptos, una reminiscencia de teorías «exasperadamente realistas de la persona jurídica»⁷⁵. Cuando los pactos han sido suscritos por todos los socios se convierten en incumbencia directa de la sociedad. Lo cual significa que se integran en el ordenamiento de la persona jurídica y, siendo así, queda habilitado el recurso directo a sus mecanismos de *enforcement* –especialmente a la impugnación de acuerdos– para hacerlos efectivos frente a la sociedad. En una palabra, la eficacia societaria de los pactos omnilaterales se justifica bajo el entendimiento de que se habrían asumido también en la esfera societaria y, en esa medida, formarían parte, tanto como los estatutos, de la estructura corporativa de la sociedad. A la luz de este entendimiento, no hay dualidad de planos, no hay separación analítica.

En nuestra doctrina esta línea de pensamiento ha sido desarrollada sobre todo por Sáez-Lacave (2009, pp. 15-16) y Noval (2012, pp. 99-102 y *passim*)⁷⁶. El acierto de la motivación o inspiración que ha guiado su desarrollo es indudable. La forma más intuitiva quizá de soslayar los obstáculos interpuestos por la regla de la inoponibilidad o por el *numerus clausus* de las causas de impugnación en el camino para obtener una solución razonable era haciendo ingresar los pactos

negocio jurídico, es sumamente frecuente en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia».

⁷⁴ Para una analogía entre la abstracción cambiaria y la personalidad jurídica y la utilización de la *exceptio doli* como mecanismo para perforar o penetrar uno y otro diafragma, v. Paz-Ares (1986, pp. 367-368).

⁷⁵ Así, por ej., Noval (2012, pp. 84-85).

⁷⁶ Pero no son los únicos: v. también, por ej., Fdez. del Pozo (2007, pp. 174-175) y, recientemente, Miquel (2022, pp. 87-88, 134-135). La elaboración doctrinal más acabada de la tesis sintética se contiene sin duda en el escrito de habilitación de Noack (1994, *passim*, esp. pp. 61 ss. y 163-164; y 2010, pp. 1017 ss.).

omnilaterales en el ordenamiento societario. Así, paradójicamente, no habría necesidad de superar una concepción rígida del *Trenungsprinzip* y ciertos prejuicios realistas en la concepción de la persona jurídica pues ya estaríamos dentro de ella. Enseguida veremos por qué no convencen. Antes debo señalar, sin embargo, que las aproximaciones sintéticas no se dejan siempre ver en estado puro ni por tanto aislar con claridad de las que adscribimos a la matriz analítica. Esta cita es reveladora: «el derecho no puede permitir que el formalismo a que da lugar la regla de la inoponibilidad ampare a quien se comporta abiertamente de mala fe, de manera desleal o abusiva» (Sáez-Lacave, 2009, p. 17). Esta otra menos: «resulta [...] formalista afirmar que los pactos estatutarios son aquellos pactos que se han integrado en el ordenamiento de la persona jurídica para contraponerlos a los pactos parasociales, que serían aquellos que no se integran en la regulación de la persona jurídica» (Sáez-Lacave 2009, p. 24). De hecho, existe una cierta tensión entre ellas. La buena fe es justamente el mecanismo de que nos valemos para desplazar el formalismo, la buena fe es el *defeater* del formalismo.

He expresado mi preferencia por las tesis analíticas. Me apresuro sin embargo a precisar que la razón no es ontológica, ni siquiera epistemológica, sino meramente pragmática. Para rehabilitar la credibilidad un tanto denostada de la dogmática conviene ser conscientes de sus límites o, mejor dicho quizá, de su función más genuina, que no es productiva (aunque pueda iluminar al intérprete a la hora de identificar las razones subyacentes del legislador o del sistema y, a partir de ahí, ayudarlo en su función de completamiento intersticial), sino meramente expositiva. Esto exige desmontar el «prejuicio naturalista», que a menudo nos lleva a juzgar los enunciados dogmáticos –en este caso, los contrapuestos de las tesis analíticas y sintéticas– en términos veritativos, cuando el único rasero relevante para la evaluación de su rendimiento es el de la conveniencia práctica. El valor de una construcción dogmática depende única y exclusivamente de la utilidad expositiva y explicativa que proporcione. Nuestro posicionamiento a favor de las tesis de corte analítico obedece solo a justificaciones de esta guisa. Siendo así, se sitúa en las antípodas de la jurisprudencia de conceptos y a buen resguardo de los riesgos que le son inherentes (*Inversionsverfahren*). Como dejó escrito Ihering en su prodigioso *Bromas y veras*, «es preciso haber perdido toda fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro»⁷⁷.

Será bueno por ello recordar aquí la conocida tesis de Philip Heck, un ilustre mercantilista de la primera mitad del siglo XX, sobre la *posibilidad lógica de construcciones equivalentes*. Ante los frecuentes desencuentros «dogmáticos» de

⁷⁷ Ihering (1974, p. 72).

los juristas, incluidos muy especialmente los que llegan a idénticas o similares conclusiones prácticas, sugirió Heck que cabía dentro de lo posible que un mismo fenómeno jurídico (es decir, un mismo conjunto de normas) fuera objeto de construcciones diametralmente distintas, pero equivalentes en sus resultados. Y si esto era así, ¿por qué se produce la controversia, por qué el rechazo de las doctrinas opuestas y la a menudo consiguiente multiplicación y complicación de las teorías? La respuesta la encontró Heck en el modo en que entonces se desarrollaban las investigaciones jurídicas, condicionado por eso que hemos llamado «prejuicio realista» y que aún hoy no hemos sabido desterrar. La controversia surge –dice Heck– porque la indagación sobre la naturaleza jurídica se plantea como un «problema de conocimiento» (*Erkenntnisproblem*), tal y como se plantean los problemas en el ámbito de las ciencias naturales. Y desde ese planteamiento, los resultados de la pesquisa se enjuician, como es lógico, en términos veritativos: como verdaderos o falsos. De manera que entre varias construcciones, sólo una puede ser verdadera. Y así es cómo se enciende la polémica: en la convicción de que tu construcción es contradictoria con la mía y que, por consiguiente, una de las dos es falsa. Pero la realidad –como intentó demostrar Heck y evidencia la problemática objeto de análisis– es distinta. Entre las construcciones en liza con frecuencia no existe más que una contradicción aparente o ilusoria (una *Widerschpruchillusion*) por la sencilla razón de que lo que se suscita en la indagación acerca de la naturaleza jurídica de una institución, en nuestro caso, de los pactos omnilaterales, no es en rigor un problema de conocimiento sino un «problema de exposición o explicación» (*Darstellungsproblem*). Esta circunstancia permite comprender el hecho, por lo demás relativamente frecuente, de que el mismo fenómeno pueda ser expuesto y explicado (en función de intereses, de preferencias e incluso de temperamento diversos) a través de construcciones formalmente distintas, pero materialmente equivalentes (v. Heck, 1968, pp. 205-212).

Este esclarecedor pensamiento converge con la denuncia del «realismo verbal» realizada por la jurisprudencia analítica. El vicio que a menudo aqueja a la dogmática tradicional proviene de presuponer que detrás de cada concepto jurídico –detrás, por ejemplo, del concepto «pacto omnilateral»– existe realmente una esencia o naturaleza que es menester desentrañar para interpretar las normas positivas y, sobre todo, para producir desde ella o con arreglo a ella las normas necesarias para cubrir las lagunas –aparentes u ocultas– que se detecten en el proceso de aplicación del derecho. La lección que cuesta aprender es que los conceptos jurídicos no pueden ser objeto de «definiciones reales» y que, por tanto, de ellos no puede obtenerse «conocimiento normativo». El prejuicio del «realismo verbal» es, en última instancia, culpable del método de inversión y de los excesos de la jurisprudencia de conceptos que, de un modo u otro, aún sigue desplegando su velada influencia sobre la actividad dogmática (cfr. Hart, 1983, pp. 31-32). La perspectiva que sugiere la jurisprudencia analítica es precisamente la inversa: la «definición nominal». Si los conceptos jurídicos no son la representación verbal de realidades subyacentes, sino meras entidades lógicas cuya función es abreviar sistemas de normas, lo pertinente es definirlos estipulativamente y construirlos únicamente en función de la utilidad expositiva y explicativa que proporcionen.

De lo anterior se deduce que los criterios o pautas que deben presidir la elaboración de una construcción dogmática (y que, en su caso, deben emplearse como raseros para calibrar su consistencia) son de la siguiente índole: (i) la claridad y simplicidad con que sea capaz de dar cuenta de una determinada disciplina; (ii) la aptitud que tenga para procesar la mayor cantidad posible de datos positivos y de reflejar de la manera más fidedigna su finalidad o justificación; y (iii) la oportunidad que brinde para insertar las soluciones propuestas en el sistema, en nuestro caso en el sistema de derecho de sociedades y aun del derecho privado. Pues bien, es cabalmente atendiendo a estos criterios cuando se percibe el mayor rendimiento comparativo de las tesis de matriz analítica. He aquí algunas de las razones que lo prueban:

a) La primera descansa sobre su *mayor simplicidad y claridad*. Las tesis analíticas no necesitan crear un esquema conceptual distinto para los pactos parasociales, en función de que sus partes sean todos los socios de la sociedad o solo algunos de ellos. En uno y otro caso asumen como premisa descriptiva la neta diferenciación conceptual del plano organizativo y el plano obligacional. La asunción de dicha premisa se revela más conveniente por varios motivos:

Primero, porque se corresponde con la aproximación unitaria al fenómeno de los pactos parasociales que realiza el legislador, en la que no hace distinción ni parece que a otros muchos efectos sea necesario que la haga el intérprete, entre pactos fraccionarios y pactos omnilaterales. Esto simplifica la exposición. El problema específico de los pactos omnilaterales tratado en estas páginas se resuelve fácilmente por fuera acudiendo a ciertas reglas canónicas derivadas de la buena fe.

La opción por el planteamiento sintético entraña dar un paso constructivo que no es inocuo. A la postre puede facilitar que resbalemos por la pendiente y acabemos aceptando también la relevancia impugnatoria de la infracción de los pactos parasociales que reúnan a socios que sumen la mayoría necesaria para modificar estatutos (esto es, por ej., lo que ha podido sucederle a Noack, 1994, p. 167). Una conclusión de este tipo tiene sin embargo poco sentido normativo. Los socios ajenos al pacto, a los que representa también la sociedad, no deben sufrir interferencia alguna del pacto (y, sin embargo, la sufrirían inevitablemente si se admitiese la tesis de Noack a causa de la indivisibilidad de la imputación de la persona jurídica aludida en las páginas iniciales), ni siquiera en la hipótesis de que finalmente, vía *enforcement* contractual, deba imponerse su solución a la sociedad en función de la mayorías que reúne (v. también Pérez Millán, 2010, p. 252). La lógica es parecida a la que inspira otros principios emparentados y, en concreto, el de indivisibilidad de la acción o, *rectius*, el de

unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a acciones y participaciones (arts. 126 y 127.1, 132.1 LSC), que –como se ha dicho certeramente– «no descansa en razones lógico-dogmáticas, sino en obvias exigencias prácticas de simplicidad y claridad», cuya «finalidad es la protección de la *sociedad*, exclusivamente» (Pantaleón, 1992, p. 19), donde por *sociedad* deben entenderse los socios externos ajenos a la relación de copropiedad, prenda o usufructo de que se trate. Nadie en sus cabales sostendría que si el accionista único de la sociedad da sus acciones en usufructo reservándose el derecho de voto, la sociedad puede negarle el ejercicio de ese derecho so pretexto de reducir los costes de la legitimación: ¿en beneficio de quien?, habría que preguntar.

Segundo, porque se muestra más coherente con la elección realizada por las partes en el ámbito de la autonomía privada. El hecho de que estas no hayan sometido sus pactos al ordenamiento societario y a los mecanismos de *enforcement* de la persona jurídica no es solo porque no hayan podido (debido a la rigidez de la normativa societaria); en muchos casos es porque no han querido, sea por razones de mayor estabilidad –el cambio ahora exige la unanimidad–, de mayor personalidad –están vinculados a las personas y a su condición de socios y deben desaparecer con ellos, como en el caso de Elmer– o de mayor confidencialidad –no deben publicarse en el Registro, etc.

Y, *tercero*, porque resulta más intuitiva desde el punto de vista de la valoración paralela del caso en la esfera laica. En este aspecto, parece que el reproche que de manera más inmediata suele dirigirse a la sociedad que trata de defender un acuerdo hecho en violación de un pacto omnilateral es un reproche de oportunismo o mala fe de la mayoría, no un reproche técnico de incumplimiento (de hecho, ese es el lenguaje que a menudo emplean también, quizá inconscientemente, los partidarios de las tesis sintéticas: v., por ej., Sáez Lacave 2009, pp. 2 y 21). Pues bien, para remediar el agravio valorado en esos términos en la esfera laica no hay ninguna necesidad de negar la diferenciación conceptual afirmando que el incumplimiento del pacto omnilateral constituye un incumplimiento societario. El remedio más natural a tal propósito lo proporciona la *exceptio doli* –la buena fe–, el *defeater* disponible por antonomasia para reparar esa clase de atropellos o injusticias que a veces permite el *ius stricto*⁷⁸.

⁷⁸ No creo por ello que sea justa ni esté justificada la objeción que me dirige Fdez. del Pozo (2007, p. 173), cuando escribe: «peca de inconsistencia Paz-Ares que acepta una definición ‘tradicional’ del pacto parasocial (pacto con eficacia en las relaciones internas) para luego defender con entusiasmo la oponibilidad, que es su cabal contrario y aunque sea en ciertas condiciones...».

La negación de la diferenciación conceptual nos pondría por otra parte en la tesitura de urdir arabescos constructivos muy alambicados para explicar ciertas excepciones que se revelan evidentes en la esfera laica o, lo que es peor, a no admitir esas excepciones y propiciar soluciones manifiestamente anómalas o aberrantes. Una de ellas sería, por ejemplo, entender que la sociedad está legitimada para reclamar al socio incumplidor los daños causados por el incumplimiento de un pacto omnilateral. Y no es así. La indemnización de daños sólo pueden pedir-la las partes del pacto, nunca la sociedad (salvo que –y en la medida en que– los socios le hayan cedido sus acciones⁷⁹). Lo mismo sucede con la acción de resolución (con independencia de cómo quiera configurarse en el ámbito de una sociedad interna): ante el incumplimiento de un socio, los demás pueden optar por terminar el pacto parasocial con él, pero la sociedad o los administradores que la representan no pueden hacerlo. Ni siquiera creo que los administradores posean legitimación para impugnar el acuerdo social adoptado en violación del pacto omnilateral a pesar de la dicción genérica del art. 206.1 LSC. La legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación fundada en este motivo debe quedar reservada a las partes del pacto, pues solo a ellas compete la acción de cumplimiento de la que trae causa o es metamorfosis.

b) Una razón adicional que lleva a preferir las tesis de corte analítico reside en su *mayor capacidad de racionalizar los datos positivos y las soluciones generalmente aceptadas*. Las tesis sintéticas, en la medida en que convierten las regulaciones parasociales de todos los socios en regulaciones corporativas, se encuentran con dificultades para explicar algunos de sus atributos más específicos (mayor estabilidad, menor publicidad, etc.) y, como digo, abren la espita para propiciar soluciones discutibles o directamente erróneas. Otro buen ejemplo lo proporciona el tema de la exclusión de socios. Los partidarios de las tesis sintéticas, al equiparar las obligaciones derivadas del pacto con las derivadas de los estatutos –y, específicamente, de las prestaciones accesorias acaban admitiendo la posibilidad de excluir de la sociedad, al amparo del art. 350 LSC, al socio o socios que hayan violado el pacto omnilateral (así, por ejemplo, Sáez Lacave 2009, pp. 15-16 o, más recientemente, Serra, 2021). Un resultado de esa índole no parece sin embargo admisible sin que conste expresamente la pertinente voluntad de las partes (cfr. STS 9-VII-2007, RJ 4960/2007 y, en doctrina, Pérez Millán, 2019a,

⁷⁹ En cuyo caso habría que entender que lo han hecho a título de aportación o, eventualmente, si no hay simetría entre el daño experimentado y la cuota de participación en la sociedad, a título de donación.

p. 114; Flores Segura, 2015, pp. 303-304)⁸⁰. Y la vía más adecuada para expresarla consiste precisamente en configurar el cumplimiento del pacto parasocial como prestación accesoria y su infracción como causa de exclusión, conforme a los arts. 89.2, 350 y 351 LSC⁸¹.

Otra anomalía se produce con el tratamiento de la denuncia *ad nutum* al que ya me he referido. Los autores tienden a asimilar las obligaciones contraídas en pactos omnilaterales –por ejemplo, una obligación de no competencia o una obligación de administrar– a las prestaciones accesorias estatutariamente configuradas para afirmar que si estas no son denunciables *ad nutum* (arg. *ex art.* 89 LSC), tampoco pueden serlo los pactos parasociales en los que se recogen aquellas (cfr. Miquel, 2022, pp. 52 y 136). El argumento, sin embargo, yerra por partida doble. Yerra en la premisa de la que parte porque no está dicho en ninguna parte que la prestación accesoria que implique un deber de prestación continuado no pueda ser terminada *ad nutum*. La verdad es exactamente la contraria. Otra cosa es que en tales casos la terminación de la prestación –en la medida en que se halla estructuralmente vinculada a la acción– deba hacerse a través de la disolución del vínculo societario del afectado. Precisamente por ello, aunque la ley guarde silencio al respecto, debe reconocerse en estos casos un derecho de separación *ad nutum* (así lo venimos defendiendo desde hace años: v. Paz-Ares, 2006c, p. 801 y, sobre todo, Paz-Ares, 2014, pp. 859-863, que sintetiza brevemente el estado de la cuestión)⁸². Y yerra tam-

⁸⁰ Otra cosa es que pudiera llegarse a él a través de la cláusula general de exclusión por justos motivos, pero para ello sería preciso, primero, que esta cláusula fuese reconocida por la doctrina y la jurisprudencia con carácter general (como ha propuesto, con buenas razones, Alfaro, 1996, pp. 1100-1101) y, segundo, que el incumplimiento del pacto omnilateral revista, en cada caso, la gravedad necesaria para ser considerado justo motivo de exclusión.

⁸¹ Así lo sugerí en su momento (v. Paz-Ares, 2003, pp. 41-42); y así ha sido reconocido posteriormente: v. RDGRN 26-VI-2018, RJ 3648/2018 y, en doctrina, Pérez Millán (2019a, p. 116; 2019b, pp. 477 ss.); Muñoz Cervera (2021, pp. 1414-1415), etc.

⁸² Este planteamiento vendría a ser corroborado con el paso del tiempo por el legislador en el art. 13.1 LSP, cuya aplicación analógica postulamos. Como es pacífico, el precepto solo se explica por la razón indicada y por la iliquidez de la acción gravada con prestaciones accesorias. Pero hay más. El derecho de separación *ad nutum* es tan importante que el ejercicio de las cláusulas de determinación del valor de la cuota de liquidación «ruinosas» se considera abusiva cuando conduzca a constreñir irrazonablemente el derecho (v. Paz-Ares, 2006d, p. 705). Las sociedades laborales ofrecen una hipótesis intermedia. Naturalmente, el socio trabajador puede denunciar *ad nutum* su relación laboral, pero ello no conlleva necesariamente la pérdida de la condición de socio. El art. 9.1 LSLP solo obliga al trabajador que haya terminado su contrato de trabajo a ofrecer al resto de trabajadores de la empresa sus acciones o participaciones, pero si nadie ejercita su derecho de adquisición, el trabajador saliente puede conservarlas como acciones ordinarias.

bién en la conclusión que extrae. Pues el hecho mismo de que la obligación se haya configurado como parasocial es indicio, si no evidencia, de que no ha habido voluntad de configurarla societariamente (como obligación estatutaria o prestación accesoria), y esta circunstancia implica que no se ha querido unir su destino al del vínculo societario. En suma, la diferencia entre la prestación accesoria o estatutaria y la prestación parasocial es que la primera solo puede deshacerse (salvo acuerdo unánime de las partes) resolviendo o disolviendo el vínculo social mientras que la segunda puede deshacerse con independencia de la suerte que haya de correr dicho vínculo. Este es, al menos en línea de principio, el significado que debe atribuirse a su carácter parasocial.

Hay otras cuestiones en cuyo tratamiento las tesis sintéticas pueden asimismo inducir a error. Imagínese, por ejemplo, que el administrador concursal de una sociedad declarada en concurso pretenda exigir de los socios, al amparo del art. 131.2 LC, el cumplimiento de una aportación suplementaria prevista en el pacto omnilateral. En mi opinión, si todos los socios están de acuerdo en deshacer su compromiso y el pacto omnilateral no se ha comunicado a terceros, esto no debería ser posible (contra, Sánchez Álvarez, 2009, pp. 1377-1380). El compromiso no es corporativo; en principio, es puramente obligacional entre ellos⁸³.

c) Es de observar, finalmente, que las tesis analíticas se hallan también en *mejor disposición para lograr la inserción o integración de la doctrina de los pactos parasociales en nuestro sistema de derecho privado*. Para ilustrarlo bastará con una breve alusión al problema de la imperatividad. Pues no parece dudoso que las soluciones más razonables en el tratamiento de este problema –las que con mayor fidelidad reflejan los principios del sistema y la composición de intereses realizada por el legislador– se racionalizan de manera más eficaz manteniendo separados el plano societario o corporativo y el plano obligacional, y aplicándole a cada uno de ellos un estándar de imperatividad distinto. El estándar de la llamada *imperatividad tipológica* al plano societario y el de la *imperatividad sustantiva* al plano obligacional⁸⁴. La distinción es fundamental para evitar el colapso a que conducen los planteamientos sintéticos. Nótese que estos, en la medida en

⁸³ Otra cosa ocurriría si el pacto no es omnilateral y se ha comunicado a la sociedad, pues lo normal en ese caso será interpretar que ha sido aceptado por esta (v. art. 1257 II CC). El problema, en uno y otro caso, es al final un problema de interpretación contractual (sobre la materia ofrece alguna indicación Flores Segura, 2015, pp. 304-307 y 311-312).

⁸⁴ He elaborado estas categorías en Paz-Ares (2011a, pp. 2-3 y 2011b, pp. 252 ss.). Con carácter previo, responden a la misma intuición algunas observaciones de Oppo (1987, pp. 523 ss.) y, en nuestra doctrina, de Sánchez Álvarez (1996, pp. 169-170).

que equiparan funcionalmente los pactos omnilaterales y los pactos estatutarios y, por tanto, los integran en el ordenamiento de la persona jurídica, se ven compelidos o al menos inclinados a sujetarlos a las normas imperativas del derecho de sociedades. He aquí un testimonio elocuente:

«Pero fuera de esa restricción, estos pactos, pese a su naturaleza obligacional, están sometidos a las mismas barreras normativas que las estipulaciones estatutarias: los pactos omnilaterales pueden en líneas generales regular un determinado aspecto de forma diferente a lo estipulado en ese mismo punto por los estatutos, pero en absoluto pueden vulnerar normas legales imperativas en materia societaria. Tales pactos no pueden servir de cauce para eludir o rebajar las exigencias legales: la voluntad de los socios que no tiene cabida estatutariamente tampoco puede llegar a conformar el ordenamiento de la sociedad mediante su plasmación en pactos omnilaterales. Cuando una norma prohíbe introducir una determinada previsión estatutaria, los socios no pueden pretender salvar esa restricción concertando un pacto omnilateral. En ningún caso, esa finalidad fraudulenta puede constituir el criterio que guíe a los socios a la hora de optar por regular una determinada cuestión por vía estatutaria o por vía obligacional» (Noval, 2012, pp. 130-131)⁸⁵.

Lógicamente impecable, pero materialmente insostenible. Así es el argumento. La idea de que los pactos parasociales, aunque sean omnilaterales, no pueden derogar las normas imperativas del derecho de sociedades de capital no aplicables a otros tipos sociales (por ejemplo, el principio mayoritario, el principio de proporcionalidad capital/voto, el principio de revocabilidad *ad nutum* de los administradores, etc.) resulta en efecto contraria a nuestras expectativas normativas y a la experiencia del tráfico. Una de las razones por las que se recurre a los pactos parasociales es precisamente para obtener legítimamente una flexibilidad que el derecho de sociedades no permite alcanzar por simples razones «transaccionales»⁸⁶. La doctrina del Tribunal Supremo en este punto resulta intachable. En lo que hace a su validez, los pactos parasociales

⁸⁵ En el mismo sentido, v. Madridejos (2010, pp. 301-30); Pérez Millán (2010, p. 245); en la doctrina alemana, aunque en términos algo más matizados, Noack (1994, pp. 124-128 y 168-169).

⁸⁶ Es de justicia señalar sin embargo que no todos los partidarios de las tesis sintéticas terminan admitiendo la equiparación de pactos y estatutos a estos efectos (es significativa, por ej., la posición de Sáez Lacave, 2009, p. 13). Mi especulación es puramente probabilística. Lo único que sugiero es que la inercia que empuja a quienes parten de premisas sintéticas incrementa la probabilidad de que acaben proponiendo soluciones idénticas en uno y otro ámbito y, por ende, que no diferencien tampoco entre ellos a la hora de fijar los límites de la autonomía privada.

–dice el alto Tribunal– «no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias –de ahí gran parte de su utilidad– [*imperatividad tipológica*], sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil [*imperatividad sustantiva*]» (así STS 23-X-2012, RJ 10123/2012)⁸⁷.

Cuando hablamos de razones «transaccionales» para justificar la imperatividad tipológica aludimos a la necesidad o conveniencia (real o supuesta, esta es otra cuestión) de estandarizar un modelo societario al objeto de facilitar economías de aprendizaje y de red y reducir los costes de información en relación a organizaciones abiertas y a posiciones de socio destinadas a circular (v. Kahan y Klausner, 1997, pp. 713 ss., esp. 718-729). Todo el mundo debe saber cuáles son los patrones generales de una anónima o limitada, y ello tal vez pueda justificar (esa es al menos la especulación menos insensata) que no se permitan variaciones sustanciales en la estructura que se presenta *ad extra* y está llamada a perdurar por encima de las vicisitudes de los socios. Se trataría –como se ha señalado recientemente– de proteger la seguridad jurídica y las expectativas de los adquirentes de acciones y participaciones frente a reglas sorprendentes o sorpresivas que no es dable esperar en el tipo social en que se ingresa (Serra, 2021). Ocurriría algo similar a lo que ocurre con la letra de cambio y otros instrumentos del tráfico. Nada debe impedir, sin embargo, que las partes acomoden esa organización a sus necesidades idiosincráticas, siempre y cuando con ello, precisamente por circunscribirse al ámbito interno u obligacional entre socios, no alteren el «instrumento». Las partes tampoco pueden modificar el contenido típico de una letra de cambio introduciendo, por ejemplo, una cláusula de intereses o de causalización del título. Estas cláusulas infringirían la imperatividad tipológica del instrumento cambiario, objetivamente configurado con un alto nivel de estandarización para facilitar su circulación. Nada les impide, sin embargo, pactar lo que estimen oportuno en sus relaciones internas o subyacentes. Los límites a que quedan sujetas las partes en este caso son los generales del derecho de obligaciones y no los específicos del derecho cambiario.

⁸⁷ En la misma dirección, v. STS 4-VI-2010 (RJ 2669/2010) y, más recientemente, STS 7-IV-2022 (RJ 129041/2022). Resulta absurdo, por ejemplo, impugnar una retribución no prevista estatutariamente pero contemplada en un pacto omnilateral, según oportunamente argumentó la STS 19-IX-2017, RJ 4012/2017 (sobre la cual v. Cohen, 2018, pp. 387-388) e hicieron otras muchas incluso en casos en que el pago de la retribución no estaba prevista en pactos, solamente se había tolerado mediante actos propios (v. STS 9-V-2001 (RJ 7386/2001); 31-X-2007 (RJ 6816/2007); 29-V-2008 (RJ 3184/2008); 19-XII-2011 (RJ 4878/2012); 18-VI-2013 (RJ 4632/2013); 25-VI-2013 (RJ 5188/2013); 17-XII-2015 (RJ 6189/2015); etc.). La crítica dirigida por ciertos autores a este planteamiento (v., por ej., Roncero, 2009, p. 453; Montero, 2008, p. 186; o García Sanz, 2012, pp. 128-129), basada en el argumento de que la constancia estatutaria de la retribución constituye una medida de transparencia y protección establecida también en beneficio de terceros, resulta verdaderamente peregrina.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- M. A. Alcalá Díez (1998), *La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid 1998.
- L. Alexander y E. Sherwin (2008), *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge-New York 2008.
- R. Alexy (2001), «Una defensa de la fórmula de Radbruch», *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña* 5 (2001), pp. 75 ss.
- J. Alfaro (1996a), «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», *Revista de Derecho Mercantil* 222 (1996), pp. 1079 ss.
- J. Alfaro (1996b), *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Civitas, Madrid 1996.
- J. Alfaro (2013), «La regulación de los pactos parasociales en la Propuesta de Código Mercantil», *Almacén de Derecho*, entrada de 8-XI-2013.
- J. Alfaro (2015), «La impugnación de acuerdos. Acuerdos impugnables (art. 204)» en J. Juste Mencía, (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Civitas, Cizur Menor 2015, pp. 198 ss.
- J. Alfaro (2019), «La impugnación de acuerdos sociales» en M. B. Glez. Fdez. y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 1215 ss.
- J. Alfaro (2021), «La facultad de proclamar adoptado un acuerdo y la carga de impugnarlo», *Almacén de Derecho*, entrada de 25-VI-2021.
- J. Alfaro (2022), «Oponibilidad a la sociedad de pactos parasociales omnilaterales: la funesta manía de largarse un montón de páginas de resumen doctrinal que no forma parte de la ratio decidendi de la sentencia», *Derecho Mercantil España*, entrada de 21-IV-2022.
- C. Alonso Ledesma (2006), voz «Pactos parasociales» en C. Alonso Ledesma (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid 2006, pp. 857 ss.
- M. Atienza y J. Ruiz Manero (2006), *Ilícitos atípicos (sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder)*, Trotta, Madrid 2006.
- J. C. Bayón (2020), «El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, Lo Normativo: variedades y variaciones», *Eunomía* 22 (2020), pp. 539 ss.
- A. Büssemaker (1999), *Stimmbindungsverträge bei Kapitalgesellschaften in Europa*, Nomos Verlag, Baden-Baden 1999.

- M. M. Bustillo Saiz (1999), *La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la sociedad anónima*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999, pp. 292 ss.
- M. M. Bustillo Saiz (2016), «Apuntes sobre el régimen de los acuerdos negativos inválidos de la junta de socios en las sociedades de capital (I)», *La Ley Mercantil* 31 (2016), pp. 5 ss.
- M. M. Bustillo Saiz (2017), «Apuntes sobre el régimen de los acuerdos negativos inválidos de la junta de socios en las sociedades de capital (II)», *La Ley Mercantil* 33 (2017), pp. 1 ss.
- A. Campins Vargas (2020), «Protección judicial frente al atesoramiento injustificado de beneficios», *La Ley Mercantil* 65 (2020), pp. 1 ss.
- C. W. Canaris (1964), *Feststellung von Lücken im Gesetz*, Humboldt, Berlin 1964.
- M. Carneiro da Frada (2009), «Acordos parassociais omnilaterais», *Direito das Sociedades em Revista* 2 (2009), pp. 97 ss.
- A. Cohen (2018), «Comentario a la STS, Sala primera, de 19 de septiembre de 2017, sobre retribución de administradores sociales: exigencia de constancia estatutaria de la remuneración», *Revista de Derecho de Sociedades* 52 (2018), pp. 365 ss.
- CGC o Comisión General de Codificación, *Propuesta de Código Mercantil*, Ministerio de Justicia, Madrid 2013.
- C. Cunha (2010), «Acordos Parassociais Art. 17» en J. M. Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Almedida, Coimbra 2010, pp. 285 ss.
- L. Díez-Picazo (2014), *La doctrina de los actos propios*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor 2014.
- I. Drescher (2019), § 243, en Spindler y Stilz (eds.), *Aktiengesetz*, vol. II, 4ª ed., Beck München 2019.
- I. Drescher (2019), § 47, en *Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 3ª ed., Beck, München 2019.
- J. F. Duque (1991), «Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas» en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas*, vol. I [La fundación], Madrid 1991, pp. 80 ss.
- R. Dworkin (1988), *El Imperio de la justicia (De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica)*, trad. esp. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona 1988.
- X. Englisch (2017), § 243 en Hölter (Hsgr.), *Aktiengesetz Kommentar*, 3ª ed., Beck, München 2017.
- M. D. Farrell (2014), «Positivismo jurídico: Dejen que Palmer herede», *Lecciones y Ensayos* 93 (2014), pp. 63 ss.

- J. Feliú Rey (2012), *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid 2012.
- J. Feliú Rey (2018), «Comentario a la RDGRN de 26 de junio de 2018: Prestación accesoria consistente en el cumplimiento de un protocolo familiar», *Revista de Derecho de Sociedades* 54 (2018), pp. 666 ss.
- L. Fernández del Pozo (2007), «El enforcement societario y registral de los pactos parasociales: la oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *Revista de Derecho de Sociedades* 29 (2007), pp. 139 ss.
- L. Fernández del Pozo (2008), *El protocolo familiar, empresa familiar y publicidad registral*, Marcial Pons, Madrid 2008.
- L. Fernández del Pozo (2014), «Acerca de la licitud de los pactos parasociales para el Consejo. La mala regulación de la cuestión en el proyectado Código Mercantil», *La Ley Mercantil* 3 (2014), pp. 18 ss.
- A. Filipa Leal (2009), «Algumas notas sobre a parassocialidade no Direito português», *Direito das Sociedades em Revista* 1 (2009), pp. 135 ss.
- M. Flores Segura (2015), «Los pactos parasociales a favor de la sociedad» en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pp. 291 ss.
- A. F. Galacho (2020), «Derechos de socios procedentes de pactos parasociales y su oponibilidad frente a la sociedad», en M. B. Glez. Fdez. y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020 pp. 90 ss.
- M. P. Galeote Muñoz (2008), *Sindicatos de voto. El control de una sociedad conjunta*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.
- R. García Pérez (2012), «El incumplimiento anticipado o previsible (anticipated non performance) como incumplimiento resolutorio en la propuesta de modernización del Código Civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 7 (2012), pp. 37 ss.
- A. García Sanz (2012), «Comentario a Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 (RJ 4878/2012): la constancia estatutaria de la retribución de los administradores sociales: interés de los socios e interés de los terceros», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 90 (2012), pp. 128-129.
- J. R. García Vicente, «Comentario al art. 29», en J. A. García-Cruces e I. Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 725 ss.
- M. Gimeno Ribes (2021), «Consejeros de la minoría, conflicto permanente y acto omnilateral. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020)», *Revista de Derecho de Sociedades* 61 (2021).

- V. Gimeno Sendra (1981), *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Civitas, Madrid 1981.
- M. B. González Fernández (2019), «Sobre la posibilidad de impugnar los acuerdos negativos de la junta general» en M. B. Glez. Fdez. y A. Cohen (dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 1369 ss.
- A. Gutierrez-Gilsanz (2022), «Aprobación judicial de liquidación societaria en situaciones de bloqueo», *Almacén de Derecho*, entrada de 11-VII-2022.
- H. L. A. Hart (1954), «Definition and Theory in Jurisprudence», dentro de su colección *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 21 ss.; el estudio se publicó originariamente en *Law Quaterly Review* 70 (1954).
- Ph. Heck (1968), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, edición original J. C. B. Mohr, Tübingen 1932; cito por reimpresión del estudio incluido en la compilación de diversos trabajos del autor publicada por la editorial Dr. Max Gehlen, Bad-Homburg, Berlin-Zurich, 1968, pp. 142 ss.
- E. Hijas Cid (2016), «Pactos parasociales: ¿pueden ser eficaces vía acción de impugnación de acuerdos sociales?», *Notario del siglo XXI* (julio/agosto de 2016), pp. 150 ss.
- R. von Ihering (1974), *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. esp. de T. A. Banzhaf, EJEA, Buenos Aires 1974.
- R. von Ihering (1998), *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. esp. de E. Príncipe, estudio preliminar de J. L. Monereo, vol. I, Comares, Granada 1998.
- M. Iribarren Blanco (2016), «La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general de la sociedad anónima: rechazo de la propuesta de ejercer acciones contra los administradores. Comentario a la Sentencia de 2 de junio de 2015 (RJ 2733/2015)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 101 (2016), pp. 165 ss.
- M. Iribarren Blanco (2017), «La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general», *Revista de Derecho Mercantil* 304 (2017), pp. 165 ss.
- M. Iribarren Blanco (2022), *La responsabilidad de los socios por acuerdos de la junta general*, Civitas, Cizur Menor 2022.
- F. J. Juste Mencía (2009a), «La eficacia societaria de los acuerdos parasociales», *Expansión* 27-IV-2009, p. 32.
- F. J. Juste Mencía (2009b), «Pactos parasociales en impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo» en F. Rguez. Artigas et al., *La junta general de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*, Madrid 2009, pp. 415 ss.

- M. Juan Gómez (2015), «Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?», *La Ley* 8578 (2015).
- M. Kahan y M. Klausner (1997), «Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or «The Economics of Boilerplate»», *Virginia Law Review* 83 (1997), pp. 713 ss.
- D. Looschelders (2020), *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., Franz Vahlen, München 2020.
- J. M. Madrdejós (1996), «Los pactos parasociales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 37 (1996), pp. 187 ss.
- J. M. Madrdejós (2010), «La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009», *Cuadernos de Derecho y Comercio* 52 (2010), pp. 292 ss.
- J. Maldonado Ortega (2017), «Pactos parasociales: naturaleza y eficacia jurídica», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, num. extr. (2017), pp. 257 ss.
- F. Marín de la Bárcena (2010), «Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado positivo de una votación», *Revista de Derecho Mercantil* 275 (2010), pp. 201 ss.
- F. Marín de la Bárcena (2015), «La impugnación de acuerdos negativos» en F. Rguez. Artigas *et al.* (dirs.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid 2015, pp. 281 ss.
- P. Martínez de Echevarría (2020), «Los pactos parasociales en el derecho español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 3 (2020), pp. 413 ss.
- J. Martínez Rosado (2017), *Los pactos parasociales*, Marcial Pons, Madrid 2017.
- J. Massaguer (2015), «Comentario art. 206 LSC» en J. Juste Mencía (dir.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 248 ss.
- J. M. Miquel (1991), «Comentario del art. 7» en C. Paz-Ares, L. Diez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pp. 45 ss.
- J. M. Miquel (2021), «La indignidad para suceder por atentar contra la vida del causante» en *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM, Madrid 2019, vol. II, pp. 1671 ss.
- J. M. Miquel (2022), *Acotaciones sobre la temporalidad de las relaciones obligatorias. La duración de los pactos parasociales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2022.

- Th. M. J. Möllers (2019), *Juristische Methodenlehre*, 2ª ed., Beck, München 2019.
- M. P. Montero (2008), «Procedencia y alcance de la constancia estatutaria de la retribución de los administradores de sociedades cotizadas consistente en programas de opciones sobre acciones y sistemas similares», *Revista de Derecho de Sociedades* 30 (2008), pp. 186 ss.
- J. Morales Barceló (2014), «Pactos parasociales vr. estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción», *Revista de Derecho de Sociedades* 42 (2014), pp. 169 ss.
- M. Muñoz Cervera (2021), «La exclusión de socios por incumplimiento de prestaciones accesorias y los pactos parasociales» en M. B. Glez. Fdez. (dir.), *El derecho de separación y la exclusión de socios en las sociedades de capital*, vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 1393 ss.
- U. Noack (1994), *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, J. C. B. Mohr, Tübingen 1994.
- U. Noack (2010), «Der allseitige Gesellschafterbeschluss als `schuldrechtliche Abrede´ und dessen korporationsrechtliche Folgen», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 26 (2010), pp. 1017 ss.
- U. Noack (2022), § 47 en U. Noack, Servatius y Hass, *GmbH-Gesetz*, 23 ed., Beck, München 2022.
- J. Noval Pato (2012), *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Civitas, Cizur Menor 2012.
- E. Núñez Rodríguez (2020), «Naturaleza jurídica y eficacia de los pactos parasociales. Tesis contractualista de la sociedad», en *Delendus est Leviathan. Liber amicorum José María de la Cuesta Rute*, Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 389 ss.
- G. Oppo (1987). «Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società», *Rivista de Diritto Civile* I (1987), pp. 523 ss.
- F. Pantaleón Prieto (1992), *Las acciones (copropiedad, usufructo, prenda y embargo)*, vol. IV del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* dirigido por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, Civitas, Madrid 1992.
- C. Paz-Ares (1983), «La infracapitalización de sociedades», *Anuario de Derecho Civil* 34 (1983), pp. 1587 ss.
- C. Paz-Ares (1986), «Las excepciones cambiarias» en A. Menéndez (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid 1986, pp. 251 ss.
- C. Paz-Ares (1991), «Comentario al art. 1689» en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de justicia, Madrid 1991, vol. I, pp. 1464 ss.

- C. Paz-Ares (1996), *¿Dividendos a cambio de votos?*, McGraw-Hill, Madrid 1996.
- C. Paz-Ares (1997), «La terminación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho Mercantil* 223 (1997), pp. 7 ss.
- C. Paz-Ares (2002), «El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa», en *Estudios en homenaje al prof. F. Sánchez Calero*, McGraw-Hill Madrid 2002, vol. II, pp. 1807 ss.
- C. Paz-Ares (2003), «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 5 (2003), pp. 19 ss.; también publicado en M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos*, vol. IV, Barcelona 2005, pp. 709 ss. y en F. M. Córdova Beltrán (coord.), *Derecho de sociedades y gobierno corporativo*, Lima 2008, pp. 43 ss.
- C. Paz-Ares (2005), *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Fundación Registral, Madrid 2005. Este libro constituye una nueva edición del estudio del mismo título publicado en A. Menéndez (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid 1986, pp. 95 ss.
- C. Paz-Ares (2006a), «Atributos y límites de la personalidad jurídica», en A. Menéndez y R. Uría (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid 2006, pp. 567 ss.
- C. Paz-Ares (2006b), «La sociedad colectiva: posición del socio y distribución del resultado», en A. Menéndez y R. Uría (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid 2006, pp. 639 ss.
- C. Paz-Ares (2006c), «Agrupación de interés económico y sociedades profesionales», en A. Menéndez y R. Uría (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid 2006, pp. 775 ss.
- C. Paz-Ares (2006d), «La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión», en A. Menéndez y R. Uría (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid 2006, pp. 685 ss.
- C. Paz-Ares (2007), «Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables», *Revista de Derecho de Sociedades* 29 (2007), pp. 287 ss.
- C. Paz-Ares (2010), «Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo», *InDret* 4 (2010), pp. 1 ss.
- C. Paz-Ares (2011), «La cuestión de la validez de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. extr. (2011), pp. 252 ss.
- C. Paz-Ares (2013), «La anomalía de la retribución externa de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil* 290 (2013), pp. 85 ss.; publicado asimismo en *InDret* 1 (2014).

- C. Paz-Ares (2014), «La denuncia ad nutum de los contratos de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo» en *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas, Madrid 2014, pp. 839 ss.
- C. Paz-Ares (2019), *Identidad y diferencia del consejero dominical*, Fundación Registral, Madrid 2019.
- C. Paz-Ares y M. Jordano (2022), «El perímetro de vinculación», *Revista de Derecho de Sociedades* 64 (2022), pp. 23 ss.
- C. Paz-Ares (2022), «La traición de Elmer», *Almacén de Derecho*, entrada de 9-V-2022.
- A. Perdices (2016a), «Validez, eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales en una cáscara de nuez», *Almacén de Derecho*, entrada de 25-II-2016.
- A. Perdices (2016b), «Pactos parasociales omnilaterales y los grandes expresos europeos», *Almacén de Derecho*, entrada de 11-III-2016.
- D. Pérez Millán (2008), «Sobre los pactos parasociales. Comentario de la STS 1ª de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 9043)», *Revista de Derecho de Sociedades* 31 (2008), pp. 383 ss.
- D. Pérez Millán (2009), «De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales, en R. Sebastián (coord.), *Anuario de Derecho Mercantil para Abogados. Los casos más relevantes de 2008 de los grandes despachos*, Madrid 2009, pp. 395 ss.
- D. Pérez Millán (2010), «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 117 (2010), pp. 231 ss.
- D. Pérez Millán (2019a), «Pactos parasociales y prestaciones accesorias», en P. A. Hdez. Glez.-Barreda y M. Mtez. Muñoz (coords.), *Estudios de derecho mercantil y derecho tributario: Derechos de los socios en las sociedades de capital, consumidores y productos financieros y financiación de empresas en el nuevo marco tecnológico*, Aranzadi, Cizur Menor 2019, pp. 105 ss.
- D. Pérez Millán (2019b), «La inscripción de la prestación accesorial del cumplimiento de un protocolo familiar», *Revista de Derecho Mercantil* 311 (2019), pp. 477 ss.
- A. Pérez Moriones (1996), *Sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1996.
- A. Pérez Moriones (2013a), «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios», *Estudios Deusto* 61-2 (2013), pp. 261 ss.

- A. Pérez Moriones (2013b), «Impugnación de acuerdos sociales y pactos parasociales omnilaterales (reflexiones a la luz de los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales)» en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum Prof. Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 581 ss.
- A. Pérez Moriones (2016), «Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 5 (2016), pp. 167 ss.
- G. B. Portale (2015), «Patti parasociali con efficacia ‘corporativa’ nelle società di capital», *Rivista delle Società* XX (2015), pp. 14 ss.
- H. J. Priester (1997), «Rechtskontrolle und Registerpublizität als Schranken satzungsgleicher Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH?» en *Festschrift für Carsten Peter Claussen*, Berlin 1997, pp. 319 ss.
- J. Puig Brutau (1958), «Comentario del traductor», en R. Serick, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, trad. esp., Ariel, Barcelona 1958, pp. 265 ss.
- B. Radovanovic (2017), «La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un pacto parasocial unilateral y la relevancia de la buena fe. Comentario a la STS de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016, 635)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 103 (2017), pp. 105 ss.
- F. Redondo Trigo (2009), «Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 715 (2009), pp. 2678 ss.
- G. Ripert (2016), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1949. Hay traducción española, Ed. Olejnik, Santiago de Chile 2016.
- J. I. Rodríguez González (2000), *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Colex, Madrid 2000.
- D. Rodríguez Ruiz de Villa (2021), «Pactos parasociales omnilaterales y administradores conflictuados: algunos aspectos del caso Duro Felguera versus Eia XXI», *Almacén de Derecho*, entrada de 14-I-2021.
- A. Rojo Fdez.-Rio (2011), «Comentario art. 204» en A. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. I, Civitas, Cizur Menor 2011, pp. 1438 ss.
- A. Roncero Sánchez (2009), «Comentario a las SSTS de 13 de diciembre de 2008 sobre retribución de administradores», *Revista de Derecho de Sociedades* 32 (2009), pp. 450 ss.
- J. Ruiz-Cámara y E. Torregrosa (2009), «Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (A propósito de la STS

- de 6 de marzo de 2009), *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 24 (2009), pp. 65 ss.
- M. I. Sáez Lacave (2009), «Los pactos parasociales de todos los socios. Una materia en manos de los jueces», *InDret* 3 (2009), pp. 1 ss.; también publicado en *Revista de Derecho de Sociedades* 34 (2010), pp. 1035 ss.
- F. Salelles Climent (1995), *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Civitas, Madrid 1995.
- M. Sánchez Álvarez (1996), *La fundación de la sociedad anónima*, McGraw-Hill, Madrid 1996.
- M. Sánchez Álvarez (2009), «Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1633): pactos parasociales», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 81 (2009), pp. 1361 ss.
- F. Sánchez Calero (1997), «Comentario del art. 7» en *Disposiciones generales, fundación de la sociedad y aportaciones*, vol. I de los *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* dirigidos por el mismo autor, Edersa, Madrid 1997, pp. 250 ss.
- F. Sánchez Calero (2007), *La junta general en las sociedades de capital*, Aranzadi, Cizur Menor 2007.
- X. Schäfer (2021), § 243, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5ª ed., Beck, München 2021.
- F. Schauer (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford 1991 (hay traducción española, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid 2004).
- F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2012.
- F. Schauer (2021), «Ruleness» en B. Dupret, J. Colemans y M. Travers (eds.), *Legal Rules in Practice*, Routledge, London 2021 (disponible en ssrn).
- K. Schmidt (1992), *Gesellschaftsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1992.
- J. Serra (2021), «Los pactos parasociales, una cuestión relativa», *Almacén de Derecho*, entrada 22-XII-2021, que resume su trabajo «Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático», CEF Legal, *Revista Práctica de Derecho*.
- W. Servatius (2022), en U. Noack, Servatius y Hass, *GmbH-Gesetz*, 23 ed., Beck, München 2022.
- A. Tato Plaza (1997), *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 96 ss.

- I. J. Trujillo (2001), «Comentario del art. 756» en R. Bercovitz Rguez.-Cano (coord.), *Comentario al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor 2001, pp. 902 ss.
- P. Ulmer (1987), «Verletzung schuldrechtliche Nebenabrede als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?», *Neue juristische Wochenschrift* XX (1987), pp. 1850 ss.
- R. Uría, A. Menéndez y J. M. Muñoz Planas (1992), *La junta general de accionistas*, vol. V del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* dirigido por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, Civitas, Madrid 1992.
- A. Vaquerizo (2011), «Comentario al art. 29» en A. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas, Cizur Menor 2011, vol. I, pp. 396 ss.
- P. J. Vela Torres (2018), «Impugnación de acuerdos y revocación o sustitución de los mismos. Buena fe e impugnación de acuerdos conformes con un pacto parasocial» en A. Cohen (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 1453 ss.
- F. Vicent Chuliá (2008), *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª ed., Valencia 2008.
- A. Wacke (1982), «Dolo facit, qui petit quod (statim) redditurus est», *Juristische Schulung* 22 (1982), pp. 477 ss.
- F. Wieacker (1979), *El principio general de buena fe*, trad. esp. J. L. Carro, Civitas, Madrid 1979.
- M. Winter (1990), «Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen?», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 154 (1990), pp. 267 ss.
- R. Zimmermann (2010), «Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest: Kränkungen der Testierfreiheit des Erblassers –englisches im Vergleich zum kontinentaleuropäischen Recht», *Festschrift für K. J. Hopt*, De Gruyter, Berlin 2010, pp. 269 ss.
- W. Zöllner (1963), *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, Beck, München 1963.
- W. Zöllner (1988), § 47, Baumbach/Hueck, *GmbHG*, 8ª ed., Beck, München 1988.
- W. Zöllner (2007), «Beschlussfassung und Beschlussmängel» en W. Bayer y M. Habersack (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel. Grundsatzfragen des Aktienrechts*, vol. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, pp. 480 ss.

Anexo

La traición de Elmer (Un caso práctico sobre pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales)

El abuelo siempre había sentido predilección por Elmer, su primer nieto, de cuyo cuidado hubo de hacerse cargo tempranamente, cuando sus padres murieron en un trágico accidente. El abuelo fue un gran emprendedor. El pequeño taller que fundó en su juventud se había convertido, con el paso de los años, en una pujante empresa industrial, implantada en toda la nación, y ahora en fase de expansión exterior. El nieto se graduó brillantemente en la Universidad, hizo un master de dirección de empresas en una de las escuelas de negocios más reputadas internacionalmente y, de vuelta a casa, trabajó en la corporación familiar hasta convertirse en un respetado director financiero. El abuelo estaba muy orgulloso de él.

El día de su 80 cumpleaños años el abuelo llama a Elmer a su despacho. De manera reservada, pero al propio tiempo solemne, le anuncia su decisión de retirarse y de ponerlo a él al frente de la empresa familiar con el mandato específico de desarrollar la estrategia internacional, algo para lo que tenía un talento innato, no en vano su padre prematuramente desaparecido era un americano con alma viajera. Allí mismo le comunica también que ha resuelto adelantar sus previsiones sucesorias y cederle en vida el 51% del capital de la empresa. El 49% restante lo retendrá él con la idea de que, tras su muerte, se reparta entre sus dos únicas hijas vivas. Habiendo vivido siempre alejadas del negocio familiar, no veía motivo para adelantar los acontecimientos.

Cuando le hubo comunicado a Elmer sus planes, a los que tantas vueltas había dado durante los últimos meses, el abuelo sintió una gran liberación. Cogió a su nieto por el brazo y así, apoyándose en él, salió del despacho y bajó las escaleras del viejo caserón familiar para reunirse con sus hijas y yernos, con el resto de sus nietos y con los tres biznietos que le había dado Elmer. Todos le estaban esperando en el comedor de columnas para festejar su aniversario.

En los días sucesivos se hace el papeleo. El consejo de administración es convocado de urgencia. En una sesión muy emotiva, el abuelo anuncia sus planes de sucesión o, más exactamente, los hace efectivos renunciando a todos sus cargos en la empresa y proponiendo la designación de Elmer como presidente ejecutivo. Finalizada la reunión, el abuelo y el nieto acuden al Notario para formalizar, tal y como había sido

previsto, la transmisión de las acciones representativas del 51% del capital a favor de Elmer. En ese momento, el abuelo solo le pide una cosa a su nieto. «Y es que mientras yo viva –estas fueron sus palabras– no debes tomar ninguna decisión en la empresa, ninguna decisión importante sin contar con mi consentimiento». No es que desconfiara de Elmer, pero tampoco quería sobresaltos, a lo largo de su vida había sido testigo de demasiadas cosas. Uno y otro suscriben así un protocolo, por medio del cual, a pesar de disponer de la mayoría del capital, Elmer se compromete a no adoptar en junta una serie detallada de acuerdos (modificaciones de estatutos, modificaciones estructurales y otros especialmente relevantes) sin los votos del abuelo. El compromiso se incorpora a la escritura.

Hasta aquí la historia de un pacto parasocial, todos tienen su historia. Pasado algún tiempo, los acontecimientos toman un curso inesperado. Elmer, de espaldas a su benefactor, negocia la fusión de la empresa familiar con quien había sido el más acérrimo enemigo y el menos leal competidor del abuelo. Y cuando ya está todo bien atado, reúne al consejo para aprobar el proyecto de fusión y convocar la junta general llamada a ratificarlo. Todo se hace taimadamente: el proyecto se deposita sin ruido en el Registro Mercantil y la convocatoria se formula de manera igualmente sigilosa, a través de un anuncio perdido en medio del BORME y de las páginas menos visitadas de un diario de gran circulación. Seguramente por indicación de sus abogados, Elmer no omite la comunicación personal, pero la retrasa hasta la noche anterior a la fecha en que estaba prevista la celebración de la junta. Como no tiene coraje para hacerla él personalmente, le encarga el trabajo al secretario del consejo. Este procede de inmediato.

Ante la imposibilidad de contactar con Elmer, el abuelo pasa la noche en vela. Las cavilaciones le impiden conciliar el sueño. «¿Qué turbia pasión puede haberse apoderado de Elmer? ¿Qué jugada maestra habrá combinado para desarmar o destruir al competidor?» Cuando no es una la pregunta que le acecha, es la otra, aunque la otra no le acecha propiamente, solo le infunde pasajeramente una pizca de calma, luego vuelve la acechanza o martilleo de la primera. Y así hora tras hora, en esa desigual intermitencia, hasta que despunta el día. A las diez de la mañana, cuando acude a la reunión, sigue sumido en la perplejidad. No obstante, al tener acceso allí mismo a la documentación de la fusión (la comunicación telefónica del secretario había sido lacónica) y comprobar que la ecuación de canje confiere la mayoría de control a su eterno rival, confirma sus peores sospechas. No hay jugada maestra, no hay esperanza. Habiendo cedido también el mando de la junta, el abuelo se da cuen-

ta de la retorcida profundidad de la trampa que le han tendido Elmer y su compinche. No ve cómo zafarse de ella. Se siente triste, triste e indefenso. Nada puede hacer para evitar la proclamación del acuerdo proyectado, nada que no sea protestar y dejar constancia en acta de que la fusión se aprueba contra su voluntad.

En las horas siguientes el abuelo continúa sin salir de su asombro, de hecho le costará salir de él en las que le queden hasta que ya todo deje de importar. «¿Cuál será la turbia pasión que ha transformado a Elmer?», la pregunta sigue al acecho. Pero no hay respuesta, nunca la hay para lo siniestro. Parece como si la pesadilla del Dr. Jekyll y Mr. Hyde se hubiera hecho realidad, como si hubiera también un Elmer escondido que ahora emerge y da la cara. En esos momentos de duda y tribulación, la única certeza del abuelo es que le ha sucedido lo peor que podía haberle sucedido: ver su empresa bajo el control de su sempiterno enemigo, un hombre oportunista y despreciable y, sobre todo, haber sido víctima de la infidelidad y traición de su ser más querido.

Estupefacto y abatido, pero con el carácter aún firme –el abuelo nunca se dejaba vencer por la resignación–, llama a su abogado y le instruye para que detenga la fusión que está a punto de dar al traste con la obra de su vida. Le entrega copia de la escritura de cesión llamando su atención sobre los compromisos allí suscritos por su nieto: «Elmer ha violado el protocolo de voto que teníamos acordado mientras el tiburón se frotaba las manos. Te pido por ello que instes de inmediato la anulación del acuerdo de fusión y la suspensión de su ejecución». El abogado le reprende cariñosamente: «¿Pero, por Dios, por qué no has introducido ese convenio de voto en los estatutos de la compañía?» La réplica del abuelo, muy contrariado, no se deja esperar:

–¡Porque no me dio la gana! No quería que nadie supiera de nuestros pactos. Eran solo cosa nuestra. Y además, el protocolo en cuestión sólo debía valer mientras yo viviese; después Elmer podría hacer lo que quisiera, sin necesidad de contar con sus tías.

–Entendido –asiente el abogado, no bien dicho lo cual se apresura a desengañar al abuelo–: En todo caso, es muy poco lo que puedo hacer para parar el proceso. El Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que la violación de los protocolos de voto y, en general, de los pactos parasociales no constituye motivo suficiente para impugnar los acuerdos de una sociedad.

–¿Me estás diciendo que no es posible reaccionar frente a este malvado? ¿En verdad me estás diciendo eso? –el abuelo no da crédito a lo que oye– ¿Acaso tiene Elmer licencia para para violar su palabra y los compromisos recogidos en la escritura? ¿Quién o qué se la ha dado?

–Esos compromisos no forman parte de la normativa interna de la sociedad y, por tanto, no le afectan como tal sociedad –repite el viejo abogado–. No le son oponibles, así dice textualmente la ley. La sociedad, siempre con arreglo a la jurisprudencia, puede adoptar válidamente el acuerdo de fusión porque no está obligada por los pactos que suscriban sus socios.

El abuelo continúa sumido en el desconcierto:

–Pero si la sociedad somos él y yo. No hay nadie más ¿En qué cabeza cabe que los compromisos contraídos por nosotros dos no le afecten a la sociedad? ¿Qué misterio es ese?

–Llevas razón –precisa Segismundo–, pero los tribunales no te la van a dar. Esto es lo único que trato de decirte.

–¡Qué leyes retorcidas hacéis los abogados! Parecen calculadas para facilitar el atropello o bendecir la felonía ¿No te das cuenta del contrasentido de una ley que le permita a uno beneficiarse de sus propias faltas? –el abuelo se toma un respiro, como si quisiera coger fuerzas, y prosigue– ¡Ah, no! Elmer no puede salirse con la suya. No quiero pensar, me resisto a pensar que no haya jueces fuera de Berlín. Por favor te lo pido, Segismundo, presenta mañana mismo la demanda de impugnación de la fusión.

El viejo abogado insiste:

–Lo haré, pero te auguro poco éxito. Mira este artículo de la Ley de Sociedades de Capital –le dice al abuelo mientras va poniendo a la altura de sus ojos el código rojo de leyes mercantiles abierto por el artículo 204 LSC–. El precepto dispone que solo son impugnables los acuerdos que «sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen del interés social».

El abuelo no se da por vencido:

–¡Pues eso, todo lo que ha hecho Elmer es contrario a la ley, a los estatutos y al interés social!

–No es exactamente así –puntualiza el abogado–. El acuerdo se ha adoptado observando todas las normas de la ley, ha sido respetuoso con los estatutos –recuerda que su art. 27 establece que las decisiones de fusión se adoptarán por la mayoría del capital presente en la junta– y tampoco parece fácil demostrar que la fusión resulte contraria al interés social. Tu nieto y su acólito cuentan con buenos asesores. Seguro que se habrán cuidado de justificar con su ayuda la oportunidad de la operación. Los informes acreditarán que la fusión crea sinergias y que todo ello es bueno para la empresa, sus accionistas y sus trabajadores.

–¡Basta! ¡No quiero oír nada más! ¡Tú presenta la demanda inmediatamente! La justicia no puede ser tan ciega –así pretendía zanjar el abue-

lo aquella conversación que estaba comenzando a irritarle más de la cuenta cuando entran en el despacho sus dos hijas. Una y otra, ya al tanto de lo ocurrido, saludan afectuosamente al abogado, un viejo amigo de la familia. El abuelo las pone al corriente de la conversación que acaban de tener:

–Segismundo me estaba diciendo que poco o nada hay que hacer, que va a ser muy difícil detener la fusión. Todo esto –sigue diciendo mientras hace una pausa melancólica para mirar hacia la fábrica que levantó con tanta ilusión, se divisa allá lejos a través del ventanal de su despacho–; todo esto quedará en manos y a merced del tiburón. A nosotros nos darán un puñado de acciones a cambio y nos quedaremos –os quedaréis queridas mías– sin la empresa y sin los dividendos que teníais asegurados, cerrarán el grifo de la caja para financiar su política de expansión y sus generosos emolumentos.

Las hijas tampoco dan crédito a lo que oyen. La mayor de ellas vuelve la mirada hacia el abogado. Parece increparle con su lamento:

–¿En verdad no hay nada que hacer, Segismundo? ¿Puede uno violar su palabra impunemente? ¿En qué mundo vivimos? ¿Por qué normas nos regimos?

El abogado no pierde la compostura. Reitera pacientemente las explicaciones que ya había dado al abuelo:

–Hace algunos años –se refiere al año 2009– el Tribunal Supremo lo dejó establecido con toda claridad, no en una sentencia, sino en cuatro sucesivas. La violación de los que llamamos pactos parasociales, aunque obliguen a todos los socios, como ocurre con el que ha violado Elmer, no afecta a la validez y eficacia de los acuerdos adoptados por la sociedad. *Res inter alios acta*. La única alternativa que dejan las sentencias consiste en demandar a Elmer por incumplimiento del contrato. Pero de ello poco cabe esperar. Podemos reclamar la indemnización de los daños ocasionados (no serán fáciles de cuantificar, Elmer se crecerá alegando que las acciones ahora valen más); podemos hacer esa reclamación, pero no podemos parar la fusión y, menos aún, revocarla más tarde.

Interviene ahora la otra hija, la pequeña, profesora de inglés en el Instituto Ramiro de Maetzu. Más presión para el abogado:

–Segismundo, no estamos pidiendo la pena de muerte, ni el destierro de Elmer (ya está desterrado en nuestros corazones), pero convendrás en que su traición no puede quedar sin respuesta. Es la mayor infamia quizá, el «golpe más cruel de todos», «*the most unkindest cut of all*», así dice el Marco Antonio de Shakespeare cuando evoca el dolor de Julio Cesar por la traición de Bruto. No buscamos venganza. No queremos represalias. Solo queremos evitar que Elmer consume su vileza. No

tiene ningún derecho a consumarla, menos aún a perpetuarla. ¿Es tan difícil para un juez comprender que la justicia exige deshacer lo mal hecho, que esta fusión debe ser deshecha para evitar que Elmer saque provecho o ventaja de sus propias faltas y de este modo incite a otros desalmados a seguir su ejemplo? ¡No nos digas por favor que no hay nada que hacer!.

Segismundo da un paso atrás y pide permiso para retirarse. Ha de preparar la demanda.

Ejercicios

a) Identificar y redactar los argumentos que esgrimirá Segismundo en la demanda de impugnación pensando también en los que previsiblemente hará valer la sociedad invocando la jurisprudencia (ahora resumida en la STS 7-IV-2022, JUR 129041/2022).

b) Analizar la STS 25-II-2016 (RJ 635/2016) y ponderar qué provecho puede sacarle Segismundo en su argumentación.

c) Optativo: localizar la sentencia del caso Riggs vs. Palmer (en google sale pronto) dictada por la Corte de Apelaciones de Nueva York en el año 1882. Valorar si esta sentencia, popularizada por Ronald Dworkin, guarda algún paralelismo con nuestro caso.