

Los pactos parasociales

La tesis que se defiende es que los pactos parasociales de todos los socios componen –junto con los estatutos– el contenido contractual de la sociedad

El Art. 20 del RD 1777/2004 (RIS), según la redacción dada por el RD 1793/2008, en su punto 1 letra e), respecto de las operaciones vinculadas, establece que la documentación específica del obligado tributario deberá comprender: cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas, así como los pactos parasociales suscritos con otros socios.

Los pactos parasociales constituyen en España una de las materias que más conflictividad presenta en el derecho de sociedades –el “deber ser” definido por la ley entra en conflicto con la realidad, con el “ser”– particularmente en relación con sociedades cerradas. Tres recientes sentencias del Tribunal Supremo atestiguan este juicio. La cuestión es trascendente porque constituye una práctica habitual y racional en la vida societaria, y la incertidumbre, sin ninguna duda, es mala consejera de la actividad empresarial.

La celebración de tales pactos es, asimismo, algo que se inserta en el poder de disposición de los socios o accionistas, en donde la sociedad es un tercero y cuya regulación y contenidos están sometidos al Derecho de obligaciones y no a la legislación societaria. La celebración de este tipo de contratos facilita a un grupo de propietarios con intereses comunes incidir en el comportamiento de la empresa.

La tesis que se defiende es que los pactos parasociales de todos los socios componen –junto con los estatutos– el contenido contractual de la sociedad. De hecho, en gran medida, **los pactos parasociales contienen las reglas de gobierno corporativo de estas sociedades, que vienen a regular las relaciones entre los socios pactadas por unanimidad.** Desde esta perspectiva, la absoluta separación dogmática

entre el derecho de sociedades y el derecho de obligaciones debe ser revisada. El dilema es claro: o se hace cumplir a rajatabla la letra de la ley –y, por consiguiente, dictaminar la inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales, abriendo peligrosamente la puerta al oportunismo– o se obliga al cumplimiento del pacto.

Los pactos parasociales, **también denominados acuerdos extraestatutarios**, suponen acuerdos contractuales entre los socios de una sociedad cuyo objetivo radica en regular extremos no recogidos estatutariamente.

Definidos por Cándido Paz Ares como los *convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una S.A. o S.L. con el fin de completar, concretar o modificar sus relaciones internas y las relaciones legales y estatutarias que la rigen*, la naturaleza jurídica de los pactos parasociales viene amparada por el Art. 1255 del Código Civil, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito contractual. En idéntico sentido, la Dirección General de Registros y del Notariado ha reconocido su naturaleza contractual en diversas resoluciones (véase RDGRN de 19 de febrero de 1998, entre otras).

Asimismo, la propia regulación societaria les reconoce carta de naturaleza, señalando expresamente en el Art. 29 del RD Legislativo 1/2010 (Ley de Sociedades de Capital) que *Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles frente a la sociedad*, y regulando los pactos parasociales sujetos a publicidad en el capítulo VIII del título XIV de la Ley.

La **tipología** de los pactos parasociales puede establecerse atendiendo a diversos criterios:

- **Por sus elementos subjetivos** existen pactos suscritos por el total de los socios (asimi-

¹ El contenido de este artículo está extraído de diversas fuentes entre otras: del artículo doctrinal de María Isabel Sáez Lacave, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, y del artículo doctrinal de José Luis Luceño Oliva, Director Dpto. Jurídico Grupo Puma.



Los pactos parasociales suponen la elaboración de un traje a medida encaminado a una mejor regulación de las relaciones entre los socios de una sociedad, lo que conlleva establecer unas reglas de juego de obligado cumplimiento para las partes

lados en ocasiones por la doctrina a los acuerdos informales de junta general) y pactos que firman sólo algunos de ellos. Planteada la duda por la doctrina¹ acerca de la posibilidad de que sea la propia sociedad quien suscriba un pacto parasocial, se concluye afirmativamente, en función de sus contenidos, aunque dicho pacto no tendrá naturaleza estatutaria sino contractual, obligando bajo tal prisma a los firmantes.

- Por sus elementos objetivos, los pactos suelen clasificarse en pactos de relación, que regulan las relaciones entre socios, o pactos de organización, aquellos que establecen el marco necesario para el desarrollo del negocio, si bien nada impide que en un pacto se fundan acuerdos relativos a ambos ámbitos.

- Por el tipo de negocio en el que se adoptan: bien sea en el ámbito de la empresa familiar (protocolo familiar); en el ámbito de proyectos individuales y concretos (inmobiliario, capital riesgo, etc.) o en el ámbito de relaciones societarias

complejas tales como las *joint venture* o proyectos conjuntos, en los que la aportación o funciones de los socios difieren en su naturaleza (por ejemplo: un socio aporta capital y otro el *know-how*).

- Por su forma, según se instrumenten verbalmente, en documento privado o en escritura pública.

En definitiva, podemos concluir que los pactos parasociales suponen la elaboración de un *traje a medida* encaminado a una mejor regulación de las relaciones entre los socios de una sociedad, lo que conlleva establecer unas *reglas de juego* de obligado cumplimiento para las partes. Se trata de nuevo de otra constatación del **Teorema de Coase**: las ineficiencias de la norma se salvan a través de la contratación.

Es oportuno volver a detener la mirada de manera diferenciada en relación con los dos primeros tipos de pactos contemplados en el primer criterio, los realizados por todos los socios, de una

Serían pactos entre socios con poder de control y socios sin poder de control, y se trataría de ajustar las relaciones entre unos y otros socios con el fin de evitar que unos socios puedan aprovechar su poder de decisión dentro de la sociedad para obtener beneficios privados en perjuicio del resto de los socios

parte, y los realizados por un grupo de socios nada más, de otra. Los primeros son frecuentes en el entorno de las sociedades cerradas, o de pocos socios, con independencia de que se acojan a la forma social de la sociedad anónima o a la de la sociedad de responsabilidad limitada. Los segundos son los casos más paradójicos de *pools* o conciertos creados con el objetivo de administrar el control de una sociedad. Pues bien, aunque en ambos casos se trate de pactos extraestatutarios, el dato más relevante no es su forma, sino la función económica que pretenden cumplir, y desde esta perspectiva presentan importantes diferencias.

Es primordial distinguir los pactos de algunos socios, los pactos de control a que se ha hecho referencia, de los pactos parasociales de todos los socios. La diferencia fundamental estriba en que los acuerdos de todos los accionistas son, en sustancia, complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos –pactos más estatutos– conforman desde una óptica económica, un contrato –más– completo de sociedad.

Los **pactos parasociales omnilaterales** recogen en esencia las reglas de gobierno –corporativo– de la sociedad, reglas que en las sociedades cerradas tienen un amplio contenido contractual y que, en gran medida, vienen a reglamentar actuaciones y pautas de comportamiento de los socios en situaciones de conflicto de interés. En efecto, el mayor reto al que se enfrentan estos acuerdos es el de superar las insatisfacciones que provoca la separación formal entre propiedad y control que sustentan las organizaciones de estructura corporativa, y en virtud de las cuales los socios mayoritarios detentan de facto el poder de nombrar administradores y de gestionar la totalidad de los recursos sociales.

En el primer caso, serían pactos entre socios con poder de control y socios sin poder de control, y se trataría de ajustar las relaciones entre unos y otros socios con el fin de evitar que unos socios puedan aprovechar su poder de decisión dentro de la sociedad para obtener beneficios privados en perjuicio del resto de los socios. En

el segundo, serían pactos entre todos los socios, que además, son administradores, tratando de articular las fórmulas más productivas para ejercitar el control de forma conjunta y superar las situaciones de bloqueo.

Una vez definida la naturaleza del pacto parasocial y su tipología, se trata de centrarnos en la **utilidad que los pactos parasociales representan para el socio minoritario**: ya sea como acuerdo para regular las relaciones con el socio mayoritario (o con el resto de socios cuando ninguno detente la mayoría) en el marco de la sociedad participada, ya como instrumento de protección de sus intereses sociales.

Contemplado desde esta óptica, el pacto parasocial ayudará también a la correcta convivencia entre socios, protegiendo el interés legítimo de la sociedad que pudiese verse perjudicado por conflictos entre aquellos.

En este sentido, desde el punto de vista del socio en minoría y en aras a proteger sus derechos, son varios los acuerdos mínimos que deberían regularse en el pacto parasocial, pudiendo clasificarlos de la siguiente forma:

- **Serían acuerdos sobre derecho de representación en el órgano de gobierno:**
 - Derecho a nombrar uno o varios representantes en el Consejo de Administración.
 - Facultades del Consejo de Administración.
 - Retribución de los consejeros.
 - Funcionamiento del Consejo de Administración (periodicidad de reuniones, mayorías cualificadas para determinados asuntos, delegación de facultades, etc.).
 - Imposibilidad de revocación de los consejeros nombrados por el socio minoritario sin su voto favorable, así como derecho a su sustitución.
- **Acuerdos sobre derecho de información:**
 - Tipo de información:
 - Balance.
 - Cuentas de Pérdidas y Ganancias.

- Estados de Tesorería.
- Cuadros de mando.
- Ratios.
- Rentabilidad de proyectos.
- Periodicidad de información.
- **Acuerdos sobre derechos económicos:**
 - Derecho al dividendo:
 - Importe mínimo o forma de cálculo.
 - Periodicidad.
 - Fecha de reparto.
 - Condicionado o no a la existencia de Beneficios/Reservas.
 - Pacto de salida o venta de su participación societaria:
 - Periodo mínimo de permanencia o prohibición de venta (*lock up period*).
 - Forma de salida (compraventa entre socios, autocartera...)
 - Pactos de acompañamiento (*tag along*) o de arrastre (*drag along*).
 - Precio de venta o forma de cálculo.
 - Forma de pago del precio.
- **Acuerdos sobre derechos políticos:**
 - Mayorías reforzadas:
 - Determinación de asuntos que requieran de mayoría reforzada.
 - Modificación de estatutos.
 - Elección de administradores.
 - Contratación de alta dirección.
 - Apertura de nuevas líneas de negocio.
 - Endeudamiento.
 - Asuntos relacionados con la propiedad industrial.
 - Porcentaje de mayoría precisa para adoptar acuerdos sobre cada uno de ellos.
- **Otros acuerdos a incluir:**
 - Derecho al nombramiento de auditores:
 - Rotativo entre socios.
 - Por años.
 - Régimen de transmisión de acciones inter vivos o mortis causa.
 - Régimen de autocartera.
 - Contratos entre partes vinculadas.
 - Participación en negocios análogos o complementarios.
 - Indemnización por incumplimiento del pacto parasocial.
 - Vigencia del pacto parasocial.
 - Cláusula para resolución de conflictos (arbitraje, jurisdicción, etc.).

Estos acuerdos permitirán que el socio minoritario no se encuentre expuesto a cambios de voluntad del socio mayoritario en materias esenciales para el devenir de la sociedad y de su condición de socio minoritario



En referencia a la relación empresa familiar-pactos parasociales, los datos muestran que no existen diferencias estadísticamente significativas entre empresas familiares y no familiares en cuanto a la presencia de estos pactos

Los acuerdos enumerados que, en ningún caso, suponen una lista cerrada, permitirán que el socio minoritario no se encuentre expuesto a cambios de voluntad del socio mayoritario en materias esenciales para el devenir de la sociedad y de su condición de socio minoritario. Por consiguiente, se establecerán las mencionadas “reglas de juego” entre ellos durante la vida de la sociedad o la vigencia del pacto parasocial.

El Tribunal Supremo, en dos sentencias de 6 de marzo de 2009 resolviendo sendos recursos de casación, reitera la doctrina establecida en sentencias previas de 10 de diciembre de 2008 y de 5 de marzo de 2009 sobre la inoponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad, salvo que éstos hayan sido incorporados a sus estatutos.

Esta doctrina que, únicamente reconoce *enforcement contractual* a los pactos parasociales y no efectos societarios, conlleva en opinión de Ruiz Cámara y Torregrosa una enorme dificultad de protección de los intereses de los socios firmantes. Asimismo, y en base a determinados pronunciamientos contenidos en los fundamentos de derecho de las citadas sentencias, destacan estos autores la **posibilidad de que la doctrina del Tribunal Supremo evolucione hacia una futura consideración de la eficacia societaria de los pactos parasociales firmados por todos los socios frente a la sociedad.**

Al margen de futuras evoluciones normativas o jurisprudenciales lo cierto es que, dada la actual situación, dos son las medidas que el socio minoritario, tras firmar un pacto parasocial, debe adoptar en aras a obtener la mayor garantía posible sobre la eficacia del pacto parasocial:

1. Incorporar a los estatutos sociales todos aquellos extremos del pacto que sean posibles, aún a riesgo de que el registrador mercantil no acepte la inscripción de alguno de ellos.
2. Establecer una cláusula penal por incumplimiento del pacto que disuada a los firmantes de adoptar algún acuerdo contrario al mismo.

Los pactos parasociales de todos los socios que complementan el contrato social en sentido estricto son de gran transcendencia, pues de no acordarse el contenido de tales pactos, las partes probablemente no entrarían en la relación societaria. Sería absurdo por parte de los socios poner dinero, sin condiciones, en manos de la gestión de otros, por eso, lo que hacen es clarificar los aspectos críticos de la futura relación societaria con carácter previo a la decisión de invertir el dinero en el negocio. Dicho con otros términos, los socios (minoritarios) que no tienen derechos de control o que los tienen compartidos con todos los demás, se avienen a poner en común parte de su patrimonio porque obtienen determinadas garantías contractuales de que las decisiones relativas a la gestión de los recursos van a tomarse de manera leal y acorde también con sus intereses. Desde esta óptica, estos pactos son productivamente eficientes, al evitar los conflictos entre socios que son intrínsecamente ineficientes o costosos para el bienestar común, porque los socios van a destinar energías y recursos sociales para capturar una porción mayor del resultado común, en vez de cooperar para que la sociedad sea más productiva.

La conclusión a la que llegamos es que **los desajustes que el modelo legal corporativo origina en las sociedades cerradas no se corrigen adecuadamente a través de la producción normativa de carácter legal o judicial, sino a través de la reglamentación privada.** No es posible reducir la conflictividad societaria a través de un modelo normativo que se ajuste a cada manera de ser societaria, ni tampoco a las contingencias que en cada caso se puedan presentar. La contratación permite consensuar los derechos y deberes de los socios cuando los previstos por la ley no se consideren apropiados. La cuestión entonces es cómo articular el contenido contractual de la sociedad de manera eficiente; es decir, se trata de que la reglamentación pactada contribuya de forma efectiva a reducir el incumplimiento por cualquiera de las partes. Desde esta perspectiva, **la reglamentación privada de la sociedad se compone de dos tramos: la contratación estatutaria y la contra-**

tación extraestatutaria o parasocial. Se trata de mecanismos contractuales distintos –las reglas de celebración y de modificación no coinciden, al igual que tampoco lo hacen los remedios que despliegan en caso de incumplimiento– por lo que en abstracto, cada cual puede ser aprovechado para procurar los máximos beneficios para la sociedad y para sus socios. En función de sus características y de sus efectos, los socios podrían decidir cuál sería la combinatoria contractual –de pactos estatutarios y extraestatutarios– que mejor optimice sus relaciones internas. Así mirado, el papel del derecho sería justamente proveer a las partes de las condiciones necesarias para que puedan libremente acogerse a los pactos que estimen oportunos, y garantizar la eficacia y el cumplimiento de los mismos.

La publicidad de acuerdos entre accionistas o socios puede ser conveniente para dotar de efectividad a un buen número de previsiones legales orientadas a la tutela de la sociedad y del interés social.

Los resultados obtenidos de los estudios hechos **en España** a este respecto muestran que **la celebración de pactos parasociales sigue una evolución creciente**, de manera que aproximadamente en una de cada cuatro empresas cotizadas los accionistas de referencia se coaligan a través de pactos. En dichos contratos, se encuentran vinculados en torno al 42% de los derechos de voto. Además, es creciente la celebración de pactos que recogen de manera simultánea la regulación del sentido del voto y la limitación de la transmisión de las acciones.

Estos resultados son comparables con los obtenidos por los estudios hechos en Italia en los que se muestra que un tercio de las sociedades cotizadas en ese país presentan pactos entre accionistas significativos, con una media del 53.44% de los derechos de voto vinculados a dichos contratos.

En referencia a la relación empresa familiar-pactos parasociales, los datos muestran que no existen diferencias estadísticamente

significativas entre empresas familiares y no familiares en cuanto a la presencia de pactos parasociales, pero sí en relación con el tipo de pacto. Así, en las familiares se aprecia un mayor peso de los contratos que limitan la transmisión de las acciones y de aquellos que regulan de forma simultánea voto y transmisión; sin embargo, en las no familiares se celebran en mayor medida los pactos que regulan únicamente el voto. Estos resultados apuntan que la naturaleza del accionista controlador puede influir en el papel del pacto en el sistema de gobierno. En este sentido, los datos parecen señalar que en las empresas familiares estos contratos cumplen la función de garantizar el control familiar en la empresa, mientras que en las no familiares es la regulación del sentido del voto lo que justifica, de forma fundamental, la celebración de este tipo de contratos.

No se puede dudar de la finalidad de los pactos parasociales como mecanismo de gobierno corporativo.

Por lo que va a ser necesaria, no sólo la obligatoriedad de la publicidad de estos contratos, sino además, la inclusión de recomendaciones de buen gobierno relacionadas directamente con este mecanismo que permitan una mayor protección de los intereses de los accionistas minoritarios. En este sentido, puede ser apropiado aumentar los niveles de transparencia de estos contratos estableciendo la información mínima que debería ser contemplada en el informe de gobierno corporativo, de tal forma que se facilite a los accionistas externos la comprensión de los objetivos que se pretenden alcanzar con la celebración de los pactos parasociales.

