

“La incertidumbre legal, doctrinal y jurisprudencial que rodea a los pactos parasociales en nuestro ordenamiento resulta una cuestión que merece una especial y periódica atención.”

La eficacia de los pactos de socios

¿Qué pactos son inscribibles en estatutos?

¿Qué otras vías de ejecución forzosa existen para aquellos pactos que no son inscribibles?

GIMENEZ - SALINAS
ABOGADOS



ADVERTENCIA:

La presente guía tiene una finalidad exclusivamente divulgativa sin que constituya asesoramiento jurídico alguno. La presente Guía está actualizada a 16 de diciembre de 2019 y Giménez-Salinas Abogados no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

SUMARIO

- **Punto A: Introducción a la problemática de los pactos parasociales**

- **Punto B: ¿Qué pactos son inscribibles en los estatutos?**
 - Restricciones de competencia de los administradores
 - Pactos sobre quórum reforzados para la adopción de determinados acuerdos en junta. Especial mención al veto
 - Sindicación de voto
 - Composición del órgano de administración: representación proporcional en el consejo de administración
 - Cláusula de Desbloqueo
 - Cláusulas restrictivas de la transmisión de participaciones sociales
 - “Drag Along” o derecho de arrastre
 - “Tag Along” o Derecho de Acompañamiento
 - “Lock up”
 - Derecho de separación como cláusula de salida (*ad nutum*)
 - Derecho de suscripción preferente
 - Derecho de adquisición preferente
 - Cláusula de no competencia
 - Reparto de dividendos

- **Punto C: En caso de no poder incluir los pactos en los estatutos ¿Que otras vías de protección tenemos? ¿Qué mecanismos de Derecho podemos usar para garantizar el cumplimiento de los pactos parasociales por sus suscriptores?**
 - De los mecanismos legales
 - De los mecanismos contractuales

- **Punto D: Conclusiones**

A. Introducción a la problemática de los pactos parasociales

Por pacto parasocial entendemos aquel contrato que destaca por ser autónomo a los estatutos de la sociedad pero que a su vez los complementa, suscrito por todos o algunos socios, aunque también puede estar suscrito por la propia sociedad o incluso por terceras personas que no tengan la consideración de socio y cuya función principal es la de regular todo aquello relativo a la actividad, organización y funcionamiento de la sociedad, así como las relaciones existentes entre los socios¹.

Los antecedentes legislativos y el origen de los pactos parasociales en el Ordenamiento Jurídico español lo encontramos en los artículos 287 a 289 del Código de Comercio de 1829², un artículo inspirado en la regulación mercantil existente en nuestro país vecino (el Código de Comercio Francés de 1807), que prohibía expresamente la existencia de pactos fuera de la escritura social. Con posterioridad, el Código de Comercio de 1885, a través del artículo 119.3 también volvió a prohibirlos.

Más tarde, fue la Ley de sociedades Anónimas (LSA) de 1951 la que se pronunció sobre los

pactos parasociales, en su artículo 6.3³, el cual declaraba nuevamente una rotunda nulidad de los mismos.

Por último, fueron los artículos 7.1, segundo párrafo y 11.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, respectivamente, los que se encargaron de regular la mencionada figura indicando que: *“los pactos que se mantengan reservados entre los socios, no serán oponibles frente a la sociedad”*, abandonando así esa idea de rotunda nulidad que envolvía la figura de los pactos parasociales en su predecesor (la LSA de 1951).

Actualmente, el legislador, a través del artículo 29 de la vigente LSC ha señalado cual es el trato que deben recibir dichos pactos a día de hoy: *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. Se reproduce lo expuesto en la LSA de 1989 y la LSRL de 1995. Así pues, el legislador sigue manteniendo el principio de inoponibilidad de los pactos parasociales reservados entre los socios a la propia sociedad.

A priori, parece que por pacto reservado entre los socios debamos entender comprendido

¹ Esta definición está inspirada en la definición que JORGE FELIU REY en su obra *“los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas”* publicada en 2012 por la editorial Marcial Pons, pág. 206 y que, a su vez, está inspirada, en el fundamento jurídico del Caso Sánchez, Carlo J.C. Banco de Avellaneda S.A CNCom. 1982/09/22, de la jurisprudencia argentina

<http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-s/caso-Sanchez-Carlos-J-c-Banco-de-Avellaneda-S-A-y-otros.htm>

² *“Los socios no pueden hacer pactos algunos reservados, sino que todos han de constar en la escritura social.”*

³ *“son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados.”*

todo aquel pacto que no se incorpora a los estatutos sociales.

No obstante, la doctrina (moderna) ha intentado combatir este principio de inoponibilidad a través de diversas teorías.

Por su parte, la jurisprudencia ha mantenido ciertos titubeos a la hora de decidir cuál es la oponibilidad de los mismos a la sociedad, desarrollando mecanismos secundarios para así poder legitimar la impugnación de un acuerdo social por infringir un pacto parasocial⁴, intentar justificar su oponibilidad con base en tesis argumentales a favor de una mayor justicia material y economía procesal⁵, o incluso manifestar pronunciamientos en contra de su propia doctrina⁶.

Estos vaivenes han generado una enorme confusión a todos los niveles. No obstante, a día de hoy, parece que el Tribunal Supremo ha decidido, ahora sí, mantener una posición firme sobre la materia, abandonando algunas de las tesis desarrolladas durante el último lustro y posicionándose a favor de la voluntad del legislador, al declarar como norma general la inoponibilidad de los pactos parasociales, tal y como ha hecho en numerosos pronunciamientos⁷.

Así las cosas, la oponibilidad de los pactos parasociales se presenta como una cuestión altamente controvertida.

- **El problema a tratar**

El hecho de que el criterio imperante sea lo expuesto en el artículo 29 de la LSC, a saber:

⁴ En este sentido véase la sentencia del tribunal Supremo de 26 de febrero de 1991 y de 10 de febrero de 1992 (Caso Munaka), la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1987 (Caso Hotel Atlantis Playa) y la Resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1989 (Caso Keops).

⁵ Sentencia Nº 319/2013 de la AP de Barcelona, sección 15ª, 25 de julio de 2013.

que los pactos reservados entre los socios “no serán oponibles a la sociedad”, provoca una serie de consecuencias directas en el tráfico mercantil. La primera y más importante es que los socios no puedan hacer efectivos sus pactos frente a la sociedad y no puedan, por ejemplo, impugnar un acuerdo social adoptado incumpliendo lo previsto en un pacto entre socios, impidiendo el aprovechamiento de los mecanismos de la que la LSC provee para sancionar dichos incumplimientos y obligando a los sujetos a acudir a la vía del derecho común.

Lo más adecuado para que sean oponibles a la sociedad es que dejen de ser reservados y, por tanto, incluir los pactos parasociales en los estatutos. Aquí nos encontraremos con dos problemas, uno de publicidad, pues esos pactos serán publicados en el Registro Mercantil, y otro de compatibilidad con el TRLS y el RRM.

Esta última cuestión necesita un análisis de los diferentes pactos, por lo que nuestro objetivo será intentar delimitar cuáles son los pactos más utilizados, o los que presentan mayor controversia a nivel práctico, y analizar si los mismos podrían ser o no incorporados en los estatutos de la sociedad.

B. ¿Qué pactos son inscribibles en los estatutos?

Nuestra intención es intentar desgranar qué pactos pueden ser a nuestro juicio incluidos en los

⁶ STS de 3 de Noviembre de 2014 que en resumen expone que los pactos *parasociales* de todos los socios que sean conocidos por la sociedad, le vincularan.

⁷ STS de 5 de marzo de 2009, STS de 6 de marzo de 2009, STS de 10 de diciembre de 2008.

estatutos de una sociedad, aunque no es una cuestión fácil.

La perspectiva desde la que analizamos todos estos acuerdos y su posible inclusión en los estatutos y en el Registro Mercantil siempre será desde la perspectiva de una S.L y bajo un acuerdo suscrito por todos los socios (en aquellos casos en los que solo algunos de los socios quisieran firmar el acuerdo, se nos antoja imposible incluirlos en los estatutos).

1. Restricciones de competencia de los administradores

El órgano de administración, que se encarga de la representación de la sociedad, así como de su gestión, encuentra sus competencias en los artículos 209 y 233 de la LSC.

En principio, ni la junta puede atribuirse funciones que debe llevar a cabo el órgano de administración ni viceversa. Sin embargo, esta máxima puede verse diluida en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada. Ello lo observamos en el artículo 161 de la LSC⁸.

Esta facultad no puede suponer dejar sin ningún tipo de competencias al órgano de administración. Ello puede observarse en varias resoluciones de la DGRN en las que se ha denegado la inscripción de cláusulas tales como:

- Que la junta asumirá la administración de la sociedad hasta que se nombre un nuevo consejo de administración⁹,
- Que la junta podrá conceder directamente apoderamientos generales o incluso revocarlos¹⁰.

⁸ “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de

Este tipo de pactos sí pueden incluirse en los estatutos, sin embargo, deberemos tener en cuenta siempre la dicotomía existente entre la junta y el órgano de administración, “*pues la función de gestión social atribuida a los administradores es incompatible con las especiales características de un órgano colegiado como es la junta general*”¹¹, que carece de dichas facultades de gestión, **por lo tanto, la facultad que otorga el artículo 161 de la LSC no tiene un alcance ilimitado, por lo que la junta no podrá extirpar al órgano de administración las funciones de gestión que le son propias.**

2. Pactos sobre quórum reforzados para la adopción de determinados acuerdos en junta. Especial mención al derecho de veto.

La inclusión en estatutos de pactos que exigen alcanzar un determinado quórum de asistencia o de voto para la adopción de ciertos acuerdos establecidos en el propio pacto, (por ejemplo: (i) modificaciones estructurales, (ii) ampliaciones y reducciones de capital, (iii) o la venta de activos fundamentales) suele ser bastante frecuente.

De hecho, es claramente aconsejable que este tipo de pactos se integren en los estatutos para que los mismos puedan desplegar sus efectos en las sesiones.

Debemos tener en cuenta que existe una serie de límites sobre estos supuestos en los que no se pueden establecer mayorías reforzadas o mayorías distintas de las estipuladas en la ley. Estos son:

gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.”

⁹ RDGRN de 31 octubre de 1989

¹⁰ RDGRN de 24 de junio de 1993

¹¹ RDGRN de 31 de octubre de 1989

- Los acuerdos relativos a la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, que nunca podrán requerir una mayoría distinta a la ordinaria,
- Los referentes al cese de los administradores, cuya mayoría exigible no puede ir más allá de los dos tercios,
- Así como aquellos que versan sobre el acuerdo de disolución de la sociedad, el cual se adoptará por mayoría ordinaria¹².

Por otra parte, debe mantenerse el principio de mayoría predicado por la propia LSC, sin que la misma pueda verse anulada a través de un derecho de veto a favor de determinados socios minoritarios en los propios estatutos¹² o la imposición de quórum tan elevados que, de facto, lleven a entender que se exige la unanimidad.

Una alternativa para salvar dicho principio es la creación de diferentes clases de acciones o participaciones, para dotar a una de ellas con privilegios políticos.

También hay que tener en cuenta el artículo 200 de la LSC, cuyo apartado segundo nos da a conocer la posibilidad de poder exigir, *además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios.*

En definitiva, podríamos decir que sí se admite la inclusión de pactos sobre quórum reforzados en los estatutos, respetando el principio mayoritario.

¹² Ley de Sociedades de Capital, artículos 238.1, 223.2 y 364.

¹² Sentencia de la Audiencia provincial de Asturias de 30 de diciembre de 2009.

3. Sindicación de voto

Los pactos de sindicación de voto son pactos a través de los cuales los socios acuerdan votar en un sentido determinado, o abstenerse de hacerlo, en determinados supuestos.

Tanto para el caso de las S.A. como de las S.L., no existe impedimento para que los mismos se introduzcan en los estatutos (siempre y cuando no sean contrarios a una ley imperativa), pues si esa ha sido la voluntad de todos los socios y el mismo no perjudica a la sociedad no existe motivo para no permitir su inclusión en los mismos¹³.

Cuando hay contravención de normativa imperativa, la doctrina otorga a los pactos de sindicación una eficacia meramente obligacional (solo son eficaces entre las partes suscriptoras del acuerdo) siendo los mismos, inoponibles a la sociedad y a terceros.

La jurisprudencia ya ha manifestado que ***“tales pactos tienen validez si bien limitada al ámbito interno del Sindicato y sin que puedan oponerse a la Sociedad, de forma que es válido el voto emitido por un accionista vulnerando el pacto de sindicación, sin perjuicio de las responsabilidades internas en que pudiera haber incurrido por el incumplimiento de lo pactado [...]”. El problema surge por tanto cuando, como ocurre en el presente caso, se pretende revestir de carácter societario la regulación del Sindicato, tradicionalmente parasocial, pues dichos pactos examinados por la jurisprudencia tienen naturaleza contractual y no societaria, lo que supone que al pasar a formar parte de las normas de la sociedad deben respetar las***

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 30 de diciembre de 2009.

leyes y principios por los que se rige la Sociedad Anónima produciéndose en la norma estudiada una clara vulneración del derecho de asistencia y voto, al privar indefinidamente a determinados socios de unos derechos que son esenciales en el ámbito societario.¹⁴ Es por ello, que la doctrina los ha llamado, entre otros nombres como “gentlemen’s agreements”, en la medida de que carecen de una regulación jurídica dirigida a evitar su incumplimiento¹⁵.

Por tanto, los pactos de sindicación de voto son a priori de carácter parasocial, y solo tendrán cabida dentro de los estatutos de las SA y SL cuando no se vulneren los principios y las leyes por las que se rigen dichos pactos.

4. Composición del órgano de administración: representación proporcional en el consejo de administración.

La competente para regular quiénes serán los administradores es la junta General¹⁶.

No obstante, encontramos una excepción en los artículos 243 y 244 de la LSC que permite a los socios de una sociedad anónima pactar en los estatutos a priori el sistema de nombramiento a través de un sistema de representación proporcional.

En el caso de las SL, ello está prohibido expresamente por el artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil¹⁷

Por otra parte, en la exposición de motivos de la LSC el legislador manifiesta la intención de

dotar a la Sociedad de Responsabilidad Limitada de un régimen jurídico flexible y permisivo, capaz de ser adaptado a las necesidades de los socios en cada caso concreto.

La DGRN ha confirmado dicha rigurosidad manifestándose contraria ante la admisibilidad del pacto de representación proporcional en el Consejo de Administración de las S.L.¹⁸

Con posterioridad, el Tribunal Supremo contradujo lo expuesto por la DGRN¹⁹ admitiendo el acuerdo entre los socios por el cual los mismos, establecían dicho sistema. En concreto, en su sentencia 941/2009, de 6 de marzo, Sala de lo Civil, Sección Primera, establece que “la rotundidad del artículo 191 RRM no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa [...]. Además, dicha norma es interpretada por la Dirección General de los Registros y del Notariado como meramente excluyente de la aplicación supletoria del régimen de representación proporcional propio de las sociedades de responsabilidad anónimas – Resoluciones de 17 de marzo de 1995 y 11 de octubre de 2008”.

En base a dicha doctrina, la cláusula estatutaria por la cual los socios de una S.L establecen un sistema de representación proporcional en el Consejo de Administración podría ser válida e incorporarse a los estatutos.

acuerdo de la Junta General con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional”.

¹⁸ Resolución de 15 de septiembre de 2008 de la DGRN.

¹⁹ STS de 6 de marzo de 2009

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de diciembre de 2009.

¹⁵ Jorge Feliu Rey; “Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas” Capítulo VII” apartado 3 letra D.

¹⁶ Ley de Sociedades de Capital, Artículo 160. Letra b).

¹⁷ “Los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por

5. Cláusula de Desbloqueo.

En el caso de pequeñas sociedades de responsabilidad limitada es frecuente la estructura accionarial consistente en dos socios con el 50% de las participaciones sociales cada uno. Esta y otras estructuras pueden ser propicias a generar una situación de bloqueo y paralización de la toma de decisiones en caso de desavenencia de los socios.

Estas situaciones de bloqueo pueden acarrear consecuencias como la disolución de la sociedad en virtud de lo expuesto en el artículo 363 de la LSC. Es por ello que el establecer mecanismos de desbloqueo puede ser esencial.

Muchas son las cláusulas que los socios podrían incluir en un pacto parasocial para solventar este tipo de situaciones. Nos limitaremos a exponer las más comunes en la práctica mercantil:

- a) *“Opción de Compra” (Put)*: A través de dicha cláusula, un socio tendrá derecho de adquirir las acciones de otro socio que estará obligado a vender, por ejemplo, por incumplir un pacto parasocial, o por otro motivo.
- b) *“Opción de Venta” (Call)*: En este caso un socio tendrá derecho a vender sus acciones a otro socio que estará obligado a comprar, si se dan unas circunstancias determinadas.
- c) *“Ruleta Rusa”*: Se trata de un mecanismo por el cual un socio realiza una oferta, de tal modo que es una oferta de venta o de compra. De esta forma, el socio receptor de la oferta puede vender sus acciones o

comprar las del otro, quedando en cualquier caso la sociedad con un socio único.

- d) *“Gin and tonic clause”*: comporta la obligación de los altos cargos de la sociedad de reunirse cara a cara para tratar la controversia eliminando mandos intermedios, probablemente más contaminados por el conflicto. Se trata en realidad más de una obligación formal a negociación previa, que de una cláusula de desbloqueo.
- e) *“Procedimientos de mediación y conciliación”*: se trata de incluir un proceso de mediación de conflictos, previo a la judicialización del mismo.
- f) *“Texas shoot-out”*: se trata de un nuevo mecanismo para la separación. Un socio presenta en sobre cerrado un precio por el que compraría las acciones del otro. Éste podrá, o aceptar el precio del sobre y vender, o presentar otro sobre (sin abrir el primero) con su precio de compra de las del otro. Los sobres se abren simultáneamente y se ejecuta la operación de más valor.
- g) *“Pacto andorrano”*: Es una variante del anterior. Las partes presentarán, cada uno, un sobre al Notario con el precio por el cual comprarían las acciones. El Notario abrirá los sobres y el que haya ofrecido el precio más elevado procederá a la compra de las acciones de la contraparte.

Las partes deberán acordar, no solo la aplicación de la misma, sino los plazos y procedimientos a seguir, de la manera más explícita posible, para evitar posibles dudas interpretativas que puedan suceder en el devenir del procedimiento, así como establecer mecanismos que constriñan a ambas partes a acatar lo expuesto en el pacto, por ejemplo, a través de una cláusula penal para el caso de incumplimiento.

Por último, **también existen otros mecanismos que los socios podrían incorporar en los estatutos para evitar cierto tipo de bloqueos.**

Hablamos de la posibilidad de incorporar en los estatutos (i) la facultad de ejercer un voto ponderado a alguno de los consejeros²⁰, para que el mismo pueda acabar con las situaciones de bloqueo antes de que las mismas se sucedan o (ii) el nombramiento de un consejero independiente que ocupe una posición imparcial en la controversia (siempre y cuando estemos, por ejemplo, ante un órgano de administración imparcial)²¹.

En conclusión, las situaciones de bloqueo son situaciones que pueden regularse a través de un pacto parasocial y, aunque existen ciertos “mecanismos” para evitar este tipo de situaciones, susceptibles de incluirse en los propios estatutos de la sociedad, la práctica ha demostrado que no siempre son una solución eficaz para resolver este tipo de conflictos societarios.

6. Cláusulas restrictivas de la transmisión de participaciones sociales.

Transmisión directa: Partiendo de la premisa de que una SL es una sociedad cerrada, la propia LSC ya establece restricciones a la transmisión de participaciones sociales, para el caso de que en los estatutos no se diga nada al respecto.

Por otra parte, los socios pueden pactar el régimen aplicable a la transmisión de participaciones sociales que estimen oportuno siempre y cuando no sea contrario a los preceptos imperativos que fija la LSC, por ejemplo, en su artículo 108.

A estos efectos, es recomendable que todas aquellas cláusulas relativas a la transmisión de participaciones sociales que sean aptas y no sean contrarias a las normas imperativas que establece la LSC sean incluidas en los estatutos de la sociedad en vez de en un pacto parasocial, pues así será oponible a la propia sociedad y a terceros²².

Transmisión indirecta o regulación del cambio de control: Los mecanismos dirigidos a dificultar la entrada de terceros en la sociedad suelen regular la adquisición directa de las participaciones, no la indirecta.

En estos casos será necesario complementar dichos mecanismos establecidos en los estatutos, con un pacto parasocial que impida o limite la entrada de un tercero por la vía de la compraventa o el cambio de control de la sociedad tenedora de las participaciones.

²⁰ Resoluciones de 17 de julio y 5 de noviembre de 1956 de la DGRN en las que se admite el voto de calidad a favor del Presidente del Consejo. Siempre y cuando esté debidamente establecido en los estatutos sociales, pudiendo considerarse esta doctrina plenamente consolidada.

²¹ Artículo Jurídico de Economist Jurist “La sociedad inoperante” de Clara Cobo y Carmina Rodríguez de la Rúa, Vol. 22, Nº. 182, 2014.

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de Diciembre de 2009.

7. “Drag Along” o derecho de arrastre.

Puede ser regulado contractual o estatutariamente. La finalidad del mismo es impedir que un minoritario pueda bloquear una operación de venta beneficiosa para la mayoría, negándose a enajenar sus participaciones.

Este derecho puede vehicularse privadamente a través de un pacto parasocial, o puede incardinarse como **una cláusula estatutaria** ²³, **inscribible en el Registro Mercantil en el caso de las S.L.**

8. “Tag Along” o Derecho de Acompañamiento.

En este caso se protege a los socios minoritarios, otorgándoles un derecho a vender sus participaciones conjuntamente con las participaciones del socio mayoritario, cuando éste ha recibido una oferta de compra emitida por un tercero para su paquete accionarial.

Como regla general, **las cláusulas “tag along” no serán inscribibles en el Registro Mercantil**,²⁴ pues supondría la imposición de una obligación al socio mayoritario de vender un número de participaciones distinto al que inicialmente proponía al tercero comprador. Por ello, este acuerdo debería documentarse a través de un pacto parasocial.

9. “Lock up”

²³ Reglamento del registro Mercantil, artículo 188.3: “Serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos”

²⁴ Reglamento del registro Mercantil, artículo 123.5: “No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las restricciones estatutarias por las

Las cláusulas “Lock up” son cláusulas dirigidas a garantizar la permanencia de determinados socios y evitar la entrada de otros nuevos.

Este tipo de cláusulas restrictivas de la transmisión, como se ha apuntado anteriormente en el punto 6, **es interesante que se incluya en los estatutos**,²⁵ sin embargo existen situaciones en las que ello no será posible, porque hagan prácticamente intransmisibles las acciones en el caso de las SA o prácticamente libre la transmisión de las participaciones para el caso de las SL; en virtud de los artículos 123.2 y 108.1 de la LSC respectivamente.

10. Derecho de separación como cláusula de salida (“ad nutum”)

El derecho de separación aparece reconocido en los artículos 346 a 349 de la LSC. Aunque las cuestiones que envuelven el mismo son amplias, lo que trataremos de aclarar es si, en el ámbito de una sociedad limitada, es posible incluir en los estatutos un derecho de separación basado solo en la libre decisión de un socio.

En este sentido, debemos aclarar que tanto la DGRN como los registros mercantiles han venido admitiendo la inclusión de un derecho estatutario de libre separación de socios sin necesidad de causa específica, siempre que vaya acompañado de las necesarias cautelas, tanto en procedimientos como en plazos, para evitar que su ejercicio cause daños a la

que el accionista o accionistas que las ofrecieren de modo conjunto queden obligados a transmitir un número de acciones distinto a aquél para el que solicitan la autorización” y Ley de Sociedades de Capital, artículo 108.2: “Serán nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas”.

²⁵ SAP Asturias de 30 de Noviembre de 2009.

sociedad y a terceros sin darles la oportunidad de adoptar medidas que les ponga a cubierto de sus efectos³¹.

Con posterioridad, la DGRN reitera su posición e incluso va más allá²⁶, pues acaba declarando que los estatutos podrán fijar libremente el precio de las participaciones que la sociedad, o en su caso, el precio que los demás socios deberán pagar por las participaciones del socio que se separa (la doctrina tradicional hablaba de un precio razonable, sin posibilidad de fijarse de antemano).

Por su parte, el Tribunal Supremo²⁷ confirmó que son perfectamente válidas las previsiones estatutarias que otorgan un derecho de separación “*ad nutum*”.

En base a lo anterior, sería factible incorporar en los estatutos de una sociedad de Responsabilidad Limitada, un derecho de separación del socio, por su sola voluntad.

11. Las limitaciones al derecho de asunción preferente.

En este caso, hablamos de un derecho que otorga al socio la posibilidad de asumir nuevas participaciones cuando se acuerde, por ejemplo, una ampliación de capital. Asimismo, cabe tener en cuenta que dicho derecho solo opera respecto de las ampliaciones de capital “*dinerarias*”, y no en aquellas donde la aportación es “*in natura*”³⁴.

Para la exclusión de dicho derecho, el artículo 308 de la Ley de Sociedades de Capital establece una serie de requisitos meramente formales en su apartado segundo. No obstante, cabe preguntarse si la redacción del apartado uno es aplicable a las SL, ya que, de

ser así, cabría añadir un requisito más de carácter sustantivo a la posibilidad de excluir el derecho de preferencia; esto es, el interés social. Sobre este punto, es necesario pronunciarse positivamente, dado el carácter cerrado propio de las SL, donde solo un interés superior como puede ser el de la sociedad puede desvirtuar el derecho de preferencia a adquirir nuevas participaciones.

Partiendo de estos requisitos, es factible establecer los supuestos en que el interés de la sociedad debe primar y conllevar la exclusión del derecho de preferencia.

Sin embargo, deberá detallarse cuándo y qué motivos pueden dar lugar a dicha exclusión, dado que estas exclusiones producen en paralelo una dilución del capital social.

Así pues, sería posible la regulación estatutaria de este tipo de acuerdos siempre teniendo en cuenta la regulación establecida en la LSC y sin que quepa en ningún caso una exclusión genérica al derecho (en particular el artículo 308).

12. Limitaciones al derecho de adquisición preferente en las transmisiones.

Partiendo del artículo 108 de la LSC, no es posible la inclusión de una cláusula que haga prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales.

No obstante, nada impide que se estructure de otro modo el derecho de adquisición preferente reconocido en el artículo 107 de la LSC en favor de los demás socios.

Partiendo de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2013, es posible

³¹ Resolución de la DGRN de 15 de septiembre de 2003.

²⁶ Resolución de la DGRN de 2 de noviembre de 2010.

²⁷ STS núm. 216/2013 de 14 de marzo.

³⁴ Ley de Sociedades de Capital, artículos 304 a 308.

establecer un determinado marco objetivo y temporal estatutariamente, sin que quepa en ningún caso una renuncia genérica de este derecho.

En caso de instrumentalizarse mediante un pacto parasocial, será necesario atender a la redacción de los estatutos e igualmente cabrá tasar los casos específicos donde opera la renuncia.

13. Cláusulas de no competencia

Este tipo de cláusulas comporta que los socios no puedan dedicarse a ejercer, ya sean ellos mismos o a través de terceros, actividades que colisionen con el objeto social de la sociedad.

En este caso, debemos remarcar lo expuesto por la DGRN³⁵, **quien ha inadmitido la inscripción en el Registro Mercantil de este tipo de cláusulas**. En este caso, la DGRN consideró que este tipo de cláusulas deben ser concebidas como una **prestación accesoria** y que debe remarcarse si dicha obligación es gratuita o no. En su resolución del 5 de junio de 2015 establece literalmente que: *“El artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital permite que en los estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, y exige que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, entre ellos «si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución»”*.

También expone que si en la propia obligación no se expone el carácter de la misma (es decir, si es societaria o contractual) estaría incumpliendo las obligaciones de claridad y precisión exigidas por el Registro Mercantil; determinando que: *“la inclusión formal en los*

estatutos sociales sin expresar el carácter corporativo o meramente convencional sería contraria a la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales, con eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción”.

La DGRN acaba concluyendo que: *“la de prohibición de competencia es una obligación que, precisamente, constituyó históricamente junto a la de suministro de materias primas una de las modalidades más frecuentes de **prestación accesoria**. Y este carácter estatutario hace imprescindible que, como exigen los artículos 86 de la Ley de Sociedades de Capital y 187.1 del Reglamento del Registro Mercantil, se especifique si el socio que cumpla la obligación debatida obtendrá o no alguna retribución”*

Podemos concluir que la DGRN ha reiterado su criterio al inadmitir la posible inclusión de este tipo de cláusulas en los estatutos de una sociedad, sin configurarlas como prestaciones accesorias.

Tal y como se expone en la propia resolución de la DGRN, el pacto de no competencia *“es una prestación accesoria consistente en una obligación de no hacer, por lo que debe precisarse su carácter retribuido o gratuito, conforme al artículo 86 LSC”*.

14. Reparto de dividendos.

El pacto sobre el reparto de dividendos resulta ser un pacto parasocial prototípico. Debemos tener en cuenta que el socio tiene un derecho, inherente a su propia naturaleza, a participar en las ganancias sociales de la sociedad²⁸. Sin embargo, este derecho no es absoluto, pues debemos tener en cuenta que, ante todo,

³⁵ Resolución de la DGRN de 5 de Junio de 2015.

²⁸ Ley de sociedades de Capital, artículo 93.

prima el interés social, ya que en caso de que haya beneficios, primero deberán preservarse tanto los intereses de los acreedores, como el patrimonio de la sociedad²⁹.

Las ganancias sociales, reciben el siguiente trato: (i) primero deberá verse si los resultados del ejercicio son positivos o si se han producido pérdidas. (ii) En el caso de que sean positivos, dichos beneficios deberán ir dirigidos a cubrir o compensar los resultados negativos de ejercicios anteriores. (iii) En caso de no existir ejercicios con resultados negativos, dichos beneficios deberán ir dirigidos a cubrir las reservas exigidas por la ley³⁰(iv) si cubiertas las anteriores aún quedan beneficios, podrán repartirse entre los socios en forma de dividendo, en proporción a la participación que los socios tengan en el capital.

El acuerdo para repartir dichos dividendos debe ser tomado por la Junta General³¹, previo análisis por parte del consejo de administración.

Lo que sí puede pactarse en los estatutos es un aumento del quorum necesario³² para adoptar el acuerdo de reparto de dividendos por parte de la Junta, o el propio sistema de reparto en sí (que no sea en proporción a la participación del capital social). Sin embargo, entendemos que no puede pactarse una cláusula estatutaria que obligue a la junta a votar en ese sentido.

Tampoco cabe la inclusión de pactos leoninos que confieran excluyan a uno o más socios de

toda parte en las ganancias o en las pérdidas.³³

Además, para el caso en el que no se repartan dividendos durante un determinado periodo de tiempo, la ley prevé la existencia de un derecho de separación³⁴, con derecho a la liquidación del valor razonable de sus participaciones. Este derecho se encuentra regulado en el art. 348Bis LSC, que últimamente ha sido objeto de mucho debate.

En conclusión, cabe la incorporación de este tipo de cláusulas en los estatutos, sin perjuicio que una posterior modificación de esta cláusula requiera el consentimiento de todos los socios afectados³⁵.

C. En caso de no poder incluir los pactos en los estatutos ¿Qué otras vías de protección tenemos? ¿Qué mecanismos de derecho podemos usar para garantizar el cumplimiento de los pactos parasociales?

El pacto parasocial, como contrato, tendrá fuerza de ley entre las partes, es decir, que los mismos poseen eficacia obligacional según estima el Código Civil³⁶. Lo anterior supone que, en caso de que los acuerdos incorporados en un pacto parasocial suscritos por todos los socios de la sociedad limitada y que no sean susceptibles de incorporarse en los estatutos, no les serán aplicables las reglas del derecho de sociedades³⁷.

²⁹ Sentencia Núm. 240/2010 de la Audiencia Provincial de Alicante Sección 8ª de 20 de mayo de 2010 así como la Sentencia Núm. 504/2012 de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª de 12 de julio de 2012.

³⁰ Ley de sociedades de Capital, artículo 274.

³¹ Ley de sociedades de Capital, artículo, 273.

³² Ley de sociedades de Capital, artículo 198 a 200.

³³ Código Civil, artículo 1691.

³⁴ Resolución de la DGRN, de 15 de julio de 2015 y SAP Barcelona de 26 de marzo de 2015.

³⁵ Resolución de 30 de julio de 2015.

³⁶ Código Civil, artículo 1.088 a 1.091.

³⁷ Por ejemplo, la acción de impugnación de os acuerdos sociales.

1. Prestaciones accesorias

No obstante, cabe plantearse si es posible su inclusión de manera implícita en los estatutos, de modo que podamos hacer uso de las acciones sociales sin tener que recurrir a las acciones propiamente contractuales.

Sobre este punto cabe pronunciarse positivamente, señalando que es posible la instrumentalización de los pactos parasociales en los estatutos mediante su incorporación como prestación accesoria. De este modo, su incumplimiento podría conllevar a la disolución de la sociedad o a la exclusión del socio incumplidor.

Sin embargo, sólo cabrá su ejecución forzosa (en inglés, “enforcement”) por esta vía, cuando su regulación como prestación accesoria conste expresamente en los estatutos. Por tanto, en virtud del artículo 86 de la LSC, es necesario que los sean específicos y se concrete al máximo su contenido, ya que, en caso contrario, no podrán ejecutarse con éxito.

2. Acciones judiciales del 1.101 y 1.124 del CC

Si queremos evitar la publicidad del pacto o éste no es incorporable a los estatutos, siempre cabe ejercitar una acción legal dirigida a reparar el daño derivado del incumplimiento del pacto de socios; esto es, la acción del 1124 o del 1101 del Código Civil.

No obstante, a fin y efecto de asegurar la adecuada aplicación y virtualidad de una posible acción del 1.124 del CC, cabe establecer alguna de las cláusulas contractuales enumeradas a continuación:

(i) La Cláusula Penal por incumplimiento:

Es altamente recomendable utilizar este mecanismo contractual para aquellos casos en los que el incumplimiento de la obligación suscrita entre las partes en el pacto parasocial no deje lugar a dudas.

Además del efecto disuasorio que implica el establecimiento de una alta penalidad para el infractor, puede solventar el problema habitual del cálculo de los daños y perjuicios derivados de la infracción.

El importe indemnizatorio estimado en la cláusula puede ser modulable por el Juez⁴⁷ sia tenor de las circunstancias del caso, como por ejemplo, si se ha cumplido parcialmente la obligación.

(ii) Opciones de compra o de venta (“PUT” y “CALL”)

Otra posibilidad es la introducción de las cláusulas “put” y “call” como una vía de escape (del socio cumplidor) o una vía de expulsión (del socio incumplidor) que opere, a poder ser, de manera automática en caso de incumplimiento de lo pactado. Su funcionamiento sería bastante simple:

- a) La incorporación de una opción de compra que permita al socio cumplidor adquirir las participaciones sociales del socio incumplidor a un precio inferior (por ejemplo, un 40% menos) del precio al que se venderían las acciones a un tercero en el momento en el que se produjo el incumplimiento del pacto. Esta funcionaría como mecanismo de expulsión de la sociedad del socio incumplidor.
- b) La inclusión de una opción de venta que permita al socio cumplidor vender sus participaciones sociales al socio

⁴⁷ Código Civil, artículos 1152 a 1155.

incumplidor por un precio superior (por ejemplo, al 140%) del precio al que se las vendería a un tercero en el momento en el que se produjo el incumplimiento del pacto. Esta cláusula funcionaría como un mecanismo de separación del socio cumplidor de la sociedad.

D. Conclusiones

La evolución de la regulación de los pactos parasociales o pactos de socios no ha sido siempre uniforme, habiéndose generado cierta inseguridad jurídica sobre qué pactos podían ser trasladados a los estatutos de una sociedad - y, por tanto, podían ser oponibles a la misma y a terceros -, y cuáles no.

Ello, unido a la inercia del derecho anglosajón tendente a regularlo todo en pactos de socios (denominados "*Shareholders Agreements*"), y probablemente al temor de supeditar la inclusión de ciertos pactos en los estatutos al criterio del Registrador, y a las prisas de las transacciones, ha hecho que, en la práctica, se dejen de incluir muchos pactos en los estatutos de la sociedad, cuando hubiera sido deseable, a la hora de su ejecución forzosa.

Como se ha constatado, existen pactos cuya inclusión en los estatutos de la sociedad no plantea ningún problema; estos son: las cláusulas de desbloqueo, las cláusulas restrictivas a la transmisión de las participaciones, la cláusula relativa al derecho de arrastre, aquellas que hacen referencia al derecho de separación, las que regulan el reparto de dividendos o las relativas a la representación proporcional en el consejo de Administración.

Otros cuya inclusión debe ser modulada e ir en consonancia con las disposiciones de carácter imperativo de la Ley de Sociedades

de Capital; éstos son: los pactos referentes a las restricciones sobre las competencias de los administradores, aquellos que regulan los quórum para la adopción de determinados acuerdos, los referentes a la permanencia de determinados socios, así como las limitaciones al derecho de adquisición preferente en la asunción de participaciones o bien en la transmisión de éstas.

Cabe destacar, asimismo, aquellos cuya inclusión en estatutos no se admite, y deben ir necesariamente instrumentalizados en un pacto parasocial; éstos son: pactos de sindicación de voto, pactos de no competencia o los que versan sobre el derecho de acompañamiento en la venta de participaciones.

Por otra parte, dada su eficacia obligacional, el hecho de que los mismos no puedan incluirse directamente en los estatutos no impide necesariamente que pueda garantizarse su aplicación a través de otros mecanismos como las prestaciones accesorias.

En cambio, si se quiere mantener su carácter reservado, siempre se podrán regular las consecuencias que conlleva el incumplimiento de estos pactos, dando contenido y viabilidad a la acción del 1124 del CC para dichos supuestos.