

Consecuencias de incorporar el pacto parasocial a una prestación accesoria

El análisis pretende destacar las consecuencias que tiene (y que no tiene) la creación de una prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial suscrito entre los socios de la sociedad, consecuencias que derivan de la integración del pacto en la organización corporativa.

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La técnica de reforzar la eficacia de los pactos parasociales mediante el diseño de prestaciones accesorias consistentes en la exigencia de cumplir las obligaciones asumidas en el pacto está muy extendida en la práctica societaria española y cuenta con el aval de las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes DGRN) de 26 de junio del 2018, y de 11 de octubre y 29 de noviembre del 2024.

Estas resoluciones declararon que el requisito legal de la determinación del contenido de la prestación accesoria (art. 1273 del Código Civil —CC—) queda cumplido si la cláusula estatutaria se remite a una escritura pública otorgada ante notario, sin necesidad de depositar el pacto o protocolo en el Registro Mercantil. Conforme a las dos últimas resoluciones citadas, si bien es cierto que los futuros adquirentes de las acciones o participaciones obligadas a dar cumplimiento al pacto parasocial deben poder conocer su contenido, ésa es una cuestión

reservada al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes en el marco de los tratos preliminares del negocio jurídico de adquisición.

La redacción y aprobación de este tipo de prestaciones accesorias tiene como finalidad principal activar el remedio societario de la exclusión del socio por incumplimiento doloso —o meramente imputable a título de culpa— del pacto parasocial, con previsión estatutaria en la sociedad anónima (arts. 89.2 y 350 de la Ley de Sociedades de Capital —LSC—). También se pretende asegurar la limitación de la transmisibilidad de las acciones o de las participaciones que lleven vinculada la obligación de realizar la prestación accesorias, ya que dicha transmisión requerirá la autorización de la sociedad mediante el acuerdo o decisión del órgano competente (art. 88 LSC).

El objetivo del siguiente análisis consiste en poner de manifiesto las consecuencias que tiene (y que no tiene) la decisión de crear e inscribir en el Registro Mercantil una prestación accesorias consistente en cumplir el pacto parasocial, consecuencias que derivan de la modificación de la naturaleza jurídica del acuerdo de socios que, una vez vinculado a la prestación accesorias, pasa a integrar la organización corporativa de la sociedad de capital¹.

2. La oponibilidad frente a futuros adquirentes y frente a la sociedad

La inscripción en el Registro Mercantil de la prestación accesorias consistente en cumplir el pacto parasocial meramente referen-

ciado en escritura pública no determina la oponibilidad del pacto frente a futuros adquirentes de acciones o participaciones, ni siquiera cuando el acuerdo o protocolo esté depositado en dicho Registro. La publicidad que se ofrece al amparo del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la Publicidad de los Protocolos Familiares, es la de una mera publicidad o noticia, pero no genera la oponibilidad propia de la inscripción porque ésta requiere un control de legalidad de lo inscrito que no llega a producirse (art. 21 del Código de Comercio).

La oponibilidad del pacto requiere que sea inscrito en el Registro Mercantil, una posibilidad reconocida para sociedades limitadas por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes. Es necesario en este caso que se otorguen en escritura pública y que el notario efectúe un control de la legalidad del clausulado del pacto («si no contienen cláusulas contrarias a la ley»).

En un término medio, la prestación accesorias consistente en cumplir el pacto parasocial no inscrito sólo requiere que el pacto esté identificado (no necesariamente en escritura pública) de modo que los futuros socios puedan conocerlo con carácter previo a la adquisición de la condición de socio.

En todo caso, desde el punto de vista de la sociedad, lo importante es que ningún tercero podrá obtener la autorización necesaria para adquirir la condición de socio sin suscribir el acuerdo parasocial, lo que

¹ Cfr. para lo que sigue, PÉREZ MILLÁN, D., «La inscripción de la prestación accesorias de cumplimiento de un protocolo familiar» (*RDM*, núm. 311, enero-marzo 2019), que además aborda la compleja cuestión del funcionamiento de este tipo de cláusula cuando existan socios que no formen parte del pacto parasocial.

garantiza la coincidencia en todo momento entre socios y firmantes del pacto y, por consiguiente, su plena oponibilidad frente a la sociedad (art. 1257 CC).

Los operadores suelen prever además la posibilidad de que el pacto parasocial sea modificado con el paso del tiempo, generalmente porque así lo exige la entrada de nuevos socios que requieren una reestructuración de las relaciones internas. Se debe incluir por ello una regla en el pacto de modificación por mayoría y un inciso en la redacción de la prestación accesoria que remita la determinación del contenido del pacto parasocial a la escritura inicial con su número de protocolo y «sus modificaciones realizadas de acuerdo con lo previsto en la misma» (es decir, a la versión vigente del pacto en cada momento).

3. Contenido del pacto y activación de los remedios societarios

La aprobación e inscripción de una prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial determina que los firmantes del pacto se obliguen frente a la sociedad y *en su condición de socios* a cumplir las obligaciones previstas en él. Y, una vez que se produce el tránsito de lo meramente obligacional a lo *societario*, el pacto se integra en la organización corporativa y, por consiguiente, queda sometido a las mismas limitaciones de contenido que se aplicarían a una regla estatutaria.

Lo anterior tiene también sus consecuencias en lo que se refiere a la aplicación de las normas societarias que los operadores desean anudar al pacto parasocial.

En cuanto a la activación del remedio societario de la exclusión por incumplimiento de una prestación accesoria, requiere la

adopción de un acuerdo de junta general (que puede ser impugnado) y de una resolución judicial adicional si el porcentaje del capital del socio excluido excede del veinticinco por ciento. En ambos casos, el órgano judicial o arbitral encargado de dirimir el conflicto deberá analizar la conformidad entre la regla del pacto que se considere infringida y las normas imperativas del Derecho de sociedades. Además, la exclusión de un socio no puede llevarse a cabo por cualquier causa, sino que debe concurrir un justo motivo o el incumplimiento de una obligación que tenga un carácter principal para la consecución del fin común perseguido por las partes (art. 1707 CC).

En lo que respecta a la decisión de autorizar o denegar la transmisión de las cuotas de socio (sean acciones o participaciones) obligadas por la prestación accesoria es necesario tomar en consideración que el órgano competente para dar la autorización no podrá actuar de modo discrecional, sino que deberá justificar su decisión sobre la base de la capacidad del adquirente para cumplir las obligaciones definidas en el pacto; e incluso se ha sostenido que, al menos en la sociedad anónima, habría que identificar en los estatutos las causas que permitan denegar la transmisión (art. 123.3 LSC).

4. Conclusiones

1.^º La aprobación e inscripción de una prestación accesoria consistente en cumplir el pacto parasocial implica la integración del pacto en la organización corporativa y, por consiguiente, su contenido quedará sometido a las mismas limitaciones que las reglas estatutarias (esto es, a las reglas imperativas del Derecho de sociedades).

El pacto quedará sometido a las mismas limitaciones de contenido que se aplicarían a una regla estatutaria

- 2.^a La incorporación del pacto a la prestación accesoria no requiere que el pacto esté otorgado necesariamente en escritura pública, sino que es suficiente con que esté identificado de forma que lo puedan conocer no sólo los socios que lo hayan suscrito, sino también los futuros socios. La accesibilidad del pacto es requisito para una adecuada formación del consentimiento en la adquisición de la condición de socio, mas se trata de una cuestión que queda reservada a la autonomía de la voluntad de los socios en los tratos preliminares. El depósito del pacto en el Registro Mercantil no resulta necesario.
- 3.^a Los nuevos adquirentes de las participaciones sociales (sea de forma originaria o derivativa) deberán obtener la autorización del órgano competente para adquirir la condición de socio, aunque la decisión de dicho órgano no será totalmente libre o discrecional, sino que estará limitada en función de la capacidad del adquirente de cumplir las obligaciones establecidas en el pacto parasocial.
- 4.^a El incumplimiento del pacto parasocial determinará la posibilidad de excluir al socio incumplidor, si bien resul-

tarán de aplicación las mismas reglas que atañen a la exclusión de cualquier socio de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (necesidad de acuerdo de la junta, decisión judicial en función de la participación social y valor razonable, salvo pacto o regla estatutaria en contra). El acuerdo de exclusión podrá ser impugnado si el pretendido incumplimiento de la prestación accesoria se basa en la infracción de una cláusula del pacto parasocial que deba reputarse nula según las normas del Derecho de sociedades o resulta de un incumplimiento que no pueda considerarse justo motivo para la exclusión de un socio.

- 5.^a Es conveniente tomar en consideración todo lo anterior antes de decidir si incorporar el pacto a la prestación accesoria o garantizar su cumplimiento mediante los remedios contractuales tradicionales (cláusulas penales, opciones de compra y venta entre socios, etc.) o las típicas restricciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales (cláusulas de autorización, derechos de tanteo con su retracto, etc.).