El incumplimiento del pacto de socios: prevenciones, remedios y limitaciones

Autor:

Antonio Valmaña Cabanes

Abogado y Doctor en Derecho.

Profesor colaborador de la UOC y ESADE

Cada vez son más las sociedades mercantiles que gozan de una doble regulación consensual: la establecida en los estatutos sociales, por un lado, y la que se puede desarrollar a través de pactos parasociales o extraestatutarios, conocidos de modo frecuente como "pactos de socios". La razón para ello es clara: frente a los márgenes más o menos estrechos en los que se puede mover la autonomía de la voluntad a la hora de elaborar los estatutos sociales, que siempre deberán respetar las limitaciones de Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), los pactos de socios ofrecen una libertad mucho mayor. A modo de ejemplo: la LSC prohíbe exigir unanimidad para la adopción de acuerdos de junta (por lo que unos estatutos no podrán establecer una norma de ese tipo), mientras que un pacto de socios, sin más límite que la voluntad de las partes (y el orden público, en su caso) puede fijar sin ningún problema una norma en ese sentido.

Sin embargo, esta libertad tiene su precio. Un precio que se paga con las dificultades de eficacia que a menudo presentan

los pactos, como consecuencia de su inoponibilidad a la sociedad. Es decir, en la medida en que un pacto de socios es un acuerdo privado entre determinadas personas, resultando por tanto un contrato que los obliga sólo a ellos y entre sí, el pacto no podrá proyectar sus efectos (no al menos de forma directa) sobre la sociedad. Así pues, mientras los estatutos sociales son del todo vinculantes, exigibles y eficaces en la dinámica societaria, los pactos de socios no lo son. Y esto se percibe de forma especial cuando se produce un incumplimiento: mientras la inobservancia de las normas estatutarias puede servir de base, por ejemplo, para formular una demanda de impugnación de acuerdos sociales, la infracción de las normas contenidas en un pacto de socios no ofrecerá esa posibilidad. Algo que es consecuencia directa de su naturaleza jurídica y que, tras no pocas discusiones doctrinales y jurisprudenciales, se admite hoy de forma pacífica.

Naturaleza del pacto y evolución histórica de su alcance

Los pactos parasociales tienen la naturaleza propia de todo contrato. Recogen el acuerdo de voluntades entre determinadas personas y, como contratos que son, únicamente resultan exigibles a quienes los hayan suscrito. Es el conocido principio de relatividad de los contratos, que no genera ningún tipo de duda ni debate en nuestro ordenamiento.

Asimismo, los pactos parasociales poseen una larga tradición, lo cual no debe extrañar. Por un lado, porque los limitados márgenes del desarrollo estatutario, a los que ya nos hemos referido, no siempre han dado respuesta adecuada a las inquietudes o necesidades de los socios de compañías mercantiles. Por otro lado, porque la propia dinámica societaria ha provocado que, en ocasiones, determinados grupos de socios hayan sentido la necesidad o conveniencia de aglutinar sus derechos, para la mejor defensa de sus intereses, alcanzando acuerdos privados entre sí. Un buen ejemplo de ello serían los sindicatos de voto, que son precisamente un tipo específico de pacto extraestatutario, en virtud del cual un conjunto de socios se compromete a votar, en la junta general, en un concreto sentido previamente determinado.

No obstante, nuestro Derecho de sociedades siempre los ha visto con recelo. Es natural también, si partimos de la premisa de que tiene establecido un conjunto de normas imperativas y que, además, las normas consensuales pactadas en estatutos quedan sujetas a publicidad registral. De ahí que, tradicionalmente, estos pactos que escapan a esa filosofía de luz y taquígrafos hayan sido cuestionados. De hecho, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 los sancionaba con la nulidad, de manera que no podían desplegar efectos ni siquiera entre sus firmantes.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en cambio, admitía ya su validez, si bien dejando claro que este tipo de acuerdos, calificados de "pactos reservados", en la medida en que la sociedad no es partícipe ni conocedora de los mismos, no pueden surtir efectos en el plano societario. Pero respecto a 1951, se puede percibir que se había avanzado ya mucho, al permitir por lo menos que gozaran de eficacia inter partes, una vez aceptada su validez como contratos privados.

Esta misma regulación es la que se mantiene ahora en la LSC, que sigue aceptando por tanto que estamos ante contratos perfectamente válidos, al tiempo que les sigue negando trascendencia societaria (artículo 29 de la LSC). Y esto a pesar de que, en determinados momentos, algunas resoluciones judiciales han llegado a concedérsela. Quizás la más audaz de todas ellas fue la Sentencia del Tribunal Supremo 97/1992, de 10 de febrero, conocida como "Sentencia Munaka", que concedió plena validez a los acuerdos alcanzados en un pacto de socios. La base para ello

es que entendió el Supremo que el acto de firma de un pacto por parte de todos los socios (pacto omnilateral) podía equiparase a una junta general universal, de manera que el contenido de ese pacto se convertía en una suerte de acuerdos de junta, con lo que pasaba a ser plenamente oponible a la sociedad.

Esta doctrina, obviamente arriesgada, toda vez que implicaba generar una ficción de junta general, fue sufriendo determinados vaivenes en el tiempo, existiendo otras resoluciones que apoyaban ese aperturismo hacia la eficacia de lo parasocial y existiendo, también, otras resoluciones en sentido contrario. Y quizás la Sentencia 1136/2008, de 10 de febrero, dictada por el propio Tribunal Supremo, fue la que vino a zanjar el debate, dejando claro que los pactos extraestatutarios, definitivamente, no son oponibles a la sociedad.

Es lo coherente, en el fondo, por más que de todo ello deriven a la postre los problemas de eficacia a los que seguidamente nos referiremos.

El principio de conservación de los actos

Como hemos señalado, y después de la evolución legislativa y jurisprudencial a la que nos hemos referido, los pactos de socios tienen una eficacia clara e incuestionable entre sus firmantes: todo socio que suscriba el pacto se ve obligado a cumplirlo. Sin embargo, resulta igualmente incuestionable que no tienen trascendencia societaria: no se puede exigir a la sociedad que conozca ni que reconozca el pacto. O lo que es lo mismo: no se puede pretender que el pacto genere ningún tipo de efecto, al menos de forma directa, sobre la compañía.

Situados frente a esta realidad, debemos cuestionarnos qué sucede cuando uno de los socios (obligado a cumplir el pacto) no respeta su contenido y, con ello, genera un efecto sobre la sociedad, que es ajena por completo a dicho pacto. Y lo primero que debemos tener claro es que, en este tipo de situaciones, opera el principio de conservación de los actos. Es decir, por más que se haya contravenido una obligación contractual, el acto societario será perfectamente válido y no se podrá retrotraer, cuestionar o impugnar.

Esto puede suceder, por ejemplo, con ocasión de la junta general de socios, lo cual podemos ver con un ejemplo práctico. Si el pacto establece que la sociedad distribuirá un dividendo mínimo del 50% del beneficio repartible, sin que esta norma se haya trasladado a los estatutos sociales, la forma que tienen los firmantes del pacto para conseguir que efectivamente se produzca ese reparto es votar en junta a favor del mismo. Es más, tienen en realidad un deber (obligación contractual) de votar en se sentido. Si uno o varios de los socios no lo hacen, consecuencia de lo cual el acuerdo no se adopta, resultará evidente que esto ha sido porque han incumplido una obligación contractual que tenían asumida y que, como tal, les resulta perfecta y personalmente exigible.

Sin embargo, por muy díscolos que hayan sido esos socios incumplidores, el acuerdo de junta es perfectamente válido. No se ha infringido ninguna norma legal ni estatutaria de obligada observancia, por lo que la mera infracción del pacto de socios no permite cuestionar la validez de ese acuerdo. Y una demanda de impugnación de acuerdos sociales, basada en esa infracción del pacto, no podría prosperar.

Esto es muy importante tenerlo claro como premisa incuestionable. Así pues, si se tiene la voluntad expresa de que determinados contenidos del pacto de socios tengan efecto en la esfera societaria, será imprescindible trasladarlos a estatutos sociales, siempre que sea posible (por ser contenidos inscribibles). Sólo así existirán remedios que permitan garantizar su eficacia final.

Los remedios o prevenciones frente al incumplimiento

Descartada la posibilidad de retrotraer el acto societario, asumido que éste mantendrá sus efectos por más que derive de un incumplimiento contractual, los remedios que se pueden aplicar -como es lógico- son los mecanismos que, tradicionalmente, han operado para la defensa o para el resarcimiento de los intereses de los demás contratantes.

Una fórmula clásica es la indemnización por los daños provocados. Indemnización que puede articularse por ejemplo en forma de cláusula penal, que tenga un carácter general (frente a cualquier eventual incumplimiento) o un carácter específico (para el incumplimiento de obligaciones concretas). Si mantenemos el ejemplo anterior, la indemnización (o la penalidad) podría consistir en satisfacer al resto de socios firmantes del pacto el importe equivalente al de ese dividendo que, con su incumplimiento, el socio díscolo les ha privado de recibir. Y como resulta fácil advertir, una cláusula de este tipo no sólo tiene una finalidad reparadora. Más aún: no tiene como principal finalidad la reparación del daño. Tiene como principal finalidad evitar el incumplimiento. Y es que, en la medida en que el socio se vea sujeto a tener que hacer frente a esa carga económica, parece razonable pensar que se abstendrá de incurrir en un incumplimiento que le pueda reportar consecuencias personales tan negativas. La cláusula debe ser, en definitiva, claramente disuasoria.

En todo caso, debemos insistir en lo que señalábamos ya en el epígrafe anterior: si el incumplimiento se consuma, el acto societario quedará consolidado y no podrá retrotraerse.

Otro remedio frente al incumplimiento o, más bien, otra forma de tratar de prevenirlo es la posibilidad de excluir al socio que contravenga las obligaciones derivadas del pacto. No obstante, esa previsión no puede estar sólo en el pacto, sino que necesariamente deberá trasladarse a los estatutos sociales, de manera que se convierta en una verdadera causa estatutaria de exclusión (artículo 351 de la LSC). Sólo así podrá operar cuando se produzca una circunstancia que la haga necesaria. Y parece una solución razonable y aconsejable (a pesar de su gravedad y de los problemas parejos de ejecución práctica, como el pago de la cuota del socio excluido), si tenemos en cuenta la necesidad de reforzar las garantías de que el pacto se cumpla.

Por último, del mismo modo en que hemos podido apuntar varias medidas para prevenir el riesgo de incumplimiento o para resarcir sus efectos, convenie destacar que las cláusulas de prelación (presentes en casi cualquier pacto de socios) poco van a ayudar a conseguir estos fines. Nos referimos a las cláusulas que, tradicionalmente, establecen que, en caso de contradicción entre el contenido de los estatutos sociales y el contenido del pacto de socios, primará o se dará aplicación preferente a este último.

Esto puede tener cierto sentido en el ámbito estrictamente contractual. Una cláusula así dejará al socio sin el escudo, sin el pretexto, que le podría ofrecer la existencia de una norma estatutaria que viniera a justificar sus actos. Porque en la esfera contractual, efectivamente, primarán las obligaciones previstas en el pacto. Pero esto no trasciende a la esfera societaria. En esta esfera, no es que los estatutos tengan más fuerza que el pacto, sino que, simplemente, los estatutos son plenamente vinculantes y el pacto carece de cualquier eficacia. Y es que esa eficacia, como hemos dicho, sólo opera inter partes, entre aquellas personas que hayan suscrito el pacto.

Reflexiones finales

Son muchas las razones que aconsejan firmar un pacto de socios. Y es que habrá determinados aspectos de la regulación de la empresa que, por la rigidez propia de nuestro Derecho de sociedades, no podrán incorporarse a los estatutos. Ni siquiera con la conformidad de todos los socios. De ahí que resulte conveniente dotarse de una herramienta de este tipo. Especialmente en determinados tipos de compañías.

Quizás el caso de la empresa familiar sea el más evidente, por cuanto hay muchos elementos que exceden del ámbito exclusivamente mercantil que interesará regular. Por ello resulta tan aconsejable para estas empresas dotarse de un protocolo familiar, que no es en definitiva ninguna otra cosa que un tipo específico o particular de pacto parasocial. Pero en cualquier sociedad, en el fondo, puede ser interesante disponer de pactos de este tipo. Tal vez para regular o agrupar los intereses de determinados socios (pactos de sindicación de voto), tal vez para definir la posición de socios inversores frente a socios ejecutivos, tal vez simplemente para permitir que la autonomía de la voluntad sea plena, más allá de lo que pueda establecerse en estatutos sociales.

Pero lo más relevante es tener una clara conciencia de cuál es el alcance de esos pactos. Tener muy claro que tienen plena eficacia contractual (superada la idea de nulidad de 1951) pero, al mismo tiempo, tener muy claro que no tienen eficacia alguna frente a la sociedad, puesto que así lo establece la LSC y así lo han concluido finalmente nuestros tribunales, a pesar de ciertas resoluciones que han tratado de abrir ciertas puertas que han terminado por quedar de nuevo cerradas. Algo que es del todo coherente con las necesidades de publicidad registral sobre cuya base se asienta la eficacia erga omnes que sí tienen los estatutos sociales.

Por ello, es fundamental que todo pacto recoja ya las previsiones necesarias para reforzar su eficacia, tratando de prevenir el eventual incumplimiento por parte de sus firmantes. Básicamente porque, como advertíamos, se podrán aplicar medidas resarcitorias o indemnizatorias, pero los actos societarios ya ejecutados resultarán irreversibles, por más que se hayan adoptado en contravención del pacto.