

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7690 *Resolución de 5 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Valencia a inscribir determinada cláusula de los estatutos de la sociedad Kings Products Spain, SL.*

En el recurso interpuesto por don Joaquín Borrell García, Notario de Valencia, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, a inscribir determinada cláusula de los estatutos de la sociedad «Kings Products Spain, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Valencia, don Joaquín Borrell García, el día 5 de enero de 2015 bajo el número 13 de su protocolo, se formalizó la constitución de la sociedad «Kings Products Spain, S.L.», cuyos estatutos sociales, en su artículo 20, disponen lo siguiente: «Los socios no podrán ejercer por cuenta propia o ajena actividades que coincidan con el objeto social o impliquen alguna especie de solapamiento con su actividad, de no mediar acuerdo unánime de los concurrentes. El incumplimiento de esta prohibición dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados y además en concepto de pena convencional a la pérdida en beneficio del otro socio del dividendo del ejercicio en el que se haya producido la infracción y de los dos siguientes».

II

Se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Valencia el día 23 de enero de 2015, y fue objeto de calificación parcialmente negativa por el registrador, don Carlos Javier Orts Calabuig, que, a continuación, se transcribe únicamente respecto del defecto que es objeto de impugnación: «Don Carlos J. Orts Calabuig, Registrador Mercantil de Valencia Mercantil, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he procedido a su inscripción en el Tomo:... Libro:... Folio:... Hoja:... Inscripción: 1.ª (...) Inscripción parcial: Excepto el contenido del artículo 20 de los Estatutos Sociales conforme al artículo 63 del R.M.M., por los siguientes fundamentos de Derecho: Puesto que aunque sin mencionarlo expresamente, se contempla una prestación accesoria consistente en una obligación de no hacer sin precisarse su carácter retribuido o gratuito, con infracción del artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital. Denegatorio.—Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil (...) En relación con la presente calificación: (...). Valencia, a 12 de febrero de 2015. El Registrador III (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

La calificación se notificó al presentante y al notario autorizante el día 17 de febrero de 2015.

III

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Valencia el día 12 de marzo de 2015, el notario autorizante de la escritura interpuso recurso contra la calificación en el

que alega lo siguiente: «(...) La cuestión debatida hace referencia a la siguiente cláusula estatutaria: «Artículo 20.–Los socios no podrán ejercer por cuenta propia o ajena actividades que coincidan con el objeto social o impliquen alguna especie de solapamiento con su actividad, de no mediar acuerdo unánime de los concurrentes. El incumplimiento de esta prohibición dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados y además en concepto de pena convencional a la pérdida en beneficio del otro socio del dividendo del ejercicio en el que se haya producido la infracción y de los dos siguientes». Dicha cuestión se concreta en determinar: a).–Si dicha cláusula implica, como sostiene la calificación registral, un supuesto de prestación accesoria. b).–Si dicha equiparación impone, para dar cumplimiento al artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, hacer constar si tiene carácter retribuido o gratuito. A juicio del Notario recurrente: a).–La equiparación es errónea. Es cierto que el pacto estatutario atribuye, como afirma el Registrador, una obligación de no hacer; pero ésta presenta una diferencia esencial con la prestación accesoria que impide absolutamente la identificación entre ambas figuras. Como toda relación obligatoria, la prestación accesoria cuenta con un sujeto activo, la sociedad, un sujeto pasivo, el socio o socios obligados por ella a dar, hacer o no hacer. En cambio en el pacto estatutario que se debate la sociedad no es sujeto activo ni pasivo; sino que son los socios quienes con carácter recíproco asumen entre sí tales posiciones e incurren en los perjuicios, resarcidos entre ellos mismos que previene la cláusula. La falta de coincidencia entre los sujetos, afectando un elemento esencial del negocio jurídico, impide la equiparación entre ambas figuras. Lo que ocurre es que la calificación registral parece derivar de la búsqueda de un precepto en el que encajar el pacto estatutario y probablemente, entre los regulados en la Ley, la prestación accesoria es la que más se le parece para posibilitar una interpretación analógica. A juicio del Notario recurrente simplemente se basa en la libertad de pacto derivada de la autonomía de la libertad conforme al artículo 1255 del Código Civil, que debería ser más relevante todavía en el Derecho mercantil que en el civil y ello aunque el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital no lo revalidara para el ámbito estatutario. b).–Pero es que aunque se tratara de una prestación accesoria su propia índole haría inaplicable el artículo 86 de dicha Ley; en cuanto éste, al aludir al carácter gratuito o retribuido, se refiere a las relaciones entre el socio y la sociedad que por su naturaleza sean susceptibles de retribución. El artículo estatutario establece obligación de no hacer recíproca, en la que cada socio es sujeto pasivo frente a los demás y sujeto activo respecto de éstos, conforme a la misma esencia del concepto de reciprocidad; lo que implica una causa sinalagmática, definida como onerosa con arreglo al concepto del artículo 1274 del Código Civil, que vuelve inaplicable la cuestión de la mención expresa sobre la gratuidad o retribución».

IV

Mediante escrito, de fecha 18 de marzo de 2015, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1088, 1091, 1255, 1257 y 1258 del Código Civil; 22.1.e), 22.2, 28, 29, 86, 87, 88 y 89 de la Ley de Sociedades de Capital; 175 y 187 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo y 24 de junio de 1998, 7 de marzo de 2000, 27 de julio de 2001, 24 de marzo de 2010, 18 de junio de 2012 y 25 de septiembre de 2014.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de determinada cláusula de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, según la cual «los socios no podrán ejercer por cuenta propia o ajena actividades que coincidan con el objeto social o impliquen alguna especie de solapamiento con su actividad, de no mediar acuerdo unánime de los concurrentes. El incumplimiento de esta prohibición dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados y además en concepto de pena convencional a la pérdida en

beneficio del otro socio del dividendo del ejercicio en el que se haya producido la infracción y de los dos siguientes».

A juicio del registrador, se trata de una prestación accesoria consistente en una obligación de no hacer, por lo que debe precisarse su carácter retribuido o gratuito, conforme al artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital.

El notario recurrente sostiene: a) Que en la obligación de no hacer establecida en los estatutos los sujetos activos y pasivos son, recíprocamente, los propios socios, mientras que en la prestación accesoria el sujeto activo es la sociedad misma, y b) Que aun cuando se tratara de una prestación accesoria, no sería aplicable la exigencia de especificación de su carácter gratuito o retribuido, pues ésta sólo se refiere a las relaciones entre el socio y la sociedad que por su naturaleza sean susceptibles de retribución, mientras que el carácter recíproco de la obligación de no hacer impuesta, en la que cada socio es sujeto pasivo frente a los demás y sujeto activo respecto de éstos, implica que existe una causa sinalagmática, definida como onerosa conforme artículo 1274 del Código Civil.

2. 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». Aunque son fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios, se configuran como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario.

En la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cabe distinguir: los pactos propiamente contractuales entre los socios fundadores, dirigidos a surtir efectos entre los mismos y cuya modificación requiere el consentimiento de todos los contratantes (artículos 1091 y 1258 del Código Civil) y los pactos de contenido organizativo o corporativo, que en esencia miran a la configuración de la posición de socio y al funcionamiento de los órganos sociales, tienen eficacia «erga omnes» -pues alcanzará a terceros que no intervinieron en su redacción- y su modificación se rige por el sistema de mayorías reforzadas -con algunas excepciones en atención al principio de igualdad de trato entre los socios, al de necesidad de consentimiento del socio para imponerle nuevas obligaciones y al respeto de los derechos individuales-, y los pactos de organización societaria inicial, como puede ser el relativo a la determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que se prevean diferentes alternativas, o el de especificación de la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social (cfr. artículos 22.1.e) y 22.2 de la Ley de Sociedades de Capital), que pueden ser modificados conforme al principio de mayoría que rige los acuerdos ordinarios.

A diferencia de lo establecido en la vigente Ley de Sociedades de Capital, que (como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 marzo 1995) exige que la escritura de constitución de la sociedad contenga los estatutos sociales, durante la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1953 no era imprescindible que las normas de organización societaria corporativa revistieran formalmente carácter estatutario, pues, como expresaba su Exposición de Motivos, en dicha Ley, con afán de simplificación, no se reflejaba la disparidad entre escritura y estatutos, conocida también en la práctica. Por ello, los fundadores de la sociedad gozaban de plena libertad a la hora de precisar la ubicación que en la escritura habría de tener la obligación realizar prestaciones accesorias, de suerte que en los casos en que, en relación con una obligación de no hacer como la que es objeto de debate en este expediente, no se hiciera referencia a los estatutos sociales habría que atender al contenido de la disposición para determinar si tenían carácter contractual o corporativo, con las consecuencias que de ello se derivarían.

Por otra parte, este Centro Directivo (vid. Resolución de 24 de marzo de 2010) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de incluir en la escritura pactos entre socios, adjetivados en la práctica de «parasociales», que «se fundamenta en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecer vínculos obligacionales con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario

y al margen de él. La posibilidad de los mismos se encuentra reconocida de forma expresa en el artículo 11.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (fiel trasunto del segundo párrafo del artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas), al disponer que «los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad» [vid. artículo 29 de la vigente Ley de Sociedades de Capital]. Y aunque, por su propia naturaleza, los pactos parasociales no acceden al Registro Mercantil, caben excepciones, como acontece con algunos acuerdos incluidos en los llamados protocolos familiares, que pueden tener reflejo tabular, si bien mediante su mera reseña o depósito, en los términos previstos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares».

En el presente caso alega el notario recurrente que la obligación de no hacer que se impone a los socios en los estatutos sociales es una mera obligación entre socios, sin carácter corporativo, convenida con base en el principio de autonomía de la voluntad (artículos 1255 del Código Civil y 28 de la Ley de Sociedades de Capital).

Aunque como hipótesis se admitiera dicha configuración de la obligación debatida, lo cierto es que su inclusión formal en los estatutos sociales sin expresar su 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, dada la trascendencia de dicha regulación, en cuanto rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad (con eficacia «erga omnes», como ha quedado expuesto, pues vinculan a los socios, presentes y futuros, a la sociedad y son oponibles a terceros mediante la publicidad registral), y esa labor corresponde, de modo inequívoco, a los propios constituyentes. Por otra parte, si lo que estipulan los socios es un mero pacto convencional entre ellos, y aunque se configurase como uno de los llamados pactos parasociales, tampoco podrían acceder al Registro Mercantil, por su propia naturaleza extrasocietaria o extracorporativa, sin que se trate de uno de los supuestos antes referidos en que se permite dicho acceso. Por ello, no podría accederse a la solicitud de inscripción que de tal pacto formula el recurrente.

Por lo demás, interpretada la disposición estatutaria cuestionada según su letra y como disposición formalmente estatutaria no cabe sino entender que se trata de una obligación de carácter corporativo, que se impone a los socios frente a la sociedad, sin que para ello constituya óbice el hecho de que se prevea como cláusula penal inherente a su incumplimiento la pérdida de dividendos en beneficio de otros socios. 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.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de junio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.