



## Cláusula estatutaria de no realizar actividades propias del objeto social. Fuente: notariosyregistradores.com y BOE

Jueves 9 de julio de 2015

### UNAS OBLIGACIONES DE NO HACER QUE FORMAN PARTE DE LOS ESTATUTOS SE PUEDEN CALIFICAR DE PRESTACIONES ACCESORIAS, AUNQUE NO SE DIGA EXPRESAMENTE.

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.

**Hechos:** El problema que plantea esta resolución se centra en determinar si **determinada cláusula** de los estatutos de una sociedad **configura o no una prestación accesoria de no hacer**. La cláusula cuestionada decía 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”

Para el registrador **es una prestación accesoria** y por tanto, en cumplimiento [del artículo 86 de la LSC](#), se debe determinar **si es gratuita o retribuida**.

El notario no está conforme y recurre. A su juicio la cláusula se basa en la **libertad de pacto** entre los socios no siendo la sociedad sujeto activo ni pasivo, sino que **son los socios** quienes con **carácter recíproco** asumen entre sí tales obligaciones.

**Doctrina:** La **confirma** la nota de calificación.

Para la DG en la constitución de una sociedad 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” en tesis general.

También existen lo que se llama **pactos parasociales** (vid. [Resolución de 24 de marzo de 2010](#)) que «se fundamentan 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”. Y esto es lo que en esencia alega el recurrente.



Ante ello dice la DG que “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”, teniendo en cuenta además que **si fuera un pacto parasocial** tampoco tendría acceso al registro “por su propia naturaleza extrasocietaria o extracorporativa”, sin que por otra parte sea un pacto parasocial cuya inscripción esté expresamente permitida por el RRM.

Por ello **su carácter estatutario**, como ha quedado establecido, “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”.

**Comentario:** Esclarecedora resolución en cuanto establece **las claras diferencias** que existen entre pactos propiamente **contractuales**, pactos **parasociales** cuya inscripción no esté prevista reglamentariamente y **cláusulas estatutarias** de contenido inscribible.

La resolución, en aras de la **claridad y precisión** de los asientos registrales, ya que producen efectos “erga omnes”, a la hora de **diferenciar un pacto** de otro atiende a **un criterio formal** de forma que si el pacto, sea cual sea su naturaleza, consta en los estatutos de la sociedad, deberá someterse a las **reglas** que disciplinan las reglas estatutarias. Cuestión distinta, en la que no se entra, es si ese pacto, aunque forme parte de los estatutos, **es o no inscribible** con independencia de su auténtica naturaleza. Es decir lo que hay que plantearse ante un pacto como el que se establecía en los estatutos, es si dicho pacto **puede o no formar** parte de los mismos por su contenido concreto. Hay muchas **cláusulas estatutarias** que realmente no son tales y cuya inscribibilidad debe plantearse sin entrar a examinar si cumplen o no lo establecido para cláusulas similares dentro de las cuales puedan ser encuadradas. En nuestro caso no cabía duda de que se trataba de **una obligación de no hacer** y que dicho no hacer llevaba aparejada una **cláusula penal** por su incumplimiento lo que permite el citado artículo 86 de la LSC. Pero aparte de que no se la calificaba de forma expresa como prestación accesorias, le faltaba la característica fundamental de estas prestaciones accesorias como es la posibilidad de que su incumplimiento pueda dar lugar a la **exclusión del socios incumplidor** tal y como establece con carácter imperativo **el artículo 350 de la LSC**. Es indudable que cuando se establece una prestación accesorias en estatutos no es necesario indicar que su incumplimiento dará lugar a la exclusión del socios, pues este radical efecto ya lo establece la ley, pero si al dato de no decir nada al respecto, le unimos el dato de no llamarla por su nombre, existen **muchas dudas** acerca de su verdadera naturaleza. Por ello ante una cláusula de este tipo lo que nos tenemos que preguntar es su verdadera naturaleza, y una vez establecida esta ver si la misma como tal es o no inscribible y si estimamos que es inscribible comprobar si reúne todos los requisitos para ello según el carácter que le hayamos dado. La DG aquí opta por el criterio puramente formal como ya hemos dicho: Si forma parte de los estatutos no puede tener otra naturaleza que la de ser una prestación accesorias y si es tal debe cumplir los requisitos necesarios para su inscripción. (JAGV)

[PDF \(BOE-A-2015-7690 – 4 págs. – 167 KB\)](#) [Otros formatos](#)