

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

27064 *Resolución de 29 de noviembre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Sevilla a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don A. L. P., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «New Okapi, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil III de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 1 de febrero de 2024 por el notario de Sevilla, don Arturo Otero López Cubero, con el número 597 de protocolo, se elevó a público la decisión adoptada por el socio único de la sociedad «New Okapi, S.L.», por la que se modificaban los estatutos sociales para incorporar un nuevo artículo con la siguiente redacción:

«Artículo 6.º bis: Prestación accesoria.

Todos los socios, personas físicas personalmente o personas jurídicas, a través de su representante persona física, quedan sujetos a la prestación accesoria no retribuida consistente en el cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el Protocolo Familiar que consta en escritura pública autorizada el día 01 de febrero de 2024, ante el Notario de Sevilla, D. Arturo Otero López-Cubero, bajo el número 596 de su protocolo.»

II

Presentada el día 26 de junio de 2024 copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Sevilla, fue objeto de la siguiente nota de calificación.

«El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 2024/2428.

F. presentación: 26/06/2024.

Entrada: 1/2024/13.365,0.

Sociedad: New Okapi Sociedad Limitada.

Autorizante: Otero López-Cubero, Arturo.

Protocolo: 2024/597 de 01/02/2024.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. No es inscribible el artículo 6.º bis de los estatutos. Dicho artículo establece los [sic] siguiente: “Todos los socios, personas físicas personalmente o personas jurídicas, a través de su representante persona física, quedan sujetos a la prestación accesorias no retribuida consistente en el cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar que consta en escritura pública autorizada el día 01 de febrero de 2024, ante el Notario de Sevilla, don Arturo Otero López-Cubero, bajo el número 596 de su protocolo”.

Nos encontramos, por lo tanto ante unas prestaciones accesorias cuyo contenido concreto y determinado no consta en el propio artículo sino por remisión al contenido del protocolo familiar que figura en escritura notarial debidamente identificada pero no inscrita ni depositada. Es decir, se trata de un supuesto similar al contemplado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de Junio de 2018. En dicha Resolución se dice que “no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido no determinado pero sí determinable” y que la obligación en que consiste la prestación accesorias en el caso de la Resolución está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no sólo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesorias cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista.

Admitiendo la interpretación correctora que la Resolución realiza del requisito del artículo 86 de la LSC (la prestación accesorias ha de ser “determinada” y dicho requisito lo cambia por simplemente “determinable”), lo que no puede admitirse es lo que se refiere a la publicidad que se pretende dar al margen del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero. En efecto, dice la Resolución que el contenido es “perfectamente cognoscible no sólo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesorias”.

Obsérvese la trampa argumental que se utiliza cuando se habla de los socios futuros, los cuales son socios una vez que ya han adquirido las acciones (y no antes) por lo que mientras ello no ocurra no podrán conocer las prestaciones accesorias.

La Resolución, por lo tanto, no soluciona el problema de la persona no socia que está en tratos preliminares para la eventual adquisición de participaciones sociales. Para la decisión informada debería tener acceso al contenido de la escritura notarial, respecto de la cual es (recordemos que aún no es socio) un extraño. No tiene, por lo tanto derecho directo al acceso del contenido de la escritura notarial, sino que ha de acreditar previamente al Notario que se tiene “interés legítimo”.

Para resolver esta cuestión debemos tener presente:

A) Los protocolos familiares son pactos extraestatutarios; según nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de Abril de 2022, recogiendo doctrina anterior (Sentencia 120/2020, de 20 de febrero) la defensa de la eficacia del pacto parasocial debe articularse “a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto”.

B) “La denominación de ‘pactos parasociales’ es utilizada por la jurisprudencia para referirse a aquellos convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de ‘regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos’, acuerdos que se consideran válidos ‘siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad’ (sentencias 128/2009, de 6 de marzo, y 138/2009, de 6 de marzo). Se trata de un contrato asociativo (sentencia 296/2016, de 5 de mayo) distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica (sociedad anónima o limitada), de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran.

En consecuencia, tanto en la vigente legislación de sociedades de capital como en los precedentes reseñados, los pactos parasociales son válidos y eficaces entre las partes que los suscriben, pero no oponibles, ni por tanto exigibles, a la sociedad”.

C) Su configuración como prestación accesoria, hace que deba tenerse previo conocimiento del contenido antes de la adquisición de las participaciones. Para ello es ineludible que se reconozca por el notario titular del protocolo que se tiene interés legítimo para acceder al contenido de la escritura donde se contienen. A este respecto hay que tener en cuenta que la DGRN (hoy DGSJYFP) tiene establecido que la legitimidad del interés exige que tenga entidad suficiente como para hacer claudicar el principio opuesto del secreto del protocolo, (Vid. Resolución de 31 de julio de 2.014, 4 de octubre de 2.011, 4 de diciembre de 2.014 y 15 de junio de 2.015) debiendo prevalecer el derecho constitucional a la intimidad personal de los firmantes del pacto y del secreto del protocolo, prevaleciendo un criterio restrictivo respecto de la apreciación del interés legítimo para que no pueda ser conculcado otro interés legítimo como es el derecho a la intimidad. Igualmente dicha DG ha dicho que existe interés legítimo cuando el consentimiento del contenido de una escritura o un acta notarial sirve razonablemente para ejercitar eficazmente un derecho o facultad reconocido al peticionario por el ordenamiento jurídico que guarde relación directa y concreta con el documento o sirva para facilitar de forma ostensible un derecho o facultad igualmente relacionado con la escritura. Y en la medida en que implica una excepción al secreto del Protocolo, el interés legítimo no es que deba ser objeto de una interpretación restrictiva, pues cuando existe tal interés hay un verdadero derecho de manifestación y reproducción, siendo que dicho interés legítimo depende de una determinación casuística de la concurrencia del mismo, que cada notario tiene el derecho y la obligación de decidir en cada caso concreto en que se le solicita copia de un documento bajo su custodia.

Ahora bien, el interés legítimo en ningún caso puede consistir en la alegación de que se desea recabar información, como ocurre precisamente en este caso (Resoluciones de 9 de febrero y 18 de mayo de 2011, del Sistema Notarial).

El futuro adquirente de participaciones, con este sistema de publicidad no queda, por lo tanto, debidamente informado. O si se quiere decir en los términos de la Resolución de 2018 (a contrario), no se cumple el requisito de la determinabilidad para que pueda tomarse la decisión de adquirir o no adquirir las participaciones, pues la publicidad de las prestaciones accesorias dependerá de la apreciación del notario titular del protocolo sobre el cumplimiento del artículo 224 del Reglamento Notarial y por ende, de su decisión dependerá que por los futuros adquirentes puedan conocer o no puedan conocer en qué consiste tales prestaciones accesorias antes de llegar a ser socios. Téngase en cuenta, además, que en este caso concreto se trata de una sociedad unipersonal, y, por tanto, la sujeción a la prestación accesoria consistente en el cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas en el protocolo familiar que consta en la escritura pública, ya reseñada, ha sido establecida “sólo” por el propio socio único, titular, en la actualidad, del 100 % de las participaciones sociales del capital de la sociedad.

No puede admitirse el “vaciamiento” del contenido del Registro Mercantil, mediante el establecimiento de este tipo de cláusulas, que hace prevalecer, frente a unos estatutos inscritos, el contenido de unos protocolos familiares, o pactos parasociales, documentados en unas escrituras públicas amparadas por el secreto del protocolo notarial, y cuyo alcance no es conocido, pero se le impone al socio presente y futuro, su aceptación, aunque este supere los límites impuestos a la autonomía de la voluntad. (STS 128 y 138 de 6 de marzo de 2.009). Defecto subsanable.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro.

En relación con la presente calificación: (...).

Sevilla, a 3 de Julio de 2024.»

La calificación se notificó al presentante el día 4 de julio de 2024.

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. L. P., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «New Okapi, S.L.», interpuso recurso el día 11 de septiembre de 2024 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«I. (...)

II. Que, estando en desacuerdo esta parte con la Resolución emitida por el Sr. Registrador Mercantil de Sevilla, por cumplir el contenido de los Estatutos sociales con los requisitos y limitaciones legales que resultan de aplicación, se interpone, en tiempo y forma, recurso contra la resolución de 3 de julio de 2024, en los términos de los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y todo ello con base en los siguientes,

Hechos.

Primero. New Okapi, S.L. es una sociedad con domicilio en Dos Hermanas, (Sevilla) (...), cuyo objeto social comprende las siguientes actividades:

a) 1.A) La adquisición, tenencia, gestión, administración y enajenación, directa o indirecta, de acciones o participaciones, en concepto de socio, en otras sociedades, cualesquiera que sea su naturaleza u objeto, incluso en asociaciones y empresas civiles, mediante la suscripción o adquisición y tenencia de acciones o participaciones, sin invadir las actividades propias de las Instituciones de Inversión Colectiva, Sociedades y Agencias de Valores, o de aquellas otras Entidades regidas por leyes especiales. Establecer los objetivos, estrategias y prioridades de las filiales, así como coordinar sus actividades y, en general, llevar a cabo la dirección y control de las mismas. B) La adquisición, tenencia, gestión, administración y enajenación, directa o indirecta, de acciones o participaciones, en concepto de socio o accionista, en otras sociedades, cualesquiera que sea su naturaleza u objeto, incluso en asociaciones y empresas civiles, mediante la suscripción o adquisición y tenencia de acciones o participaciones, sin invadir las actividades propias de las Instituciones de Inversión Colectiva, Sociedades y Agencias de Valores, o de aquellas otras Entidades regidas por leyes especiales. C) Establecer los objetivos, estrategias y prioridades de las filiales, así como coordinar las actividades, definir los objetivos financieros, controlar el comportamiento y eficacia financiera y, en general, llevar a cabo la dirección y control de las mismas.

b) 2. La realización, gestión y prestación de servicios de asesoramiento y asistencia en los ámbitos fiscales, empresariales, contables, organización, mecanización y automatización de procesos administrativos, laborales, jurídicos, realizados por sí o encomendados a terceros, para las filiales.

c) 3. La adquisición, explotación y enajenación de toda clase de terrenos, su urbanización y venta; la construcción en su más amplio sentido de edificios de todas clases; el uso, arrendamiento y venta de los edificios referidos, bien sea de protección oficial o libre, así como en general, la realización de operaciones inmobiliarias en toda su amplitud; la realización por cuenta propia o de terceras personas de toda clase de proyectos y obras para la construcción de edificaciones destinadas a viviendas o instalaciones industriales o comerciales, públicos o de cualquier otro tipo. 4. La administración, arrendamiento o venta de los inmuebles adquiridos o construidos, bien en su totalidad o por pisos o apartamentos. 5. La compraventa y alquiler de todo tipo de vehículos a motor de transporte terrestre y marítimo. 6. La organización de eventos musicales, galas, bodas, conciertos y espectáculos. La principal actividad de la sociedad tiene como C.N.A.E. el número 64.20 a los efectos de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Emprendedores de 27 de Septiembre de 2.013. Las actividades enumeradas podrán ser desarrolladas por esta sociedad de modo indirecto, total o parcialmente, mediante la participación en otras sociedades con objeto idéntico o análogo. En el supuesto de que para el desarrollo de alguna de las actividades anteriormente mencionadas se precisare de la obtención previa de autorización administrativa, la sociedad no podrá desarrollar la actividad hasta no obtener la pertinente autorización. En

relación a aquellas actividades que tengan el carácter de actividad profesional de acuerdo con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, la Sociedad que se constituye actuará exclusivamente como sociedad de intermediación en los términos de la exposición de motivos de la citada Ley, entre los clientes y el profesional persona física que desarrollará efectivamente la actividad profesional, quedando por tanto esta sociedad excluida del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo.

El capital social de la Sociedad, íntegramente suscrito y desembolsado, es de 3.614.743 euros, dividido en 3.614.743 participaciones nominativas, numeradas correlativamente de la 1 a la 3.614.743 ambas inclusive, de 1 euro de valor nominal cada una de ellas.

Segundo. Con fecha 1 de febrero de 2024, el Socio Único de la compañía firmó, junto con los miembros de su familia, un Protocolo Familiar mediante el que se recoge el compromiso de los miembros de la familia sobre los aspectos fundamentales del funcionamiento de la empresa que han considerado necesario regular respecto con la finalidad de preservar el carácter de New Okapi, S.L. como empresa familiar en el futuro.

De este modo, en misma fecha, 1 de febrero de 2024, el Socio Único de la compañía adoptó la siguiente decisión: "Aprobación de la modificación de los Estatutos Sociales".

El citado acuerdo tenía la finalidad de modificar los estatutos sociales de la Sociedad mediante la incorporación de un nuevo artículo en los estatutos con el objetivo de establecer una prestación accesoria consistente en la obligación del cumplimiento del Protocolo Familiar.

Tercero. Que, como consecuencia de lo anterior, con fecha 1 de febrero de 2024, fue elevado a público tanto el Protocolo Familiar como la aprobación de la modificación de los estatutos sociales, ambas escrituras otorgadas ante el Notario de Sevilla, D. Arturo Otero López-Cubero, bajo números de protocolo 596 y 597, respectivamente (...)

Cuarto. Que, tras haber presentado la escritura pública con número de protocolo 597 (en adelante, "la Escritura") ante el Registro Mercantil de Sevilla con la pretensión de proceder a la inscripción de la modificación de los estatutos sociales, con fecha 4 de julio de 2024 fue notificada a la Sociedad Resolución dictada por el Sr. Registrador Mercantil de Sevilla por la que ha resuelto no practicar la inscripción solicitada, motivo por el que se interpone el presente recurso ante el Registro Mercantil para la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

A los anteriores Hechos le son de aplicación los siguientes,

Fundamentos de Derecho.

Único. El artículo sexto bis de los estatutos por el que se establece una prestación accesoria consistente en el cumplimiento del protocolo familiar se sujeta a los requisitos exigidos por la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública para su inscripción.

El artículo Sexto bis de los estatutos sociales cuya inscripción ha sido denegada por el Sr. Registrador Mercantil establece lo siguiente:

"Artículo 6.º bis: Prestación accesoria.

Todos los socios, personas físicas personalmente o personas jurídicas, a través de su representante persona física, quedan sujetos a la prestación accesoria no retribuida consistente en el cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el Protocolo Familiar que consta en escritura pública autorizada el día 01 de febrero de 2024, ante el Notario de Sevilla, D. Arturo Otero López-Cubero, bajo el número 596 de su protocolo."

No obstante, el Sr. Registrador Mercantil de Sevilla deniega la inscripción del artículo Sexto bis de los Estatutos Sociales relativo al cumplimiento de la prestación accesoria consistente en el cumplimiento del Protocolo Familiar por el motivo que se expone a continuación: (...).

Sorprende a esta parte que, aun teniendo conocimiento y habiéndose referido expresamente el Sr. Registrador a la comúnmente conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018, éste considera que aun cuando dicha Resolución admite la inscripción estatutaria de una prestación accesoria consistente en el cumplimiento de un protocolo familiar, dicha resolución no “soluciona el problema de la persona no socia que está en tratos preliminares para la eventual adquisición de participaciones sociales”, es decir, que el tercero que pretenda formar parte del capital social de la compañía no tiene conocimiento de las obligaciones contenidas en el protocolo familiar.

Pues bien, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, esta parte se muestra disconforme con los argumentos esgrimidos por parte del Sr. Registrador Mercantil para denegar la inscripción del citado artículo de los estatutos sociales.

La redacción del artículo Sexto bis cuya inscripción se pretende cumple estrictamente con lo dispuesto en la normativa legal aplicable y con la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

En concreto, el artículo 86.1 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) establece que: “1. En los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento”.

Pues bien, la doctrina ha venido a admitir como prestación accesoria en estatutos el cumplimiento de los protocolos familiares. A este respecto, traemos a colación la Resolución de 26 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, ya citada por el Registrador Mercantil de Sevilla en su nota de calificación.

La Resolución de 26 de junio de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido a establecer lo siguiente:

“En el presente caso –dejando al margen el hecho de que el protocolo familiar es aprobado por unanimidad de todos los accionistas en la misma junta general– la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista.

Debe concluirse que la cláusula debatida es inscribible, por no rebasar los límites generales a la autonomía de la voluntad, por cuanto no se opone a las leyes ni contradice los principios configuradores de la sociedad anónima (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 114.2 del Reglamento del Registro Mercantil).”

El artículo Sexto bis de los estatutos sociales de New Okapi, S.L. por el que se incluye una prestación accesoria consistente en el cumplimiento del Protocolo Familiar, cumple con los requisitos exigidos por la citada resolución de 26 de junio de 2018 por tanto en cuanto la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en escritura pública, esta es, de fecha 1 de febrero de 2024 otorgada ante el Notario de Sevilla, Don Arturo Otero López-Cubero, bajo el número 596 de su protocolo.

El hecho de que el Protocolo Familiar no haya sido objeto de depósito en el Registro Mercantil trae causa de la naturaleza del carácter reservado y no público de los

protocolos familiares o pactos parasociales, no siendo ello contrario a ninguna norma ni corriente doctrinal alguna.

Adicionalmente, cuando la Resolución objeto de recurso hace referencia a la imposibilidad del tercero en conocer las obligaciones contenidas en el Protocolo, discrepamos, dicho sea con los debidos respetos, del argumento de la Resolución, pues, el tercero pudiera acreditar su interés legítimo ante el Notario a los efectos de conocer el Protocolo aportando, en su caso, la correspondiente oferta de compra de las participaciones sociales, así como cualesquier otro documento suscrito con la sociedad que acredite su interés en la entrada al capital social.

En cualquier caso, el socio de la compañía podría hacerle entrega, en su caso, al tercero interesado del contenido del Protocolo Familiar al momento de las negociaciones, así como ser la propia sociedad –en caso de que la entrada al capital por parte del tercero se haga vía ampliación de capital– la que ponga a disposición del tercero el citado protocolo.

Por ello, no entiende esta parte que la Resolución objeto de recurso deniegue la inscripción de una prestación accesoria consistente en el cumplimiento de un Protocolo Familiar cuando ya es doctrina sentada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que, cuando la prestación accesoria esté perfectamente identificada mediante su formalización en escritura pública, como ocurre en el caso que nos ocupa, ello supone para terceros interesados en formar parte de la compañía el conocimiento de la existencia de un protocolo y, en consecuencia, que su futura condición de socio se sujetará a determinadas obligaciones, las cuales podrá conocer de forma rigurosa mediante la acreditación del correspondiente interés legítimo ante Notario o, en su caso, y como viene siendo práctica habitual, a través del acceso al Protocolo por parte del socio actual de la Sociedad.

Por todo lo anterior, al amparo de la propia Resolución de 26 de junio de 2018 que resulta doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la prestación accesoria incluida en el artículo Sexto bis de los Estatutos Sociales de New Okapi, S.L. debiera ser objeto de inscripción, y ello toda vez que la Sociedad ha cumplido debidamente con los trámites de “determinabilidad” exigidos por la doctrina respecto a la prestación accesoria consistente en el cumplimiento del Protocolo Familiar firmado, habiéndose protegido por tanto los intereses del socio actual y de terceros interesados en la participación del capital social de la compañía.

De conformidad con lo expuesto, procede la revocación de la resolución dictada por el Sr. Registrador Mercantil de Sevilla, al haberse respetado todas las premisas de la Ley de Sociedades de Capital y demás disposiciones aplicables, debiendo por tanto proceder la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a la inscripción de la totalidad de los Estatutos Sociales».

IV

Mediante escrito, de fecha 18 de septiembre de 2024, el registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifestaba que el día 13 de septiembre de 2024 se dio traslado del recurso interpuesto al notario autorizante de la escritura para que, en el plazo de cinco días, hiciera las alegaciones que considerare oportunas, sin que se haya recibido contestación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 7, 1088, 1091, 1255, 1257, 1258, 1271, 1273, 1287 y 1291 del Código Civil; 1 y 57 del Código de Comercio; 28, 29, 86, 87, 88, 89, 107 y 108 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 11, apartado 2, de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes; 114, 123, 175, 187 y 188 del Reglamento del Registro Mercantil; 224 del Reglamento Notarial; 2, 4, 5, 6 y 7 del Real

Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares; las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020, 7 de abril de 2022 y 5 de mayo de 2023; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1998, 7 de marzo de 2000, 27 de julio de 2001, 30 de septiembre de 2008, 24 de marzo de 2010, 18 de junio de 2012, 25 de septiembre de 2014, 5 de junio de 2015 y 24 de enero y 26 de junio de 2018, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de octubre de 2024.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible determinada cláusula de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual a todos los socios se les impone la prestación accesoria no retribuida consistente en el cumplimiento de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar que consta en la escritura pública que se reseña. Dicha cláusula es introducida en los estatutos por decisión del socio único.

2. El registrador fundamenta su negativa a la inscripción en que se trata de unas prestaciones accesorias cuyo contenido concreto y determinado no consta en el propio artículo estatutario sino por remisión al contenido del protocolo familiar que figura en escritura notarial debidamente identificada pero no inscrita ni depositada. Por ello, a su juicio, no puede admitirse lo que se refiere a la publicidad que se pretende dar al margen del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero. Añade que la persona no socia que está en tratos preliminares para la eventual adquisición de participaciones sociales no tiene derecho directo al acceso del contenido de la escritura notarial, sino que ha de acreditar previamente al notario que se tiene «interés legítimo» (que –sigue afirmando– no puede consistir en la alegación de que se desea recabar información). De este modo –concluye– «no se cumple el requisito de la determinabilidad para que pueda tomarse la decisión de adquirir o no adquirir las participaciones, pues la publicidad de las prestaciones accesorias dependerá de la apreciación del notario titular del protocolo sobre el cumplimiento del artículo 224 del Reglamento Notarial y por ende, de su decisión dependerá que por los futuros adquirentes puedan conocer o no puedan conocer en qué consiste tales prestaciones accesorias antes de llegar a ser socios».

3. Como reconoce el registrador en la calificación impugnada, cuestión análoga a la ahora planteada fue ya solventada en Resolución de esta Dirección General de 26 de junio de 2018, cuyo criterio ha de mantenerse. A la que debe añadirse la reciente Resolución de 11 de octubre de 2014 relativa a una calificación análoga a la presente.

Este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 24 de marzo de 2010 y 5 de junio de 2015) había 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 tales pactos se encuentra reconocida de forma expresa en el vigente artículo 29 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, al disponer que «los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponible a la sociedad». 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.

El protocolo familiar, que suele tener un contenido más amplio que el de los pactos parasociales, es definido –a los efectos de su acceso al Registro Mercantil– por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, como «aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una

sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad».

El Reglamento del Registro Mercantil –artículos 114.2.a) y 175.2.a)– contempla la posibilidad de que algunos de tales pactos alcancen eficacia en el plano corporativo de las sociedades de capital mediante la inscripción de «cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares». Y, en el ámbito doctrinal, se admite que la eficacia de los pactos parasociales, y en concreto de los protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y los terceros, en el ámbito del ordenamiento corporativo, mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es precisamente el empleado en el caso del presente recurso: la configuración de la obligación de cumplir el protocolo familiar como una prestación accesoria, de modo que su incumplimiento tenga como consecuencia la pérdida de la condición de socio (bien porque se incurra en causa legal de separación, por incumplir voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias –artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital–; bien porque en estatutos se sancione expresamente con la exclusión al socio que incumpla dicha obligación por causas involuntarias –artículo 89.2 de la misma ley-).

4. El artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, tras permitir que en los estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, configurándolas así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, exige que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, y, en primer lugar, que se exprese su «contenido concreto y determinado».

De ello se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación de ese contenido. Y, si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y, al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación. Es cierto que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con ello, resulta admisible no sólo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas.

En el presente caso la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por el socio único actual que lo ha aprobado sino por los futuros socios que, al adquirir las participaciones sociales quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista.

Debe concluirse que la cláusula debatida es inscribible, por no rebasar los límites generales a la autonomía de la voluntad, por cuanto no se opone a las leyes ni contradice los principios configuradores de la sociedad anónima (cfr. artículos 1255

y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

No puede constituir obstáculo a esta conclusión el hecho de que no se publique el contenido de la prestación accesoria mediante en la forma prevista por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

Debe tenerse en cuenta que esta norma reglamentaria previene cuatro posibles vías de publicidad.

Una primera y limitada vía de acceso, que en rigor no es registral, consiste en la publicación del protocolo en el sitio web de la sociedad, con la única exigencia (y vinculación con el Registro) de que debe hacerse en el dominio o dirección de internet que conste en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil (artículo 4 del Real Decreto 171/2007).

Una segunda vía, la regulada por el artículo 5 del Real Decreto, se reduce a hacer constar en la hoja abierta a la sociedad la simple existencia de un protocolo familiar y sus datos identificativos, sin detallar su contenido. Según el apartado 2 de este artículo «si el protocolo familiar se hubiere formalizado en documento público notarial se indicará en la inscripción el Notario autorizante, lugar, fecha y número del protocolo notarial del mismo». Precisamente es lo que consta en los estatutos cuya inscripción se pretende en el caso del presente recurso.

La tercera vía es la que establece el artículo 6 del Real Decreto, en virtud del cual al depositar las cuentas anuales el órgano de administración puede incluir, entre la documentación correspondiente, una copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad, en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar.

Por último, el artículo 7 del mismo Real Decreto 171/2007 prevé la inscripción de determinados acuerdos sociales cuando se han adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, circunstancia que no sólo ha de ser objeto de mención expresa en la inscripción sino que se hará constar también en la denominación de la correspondiente escritura pública, a fin de permitir con ello una más adecuada interpretación de los acuerdos adoptados.

Lo relevante es que la publicidad registral –así como la realizada en la web corporativa– del protocolo familiar por las vías indicadas es de mero hecho, con valor de mera publicidad noticia. Y, como dispone el artículo 2.3 del mismo Real Decreto «la publicidad del protocolo tiene siempre carácter voluntario para la sociedad»; lo que se aviene bien con la discreción que caracteriza tales pactos.

Por otra parte, sin necesidad de prejuzgar sobre la eventual apreciación de interés legítimo en la expedición de copia de la escritura reseñada en los estatutos así como sobre las vías por la que quienes estén interesados en entrar a la sociedad pueden conseguir información sobre las referidas prestaciones accesorias, el acceso de terceros a la sociedad es materia reservada a la autonomía de la voluntad de los socios, si bien con determinados límites (vid. la citada Resolución de 11 de octubre de 2024), entre ellos la necesidad de impedir que el socio quede «prisionero de sus participaciones», límite que con la cláusula debatida no queda vulnerado si se tiene en cuenta que no impedirá a quien ya es socio la transmisión de sus participaciones con las obligaciones en que consisten las prestaciones accesorias (eso sí, con autorización de la sociedad conforme al artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital).

A las anteriores conclusiones no constituyen obstáculo alguno las Sentencias del Tribunal Supremo citadas en la calificación impugnada (números 120/2020, de 20 de febrero, y 300/2022, de 7 de abril), pues no se trata en el presente caso de decidir sobre la eficacia societaria de los pactos (que pueden ser de muy diversa índole) contenidos en el protocolo familiar, sino de elucidar si puede ser objeto de prestación accesoria el cumplimiento de una obligación cual es suscribir y cumplir un protocolo familiar que, al constar en la escritura pública reseñada en los propios estatutos sociales (y, por ende, indicada en la inscripción que se practique, como contempla el antes transcrito

apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto 171/2007) tiene contenido perfectamente cognoscible tanto por los socios actuales (pues todos ellos han otorgado la escritura de formalización del protocolo familiar) como por quienes en el futuro, con la necesaria autorización de la sociedad (artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital), pueden ingresar en ella.

Por lo demás, el criterio de la Resolución de este Centro Directivo de 26 de junio de 2018 ha sido confirmado por el artículo 11, apartado 2, de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, según la cual: «Los pactos de socios en las empresas emergentes en forma de sociedad limitada serán inscribibles y gozarán de publicidad registral si no contienen cláusulas contrarias a la ley. Igualmente, serán inscribibles las cláusulas estatutarias que incluyan una prestación accesoria de suscribir las disposiciones de los pactos de socios en las empresas emergentes, siempre que el contenido del pacto esté identificado de forma que lo puedan conocer no solo los socios que lo hayan suscrito sino también los futuros socios».

Por las consideraciones que anteceden, la calificación del registrador no puede ser confirmada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 29 de noviembre de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.