**TEMA 11 LOS ESTATUTOS SOCIALES. CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO. REFERENCIA A LAS ESPECIALIDADES DE LA SOCIE­DAD ANÓNIMA Y DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LOS PACTOS SOCIALES Y PARASOCIALES. IDEA DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES**

**LOS ESTATUTOS SOCIALES**

El art. 20 LSC exige, como forma ad solemnitatem, para la constitución de las sociedades de capital, la escritura pública. Y el art 22 LSC incluye los estatutos como uno de los contenidos indispensables de la escritura de constitución.

La escritura es el documento notarial que recoge tanto el contrato social como los estatutos sociales. Deben pues distinguirse nítidamente en la escritura:

- las menciones contractuales que son las que integran necesariamente el cuerpo de la escritura y cuya modificación exige unanimidad.

- y las estatutarias que pueden constar en documento aparte que se incorpora a la escritura y que son modificables por mayoría (salvo supuestos especiales). De ellas nos ocupamos ahora.

**CONCEPTO**

Son la norma constitucional de la sociedad que rige su vida interna en todo aquello que no constituya el Derecho legal coactivo. BROSETA los define como la norma básica o primaria que ha de regir (la organización y) el funcionamiento de la sociedad.

Con carácter potestativo pueden existir además lo que pudiéramos llamar normas secundarias que regulan aspectos menos sustanciales del funcionamiento de la sociedad: son los llamados Reglamentos de Régimen Interior. Estos Reglamentos son obligatorios en las sociedades cotizadas.

**NATURALEZA**

Esto pone de manifiesto, como advierte CÁMARA, la doble dimensión del negocio societario:

Acto (contrato o acto unilateral, ex art. 19 LSC Las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral), dirigido a crear un patrimonio que sirva de soporte de la actividad social;

Norma, dirigida a reglamentar la vida corporativa de la sociedad.

Esta distinción también tiene efectos sustantivos, en particular en relación con el régimen de modificación (unanimidad frente a principio mayoritario, como queda dicho).

**Y CONTENIDO**

CONTENIDO **MÍNIMO** Art 23 En los estatutos que han de regir *el funcionamiento* de las SC SE HARÁ CONSTAR:

La denominación de la sociedad.

El objeto social, determinando las actividades que lo integran.

El domicilio social.

El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.

El modo **o modos** de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores (o, al menos, el número máximo y el mínimo) así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren.

A partir de reforma operada en este apartado en 2011 se admite que también en los estatutos de una SA (no solo de una SL, como antes y todavía literalmente resulta del art. 22 LSC), puedan establecerse dos o más sistemas de administración, debiendo entonces la escritura de constitución determinar el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas.

En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.

El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.

Y, con arreglo a lo dispuesto en el RRM (arts 114 para las SA y 175 para las SL), los estatutos habrán de expresar también, el nombre de los auditores de cuentas en su caso.

CONTENIDO **SUPLETORIO** (LEGAL, para el caso de que los estatutos no digan nada sobre algún punto que, para la Ley, resulta importante):

**→** (24) La fecha en que dará comienzo a sus operaciones. Salvo disposición contraria de los estatutos, las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución. Los estatutos no podrán fijar una fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura, excepto en el supuesto de transformación.

**→** (25) La duración de la sociedad. Salvo disposición contraria de los estatutos, la sociedad tendrá duración indefinida

**→** (26) La fecha de cierre del ejercicio social. A falta de disposición estatutaria se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año

El art. 125 RRM señala que, en ningún caso, la duración del ejercicio social será superior a un año

**→** (107 y 123 LSC) Régimen de transmisión de participaciones y acciones (también art 123 RRM). REMISION…

→ Retribución y transmisión de participaciones y acciones con prestaciones accesorias, en los términos de los artículos 86 y ss LSC (y 127 RRM) REMISION…

CONTENIDO **POTESTATIVO**. Por el juego de la autonomía de la voluntad, objeto de estudio en el tema anterior, se permite que los socios amplíen ese mínimo. Ejemplo:

. La página web de la sociedad: opcional en su existencia (salvo para las sociedades cotizadas, art 11 bis LSC) y también en su incorporación a los estatutos. REMISION

**REFERENCIA A LAS ESPECIALIDADES DE LA SOCIE­DAD ANÓNIMA**

**23**… LSCSi la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal **pendiente de desembolso**, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

CONTENIDO POTESTATIVO:

**♣** 27 (**Ventajas “bonos de fundador”**) En los estatutos **de una SA** sus promotores y fundadores podrán reservarse derechos especiales de contenido económico por valor no superior al 10% de los beneficios netos (una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal) y un periodo máximo de 10 años (art 27).

Estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales.

**♣** Las restricciones a la transmisibilidad de las acciones

**123 LSC** Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos

**Art 123 RRM** Cuando los estatutos sociales contengan restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, deberán expresar las acciones nominativas a que afectan y el contenido de la restricción.

**Y DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

**Art. 23**… LSCEn las SRL en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado en el artículo 4, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a régimen art. 4 bis. Los Registradores Mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia en las notas de despacho de cualquier documento inscribible relativo a la sociedad, así como en las certificaciones que expidan.

+ Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos.

Y, con arreglo a lo dispuesto en el art. **175 RRM**, respecto a estas participaciones, deberá expresarse la numeración de las asignadas a cada socio en pago de su aportación

**LOS PACTOS SOCIALES Y PARASOCIALES**

Ambos aluden a la fuerza vinculante que se concede al principio de autonomía de la voluntad en el ámbito societario

PACTOS SOCIALES

**℘** Art. 28 LSC **En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además**, todos los **pactos** y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre **que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo** social elegido.

Este precepto se diferencia de otros ordenamientos como el alemán, donde la autonomía societaria sólo está permitida allí donde lo permita expresamente el legislador.

La autonomía privada en el ámbito societario no sólo está sometida a los límites normales del Código Civil (1.255 Cc) sino que contempla un límite adicional, los **principios configuradores del tipo** si bien la doctrina y la práctica no se ponen de acuerdo a la hora de precisar cuáles sean esos principios y su alcance concreto.

Por ejemplo, VICENT CHULIÁ señala que uno de los principios configuradores es el de “dualidad de órganos” (sólo cabían la junta general y el órgano de administración). Pues bien, la RDGRN 4 de mayo de 2.005 permitió el pacto por el cual se creaban órganos atípicos, siempre que no afectasen a las competencias básicas de junta y administradores. Y esto motivó que el RD 171/2007 haya permitido como órganos distintos el comité consultivo (en su caso “familiar”) y cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica (arts 124 y 185 RRM), REMISION.

**℘** Arts 114 y 175 RRM Podrán constar en las inscripciones las siguientes cláusulas estatutarias:

. Las 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 RD 171/2007

. El establecimiento por pacto unánime entre los socios de criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones/participaciones previstos para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa (y 188.3 RRM).

. Arbitraje societario de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos.

. El pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de sociedades vinculadas entre sí (por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable).

. La existencia de comités consultivos (arts 124 y 185 RRM).

PACTOS PARASOCIALES

Son convenios (su naturaleza es contractual) celebrados entre todos o algunos de los socios de una sociedad que sin figurar en la escritura ni en los estatutos tienen la finalidad de concretar, modificar o completar sus relaciones internas, legales y estatutarias.

Son pues pactos celebrados entre los socios al margen del contrato social evitando, en mayor o menor medida, la rigidez normativa del Derecho de sociedades. De ahí su proliferación en los últimos años.

Art 29 LSC **Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.**

Las STS 24-Marzo-2010 y 5-junio-2015 califican como pactos parasociales unos pactos concretos que no tenían la condición de reservados sino que en realidad eran sociales (porque habían sido incluidos en la escritura -primera sentencia citada- o en los estatutos -segunda sentencia-). Parece que lo que se está diciendo es que cuando unos pactos contenidos en la escritura o los estatutos (pactos sociales) infringen la normativa societaria, *aun no siendo inscribibles*, podrán gozar de cierta eficacia “para”social.

CLASES

Por sus elementos subjetivos, los hay de todos los socios o de solo algunos de los socios

Por su forma, en escritura pública o en documento privado

Sobre empresa familiar (protocolos familiares) u otro tipo de empresas (relaciones societarias complejas)

Por sus elementos objetivos

\* Pactos de relación, que regulan relaciones entre los socios (vgr los acuerdos de adquisición preferente y los de imposición de requisitos para mantener la condición de socio)

\*Pactos de atribución, que conceden ciertas ventajas (vgr los de financiación de la sociedad por los socios y los compromisos de contratación o de no competencia con la sociedad)

\* Pactos de organización, (vgr pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones).

EFICACIA

Eficacia frente a la sociedad

El acuerdo tomado en el seno del órgano social (por ejemplo en Junta General), ¿puede ser declarado nulo o anulable por contravenir lo pactado en un pacto parasocial? ¿Es oponible el pacto parasocial frente a la sociedad?

Frente a la tesis positiva seguida por algún sector doctrinal, nuestra jurisprudencia se muestra partidaria de la tesis negativa: ni los socios firmantes podrán exigir el cumplimiento de los pactos parasociales a la sociedad ni ésta los podrá exigir frente a los socios, con las excepciones que luego veremos. Por tanto, LA MERA INFRACCIÓN DEL CONVENIO PARASOCIAL NO BASTA, POR SÍ SOLA, PARA LA ANULACIÓN DEL ACUERDO tomado en el seno del órgano SOCIAL y ello por las siguientes razones:

. Porque SOLO son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art 204 TRSC)

. Res inter alios acta (principio de relatividad de los contratos, art 1257 Cc)

. Por coherencia con el art 29 LSC y porque esta postura beneficia a los terceros que interaccionan con la sociedad (ya que las sociedades mercantiles deben funcionar con transparencia).

La jurisprudencia cita dos excepciones y una matización a esta negación de eficacia de los pactos sociales frente a la sociedad:

**ξ** Excepciones:

- Si son firmados por todos los socios (doctrina de los actos propios)

- Si la propia sociedad ha consentido el pacto, cuando resulta atribuida una ventaja o derecho a favor de la sociedad (aplicación régimen jurídico de las estipulaciones a favor de tercero, art. 1257 Cc)

**ξ** Matización (STS 25 febrero 2016). Si bien la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola para la anulación de un acuerdo social, A LA INVERSA en cambio (esto es, CUANDO EL ACUERDO SOCIAL DA CUMPLIMIENTO AL PACTO PARASOCIAL) su impugnación por el socio que en él intervino puede resultar contraria a las exigencias de la buena fe.

Eficacia frente a terceros

Regla general. Los pactos no incluidos en los estatutos o en la escritura y no publicados en el RM no afectan al tercero (es decir, que el comprador de una acción no está vinculado por dicho pacto). Esto es una consecuencia de la regla “sustantiva” de relatividad del contrato (1.257 CC) y de la regla “registral” de inoponibilidad de lo no inscrito.

Excepciones. La DGRN había reconocido en ocasiones que un pacto parasocial se pudiera inscribir en el RM (por ejemplo la cláusula de arbitraje). Hoy esta posición ha sido consagrada legalmente… ¡ siempre que dichos pactos consten en los estatutos ! (arts 114 y 175 RRM).

Son también una excepción los pactos sociales contenidos en:

. un protocolo familiar (se estudian a continuación)

. una sociedad cotizada. Efectivamente, en la sociedad cotizada determinados pactos parasociales (los que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones) producen efectos frente a la sociedad y frente a terceros siempre que sean comunicados a la CNMV y depositados en el RM (arts. 530 y ss LSC)

**IDEA DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES**

El legislador ha reconocido la importancia de los pactos parasociales en el ámbito de las empresas familiares en el RD 171/2007, de 9 de febrero, de regulación de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización.

Estos protocolos se definen en el mencionado RD como conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que tengan vínculos familiares respecto de una sociedad en la que tengan un interés común en lograr consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa.

CARACTERES:

· sólo pueden pactarse en sociedades de personas o capital no cotizadas

· son estrictamente voluntarios

· sólo será objeto de publicidad un ÚNICO protocolo, que podrá actualizarse. Podrán acceder al RM de 3 formas, según su eficacia:

**Mera constancia de su existencia** (con referencia a sus datos identificativos y no a su contenido) en el asiento de inscripción de la sociedad.

**Depósito del protocolo** (o parte de él) con ocasión de la presentación de las cuentas anuales de la sociedad. El protocolo en este caso deberá constar en documento público, siendo objeto de depósito junto con las cuentas anuales previa calificación de su contenido por el Registrador (el protocolo depositado deberá ser relevante sólo a efectos del buen gobierno de la sociedad familiar y en ningún caso podrá afectar a la organización de la sociedad según conste inscrita en el registro mercantil)

**Inscripción en el RM de cláusulas de EP otorgadas en ejecución del protocolo familiar** publicado. La escritura que incorpore tales acuerdos sociales susceptibles de inscripción podrá ser calificada como de elevación a público de acuerdos sociales en ejecución de protocolo familiar, con mención expresa del mismo. Su inscripción procederá previa calificación del Registrador.

Su EFICACIA es discutida:

Tesis “negativa”. El PF carece de eficacia jurídica inmediata, residiendo tal eficacia sólo en los instrumentos de ejecución del PF (testamento del empresario, estatutos de la sociedad familiar, capitulaciones, etc)

Tesis “contractualista”. El PF contiene un negocio jurídico vinculante jurídicamente por concurrir consentimiento, objeto y causa. Y, por tanto, tiene la eficacia jurídica de todo contrato, siendo ley entre las partes (1091 Cc). De modo que ante su incumplimiento cabe aplicar las sanciones previstas contractual (vg una cláusula penal) o legalmente (responsabilidad contractual, art 1101 Cc).

Tesis intermedia (“realista”, de la diversidad o gradación de efectos). Se parte de la distinción entre negocio y documento. Una cosa es el continente y otra el contenido.

Como indica gráficamente GOMÁ el Protocolo Familiar es un documento del tipo “caja de herramientas” que compendia distintos instrumentos jurídicos: no solo contratos sino también promesas de contratos, declaraciones de intenciones, sugerencias, proyectos, etc, cada uno de los cuales sirve para una cosa determinada y tiene su propia eficacia.

El RD 171/2007, permitiendo su acceso al RM, incide en la cuestión de la eficacia de los pactos parasociales frente a terceros. La cuestión clave es si la publicidad registral del PF vía depósito (no inscripción) supone su oponibilidad frente a tercero, posición sugerida por PAZ ARES. Parece que la respuesta ha de ser negativa, en la medida en que el mismo RD reconoce que dicho depósito sólo tiene efectos de “publicidad noticia” y que sólo su inscripción (en realidad, la inscripción de acuerdos sociales en los que se haya hecho constar la manifestación de que se adoptan en ejecución de un protocolo familiar) produce efecto de “publicidad material”.