

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9615** *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.*

En el recurso interpuesto por don Javier Máximo Juárez González, Notario de Valencia, contra la negativa del Registrador Mercantil III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 18 de julio de 2017 por el Notario de Valencia, don Javier Máximo Juárez González, con el número 1.218 de protocolo, subsanada y complementada por otra autorizada por el mismo Notario el día 16 de enero de 2018, con el número 67 de protocolo, se elevaron a público acuerdos adoptados el día 18 de julio de 2017 por la junta general de la sociedad «Aceros y Servicios Integrados, S.A.» por los que se aprobaba determinado protocolo familiar y «como consecuencia de ello (...) modificar determinados preceptos estatutarios para adecuarlos a los pactos contenidos en el protocolo familiar antes referido». Así, entre otros extremos, se introduce un nuevo artículo relativo a prestaciones accesorias con el siguiente contenido:

«Artículo 9 bis. *Prestación accesorio.*

Todos los socios, personas físicas personalmente o personas jurídicas que tengan la condición de «miembros de la familia» que tengan la condición de socio integrante de una rama familiar quedan impuestos en la prestación accesorio no retribuida del cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar/pactos sociales que consta en escritura pública autorizada el día 18 de julio de 2017, ante el Notario de Valencia, Don Javier Máximo Juárez González y sus modificaciones realizadas de acuerdo con lo previsto en la misma.

Al respecto se establecen las siguientes normas para su aplicación:

a) Sin perjuicio de las restricciones a la transmisión de acciones previstas estatutariamente, la transmisión voluntaria de participaciones sociales [sic por acciones] por razón de la prestación accesorio impuesta a todos los socios queda sujeta a la autorización de la sociedad, correspondiendo la competencia de la autorización al órgano de administración. Transcurrido el plazo de dos meses desde que se hubiera presentado la solicitud sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerara que la autorización ha sido concedida.

b) La apreciación de la infracción de la prestación accesorio impuesta queda sujeta en primer término al criterio del órgano de administración. Determinado por el mismo la posible comisión de dicha infracción se dará traslado al presunto incumplidor por cualquier medio fehaciente que acredite su recepción. El interesado dispondrá de un plazo de quince días contados desde el siguiente de la recepción para realizar las alegaciones que entienda procedentes. El órgano de administración resolverá de manera definitiva en el plazo máximo de un mes desde la recepción de las alegaciones o término del plazo para formularlas.

c) El incumplimiento voluntario de esta prestación accesoria es causa legal de exclusión que se sujetará a lo previsto en los presentes Estatutos y normativa aplicable, sin perjuicio de las demás consecuencias legales que procedan.»

## II

Presentadas el día 12 de febrero de 2018 copias autorizadas de dichas escrituras en el Registro Mercantil de Valencia, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«Carlos Javier Orts Calabuig, Registrador Mercantil de Valencia Mercantil previo examen y calificación conjunta de los documentos que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

## Hechos.

Asiento: 1.

Diario: 882.

Entrada: 1/2018/5249.

Sociedad: Aceros y Servicios Integrados, S.A.

Notario/Protocolo: Don Javier-Máximo Juárez González/17-2018 y 18-67.

## Fundamentos de Derecho:

1. Artículo 9b: Resultan infringidos, el artículo 86 LSC en cuanto a la exigencia de expresar el contenido concreto y determinado de la prestación o de las obligaciones asumidas, y el artículo 29 en cuanto a la inoponibilidad de los pactos desconocidos por la sociedad o por otros terceros frente a la propia sociedad.

En efecto, en cuanto al contenido concreto de la prestación accesoria, es claro que tal es el compromiso de cumplir y observar las disposiciones pactadas en determinado protocolo familiar, las cuales permanecen ocultas e ignotas para la sociedad, vulnerando el carácter estatutario que expresamente se otorga a la prestación accesoria, que en absoluto puede crearse a través de un simple pacto al margen de los propios Estatutos.

En cuanto a la infracción del artículo 29, tal precepto señala el carácter no oponible a la sociedad de los pactos de socios «de este modo –como señala la doctrina– no podría operar el derecho de exclusión del socio de una sociedad por la infracción de un deber u obligación establecida en un pacto parasocial» (A. V., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Ed. Civitas, pág. 400). Tal es lo que se pretende en el artículo 9 bis, y es que la naturaleza inoponible de estos pactos implica que con carácter general no pueden utilizarse los instrumentos o remedios propios del derecho de sociedades para reclamar o forzar su cumplimiento ni tampoco para castigar su incumplimiento.

También resulta vulnerado el artículo 29 que determina la inoponibilidad del pacto sobre la esfera social, y en el presente caso eso es lo que ocurriría, dado que se contemplan socios miembros de la familia, y por ello obligados a firmar el protocolo, y socios extraños, y la aplicación de los artículos 9 y 9 bis llevaría a la afectación de la esfera de los socios que no forman parte del pacto que verían como por mediación de este último se alteran de manera sobrevenida las reglas de funcionamiento de la sociedad a la que pertenece.

Finalmente, se da al protocolo familiar a través de su mención en Estatutos, una publicidad al margen de la prevista en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, y en contravención del mismo, dado que los cauces de publicidad contemplados en el mismo son «numerus clausus» o con carácter cerrado y solo tales cauces garantizan a través de la presunción establecida en el artículo 3 del citado Real Decreto, la actualización y vigencia del protocolo familiar, que en el caso calificado queda en entredicho al ser una mención estatutaria, sujetándose su renovación a los requisitos propios de la modificación de Estatutos. Defecto de carácter denegatorio.

La redacción de la precedente nota de calificación ha sido aprobada por acuerdo unánime de los Registradores titulares del Registro Mercantil de Valencia en sesión de fecha 28 de febrero de 2018.

Observaciones: No se practica inscripción parcial por ser los artículos 9 y 9 bis de los Estatutos sociales, ejecución de un protocolo familiar que supone un conjunto normativo unitario. En cualquier caso, sería posible el desistimiento específico de las normas denegadas.

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. Asimismo, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente, no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene cada Registrador al ejercitar su función calificadora bajo su propia exclusiva responsabilidad conforme al citado artículo 18 del Código de Comercio (RDGRN de 5 de julio de 2011).

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos señalados y obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Valencia, 28 de febrero de 2018.—El Registrador n.º III (firma ilegible).»

La calificación se notificó al presentante y al Notario autorizante el día 7 de marzo de 2018.

### III

Contra la anterior nota de calificación, don Javier Máximo Juárez González, Notario de Valencia, interpuso recurso el día 27 de marzo de 2018 mediante escrito en el que alegó lo siguiente:

«A) Recurrente (...).

C) Hechos.

I. De la escritura objeto de la nota y de la certificación a ella incorporada.

Procede destacar los siguientes hitos:

a) La escritura contiene la elevación a público de determinados acuerdos sociales de una sociedad anónima adoptados en junta universal y por unanimidad de todos los socios/accionistas, según certificación del administrador único de la mercantil.

b) De los acuerdos transcritos en la certificación, a efectos registrales interesa el acuerdo segundo, lo que explica que ni siquiera haya merecido apunte en la nota de calificación, el acuerdo primero. Ello no obstante, debe indicarse que se causaliza el acuerdo segundo en el primero, en cuanto que el acuerdo segundo relativo a la modificación de los Estatutos sociales, trae causa del primero, como consta en su encabezamiento:

“Segundo. *Modificación de Estatutos sociales.*

Se acuerda unánimemente modificar determinados preceptos estatutarios para adecuarlos a los pactos contenidos en el protocolo familiar antes referido, y para quedar redactados a partir de la presente con el tenor literal siguiente:...”

c) Y es que respecto del protocolo familiar consta como acuerdo primero su aprobación por la junta general por unanimidad constituida como universal.

d) Y de los preceptos estatutarios modificados que constan en dicho acuerdo, el único que merece una calificación desfavorable es el añadido como artículo 9 bis de los Estatutos sociales, si bien, en la nota de calificación se añaden como observaciones:

“Observaciones: No se practica inscripción parcial por ser los artículos 9 y 9 bis de los Estatutos sociales, ejecución de un protocolo familiar que supone un conjunto normativo unitario. En cualquier caso, sería posible el desistimiento específico de las normas denegadas.”

II. Del contenido del artículo 9 bis incorporado a los Estatutos sociales por el acuerdo segundo de la certificación incorporada.

Consta en la misma dicho precepto con la siguiente redacción: (...).  
A dichos hechos son aplicables los siguientes:

D) Fundamentos de Derecho.

I. Del protocolo familiar en sociedades mercantiles. Su relación con los Estatutos sociales.

I.1 Normativa aplicable.

La materia se halla regulada normativamente con rango de ley y rango reglamentario.

a) Rango de ley: disposición final segunda, número 3 de la Ley 7/2003:

“3. Reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción.”

b) Rango reglamentario: Real Decreto 171/2007 en cuya exposición de motivos consta:

“La cultura del protocolo familiar, shareholders agreement, se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad.”

“... En lo que interesa, a los efectos de este real decreto, será familiar una sociedad de personas o capital en la que existe un protocolo que pretende su publicidad.

Puede entenderse como tal aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de 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.

Los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo no son objeto de regulación, como tampoco lo es su contenido que será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario.

Además de su carácter estrictamente voluntario, se opta por articular la publicidad de un único protocolo por sociedad.”

Por tanto, normativamente se reconoce relevancia al protocolo familiar y se considera beneficioso para las sociedades mercantiles la eventual existencia de un protocolo familiar cuya configuración queda a la autonomía negocial sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y, específico, en el societario.

## I.2 Del registro mercantil y el protocolo familiar.

De acuerdo al Real Decreto 171/2007 resulta que la publicidad del protocolo familiar como tal es siempre voluntaria y puede consistir tanto mediante su anuncio o publicación en la web de la sociedad (art. 4), por constancia en el registro mercantil de la simple existencia de un protocolo familiar (art. 5) y por depósito en el registro mercantil al depositar las cuentas anuales de testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo familiar (art. 6). En los supuestos de acceso al registro mercantil, en todo caso voluntaria, en ningún caso su contenido queda amparado por los principios registrales de legitimación, fe pública registral y oponibilidad respecto de terceros: estamos ante una simple noticia y/o depósito total o parcial meramente voluntario no amparado por la publicidad material.

Y todo ello, sin perjuicio que:

a) Junto a dicha publicidad voluntaria y de alcance limitado, se prevea expresamente la inscripción ordinaria y con todos los efectos registrales de acuerdos sociales inscribibles, cuya única especialidad es que los mismos se han adoptado en ejecución de un protocolo familiar (art. 7).

b) Que, además, ello no obsta, como indica la Exposición de Motivos, para con carácter general: “El acceso al registro de los acuerdos que contiene el documento público siempre será obligatorio, pero no así la manifestación de que se adoptan en ejecución de un protocolo familiar. No se modifica con ello el título inscribible de determinados acuerdos sociales ni por supuesto el régimen de adopción de los acuerdos sociales especialmente en orden al régimen de mayorías legales o estatutarias de adopción de los mismos”.

## I.3 La deseable coordinación del protocolo familiar con los Estatutos sociales. La observancia y el cumplimiento del protocolo familiar como prestación accesoria en los Estatutos sociales.

Define, como ya se ha indicado, el protocolo familiar la exposición de motivos del Real Decreto 171/2007 en los siguientes términos: “Conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de 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”.

Pues bien, así conformado el protocolo familiar, resulta evidente la necesidad de:

a) Armonizar el contenido del mismo con los Estatutos sociales, de manera que en cuestiones orgánicas de la entidad, como organización del gobierno de la sociedad, régimen de transmisión de acciones, mayorías estatutarias reforzadas u otros, dentro del margen de autoorganización que confiere el TR de la LSC a la sociedad, el protocolo familiar y los Estatutos sociales contengan las mismas reglas o, al menos, las reglas que establezcan no sean incompatibles. En otro caso, quedarían los socios y la propia sociedad sujetos a un doble régimen jurídico: el externo o institucional de los Estatutos sociales y el interno o contractual del protocolo familiar.

b) Reforzar la eficacia jurídica del protocolo familiar mediante la configuración de su cumplimiento y observancia como prestación accesoria de los socios, todos o algunos, al amparo del artículo 86 del TR de la LSC. Con ello se trasciende respecto de haz del conjunto de derechos y obligaciones que integran el contenido del protocolo familiar para los socios de la mera esfera contractual o negocial al plano propiamente societario y a la condición de socio. Y es que las acciones o participaciones vinculadas a prestaciones accesorias quedan sujetas a un régimen especial de transmisión (art. 88 TR de la LSC) y su incumplimiento es causa legal de exclusión (art. 350 TR de la LSC).

Pues bien, a dicha doble finalidad responde el documento notarial y los acuerdos incorporados por certificación al mismo que han sido objeto de la calificación desfavorable impugnada.

Considera este Notario que dicha pretensión es no sólo lícita, sino, además jurídicamente conveniente, y que, por los antecedentes expuestos, en principio no existe impedimento para su acceso al registro mercantil. Ahora bien, partiendo de dicha premisa debe analizarse si la concreción de los objetivos en el documento se ajusta plenamente a la legalidad vigente y, por ende, si son inscribibles en sus términos.

Circunscrita la calificación registral a la redacción del artículo 9 bis antes transcrito, procede centrarse en el mismo.

II. De la prestación accesoria que contiene el artículo 9 bis de los Estatutos sociales que consta en la certificación de acuerdos de la junta de la sociedad.

II.1 Requisitos que debe reunir toda prestación accesoria societaria en Estatutos sociales.

Resultan del artículo 86.1 y 2 del TR de la LSC:

“Artículo 86. *Carácter estatutario.*

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.

2. En ningún caso las prestaciones accesorias podrán integrar el capital social.”

Y para su aplicación debe tenerse en cuenta:

a) El artículo 187 del Reglamento del Registro Mercantil en su redacción vigente que trae causa precisamente del Real Decreto 171/2007.

b) La doctrina sentada por la DGRN en materia de prestaciones accesorias y al respecto, entre las más recientes, las resoluciones del centro directivo de 25 de septiembre de 2014 y 5 de junio de 2015.

Pues bien, del examen del precepto resulta que, obviamente, la prestación accesoria ha de ser lícita y posible, consistir en cualquier obligación de dar, hacer y no hacer, de contenido concreto y determinado, gratuita o retribuida –con indicación expresa de uno u otro carácter– y además debe resultar de su delimitación los socios que quedan vinculados por la misma.

Además, en ningún caso, cualquiera que sea su contenido, las prestaciones accesorias pueden integrarse en el capital social.

Respecto:

a) De la interdicción de que las prestaciones accesorias puedan integrarse en el capital social, el respeto a dicha prohibición es obvia.

b) Del carácter retribuido o gratuito, consta en la redacción del artículo 9 bis que es no retribuida.

c) De los socios a los que vincula se delimitan en el propio artículo 9 bis en relación con el artículo 9.

Sobre dichos extremos no se plantea calificación registral desfavorable.

II.2 Del carácter lícito y posible de la prestación accesoria.

Considera este Notario que el carácter lícito y posible de la prestación accesoria en los términos que resultan del artículo 9 bis es evidente ya que constituye la prestación el «cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar/pactos sociales que consta en escritura pública autorizada el día 18 de julio de 2017, ante el Notario de Valencia, Don Javier Máximo Juárez González y sus modificaciones realizadas de acuerdo con lo previsto en la misma.”

Ya se ha indicado que el ordenamiento jurídico reconoce el protocolo familiar como negocio no sólo admisible sino, además, jurídicamente conveniente.

### II.3 De su contenido concreto y determinado.

Al respecto, la resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 2014, en el párrafo segundo del fundamento de Derecho 1 dice:

“... 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. Ciertamente 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...”

Pues bien, a mi juicio estamos ante una prestación accesorias de contenido concreto y determinado. Contenido concreto y determinado que se fija por referencia al protocolo familiar de la sociedad, como haz o conjunto de derechos y obligaciones, que consta en una escritura pública que está expresa e indubitadamente identificada por su Notario, lugar de otorgamiento, protocolo y fecha y aprobado el mismo en junta universal por unanimidad de los socios simultáneamente a la adopción de los acuerdos sociales de modificación de Estatutos.

Y al constar en escritura pública el acuerdo o convenio negocial del protocolo goza de las notas inherentes a tal forma documental: veracidad, fehaciencia de su contenido, oponibilidad respecto de terceros, control notarial de legalidad y presunción de legalidad.

Además, el objeto de la prestación accesorias se halla perfectamente delimitado tanto de presente como de futuro en cuanto que expresamente se hace referencia a «las modificaciones realizadas de acuerdo con lo previsto en la misma».

Por tanto, en absoluto permanecen ocultas e ignotas para la sociedad las disposiciones pactadas en el protocolo familiar, máxime cuando el mismo ha sido aprobado en la misma junta por la sociedad y el acuerdo societario de la prestación accesorias contiene referencia expresa e indubitada a su contenido.

III. De la infracción por la prestación accesoria del artículo 29 del TR de la LSC.

Alega el Registrador en su nota de calificación que en los términos en que consta la prestación accesoria, la misma supone infracción del artículo 29 del TR de la LSC que literalmente dice:

*“Artículo 29. Pactos reservados. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.”*

Y, al respecto es especialmente significativo que:

a) La sociedad en la propia junta ha adoptado el acuerdo en junta universal y por unanimidad de aprobar el protocolo familiar, por lo que en ningún caso se trata de pactos reservados entre los socios.

b) El protocolo familiar consta en escritura pública perfectamente identificada, como ya se ha dicho.

Los pactos de socios son sólo inoponibles respecto de la sociedad cuando son reservados entre los socios, no por el hecho de constituir pactos entre los socios, sino por su condición de reservados. De manera que siendo conocidos y aceptados por la sociedad, vinculan a la misma. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de noviembre de 2014 y 25 de febrero de 2016.

Pues bien, precisamente lo que se pretende con la prestación accesoria es lo contrario: dar relevancia societaria a pactos en principios internos de los socios y, por tanto, inicialmente inoponibles respecto de la sociedad; de suerte que, de una parte, queden reforzada la eficacia jurídica del protocolo familiar; y, de otra parte, la sociedad conozca y dé relevancia a los pactos que lo integran, tanto respecto a la misma, como respecto de todos los socios, como respecto de terceros.

En definitiva, armonizar el protocolo familiar y los Estatutos sociales, de manera que no incurran ambos instrumentos jurídicos en las tan habituales contradicciones entre los pactos integrantes del protocolo familiar y las disposiciones estatutarias.

Por tanto, no hay infracción alguna del artículo 29 del TR de la LSC.

IV. De la imposibilidad que el incumplimiento de la prestación accesoria constituya causa legal de exclusión.

Añade la calificación registral, invocando de nuevo el artículo 29 del TR de la LSC que la prestación accesoria no puede inscribirse en cuanto su incumplimiento supondría incurrir en causa legal de exclusión de la sociedad y que en relación a pactos parasociales no pueden utilizarse los instrumentos o remedios propios del derecho de sociedades para reclamar o forzar su cumplimiento ni tampoco para castigar su incumplimiento.

Pues bien, siendo cierto que el incumplimiento voluntario de una prestación accesoria es causa legal de exclusión –art. 350 del TR de la LSC– y así consta en el apartado c) del artículo 9 bis que contiene la prestación accesoria, ello en nada empece para su viabilidad jurídica y aptitud registral:

a) Ya se ha indicado reiteradamente que estamos ante un protocolo familiar aprobado por la sociedad en junta universal por unanimidad y cuyo contenido consta fehaciente en escritura pública. Por tanto, no estamos ante pactos reservados entre socios, sino ante pactos conocidos y aceptados por la sociedad. Es, por tanto, absolutamente improcedente, el precepto invocado como fundamentación legal de la calificación negativa.

b) Pero es que, además, el legislador, en el artículo 351 del TR de la LSC, permite incorporar por consentimiento unánime de todos los socios adicionales causas estatutarias de exclusión, sin restricción ni limitación alguna siempre que medie unanimidad.

V. De la presunta publicidad del protocolo familiar como mención estatutaria y de la presunta incompatibilidad de la misma con el Real Decreto 171/2007.

Finalmente, la nota de calificación esgrime como motivo obstativo de la inscripción el que la mención de los Estatutos del protocolo familiar constituye una publicidad al margen de la prevista en el Real Decreto 171/2007 y, en contravención al mismo, dado que los cauces de publicidad contemplados en el mismo son “*numerus clausus*”...

Pues bien, como ya se ha indicado, la publicidad del protocolo familiar en sí mismo conforme al Real Decreto 171/2007 es en todo caso voluntaria y carece de los efectos de la publicidad material registral, limitándose a una mera noticia de su existencia o a su depósito total o parcial –arts. 5 y 6–. En todo caso debe destacarse que debe formalizarse en documento público notarial e indicarse Notario, lugar, fecha y número de protocolo.

Pero en ningún lugar de la norma hay regla que establezca que tal publicidad constituya «*numerus clausus*», exclusivo y excluyente. Pero es que tampoco se pretende otorgar una publicidad directa o indirecta al protocolo familiar en el presente caso, tan sólo configurar su observancia como prestación accesoria en los Estatutos sociales de la mercantil.

Repárese que el propio Real Decreto en su artículo 7 permite la inscripción de acuerdos sociales inscribibles adoptados en ejecución de un protocolo familiar publicado, lo que de suyo implica su mención. Pero, además, ello no obsta, como indica la Exposición de Motivos, para que con carácter general que “El acceso al registro de los acuerdos que contiene el documento público siempre será obligatorio, pero no así la manifestación de que se adoptan en ejecución de un protocolo familiar. No se modifica con ello el título inscribible de determinados acuerdos sociales ni por supuesto el régimen de adopción de los acuerdos sociales especialmente en orden al régimen de mayorías legales o estatutarias de adopción de los mismos”.

Y, en fin, tampoco la calificación registral señala como defecto el hecho de que en cuanto al protocolo familiar, no haya sido hecha constar su existencia en la hoja abierta de la sociedad o depositado total o parcialmente con las cuentas anuales. Defecto en todo caso subsanable en cuanto que el protocolo familiar consta en escritura pública y es apto para tal publicidad.

Partiendo de la base de que dicha circunstancia –la noticia o el depósito del protocolo familiar en el registro mercantil– es deseable, ello no empece para la inscripción de la prestación configurada en el artículo 9 bis de los Estatutos sociales. Y, se insiste, que su publicidad en el registro mercantil constituiría mera falta subsanable.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 29 de marzo de 2018, el Registrador elevó el expediente, con su informe, a este centro directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1088, 1091, 1255, 1257, 1258 y 1273 del Código Civil; 28, 29, 86, 87, 88 y 89 de la Ley de Sociedades de Capital; 175 y 187 del Reglamento del Registro Mercantil; el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, 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, 4 de mayo de 2005, 30 de septiembre de 2008, 24 de marzo de 2010, 18 de junio de 2012, 25 de septiembre de 2014 y 5 de junio de 2015.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de determinada cláusula de los Estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, según la cual a los socios que tengan determinada condición de miembros de la familia se les impone la prestación accesoria no retribuida del cumplimiento de las disposiciones pactadas por los socios en

el protocolo familiar que consta en la escritura pública que se reseña y ha sido aprobado por unanimidad de todos los accionistas en la misma junta general que acordó la modificación estatutaria.

2. El Registrador fundamenta su negativa a la inscripción en que, a su juicio, resulta infringido el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, que exige expresar en Estatutos el contenido concreto y determinado de la prestación o de las obligaciones asumidas, pues al consistir la prestación impuesta en el compromiso de cumplir las disposiciones pactadas en determinado protocolo familiar, se vulnera el carácter estatutario que expresamente se otorga a la prestación accesoria, que en absoluto puede crearse a través de un simple pacto al margen de los propios Estatutos. Además, considera infringido también el artículo 29 de la misma ley según el cual no son oponibles a la sociedad los pactos que se mantengan reservados entre los socios. Por último, entiende que se da al protocolo familiar, a través de su mención en Estatutos, una publicidad al margen de la prevista en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, y en contravención del mismo, dado que los cauces de publicidad que contempla son «*numerus clausus*».

3. Este centro directivo (vid. Resoluciones de 24 de marzo de 2010 y 5 de junio de 2015) 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 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 oponibles 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 –artículo 114.2.a)– contempla la posibilidad de que alguno de tales pactos alcancen eficacia en el plano del corporativo de la sociedad anónima 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 se sancione con la exclusión del socio incumplidor.

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. Ciertamente 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 –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 accesorias 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 accesorias 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).

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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de junio de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.