

SOBRE EL CONTRATO DE SOCIEDAD
TOMO I

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia
Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional de
la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

SOBRE EL CONTRATO DE SOCIEDAD

TOMO I

DIRECCIÓN

MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

COORDINACIÓN

PATRICIA MÁRQUEZ LOBILLO
MARÍA TERESA OTERO COBOS

tirant lo blanch

Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Esta investigación ha sido financiada por la Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios andaluces (ROR <https://ror.org/05v01tw04> y Crossref Funder ID 100019858), mediante el Proyecto PRY122/22 nombrado “Reconciliar a la empresa andaluza con su entorno: propuestas para una gobernanza corporativa sostenible (Be SUSTAINABLE Co)

COLECCIÓN DERECHO DE SOCIEDADES

Director:

JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA

*Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Málaga,
Of Counsel en J&A Garrigues.*

© VV.AA:

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELF.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

www.tirant.com

Librería virtual: www.tirant.es

DEPÓSITO LEGAL: V-xxxx-2024

ISBN Obra Completa: 978-84-1056-240-0

ISBN Tomo I: 978-84-1056-418-3

ISBN Tomo II: 978-84-1056-419-0

MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC Tirant.pdf>

Autores

ALONSO LEDESMA, Carmen	MARTORELL ZULUETA, Purificación
ALONSO-BARTOL BUSTOS, Antonio	MEIJOMIL GONZÁLEZ, Andrea
ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina	MUERZA FERRER, Andrés
AUGOUSTATOS ZARCO, Nicolás	NAVARRO MORALES, Amador
BALLESTEROS ALONSO, Manuel	NIETO CAROL, Ubaldo
CASTILLO ROVIRA, Pablo	PANIZA MENDOZA, Rafael
CONTHE GUTIÉRREZ, Manuel	PAZ-ARES, Cándido
DIÉGUEZ OLIVA, Rocío	PEINADO GRACIA, Juan Ignacio
GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión	PÉREZ MORIONES, Aránzazu
GANDÍA PÉREZ, Enrique	PINO ABAD, Manuel.
GARCÍA MARTÍN, Lucía	POZA CABALLERO, Nerea
GARCÍA MARTÍNEZ, Andrea	QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús
GIMENO RIBES, Miguel	REGO LÍPEZ, Antonio
GÓMEZ DE ITURRIAGA, Pablo	RODRÍGUEZ VALIENTE, María del Carmen
GONZÁLEZ ARJONA, Susana	ROLDAN DESSY, Julio
GONZÁLEZ GARCÍA, Adriana	SACRISTÁN BERGIA, Fernando
HERRERO MORANT, Rebeca	SALAS ANDRÉS, Ana María
IRÁCULIS ARREGUI, Nerea	SÁNCHEZ LUENGO, Belén
LEFORT RUIZ DE AGUIAR, Nuria	SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique
LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena	SEGOVIA DE LA COLINA, José María
LÓPEZ-HERMOSO LÁZARO, Ignacio.	SOLAR BELTRÁN, Inmaculada
MADRAZO MELÉNDEZ, Belén	TORRECILLAS LÓPEZ, Segismundo
MÁRQUEZ LOBILLO, Lucía	VÁZQUEZ ALBERT, Daniel
MARTÍN ROMERO, Juan Carlos	

Capítulo 25

**LA IMPORTANCIA DE LOS ESTATUTOS SOCIALES EN LA CREACIÓN
DE LA EMPRESA Y EN EL DEVENIR DE LA SOCIEDAD**

Nerea Poza Caballero

I.	RÉGIMEN LEGAL DE LOS ESTATUTOS SOCIALES. CONTENIDO	623
1.	Carácter necesario, pero no impeditivo para la constitución de la so- ciedad	625
2.	Carácter necesario en determinados casos	625
II.	LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS ESTATUTOS SOCIALES.....	627
III.	LA IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN ASESORA PARA LA REDACCIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES	630
IV.	LOS ESTATUTOS SOCIALES COMO NORMA ORGANIZADORA DEL FUN- CIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD.....	636
V.	LA REGULACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DEL CAPITAL SOCIAL EN LOS ES- TATUTOS SOCIALES.....	638
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	640

II. CONFIGURACIÓN PARASOCIETARIA

Capítulo 26

**ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO AL PROTOCOLO
FAMILIAR COMO PACTO PARASOCIAL**

Ubaldo Nieto Carol

XXIII

I.	CONSIDERACIONES PREVIAS	643
II.	PECULIARIDADES RESPECTO AL RESTO DE PACTOS PARASOCIALES.....	645
III.	EL INTERÉS FAMILIAR COMO INTERÉS SOCIAL	652
IV.	EL <i>ENFORCEMENT</i> DEL PROTOCOLO FAMILIAR MEDIANTE LA CONFIGU- RACIÓN DE SU CUMPLIMIENTO COMO PRESTACIÓN ACCESORIA	654
V.	PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES.....	659
1.	Sociedades cotizadas en mercados secundarios oficiales.....	659
2.	Sociedades no cotizadas.....	660
VI.	ALGUNAS CONCLUSIONES.....	662
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	668

Capítulo 27

**PARTICULARIDADES DE LA EMPRESA FAMILIAR
EN LAS PREVISIONES PARASOCIALES SOBRE TRANSMISIÓN
DE PARTICIPACIONES SOCIALES**

Antonio Rego López
Pablo Gómez de Iturriaga

I.	INTRODUCCIÓN	671
II.	NOCIONES GENERALES	672

1.	Concepto y elementos distintivos de la empresa familiar.....	672
2.	La empresa familiar como paradigma de las sociedades cerradas	674
3.	La transmisión de acciones y participaciones sociales en la empresa familiar	675
4.	Pactos parasociales y su aplicación en la empresa familiar: el protocolo familiar	677
4.1.	Sobre los pactos parasociales en general.....	677
4.2.	El protocolo familiar	679
III.	¿ESTATUTOS SOCIALES O PACTO PARASOCIAL/PROTOCOLO FAMILIAR? LA DECISIÓN	681
1.	Rigidez vs. flexibilidad en los límites jurídicos.....	682
2.	Confidencialidad vs. publicidad.....	684
3.	Modificación y duración	684
4.	Eficacia jurídica	685
IV.	EFICACIA DEL PROTOCOLO FAMILIAR/PACTO PARASOCIAL OMNILATERAL O UNIVERSAL	691
1.	Estado de la cuestión en el Tribunal Supremo	691
2.	Estado de la cuestión de lege ferenda	695
V.	CONCLUSIONES.....	696
VI.	BIBLIOGRAFÍA	697

Capítulo 28

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS Y PACTOS PARASOCIALES

Purificación Martorell Zulueta

I.	A MODO DE INTRODUCCIÓN	699
II.	PACTOS PARASOCIALES Y DISTINTAS ACCIONES EJERCITADAS ANTE LOS TRIBUNALES	701
1.	Nulidad, anulabilidad y resolución	702
2.	Cumplimiento. Incumplimiento. Daños y perjuicios.....	704
3.	Impugnación de acuerdos sociales	706
4.	Determinación de la competencia judicial para su conocimiento	707
4.1.	Juzgados de Primera Instancia	708
4.2.	Juzgados de lo Mercantil	710
4.3.	Arbitraje	712
III.	IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS Y PACTOS PARASOCIALES	714
1.	Resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo.....	714
1.1.	Anteriores al TRLSC	714
1.2.	Posteriores al TRLSC	715
2.	En las resoluciones de las Audiencias Provinciales	718
IV.	INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	721
V.	CONCLUSIONES.....	723
VI.	BIBLIOGRAFÍA	724

Capítulo 26

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO AL PROTOCOLO FAMILIAR COMO PACTO PARASOCIAL

Ubaldo Nieto Carol

Notario

Profesor Titular (acred.) de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. PECULIARIDADES RESPECTO AL RESTO DE PACTOS PARASOCIALES. III. EL INTERÉS FAMILIAR COMO INTERÉS SOCIAL. IV. EL ENFORCEMENT DEL PROTOCOLO FAMILIAR MEDIANTE LA CONFIGURACIÓN DE SU CUMPLIMIENTO COMO PRESTACIÓN ACCESORIA. V. PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES. 1. Sociedades cotizadas en mercados secundarios oficiales. 2. Sociedades no cotizadas. VI. ALGUNAS CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Dada mi condición de Notario, supongo que lo que se espera de mí es una reflexión y valoración sobre la realidad de los protocolos familiares en mi experiencia profesional. Por eso puedo y debo hablar y escribir *de visu et de auditu*, es decir, de lo que veo y oigo.

Como Notario debo decir que he autorizado pocas escrituras de elevación a público de protocolos familiares y, en general, de pactos parasociales que, obviamente, he leído (*de visu*). Y contrastada esta experiencia con la de otros compañeros de profesión, me confirman que lo mismo les ocurre a ellos. Por tanto, puedo concluir que gran parte de este tipo de pactos se instrumentan en documento privado, lo que supongo podrán confirmar los abogados.

En otros casos, he tenido conocimiento de su existencia bien al autorizar testamentos, capitulaciones matrimoniales o elevaciones a público de determinados acuerdos sociales y, cuando me ha sido posible, he pedido y conseguido una copia del protocolo familiar. Por tanto, he sabido de su existencia *de auditu* y luego al tenerlos he tenido conocimiento de su contenido *de visu*.

De esta experiencia profesional directa, de la que conozco de mis compañeros y de las estadísticas que he podido consultar del Registro Mercantil de Valencia, adelanto una primera conclusión, creo que conocida por todos: los protocolos familiares al igual que el resto de los pactos parasociales, en su inmensa mayoría, permanecen reservados a los firmantes y casi nunca son

objeto de publicidad registral. Ni siquiera son objeto de elevación a público en escritura pública lo que permitiría, en primer lugar, que continúen siendo conocidos sólo para los firmantes y, además, su mayor exigibilidad dado que gozan de la presunción de veracidad de todo documento público y, según qué pactos, tendría la ventaja de su consideración como título ejecutivo.

Antes de entrar en las reflexiones sobre los protocolos familiares, comencemos con un concepto de pacto parasocial. De acuerdo con Feliu Rey¹, podemos definirlo como *...el contrato, suscrito por todos o algunos socios, y en ocasiones, por la propiedad sociedad, pudiendo también estar suscrito, aunque no necesariamente, por personas que no tienen la consideración de socio, cuyas características principales son la autonomía respecto del contrato social y su accesoriedad funcional respecto de éste, y que tiene por objeto regular aspectos relacionados con el funcionamiento, organización y/o actividad de la sociedad, y/o las relaciones entre los socios. En definitiva, el pacto parasocial gravita sobre la sociedad y su actividad...*

O como señala la STS 300/2022, de 7 de abril (Roj: 1386/2022) en su Fundamento de Derecho quinto, *...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...*

Este tipo de pactos encuentran su apoyo en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, principio que, por otra parte, tiene su límite obvio en las leyes imperativas y en el orden público. Y como todo contrato sólo produce efectos *...entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley...* (artículo 1257 CC).

1 FELIU REY, J: *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 20.

Como señala la STS 589/2014, de 3 de noviembre (Roj: STS 4443/2014), *...la eficacia de los pactos reservados, propia de todo contrato, son vinculantes y afectan a quienes lo suscribieron, pero no a las personas ajenas a los mismos, entre ellas, la sociedad, para quien dichos pactos son «res inter alios acta» y no puede quedar afectada por los mismos...*

En cuando al concepto de *protocolo familiar*, siguiendo a Juárez González², se puede decir que *...es un acuerdo consensual atípico de contenido múltiple y heterogéneo (jurídico y extrajurídico) fundado en la autonomía de la voluntad de un grupo familiar que participa en una o más sociedades con el objeto de asegurar la cohesión y continuidad del mismo en beneficio del propio grupo familiar y de las empresas participadas...*

Y, desde el punto de vista legal, para definir lo que es un protocolo familiar podemos acudir a la definición que da el artículo 2.1 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, con una pequeña adaptación: *...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...*

Y ello porque nada impide para que también puedan existir protocolos familiares en el ámbito de las sociedades cotizadas, aunque, a tenor de lo establecido en el artículo 531 LSC, el pacto que *...tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas...*, habrá de ser comunicado con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Por tanto, lo establecido a estos efectos, es de publicidad obligatoria dado que afecta a terceros, en este caso, podemos decir que afectan al propio mercado.

II. PECULIARIDADES RESPECTO AL RESTO DE PACTOS PARASOCIALES

Como ya ha quedado apuntado, con la única excepción de los que afectan a sociedades cotizadas, con carácter general, los *protocolos familiares* tienen

2 JÚAREZ GONZÁLEZ, J.M: “El Protocolo familiar: Valor jurídico. Su necesaria coordinación con los estatutos”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/el-protocolo-familiar/>, 19 de noviembre de 2019, p. 5.

carácter *omnilateral*, esto es, son suscritos por todos los socios, con lo que ello implica³.

La peculiaridad es que los socios, además, están unidos por vínculos familiares de parentesco, habitualmente de consanguinidad, pero también de afinidad, incluso, a veces, es suscrito por parejas de hecho. En estos últimos casos, por no socios⁴, aunque esto es excepcional en la práctica. Los que yo he visto, profesionalmente hablando, se han suscrito sólo por consanguíneos y una sola vez se adhirieron los cónyuges.

Pueden también afectar a un *grupo familiar* dado que sus componentes pueden tener sus propias sociedades, por tanto, los socios de la empresa familiar son, a su vez, sociedades de los propios familiares.

A veces está firmado por la propia sociedad⁵, como otros pactos parasociales, tema importante desde el punto de vista procesal dado que así la so-

3 Respecto a la motivación de los pactos *omnilaterales*, compartimos lo señalado por NOVAL PATO, J., "Los pactos parasociales", *Estudios de Derecho de Sociedades. Colegio Notarial de Valencia*, Embid Irujo, J.M. y Nieto Carol, U. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 111-112: *...El recurso a los pactos omnilaterales seguirá siendo una práctica habitual en el ámbito de las sociedades cerradas. Los socios recurren a dichos pactos por motivos variados. Grosso modo cabe enunciar en este momento tres de ellos: a) Confidencialidad: lo acordado por los socios, al no plasmarse en los estatutos, quedará desprovisto de la publicidad registral y dificultará que los terceros puedan conocer su contenido; b) Inmutabilidad: cualquier propuesta de modificación estará sometida a la regla de la unanimidad y no al acuerdo de la mayoría, por lo que cualquier socio podrá paralizarla mediante su derecho de veto; y c) Ligereza: no faltan pymes, formadas por socios con escasa formación jurídica que, lejos de cualquier sutileza, otorgan primacía al hecho de que lo pactado haya sido de común acuerdo y, en cambio, minusvaloran que lo convenido adquiriera constancia en los estatutos...*

...Junto a estas tres posibles causas, resulta de interés poner de relieve una cuarta que, si bien en ocasiones puede ser pasada por alto, representa una virtualidad importante: los pactos omnilaterales son de especial utilidad para ampliar, más allá de los socios, el ámbito subjetivo de los firmantes del convenio. En efecto, no es infrecuente que el recurso a un pacto omnilateral venga motivado por el deseo de que lo acordado vincule no sólo a los socios sino también a terceros... Entre estas se pueden mencionar la de ejercitar el voto en un determinado sentido, la exclusión del derecho de suscripción/asunción preferente en casos de ampliaciones de capital, aprobación de una concreta modificación estructural, no repartir dividendos hasta que una determinada deuda esté pagada...

4 Respecto a los pactos parasociales suscritos por no socios puede verse ALFARO, J., "Pactos parasociales con terceros y efectos sobre los acuerdos sociales que infringen dichos pactos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018". <https://almacendederecho.org/pactos-parasociales-terceros-efectos-los-acuerdos-sociales-infringen-dichos-pactos>, 28 de febrero de 2018. Aunque en este caso estamos ante un contrato de opción de compra de participaciones.

5 Véase CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. y NEIRA FERNÁNDEZ, P., "Pactos parasociales: una aproximación a su naturaleza y contenido básico", *Acuerdos y pactos parasocia-*

ciudad está legitimada pasivamente, pero en lo que a mí respecta, profesionalmente, el problema es de capacidad del administrador para poder hacerlo. Personalmente entiendo que carecen de capacidad para obligar a la sociedad en este tipo de pactos y máxime si hay acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos sociales, aunque el protocolo familiar lo firman todos los socios por lo que entiendo que estos no pueden exigir ninguna responsabilidad a los administradores ya que sería ir contra sus propios actos.

Hay casos en los que el propio protocolo familiar es aprobado por la sociedad en junta general, como es el caso del supuesto de hecho al que se refiere la RDGRN de 26 de junio de 2018 (BOE de 10 de julio) a la que aludiremos más adelante.

Pero, a mi modo de ver, en este tipo de pactos prevalece la conservación de la propiedad dentro de la familia en sentido estricto (consanguinidad) y, normalmente, la administración por parte de todos o algunos de los familiares. No olvidemos el concepto legal de *protocolo familiar* antes visto (*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*

les: una visión práctica de su contenido, Cazorla González Serrano, L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 33 y ss. A este respecto señalan: ...*En relación con la oponibilidad frente a la sociedad, se debe partir de la premisa establecida en el artículo 29 LSC que dispone que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles frente a la sociedad. En este sentido, con el fin de facilitar la oponibilidad, se ha planteado la posibilidad de que la propia sociedad, a través de sus administradores, suscriba el pacto parasocial [El hecho de que el pacto se comunique a la sociedad no los convierte en oponibles. Reservado debe interpretarse como pacto extraño al Derecho corporativo...* En este sentido, MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 167, con cita a GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976], o que se incluya como prestación accesoria en los estatutos sociales la obligación de que los socios suscriban el pacto parasocial.

En el plano doctrinal, se observan dos posturas, por un lado, la doctrina clásica, que niega de modo absoluto la oponibilidad de los pactos parasociales no inscritos frente a la propia sociedad y frente a terceros, y mantiene que las causas de impugnación de acuerdos sociales son únicamente la infracción de la ley, la infracción de los estatutos y lesión a los intereses de la sociedad, sin que quepa sumar la infracción de pactos parasociales a las causas expuestas. Por su parte, en la doctrina moderna se encuentran los autores que propugnan que, en algunos casos, se puedan reconocer efectos frente a la sociedad a ciertos pactos parasociales. A favor de que un pacto omnilateral pueda fundar la impugnación de un acuerdo de social, TAPIA HERMIDA, A. y GANDÍA PÉREZ, E., "Pactos de Socios reservados, ocultos y relativos", <http://almacenederecho.org/pactos-de-socios-reservados-ocultos-y-relativos/>.

toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad... (artículo 2.1 Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares—). Y esto con la finalidad de “continuidad” de la misma; no en vano, en unos casos, la empresa se ha recibido de una generación anterior y, en otros, el protocolo familiar coincide con la transmisión intergeneracional de la empresa. En todos los que yo conozco se citan sus *antecedentes históricos* y como finalidad del mismo planificar el futuro de los firmantes como miembros de la familia y socios de la sociedad, titulares de un patrimonio personal y empresarial que tiene vocación de continuidad.

Dentro de lo que es el contenido típico de un protocolo familiar, podemos destacar algunas cuestiones que son peculiares, incluso características, de este tipo de pactos parasociales. Podemos mencionar las siguientes:

A) En el plano organizativo:

Puede haber órganos peculiares como el Consejo de Familia o la Asamblea Familiar. Esto puede tener plasmación estatutaria, estableciendo un comité asesor o consejo consultivo y órganos honoríficos (así el artículo 124 RRM⁶ para la S.A. y el artículo 185 para la S.L.)

648

También suelen establecerse limitaciones al trabajo de familiares en la empresa exigiéndose requisitos de titulación universitaria, experiencia fuera de la empresa, incluso, a veces se incluyen planes de formación. Tampoco es infrecuente la limitación de personas que pueden trabajar en la empresa por rama familiar o la forma de calcular la retribución de ejecutivos y administradores cuando son familiares.

En materia de Junta general suelen establecerse mayorías reforzadas, a veces superando la mayoría reforzada legal (2/3 del capital social —artículo 223.2 LSC—), llegando a exigirse la unanimidad o mayorías por cabezas (p.e. en una estructura de 4 familiares, uno con el 90% y los otros tres con

6 Art 124 y artículo 185 RRM: *...Además, los estatutos podrán crear un comité consultivo. Deberá determinarse en los estatutos sociales si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo, así como su específica denominación en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término “familiar”.*
También podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo...

el 10% restante, se exige que los acuerdos se adopten por tres de los cuatro socios).

Mención especial también merecen los pactos relativos al régimen de adquisición y transmisión de las acciones y participaciones sociales. Así:

- a) Restricciones y derechos de adquisición preferente en la adquisición/transmisión de participaciones y acciones. (p.e. que no sea libre la transmisión entre socios y menos aún a los cónyuges).
- b) El establecimiento de la conservación de determinados porcentajes de participación por ramas familiares⁷.
- c) Derecho de rescate en el caso de socios personas jurídicas para el caso de cambios relevantes en la titularidad de su capital social.
- d) Derecho de arrastre (*drag along*) de un socio mayoritario respecto de los restantes en el caso de transmisión de su participación.
- e) Derecho de acompañamiento (*tag along*) de los socios minoritarios en el caso de transmisión de la participación por el socio mayoritario.

7 A este respecto puede verse: STS 120/2020, de 20 de febrero (Roj: STS 507/2020) en su FD cuarto núm. 4: *...no puede admitirse la validez de los pactos de sindicación permanente, no por la razón de vulnerar de forma directa preceptos explícitos del régimen legal societario sobre límites legales a la transmisibilidad de las acciones (cfr. artículo 123 y ss. LSC) o de participaciones (arts. 107 y ss LSC), sino más ampliamente por vulnerar principios básicos de naturaleza jurídica de la relación social y del ordenamiento civil, singularmente el principio de libertad de la contratación y de disposición personal y patrimonial, en los términos examinados. Consideraciones que resultan extrapolables al presente caso relativo a acuerdos de distribución de porcentajes fijos de propiedad del capital entre los socios...*

STS 300/2022, de 7 de abril (Roj: 1386/2022), que en su FD quinto núm. 6 establece: *...El caso objeto de la presente litis no consiste en un supuesto de impugnación de acuerdos sociales, sino de la exigencia del cumplimiento de los compromisos asumidos en los pactos parasociales, en relación con la distribución de las acciones de las filiales brasileñas que pertenecen al patrimonio de Sánchez Cano, S.A. y, por sucesión universal en virtud de segregación (artículo 71 LME), de Fini Sweet Internacional, S.L.U., íntegramente participada por aquella, y respecto de la modificación de los estatutos de ésta en relación con las mayorías necesarias para fijar el sentido del voto en las filiales. Acción de cumplimiento que se dirige contra las citadas sociedades propietarias de las acciones y participaciones cuya transmisión se reclama, pero que no fueron suscriptoras de los citados pactos...*

La sentencia de la Audiencia impugnada resolvió la controversia aplicando los principios de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC) y de inoponibilidad frente a la sociedad de los pactos parasociales (artículo 29 LSC), conforme a la interpretación que de este precepto resulta de la jurisprudencia citada. Doctrina jurisprudencial que es correctamente seleccionada, interpretada y aplicada por el tribunal de apelación, lo que aboca al motivo a su perecimiento”.

Todos estos derechos, salvo la conservación de unos determinados porcentajes por rama familiar (que debe hacerse por otra vía), pueden incorporarse a los estatutos sociales, siempre que se cumplan las normas que exige la LSC para sociedades limitadas y sociedades anónimas cuyo capital social esté integrado por acciones nominativas⁸.

También es muy frecuente que se incluya una cláusula de sometimiento a arbitraje de los eventuales conflictos, señalando, incluso, quién sería el árbitro (habitualmente el abogado de confianza de la familia que, a su vez, con toda probabilidad, habrá asesorado en la redacción del protocolo familiar)

B) A todo esto hay que sumarle lo que Juárez González⁹ denomina pactos de naturaleza “metajurídica” porque *...tienen mero carácter programático o indicativo sin carácter vinculante jurídicamente exigible y por tanto inhábiles para generar derechos y obligaciones...*¹⁰.

Entre ellos destaca el régimen económico matrimonial de los socios familiares (separación de bienes¹¹) y cuestiones sucesorias. A este respecto, las cuestiones más importantes son:

- La administración de las acciones o participaciones del grupo familiar en los casos de que los herederos sean menores o sometidos a curate-

650

8 Véanse las resoluciones de la DGRN de 4 de diciembre de 2017 (BOE de 27 de diciembre), 30 de julio de 2018 (BOE 14 de septiembre) y 23 de mayo de 2019 (BOE de 13 de junio).

9 JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M., “El Protocolo familiar: Valor jurídico....”, *op. cit.*, 19 de noviembre de 2019, p. 7.

10 Como señala el citado autor, “el motivo es comprensible desde la perspectiva del grupo familiar pero jurídicamente deben adaptarse a la realidad de nuestro ordenamiento jurídico donde la libertad contractual y la libertad de testar son dogmas hasta ahora inmutables. Hemos indicado que el sustento del protocolo familiar se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, principio que no es absoluto pues queda sujeto a lo que establezcan las leyes imperativas y los principios de libertad de testar y libertad contractual constituyen los pilares de nuestro sistema de Derecho Privado. Por tanto:

a) Cualquier regla o disposición del protocolo familiar que restrinja o limite dichas libertades de los miembros del grupo familiar es jurídicamente radicalmente nula y, por ende, carece de fuerza vinculante. Por ello, también adolece de la misma nulidad e inexigibilidad cualquier cláusula penal establecida para garantizar su cumplimiento.

b) Y, en consecuencia, los criterios que respecto de dichas materias se establezcan en el protocolo familiar deben sentar indubitadamente su carácter meramente indicativo u orientativo. Lo ordinario sería que en caso de conflicto judicial, el órgano jurisdiccional declare la nulidad de la cláusula, manteniendo el resto del protocolo, pero siempre está latente el riesgo que conlleve la nulidad total del mismo”.

11 Entiendo que también sería posible el régimen de participación introducido en la reforma del Código Civil de 1981, que, en la vida profesional, no he visto nunca, ya que funciona como el régimen de separación de bienes y se liquida como el de gananciales.

la o a medidas de apoyo a su capacidad que impliquen administración de los bienes¹². Se designa en el Protocolo familiar la persona/s concreta/s o la necesidad de que sea un consanguíneo de la familia.

- Que la sucesión siempre quede dentro de los parientes unidos por vínculos de consanguinidad lo que de hecho sólo puede hacerse a través de testamento y mediante la sustitución fideicomisaria de residuo¹³.

12 Cláusula testamentaria: Normas de administración, si el titular es menor de edad o en el supuesto de que precise medidas de apoyo a su capacidad, en los términos del artículo 259 y concordantes del Código Civil. Los bienes objeto de la presente cláusula (acciones o participaciones del grupo familiar) adquiridos por los hijos o descendientes del testador, mientras que estos sean menores de edad o, aun siendo mayores, no tengan la libre gestión de sus bienes, la administración de los mismos, incluidos los derechos de voto y asistencia a Juntas Generales, corresponderán, por este orden, a las siguientes personas:

En primer lugar, a los padres del testador.

Después, a los hermanos del testador.

Y, a falta de los anteriores, al mayor de los hijos del testador, siempre que ya fuera mayor de edad y, en defecto de estos, el hijo de mayor edad de los hermanos del testador.

13 Cláusula testamentaria: 1.^a Sustitución vulgar y pupilar y ejemplar. Respecto a tales bienes (acciones o participaciones del grupo familiar), en defecto de descendientes sustituye pupilar y, en su caso, ejemplarmente a sus hijos por sus hermanos, por partes iguales y si todos hubieran premuerto sin descendientes, por los padres del testador y, en su defecto, por los hermanos del testador, sustituidos a su vez por sus descendientes.

2.^a Sustitución fideicomisaria de residuo. Si los citados bienes son adquiridos por los hijos o descendientes del testador, quedarán gravados con sustitución fideicomisaria de residuo, con sujeción a las siguientes reglas:

Hecho determinante del llamamiento: El fallecimiento del fiduciario sin descendientes y sin haber transmitido los citados bienes.

Fideicomisarios: El fideicomiso tiene el carácter de recíproco, por lo que los bienes hereditarios, al fallecimiento de uno de los hijos, corresponderían a los otros y, en su defecto, a sus hijos o descendientes, los primeros por cabezas y los segundos por estirpes, dándose en este supuesto el derecho de acrecer.

A falta de toda descendencia del testador, serían llamados al fideicomiso, por este orden, las siguientes personas:

— En primer lugar, los padres del testador.

— Después, los hermanos del testador, a quienes sustituye, a su vez, por sus hijos, o, en su caso, ulteriores descendientes.

3.^a Normas de administración, si el titular es menor de edad o en el supuesto de que precise “medidas de apoyo a su capacidad”, en los términos del artículo 259 y concordantes del Código Civil. Los bienes objeto de la presente cláusula adquiridos por los hijos o descendientes del testador, mientras que estos sean menores de edad o, aun siendo mayores, no tengan la libre gestión de sus bienes, la administración de los mismos, incluidos los derechos de voto y asistencia a Juntas Generales, corresponderán, por este orden, a las siguientes personas:

En primer lugar, a los padres del testador.

Después, los hermanos del testador.

Y, a falta de los anteriores, al mayor de los hijos del testador, siempre que ya fuera mayor de edad y, en defecto de estos, el hijo de mayor edad del hermano del testador.

III. EL INTERÉS FAMILIAR COMO INTERÉS SOCIAL

Como es sabido, según la doctrina del Tribunal Supremo, los acuerdos sociales adoptados en violación de pactos parasociales, aunque sean omnilaterales, no son impugnables por esa sola razón. Sólo son impugnables si, además, resulta acreditado en cada circunstancia que violan la normativa societaria, es decir, la ley, los estatutos o el interés social tal como establece el artículo 204 LSC.

Se ha argumentado por algunos autores¹⁴ que del mismo modo que la adopción de un acuerdo por unanimidad excluye la posibilidad de infracción del interés social, la infracción de lo acordado por unanimidad fundamenta una infracción del interés social. Así Paz-Ares llegó a afirmar que *...la infracción parasocial entraña por definición la infracción del interés social...*, tesis recogida, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de febrero de 2019 (*...la infracción de lo convenido en el pacto de socios supone, por sí misma, una infracción del interés social...* —ap. 8—). Hay que señalar que, recientemente, este autor ha matizado su afirmación¹⁵.

14 ALFARO, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Civitas, Madrid 1996, pp. 133 y ss. PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 5, 2003, p. 41; también publicado en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos*, Garrido Melero, M. y Fugardo Estivill, J. M. (coords.), vol. IV, Bosch, Barcelona 2005, pp. 709 ss.

15 PAZ-ARES, C: “Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción”, *Retos de la Contratación Mercantil moderna*, González Castilla, F. y Nieto Carol, U. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 63:....Aunque suscribo enteramente el resultado a que conduce la recalificación de la infracción parasocial como infracción del interés social, hoy no estoy seguro de que sea una operación conceptualmente irreprochable, como presupone la Audiencia, quizá inducida por algo que escribí hace años (*vid.* PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *op. cit.*, p. 41) y que ella misma cita con generosa aprobación en la repetida SAP Barcelona 12-II-2019, RJ 62839/2019. Hoy pienso que cuando dije que “la infracción parasocial entraña por definición la infracción del interés social” seguramente me excedí. Pueden darse casos en que no sea así. Ello no tanto por las razones que suelen aducir los más críticos, cuanto por el hecho de que el pacto parasocial mismo queda neutralizado. Me explico. Las razones invocadas por los autores que niegan la ecuación se fundan en la idea de que el contenido concreto del interés social es variable (porque evoluciona con la empresa), mientras que el del pacto se mantiene inalterado (así, por ej., MARTÍNEZ ROSADO: *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 189; este es precisamente el motivo aducido por la SAP Cádiz 26-7-2007, JUR 247215/2007, para desestimar la impugnación de un acuerdo; juzgó que la violación del pacto omnilateral no entrañaba la del interés social porque aquel había devenido obsoleto desde el punto de vista de este). Esta clase de razonamientos no tiene recorrido. Lo advertimos con claridad si contemplamos la cláusula de interés social como cláusula de completamiento o integración del contrato (artículo 1258 CC). Entonces nos damos cuenta de que carece de sentido recurrir a ella cuando

Por su parte, Carrasco Perera¹⁶ ha sido categórico a este respecto: *...en una consideración paradigmática y dogmática descomprometida del Derecho de las sociedades cerradas, ha de firmarse con rotundidad que la aprobación de un acuerdo social en violación de un pacto parasocial firmado por todos los socios constituye, típicamente una lesión del interés social en beneficio de uno o varios accionistas, ya que el interés social no puede ser distinto del interés que se construye, estatutaria o extraestatutariamente, mediante acuerdo de todos los intereses de la sociedad. En efecto, este pacto parasocial unánime ha de poder ser tratado al menos con un rango equivalente a un acuerdo social unánime tomado en junta universal de socios [argumento que se acepta en las SSTS 26 de febrero 1991 (RJ 1991, 1600) y 10 de febrero 1992 (RJ 1992, 1204)]...*

En las sociedades familiares hay un interés “permanente” cuál es, en primer lugar, la continuidad de la empresa, así como la conservación de la administración por parte de todos o algunos de los familiares y de la propiedad dentro de la familia en sentido estricto (consanguíneos), que son los principios inspiradores de los protocolos familiares. En la mayoría de los casos, la empresa familiar es la única fuente de ingresos de todos o de la mayoría de los socios.

Por todo ello, las razones que un sector de la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia invocan para negar esa identificación entre interés de los socios firmantes del pacto parasocial omnilateral, en nuestro caso, del protocolo familiar, y el interés social, alegando que este último es variable porque evoluciona con la empresa, mientras que el del pacto se mantiene inalterado y ha podido devenir obsoleto, creo que no es predicable del protocolo familiar. Sí podrá decirse que alguna cláusula de este, pero, con carácter general, no del protocolo en sí.

el contrato ha sido completado en el pacto parasocial omnilateral. Es cierto que esto solo vale para los pactos con contenido material, no para aquellos que solo establecen un procedimiento de decisión. En relación con estos, se invierten las tornas: en lugar de estar sujeto o definido el interés social por lo que establezca el pacto, el propio pacto parasocial o, mejor dicho, la decisión que salga de su aplicación está sujeta al interés social, en el sentido de que no obliga cuando resulte materialmente contraria al interés social [...]. Un ejemplo resultará más ilustrativo que mil palabras. Imaginemos que el pacto parasocial me obliga a votar según las indicaciones de Ticio y que el *quid* objeto de votación es una operación vinculada de Ticio con la sociedad. Es claro que si los términos de la operación son ventajosos para Ticio y perniciosos para la sociedad cesa mi obligación de votar ateniéndome a sus instrucciones”.

16 CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 2.ª edición, Thomson Reuters, Aranzadi, 2010, p. 609.

17 Véase nota núm. 14.

IV. EL ENFORCEMENT DEL PROTOCOLO FAMILIAR MEDIANTE LA CONFIGURACIÓN DE SU CUMPLIMIENTO COMO PRESTACIÓN ACCESORIA¹⁸

Como es sabido, sin perjuicio de las cláusulas penales, cabe “fortalecer” en general los pactos parasociales mediante la inclusión en los estatutos de una prestación accesoria. No olvidemos que en el ámbito de las sociedades limitadas el incumplimiento voluntario de realizar ésta permite a la sociedad excluir al socio (artículo 350 LSC).

Cabe distinguir dos supuestos: el que consiste en configurar como contenido de la prestación accesoria, *la simple suscripción del pacto parasocial*, y el que consiste en configurar como contenido tanto la suscripción, como *el cumplimiento del pacto*. La admisibilidad del primer supuesto no presenta ningún problema: el socio cumple la prestación accesoria, perfectamente determinada (obligación de hacer consistente en la suscripción del pacto parasocial), cuando lo suscribe. No hace falta decir que el hecho de suscribir el pacto implica la obligación de su cumplimiento. Pero se cumple la prestación accesoria con la mera suscripción por lo que su posterior incumplimiento no lo sería de la prestación accesoria.

Esta posibilidad ha sido reconocida en la reciente Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. De acuerdo con su artículo 11.2 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 iden-*

18 Regulación de las prestaciones accesorias se encuentra recogida: Capítulo V. Las prestaciones accesorias. De acuerdo con el 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.

3. Los estatutos podrán establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas.

Por su parte el artículo 187 (Prestaciones sociales accesorias) cuya redacción se debe precisamente al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero y que, como otros preceptos de este Reglamento, su contenido puede calificarse de *extralegem*, establece:

...1. En el caso de que se establezcan prestaciones accesorias, los estatutos detallarán su régimen, con expresión de su contenido concreto y determinado, que podrá ser económico o en general cualquier obligación de dar, hacer y no hacer, así como el carácter gratuito o retribuido de las mismas o, en su caso, las garantías previstas en su cumplimiento. En el supuesto de que sean retribuidas, los estatutos habrán de determinar la compensación a recibir por los socios que las realicen, sin que pueda exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación...

tificado de forma que lo puedan conocer no solo los socios que lo hayan suscrito sino también los futuros socios...

En cambio, mayores problemas ha planteado el supuesto en el que la prestación accesoria consista en *el cumplimiento del pacto*, ya que se ha planteado el problema de la exigencia de la determinación estatutaria del concreto contenido del pacto parasocial.

Un sector de la doctrina entendió admisible el establecimiento de una prestación accesoria, aunque la obligación no estuviera determinada estatutariamente, siendo suficiente para cumplir el mandato legal que sea determinable extraestatutariamente¹⁹.

En contra de esto último y siguiendo a Martínez Rosado²⁰, se ha señalado que *...el hecho de que el contenido de las prestaciones accesorias deba figurar en los estatutos, tiene su razón de ser precisamente en la defensa de los socios, especialmente de los que van a entrar a formar parte de la sociedad en un momento posterior a su constitución*²¹. *De ahí que legislador haya querido que la obligación quede determinada estatutariamente, al menos sus aspectos esenciales, sin perjuicio de que sea posible diferir a un momento posterior, la determinación de aspectos más puntuales*²². *Algunos no consideran admisible dejar la determinación de los extremos más significativos relativos a las prestaciones accesorias a un contrato aparte y ajeno al contrato social...*

Algún autor²³ ha entendido que la prestación accesoria de cumplimiento del protocolo familiar para que esté determinada es necesaria su determinabilidad registral: *...la oponibilidad a tercero adquirente o subadquirente de las acciones o participaciones queda condicionada a la publicidad registral del protocolo mismo..., conjugándose así la seguridad jurídica en su aspecto dinámico con las reglas generales vigentes en nuestro Derecho, ya que el pacto parasocial deja de ser reservado. De esta manera, queda garantizada la publicidad legal*

19 Así PAZ-ARES, C., "El enforcement de los pactos parasociales", *op. cit.*, p. 41. VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Granada, Comares, 2014, pp. 95 y 279 a 284.

20 MARTÍNEZ ROSADO: *Los pactos parasociales*, *op. cit.*, p. 149.

21 PEÑAS MOYANO, M.^a J., *Las Prestaciones Accesorias en la Sociedad Anónima*, Cizur Menor, Aranzadi, 1996, pp. 67 y 197.

22 RECALDE CASTELLS, A.J., "Comentario al artículo 22 LSRL", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo, I., Embid, J.M. y Górriz, C. (coords.), 2.^a edición, Madrid, 2009, p. 343.

23 FERNÁNDEZ DEL POZO, L: "El enforcement societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 29, 2007, pp. 139 a 183.

del protocolo como condición inexcusable de su oponibilidad a terceros, lo que además es coherente con la dicción literal, los artículos 6 y 7 del RD, sin que sea suficiente la determinabilidad extra-registral del contenido del protocolo familiar por referencia a lo publicado en una web corporativa ex artículo 5 RD...

Adelanto mi opinión, sin perjuicio de que la detalle en el resto de este trabajo. Entiendo perfectamente posible, incluso conveniente, reforzar el cumplimiento de un protocolo familiar a través de la inclusión de su cumplimiento como prestación accesorio. Y ello sin necesidad de su publicidad registral. Como ya ha quedado dicho anteriormente, una de las características fundamentales de los protocolos familiares y del resto de los pactos parasociales es la voluntad de los otorgantes de que no sea público su contenido. Lo que no es óbice para que sí haya publicidad de su existencia, lo que se consigue a través de los estatutos en los que se explicita en qué consiste la específica prestación accesorio, esto es, el cumplimiento del protocolo familiar y en qué instrumento público se recoge.

Dicho esto, la posibilidad de “fortalecer” este cumplimiento a través de una prestación accesorio no retribuida está expresamente reconocida en la RDGRN de 26 de junio de 2018 (BOE de 10 de julio)²⁴.

- 656 24 La cláusula estatutaria era la siguiente: ...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 accesorio 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...

Siguiendo a Juárez González, autor de la cláusula estatutaria y del recurso que dio pie a la resolución antes citada, los registradores mercantiles se han mostrado reacios a admitir esta posibilidad invocando una serie de argumentos que resume en los siguientes puntos:

...a) El artículo 29 del TR de la LSC que literalmente dice: Pactos reservados. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.», pues generalmente tiene carácter confidencial.

b) El incumplimiento de los requisitos del artículo 86.1 del TR de la LSC, en especial que adolece de contenido inconcreto y no determinado dicha prestación accesoria —artículo 86.2 del TR de la LSC—.

c) La combinación o mezcla de especies entre los denominados pactos parasociales de efectos internos y los estatutos sociales productores de efectos para los socios, la sociedad y terceros...

Y contesta dichos argumentos de la siguiente forma:

...a) Respecto de la inoponibilidad frente a la sociedad de los pactos secretos, basta con que el contenido del protocolo pueda ser conocido por la sociedad y los socios, lo que garantiza la constancia en escritura pública de su contenido y modificaciones.

b) Respecto de los requisitos exigibles a cualquier prestación accesoria: siendo obvio que tiene un carácter lícito y posible pues el ordenamiento jurídico no regula, pero sí reconoce al protocolo familiar como negocio no sólo admisible sino, además, jurídicamente conveniente (RD 171/2007); es además 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 fijado en una escritura pública que está expresa e indubitadamente identificada por su notario, lugar de otorgamiento, protocolo y fecha²⁵.

25 Como señala la RDGRN de 26 de junio de 2018 en su FD 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*

c) Respecto a la interdicción de la mezcla de especies, dicha prohibición carece de sustento normativo, además que en ningún caso supone la incorporación del protocolo familiar a los estatutos ni la subordinación de los estatutos al protocolo familiar...

Como se señala en la citada Resolución, 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 dice también: *...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...*

Por todo ello, concluye, *...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)...*

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...

Se puede así concluir con Juárez González²⁶, que *...la estructuración del cumplimiento del protocolo familiar como prestación accesorio de los socios, todos o algunos, refuerza la eficacia jurídica del protocolo familiar, que 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 negociar 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 (artículo 88 TR de la LSC) y su incumplimiento es causa legal de exclusión (artículo 350 TR de la LSC)...*

V. PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES

La publicidad de los protocolos familiares tiene peculiaridades por la existencia de una normativa específica que veremos seguidamente. No obstante, analizaremos todos los supuestos.

1. Sociedades cotizadas en mercados secundarios oficiales

En el caso de que el protocolo familiar se refiera a una sociedad cotizada obviamente no podrá ser omnilateral puesto que entonces no estarían sus acciones admitidas a negociación.

Su publicidad como la de todo pacto parasocial en este tipo de sociedades se encuentra regulado en el Capítulo VIII (“Pactos parasociales sujetos a publicidad”), artículos 530 a 535 LSC. Se empieza por definir qué se entiende a estos efectos por pacto parasocial; yo diría que lo que se hace es decir qué tipo de pactos incluidos en un protocolo familiar o, en general, en un pacto parasocial deben ser objeto de publicidad. Y como parece obvio para el caso de un mercado, una de las cuestiones fundamentales es la referente a aquellos acuerdos que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones de sociedades anónimas cotizadas o de las obligaciones convertibles o canjeables emitidas por éstas.

Y como otra de las cuestiones que importan al mercado es la forma de tomar decisiones, lo puede afectar a la cotización (p.e. acuerdos sobre dividendos a repartir), también importan y mucho los pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales.

26 JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M: “El Protocolo familiar: Valor jurídico...”, *op. cit.*, 19 de noviembre de 2019, p. 16.

También será de aplicación a los pactos parasociales/protocolos familiares entre socios o miembros de una entidad que ejerza el control sobre una sociedad cotizada (artículo 534 LSC).

Por ello, el artículo 531 LSC exige que la celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto cualquiera de las cuestiones vistas, debe ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Además, este pacto parasocial deberá publicarse como “hecho relevante”.

Por otra parte, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita.

No obstante, cuando la publicidad pueda ocasionar un grave daño a la sociedad, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a solicitud de los interesados, podrá acordar, mediante resolución motivada, que no se dé publicidad alguna a un pacto parasocial que le haya sido comunicado, o a parte de él, y dispensar de la comunicación de dicho pacto a la propia sociedad, del depósito en el Registro Mercantil del documento en que conste y de la publicación como hecho relevante, determinando el tiempo en que puede mantenerse en secreto entre los interesados (artículo 535 LSC).

660 En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, el artículo 533 LSC establece que el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias. Obviamente no puede impedir sus efectos respecto al resto de pactos ya que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos (artículo 1091 CC). Respecto a estos aspectos concretos a los que se refiere la LSC se exige su publicidad ya que hay un bien jurídico de mayor importancia cual es el mercado en sí, esto es, la protección de cualquier adquirente.

2. Sociedades no cotizadas

Como ya hemos señalado anteriormente, existe una norma específica para la publicidad de los protocolos familiares que es el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, pero específica y exclusivamente aplicable a los de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y, más concretamente, a su acceso al registro mercantil²⁷.

27 Hay que señalar que desde el punto de vista práctico los Registradores mercantiles están aplicando esta norma a todo pacto parasocial.

Se publicará un único protocolo y esta publicidad tiene carácter voluntario. En el supuesto de que el protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Publicada la existencia de un protocolo no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresare en la solicitud que el que pretende su acceso al registro, es una modificación o sustitución del publicado.

La publicidad del protocolo familiar podrá realizarse en el sitio web de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro mercantil²⁸. En este último caso, tal y como establece el artículo 5 RD 171/2007, el órgano de administración podrá solicitarlo del Registrador mercantil, mediante instancia con firma legitimada notarialmente, su constancia en la hoja abierta a la sociedad con reseña identificativa del mismo en el cual se hará constar si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral.

Si éste se hubiere formalizado en documento público notarial se indicará en la inscripción el Notario autorizante, lugar, fecha y número del protocolo notarial del mismo. En ningún caso podrá ser exigida por el Registrador la presentación del mismo ni será objeto de calificación su contenido, sin perjuicio de que el Registrador deberá comprobar que es accesible en el sitio web y que no existe otro protocolo anterior, salvo que sea modificación o sustitución de éste y así lo haga constar el órgano de administración.

Por último, el órgano de administración, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, 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, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador.

Siempre hay que tener en cuenta que, como bien señala Juárez González²⁹, “en los supuestos de acceso al registro mercantil, en todo caso voluntaria, en

28 En cualquier caso, esta publicidad debe ajustarse a la normativa que sobre protección de datos personales hoy establecido por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y por Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

El órgano de administración deberá contar con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos sean incluidos en el protocolo.

29 JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M: “El Protocolo familiar: Valor jurídico...”, *op. cit.*, 19 de noviembre de 2019, p. 17.

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 como ya he señalado, en la práctica la inmensa mayoría de los protocolos familiares y, en general, de los pactos parasociales no son objeto de publicidad alguna.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

A) Respecto al protocolo familiar y, en general, a los pactos parasociales omnilaterales, observo tres posturas: la de la academia, la de los abogados y la de aquellos que, en ejercicio de una función pública, tenemos que decidir.

La primera hace construcciones jurídicas algunas de las cuales alcanzan elevadas cotas de categoría intelectual y que, incluso, comparto. Obviamente, estas construcciones valen, y mucho, para que los abogados puedan defender la exigibilidad del cumplimiento de tales pactos ante los tribunales en caso de conflicto (p.e. el caso más habitual es el de la impugnación de acuerdos sociales). Muchas veces se encuentran con un protocolo familiar en cuya redacción no han participado (o sí, pero no han tenido la prudencia o la posibilidad de trasladarlo a los estatutos sociales) y con una controversia judicial en la que deben defender los intereses de su cliente.

Pero hay que entender que los que ejercemos una función pública estamos sometidos primeramente a la Ley; aquí no caben “teorías” muy bien argumentadas sino simple aplicación de la norma. Y, en este caso, cuando un tribunal debe resolver el conflicto entre un pacto parasocial omnilateral, por una parte, y los estatutos sociales y la Ley de Sociedades de Capital, por otra, siempre van a optar por esta última; la legalidad societaria. Así, en una impugnación de acuerdos sociales no será suficiente que sea contrario al protocolo familiar, sino que deberá identificarse que el acuerdo es lesivo para el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Y, en muchos casos, atendiendo al “principio de justicia material” puede identificar el interés social con el protocolo familiar o acudir a los principios de la buena fe o la doctrina de los actos propios³⁰.

30 De acuerdo con la STS 77/1999, de 30 de enero de 1999: *...para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7,1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos coma en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir coma y sin ninguna duda coma una precisada*

Cuando un Notario tiene que autorizar la transmisión de unas participaciones sociales, estará primero a la LSC y a los estatutos sociales, y el protocolo familiar (en general cualquier pacto parasocial omnilateral) cederá frente a lo anterior en caso de conflicto. Y, a diferencia de un Juez, no puede argumentar nada a favor del pacto; autoriza o no la transmisión si se cumplen o no los requisitos legales y estatutarios.

B) Por lo anteriormente dicho, y aunque sea una obviedad, conviene insistir en la necesaria coordinación del protocolo familiar con los estatutos sociales³¹. La obligación de hacerlo se incluye, con carácter general, en todos los protocolos familiares que conozco y, sin embargo, no se hace, siendo en muchos casos muy fácil; yo diría que en la mayoría.

Así, en el caso de la STS 103/2016, de 25 de febrero de 2016 (Roj: STS 659/2016)³², en el que el padre se reserva el usufructo de las acciones y par-

situación jurídica afectantes a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual (Sentencias de 10-6 y 17-12-1994, 30-10-1995 y 24-6-1996), (citada por la STS 507/2020, de 20 de febrero de 2020 – Roj: STS 507/2020—)...

31 Como no puede ser menos, coincido con mi compañero JUÁREZ, J., “El Protocolo familiar: Valor jurídico...”, *op. cit.*, 19 de noviembre de 2019, p. 9 en ...*la necesidad de armonizar ambos instrumentos de manera que, manteniendo sus respectivos ámbitos de aplicación y efectos, 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...*

32 En ella se indica lo siguiente: ...*El supuesto que es objeto del recurso no consiste en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial,... Se trata, como razona la sentencia recurrida, del supuesto inverso: en la adopción de los acuerdos sociales, se dio cumplimiento al acuerdo parasocial, omnilateral, consistente en que D. Isaac, al transmitir a sus hijos Cornelio y Eusebio sus acciones en CDC Hiacre y sus participaciones sociales en Inverdeval, se reservó no solo el usufructo vitalicio sobre las mismas sino también el derecho de voto derivado de dichas acciones y participaciones sociales, y en el cómputo de votos para la aprobación de los acuerdos se tuvo en cuenta el voto emitido por D. Isaac. (...) El demandante no cuestiona la validez y eficacia de tales pactos parasociales, en los que son parte todos los que entonces y ahora detentan la propiedad, plena o nuda, de las acciones y participaciones sociales, y el usufructo sobre parte de ellas. Pero impugna los acuerdos sociales que se adoptaron dando cumplimiento a tales pactos porque estos pactos no se traspusieron a los estatutos sociales, y el voto del usufructuario no estaba reconocido en los estatutos sociales. (...) La Audiencia se ha enfrentado con el problema de la contrariedad entre la regulación contenida en el pacto parasocial y en el régimen estatutario. Ha tomado en consideración las circunstancias concurrentes. Y ha concluido que la impugnación de los acuerdos sociales formulada en la demanda es contraria a las exigencias de la buena fe e incurre en abuso de derecho. (...) En esas circunstancias, ha de entenderse que la impugnación formulada por el demandante es efectivamente contraria a la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil) y, como tal, no puede ser estimada. (...) Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y parti-*

ticipaciones sociales que ha donado a sus hijos y se reserva el derecho de voto. Luego, uno de los hijos impugna el acuerdo social alegando con “razón jurídica” que la condición de socio reside en el nudo propietario y, por tanto, es éste quien ejerce los derechos políticos tal como establece el artículo 127.1 LSC³³. Pero hubiera sido muy fácil, con carácter previo a la donación, en virtud de lo establecido en este precepto, haber realizado la consiguiente modificación estatutaria estableciéndose que la condición de socio residiría en el usufructuario³⁴.

C) Respecto al reforzamiento del cumplimiento del protocolo familiar a través de su establecimiento como prestación accesoria, a la vista de lo dicho y dada mi experiencia profesional, quisiera señalar:

1.º Como ya ha quedado apuntado, una de las características fundamentales de los pactos parasociales en general y del protocolo familiar en par-

cipaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido]...

33 *...En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario...*

34 No puedo ocultar que, por razón de edad de mis clientes, de la mía, o de ambas, intervengo profesionalmente en numerosas *sucesiones empresariales*. En unas, los fundadores se limitan a nombrar a los hijos administradores (a sueldo) conservando tanto los derechos políticos como económicos de la sociedad. En otras, se transmite la nuda propiedad y se conservan, además de los derechos económicos, los políticos, lo que puede hacerse, como ya se ha dicho, atribuyendo la condición de socio al usufructuario.

Y pueden transmitirse los derechos económicos y políticos, pero conservando una *llave maestra*; la llamada *acción de oro* que tampoco tiene que ser una sola acción o participación, puede ser un determinado número para conservar parte de los beneficios. Para ello se crea una serie especial, aunque sea con una única acción o participación social con mayor número votos en cuantía tal que le permita decidir o, incluso, poder modificar los estatutos sociales (2/3 del total de votos) y revertir la situación.

Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de incluir en la donación un pacto de reversión ex artículo 641 CC (*...Podrá establecerse válidamente la reversión a favor de solo el donador para cualquier caso y circunstancias...*) sin entrar en la discusión sobre si es admisible la reversión *ad nutum* (la RDGRN de 28 de julio de 1998 se pronuncia en contra de la reversión por simple voluntad del donante. Sin embargo, la STS de 31 de enero de 1955 admitió una cláusula de reversión prevista a favor del donante si éste *...por las circunstancias especiales así lo estimara oportuno...* ALBADALEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1978, también se pronuncia a favor de la validez de esta cláusula *si voluerit*, argumentando que al donante, al ser parte acreedora en la reversión, no le alcanza la prohibición para las condiciones cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

ticular es su carácter reservado entre los otorgantes. Estos son reacios a la publicidad en general y a la registral en particular. De los datos que me han proporcionado en el Registro Mercantil de Valencia en enero de 2023, desde el año 2010 hay siete (7), yo diría seis (6) porque hay uno repetido, pactos parasociales depositados entre los que hay que incluir los protocolos familiares. Por cierto, ninguno de los que yo he autorizado su elevación a público.

2.º Su formulación en escritura pública tiene todas las ventajas de esta forma documental; es un documento público con lo que ello implica. Por ello, sin perjuicio de que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1278 CC *...los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*, hay que tener en cuenta que *los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste y también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros...* (artículo 1218 CC).

Estamos ante un medio de prueba privilegiado lo que implica que en caso de controversia puede disuadir del acceso a los Tribunales y si finalmente se acaba en un proceso judicial se tiene un medio de prueba privilegiado.

La escritura pública, además, cumple esa exigencia de carácter secreto entre sus otorgantes y, como me decía un cabeza de familia sobre la firma de un protocolo familiar tras reconocer como buen empresario práctico que los pactos sólo se cumplen si se quieren cumplir: el porqué del otorgamiento en escritura pública ante Notario radica en la solemnidad del acto; los firmantes tienen que saber que el protocolo familiar es algo muy serio, importante y, probablemente, trascendental y requiere un acto conforme a ello.

3.º Sin perjuicio de que en el supuesto de hecho recogido en la RDGRN antes apuntada el protocolo familiar se aprueba en junta general universal, no creo que esto sea necesario, aunque siguiendo el dicho popular, *más azúcar, más dulce*. También es discutible, como ya he apuntado, que el protocolo familiar (en general el pacto parasocial) sea suscrito por la sociedad.

El establecimiento como prestación accesoria del cumplimiento de un determinado protocolo familiar que consta en una concreta escritura pública, necesita, primero, de un acuerdo de la junta general de socios, que en estos casos será universal, estableciendo la correspondiente modificación estatutaria. En ese momento, lógicamente se enterará la sociedad *formalmente* porque todos los socios conocen su existencia y contenido desde su firma. Y, posteriormente, se requerirá de la elevación a público de este acuerdo de modificación estatutaria en otra escritura en la que, obviamente, comparece

el administrador o quien tenga facultades para elevar a público los acuerdos sociales, por lo que quedará constancia fehaciente de ese conocimiento. Ya no será de aplicación el artículo 29 LSC (*...los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad...*).

4.º La existencia del citado protocolo familiar (y, en general, del pacto parasocial) ya será pública para quien tenga interés. Obviamente no su contenido. Se alega que los futuros socios no tendrán acceso al mismo. Pero no hay que olvidar que lo potenciales socios antes serán compradores y una diligencia mínima de quien compra las participaciones de una sociedad es la petición de los estatutos sociales para conocer su objeto social, las posibles restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones (ya que en virtud de lo establecido en el artículo 108 LSC serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos y las que la prohíban), las diferencias, en su caso, de derechos entre las distintas participaciones, las posibles formas de organización de la administración, las mayorías exigibles para según qué acuerdos... y, por supuesto, la existencia de prestaciones accesorias. Y el contenido de los estatutos sociales es libremente accesible a través del Registro Mercantil.

El conocimiento de su existencia acarreará la petición de la información necesaria. Pero, en todo caso, habida cuenta de la obligatoriedad de comunicar al órgano de administración la transmisión proyectada a efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente a favor del resto de los socios y de la propia sociedad, sería, en última instancia cuando se advertiría por el órgano social que para la transmisión de participaciones o de acciones con prestaciones accesorias es necesaria la autorización de la sociedad y quedaría así informado el adquirente de la existencia del protocolo familiar.

5.º En cuanto al conocimiento del contenido del pacto por el potencial adquirente, hay que destacar, una vez más, las ventajas de la escritura pública. No puedo ocultar que he visto varias versiones de pactos parasociales con las mismas firmas, lo que jamás puede ocurrir con una escritura pública.

Y para los supuestos de posteriores modificaciones de los pactos y su constancia en la escritura inicial, hay que decir que las modificaciones de los contratos recogidos en escrituras públicas se comunican al Notario autorizante de aquella para que deje constancia, mediante diligencia, del fedatario, fecha y número de protocolo de la escritura de modificación³⁵.

35 Se exceptúan las que deben hacerse constar en los registros públicos: p.e. novaciones de préstamos hipotecarios, posposiciones de rango hipotecario... y en el ámbito societario, los

6.º El régimen jurídico de las prestaciones accesorias tiene muchas ventajas a la hora de resolver los posibles conflictos. Primera, el posible establecimiento de cláusulas penales inherentes al incumplimiento de las prestaciones accesorias (artículo 86.1 LSC) distintas de las ya existentes, normalmente, en el protocolo familiar. Además, para la transmisión de participaciones o de acciones con tales prestaciones accesorias será necesaria la autorización de la sociedad que, salvo disposición contraria de los estatutos, en las sociedades de responsabilidad limitada será competencia de la junta general; y, en las sociedades anónimas, de los administradores, si bien, transcurrido el plazo de dos meses desde que se hubiera presentado la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida (artículo 88 LSC).

Por otra parte, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados, en nuestro caso, todos los socios, de acuerdo con el artículo 89 LSC.

Por último y no menos importante, la sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias (artículo 350 LSC), que requerirá acuerdo de la junta general, si bien, la exclusión de un socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital social requerirá, además del acuerdo de la junta general, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada (artículo 352 LSC).

También está regulada una valoración de las participaciones o de las acciones del socio separado a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración. En este caso, se acudirá a un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración (artículo 353 LSC).

7.º Hay que señalar, por último, que ante la clara y, para mí, comprensible corriente jurisprudencial contraria a la aplicabilidad directa de los pactos parasociales en general y, por ende, de los protocolos familiares, hay que evitar conflictos, máxime en estos últimos en los que a los temas empresa-

riales se le unen los familiares. Y para ello, el establecimiento como prestación accesorio de su cumplimiento es un procedimiento que da seguridad jurídica y que es, además, barato en términos absolutos (la escritura pública será un documento sin cuantía y, por tanto, arancelariamente poco costoso) y, sobre todo, relativos, en comparación con un pleito judicial. Además, permite tener el asesoramiento de un Notario que deberá leerse necesariamente.

Y el incumplimiento del protocolo familiar tiene la salida más lógica: la exclusión de la sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J., “Pactos parasociales con terceros y efectos sobre los acuerdos sociales que infringen dichos pactos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018”, <https://almacenederecho.org/pactos-parasociales-terceros-efectos-los-acuerdos-sociales-infringen-dichos-pactos>, 28 de febrero de 2018.

— *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Civitas, Madrid 1996.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. y NEIRA FERNÁNDEZ, P., “Pactos parasociales: una aproximación a su naturaleza y contenido básico”, *Acuerdos y pactos parasociales: una visión práctica de su contenido*, Cazorla González-Serrano, L. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 2.ª edición, Thomson Reuters, Aranzadi, 2010.

FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El enforcement societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 29, 2007, pp. 139-183.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M., “El Protocolo familiar: Valor jurídico. Su necesaria coordinación con los estatutos”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/el-protocolo-familiar/>, 19 de noviembre de 2019.

MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

PAZ-ARES, C: “Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción”, *Retos de la Contratación Mercantil moderna*, González Castilla, F. y Nieto Carol, U. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 47-110.

— “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 5, 2003.

PEÑAS MOYANO, M.ª J., *Las Prestaciones Accesorias en la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996.

- RECALDE CASTELLS, A.J., "Comentario al artículo 22 LSRL", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo, I., Embid, J.M. y Górriz, C. (coord.), 2.^a edición, Tecnos, Madrid, 2009.
- TAPIA HERMIDA, A. y GANDÍA PÉREZ, E., "Pactos de Socios reservados, ocultos y relativos", <http://almacenederecho.org/pactos-de-socios-reservados-ocultos-y-relativos/>, 8 de octubre de 2015
- VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Granada, Comares, 2014.