
Protocolos familiares y sucesión en la empresa familiar

PID_00260558

José Alberto Subías Opi

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas



José Alberto Subías Opi

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por la profesora: Aura Esther Vilalta (2019)

Primera edición: febrero 2019
© José Alberto Subías Opi
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. Empresas familiares y protocolos familiares.....	7
1.1. Los diferentes modelos de empresa familiar	7
1.1.1. Concepto de empresa familiar	7
1.1.2. Elementos caracterizadores de la empresa familiar	8
1.1.3. Clases de empresas familiares	8
1.1.4. Conflictos específicos de la empresa familiar	10
1.2. Los protocolos familiares, su articulación y sus implicaciones jurídicas	10
1.2.1. El derecho de familia y el derecho de sucesiones como herramientas indispensables para la elaboración de un protocolo familiar	10
1.2.2. Concepto de protocolo familiar	11
1.2.3. Naturaleza jurídica del protocolo familiar	13
1.2.4. Contenido típico del protocolo familiar	17
1.2.5. Protocolo familiar y derecho civil	19
1.2.6. Protocolo y régimen económico matrimonial	19
1.2.7. Capitulaciones matrimoniales	21
1.2.8. Pactos en previsión de futura ruptura	21
1.2.9. Eficacia de la previsión en el protocolo familiar del régimen económico matrimonial al que deben sujetarse los firmantes	22
1.3. Protocolo familiar y régimen jurídico de la sociedad mercantil. Las restricciones a la transmisión	22
1.3.1. Empresa familiar y forma social. SL como modelo de sociedad cerrada	22
1.3.2. Modalidades de cláusulas restrictivas de la transmisión	23
1.3.3. La publicidad de los protocolos familiares	25
1.4. Familia empresaria y empresa familiar: estructuras de gobierno	27
1.4.1. Órganos característicos de la empresa familiar	29
1.5. La empresa familiar en el marco tributario	31
2. La sucesión de la empresa familiar.....	33
2.1. Los testamentos y otras disposiciones hereditarias para la sucesión de la empresa familiar	33
2.1.1. Testamento	33

2.1.2.	Legítimas	34
2.1.3.	Fiducia sucesoria	34
2.2.	La sucesión de la empresa familiar en el derecho autonómico: Cataluña, Aragón, Islas Baleares, Galicia y País Vasco	35
2.2.1.	Cataluña	35
2.2.2.	Aragón	37
2.2.3.	Islas Baleares	38
2.2.4.	Galicia	39
2.2.5.	Navarra	40
2.2.6.	País Vasco	40
2.3.	La mediación en el seno de la empresa familiar	41
Bibliografía		43

Introducción

Las empresas familiares tienen una importancia fundamental para la economía del país: impulsan decisivamente el desarrollo y el dinamismo de la actividad económica, y constituyen un verdadero motor de avance y progreso social. Según las últimas cifras proporcionadas por el Instituto de Empresa Familiar, se estima que 1,1 millones de empresas son familiares en España, de modo que constituyen el 89 % sobre el total de empresas. Las empresas familiares crean el 67 % del empleo privado y son responsables del 57,1 del PIB del sector privado (según el Instituto de Empresa Familiar). Son estas unas cifras que revelan la trascendencia de la empresa familiar y justifican la creciente preocupación de los operadores jurídicos y económicos en garantizar la estabilidad de dichas empresas y, en consecuencia, en arbitrar los instrumentos que faciliten la ordenación y planificación de la sucesión al frente de las mismas.

Objetivos

Los objetivos de este recurso son los siguientes:

- 1.** Identificar la relevancia y trascendencia de la empresa familiar y las complejidades derivadas de la particular configuración de la misma.
- 2.** Estudiar el protocolo familiar como instrumento de planificación en la sucesión de la empresa familiar.
- 3.** Analizar las herramientas del ordenamiento jurídico civil que posibilitan la planificación en la sucesión al frente de la empresa familiar.
- 4.** Examinar las cuestiones de índole mercantil que inciden en la configuración de la empresa familiar, así como las que posibilitan su conservación y desarrollo.
- 5.** Conocer la regulación de la publicidad del protocolo familiar.
- 6.** Destacar el proceso de mediación como instrumento para la solución de conflictos en el seno de la empresa familiar.

1. Empresas familiares y protocolos familiares

1.1. Los diferentes modelos de empresa familiar

1.1.1. Concepto de empresa familiar

La complejidad que se plantea al abordar el estudio de la presente materia se pone de manifiesto ya de inicio, al tratar de definir a la empresa familiar. Distintas han sido las definiciones proporcionadas por la doctrina que se ha ocupado de la materia, según pongan más o menos énfasis en unos u otros elementos como configuradores de la empresa familiar. Así, J. J. Pérez-Fadón, poniendo el foco en la propiedad familiar de la empresa como elemento definitorio, considera que son empresas familiares las que son propiedad de un grupo familiar o de parentesco en las que, además, interviene activamente en la gestión de la empresa alguno de sus miembros (Pérez-Fadón, 2012, pág. 15). Consideramos que a los dos elementos que la citada definición identifica como elementos clave de la empresa familiar, a saber: 1) propiedad del capital social de una empresa en manos de una familia y 2) que esta familia o parte de la misma participe activamente en la gestión de la empresa, sería preciso añadir un tercer elemento que consideramos definitorio, como es la pretensión o voluntad de la familia propietaria en la continuidad de la empresa como tal empresa familiar.

Corona Ramón (2004, pág. 6) pone el acento, al definir la empresa familiar, en el deseo de que exista una continuidad generacional, definiendo a la empresa familiar como:

«Aquella en la que un grupo familiar está en condiciones de designar al máximo ejecutivo de la compañía, de fijar la estrategia empresarial de la misma y todo ello con el objetivo de continuidad generacional, basado en el deseo conjunto de fundadores y sucesores de mantener el control de la propiedad y la gestión en la familia».

Desde el punto de vista normativo, la única definición de empresa familiar que encontramos en nuestro ordenamiento es la contenida en el Real decreto 171/2007, el cual define a las empresas familiares como:

«Aquellas empresas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí».

En la definición legal transcrita, pueden observarse algunos de los elementos que la doctrina ha considerado como característicos de la empresa para ser calificada como familiar y que pasamos a relacionar.

1.1.2. Elementos caracterizadores de la empresa familiar

De conformidad con el *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar* (2001), cuatro serían los elementos o circunstancias que caracterizan a las empresas como empresas familiares:

- 1) Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social.
- 2) Que sobre la base de dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa.
- 3) Que la familia participe en la gestión y/o la dirección de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría del consejo de administración.
- 4) Un factor temporal que prácticamente la totalidad de los autores especializados destaca, que es el deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad y/o gestión o dirección de la misma, a las siguientes generaciones de la familia.

1.1.3. Clases de empresas familiares

Existen en la doctrina diferentes criterios conforme a los cuales se pueden clasificar las empresas familiares.

Así, Calavia Molinero (2000, pág. 1 y sigs.) diferencia cuatro modalidades de empresa familiar según el grado de implicación en la empresa de los integrantes de la familia:

- 1) **Empresa de trabajo familiar:** los propietarios tienen la intención de que los miembros de la familia trabajen en ella. Ello no implicaría que no pudieran incorporarse a la empresa personas ajenas a la familia.
- 2) **Empresa de dirección familiar:** es aquella en la que los propietarios tienen la voluntad de continuar unidos en la propiedad, pero solo los miembros de la familia más capacitados para la dirección son los que trabajarán en ella ocupando cargos en los órganos de dirección o de gobierno.
- 3) **Empresa familiar de inversión:** formada por los miembros de una o varias familias que se unen para hacer inversiones en actividades de negocio, consistiendo su trabajo esencialmente en la adopción de las decisiones de inversión y en su control. En este caso, los integrantes de las mencionadas familias no tienen intención o voluntad de participar en la gestión y dirección de las empresas en las que invierten.

4) Empresa coyuntural: los miembros de la familia están unidos como propietarios por circunstancias de herencia y no por una elección voluntaria. Cuando hay oportunidad de vender su parte o de asociarse con terceros, no se rechazan tales opciones.

Otro sector de la doctrina propone otra clasificación basada en la complejidad y desarrollo de la estructura de la empresa (Cucurull, 2015, pág. 69):

1) Modelo capitán: se compone básicamente de las pymes, pero abarca desde empresas de dimensiones muy reducidas hasta otras de tamaño mediano. Son aquellas empresas que las dirige únicamente el fundador (aunque en ocasiones este comparte la propiedad con su cónyuge y posteriormente con sus hijos), y suelen durar hasta que aquel se retira.

2) Modelo emperador: existen dos generaciones trabajando juntas, aunque el poder está en manos de una sola persona, que es la que lidera tanto la empresa como la familia. El accionariado está también repartido entre dos generaciones distintas.

3) Modelo equipo familiar: la complejidad de la familia es superior a la complejidad de la empresa. En este modelo, se establecen restricciones al acceso de familiares a la entidad, puesto que la reducida dimensión de la empresa limita la proyección profesional de los miembros de la familia, los cuales optan por trabajar fuera de la empresa. Al ir aumentando con el tiempo la complejidad familiar, si no va ampliándose la estructura de la empresa, se crearán situaciones de riesgo para la viabilidad de la empresa como empresa familiar.

4) Modelo familia profesional: en este modelo, la complejidad de la empresa es notablemente superior a la complejidad de la familia. La familia está muy implicada en la gestión de la compañía y es el modelo que tiene mayor número de familiares en puestos de dirección.

5) Modelo corporación: en este modelo existe una mayor complejidad, tanto de familia como de empresa. La familia ha evolucionado más hacia la vertiente propietaria que hacia la vertiente gestora.

6) Modelo grupo de inversión familiar: son empresas en las que las inversiones que realiza la familia son independientes de la relación que mantiene la familia con su empresa familiar.

1.1.4. Conflictos específicos de la empresa familiar

Debido a la especificidad de la empresa familiar, encontramos una serie de cuestiones o «problemas» que, si bien no son exclusivos de la empresa familiar, sí que se encuentran presentes en muchas ocasiones en el seno de dichas empresas. Así, tal y como señala Valmaña Cabanes (2014, pág. 13), podríamos enumerar de manera sintética las problemáticas siguientes:

- 1) Confusión del patrimonio empresarial y el familiar.
- 2) Inoperancia de los órganos sociales porque las decisiones se han adoptado en el seno familiar con criterios no empresariales.
- 3) Acceso de familiares no cualificados a funciones directivas.
- 4) Atomización de la propiedad en las generaciones siguientes.
- 5) Mayor dificultad para crear herramientas de planificación fiscal, financiera y jurídica.

La elaboración y posterior otorgamiento del protocolo familiar se orienta, precisamente, a la finalidad de minimizar las citadas problemáticas y crear los mecanismos que permitan, en la medida de lo posible, solucionarlas.

1.2. Los protocolos familiares, su articulación y sus implicaciones jurídicas

1.2.1. El derecho de familia y el derecho de sucesiones como herramientas indispensables para la elaboración de un protocolo familiar

A la hora de abordar la configuración y la sucesión en el seno de la empresa familiar, dos son las áreas esenciales del derecho privado que inciden en el protocolo familiar: el derecho mercantil y el derecho civil; y destacando, en el derecho civil, como ámbitos de incidencia más destacados, el matrimonial y el sucesorio. Efectivamente, será esencial para el futuro de la empresa familiar la determinación del régimen económico matrimonial aplicable a los diferentes integrantes del grupo familiar, así como, en su caso, la necesidad de modificar dicho régimen económico mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, y será, asimismo, fundamental para la regulación de la sucesión al frente de la empresa familiar la planificación sucesoria mediante el otorgamiento de los negocios jurídicos necesarios que aseguren el cumplimiento de la voluntad de los socios fundadores: testamentos y, si es posible, pactos sucesorios (Egea Fernández, 2007, pág. 10 y sigs.).

1.2.2. Concepto de protocolo familiar

1) **Definición:** el Real decreto 171/2007 regulador de la publicidad de los protocolos familiares define, en su artículo 2.1, qué se entiende a los efectos del indicado Real decreto por protocolo familiar, afirmando que:

«1. A los efectos de este Real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a 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».

Cuatro son las notas que, según la definición proporcionada por el indicado Real decreto, caracterizarían al protocolo familiar:

- a) Se trata de un conjunto de pactos (naturaleza contractual).
- b) Está suscrito por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares.
- c) Tiene por objeto una sociedad no cotizada.
- d) Su finalidad es regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la indicada sociedad.

2) **Debate conceptual. Protocolo moral o no jurídico frente a protocolo jurídico:** desde el punto de vista conceptual, la doctrina diferencia entre dos líneas o enfoques conceptuales, uno esencialmente jurídico y otro, según terminología de Joan Amat, familiar-empresarial (Amat, 2007, pág. 106). Mientras que en la primera de las categorías la impronta jurídica tendría un gran peso con cláusulas legales que persiguen garantizar la aplicación y obligatoriedad de lo pactado, en la segunda categoría –de enfoque más familiar-empresarial–, tendría una incidencia más reducida el aspecto normativo, prevaleciendo cuestiones como la unidad y el compromiso familiar, el diálogo, etc. En este sentido, Vicent Chulià (2002, pág. 4.556) afirma que el protocolo familiar puede presentar diferentes grados de obligatoriedad, yendo desde el que tiene un mero carácter moral de pacto de caballeros hasta el que constituye un verdadero contrato, cuya capacidad vinculante afectará a todos sus firmantes (efecto *inter partes*) y, en su caso y mediante la publicidad registral, resultará oponible a terceros (efecto *erga omnes*).

a) **Protocolo moral o no jurídico:** desde esta perspectiva, el protocolo tendría un componente esencialmente ético y/o moral. En este ámbito Jon Martínez (2007, pág. 62) afirma que el protocolo refleja «el compromiso que asumen los familiares en pos de la armonía de la familia y el buen gobierno de la empresa familiar».

Siguiendo en esta línea, otros autores aluden al concepto de código de conducta al referirse al protocolo. En este sentido, Zugaza Salazar (2007, pág. 72) define el protocolo familiar como:

«Un acuerdo de voluntades consensuado y unánime desarrollado entre los miembros de una familia y la empresa familiar que haga posible la aparición de un código de conducta que regule las relaciones entre ambas».

Es imprescindible, para el buen fin del protocolo, que el compromiso moral al que venimos haciendo referencia esté presente en los miembros de la familia propietaria. Los miembros de la familia firmantes del protocolo han de comprometerse en el cumplimiento de los principios y valores que se incorporan en dicho protocolo persiguiendo la mejor implantación del mismo. Ahora bien, al lado de ese compromiso moral debe dotarse al protocolo de ciertas herramientas jurídicas que impidan que el repetido protocolo familiar pueda quedarse, en ocasiones, en un documento carente de eficacia jurídica.

b) Protocolo jurídico: a diferencia de autores como los citados en el epígrafe anterior, otro sector doctrinal acentúa el aspecto normativo/jurídico del protocolo familiar. Bosch Carrera (2007, pág. 235) define el protocolo familiar como:

«Un documento o un conjunto de documentos otorgados por un empresario o varios empresarios titulares de una empresa familiar y toda o parte de la familia de los mismos, donde se regula un negocio jurídico complejo que contempla los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones entre familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular».

El protocolo familiar comporta, en un inicio, un intenso proceso para captar las diferentes sensibilidades de los integrantes del grupo familiar en lo referente a su relación con la empresa familiar y el papel que desearían jugar en ella, desembocando dicho proceso en la formalización y suscripción del protocolo familiar, el cual contendrá disposiciones de índole moral y/o ética junto con acuerdos de naturaleza contractual. Lo expuesto implica que, al abordar la preparación y la redacción del protocolo familiar, deberá partirse de la cultura, los valores y objetivos de la empresa familiar (aspectos de índole más ética/moral) para concluir, mediante su interpretación y adaptación jurídica, en la configuración de normas vinculantes que permitan alcanzarlos (aspecto de índole jurídica).

Se pone de relieve, en consecuencia, la importancia de los actos preparatorios que culminarán con la suscripción del protocolo. Así, algunos autores afirman que:

«En la elaboración del protocolo es más importante el proceso que el resultado. Es decir, que las reuniones de trabajo, análisis de borradores, discusión de puntos conflictivos y propuestas de consenso que van delimitando la estructura final del protocolo son de hecho más importantes para la familia que el protocolo en sí». (Corona, Martí y Roca Junyent, 2005, pág. 484)

Ahora bien, como pone de relieve Valmaña Cabanes (2014, pág. 77), es preciso que:

«El contenido de ese acuerdo se convierta en un conjunto de normas que obligue a sus firmantes y, en la medida de lo posible, también a aquellos que, aun sin haberlo firmado, deben verse afectados por el mismo, por la relación que mantengan con la empresa y la familia».

Para alcanzar dicha finalidad, se deberán llevar a cabo, en su caso, las correspondientes modificaciones en los estatutos de la compañía, así como proceder al otorgamiento de los documentos de índole más familiar, debiendo unos y otros ser coherentes con la línea marcada en el protocolo.

Antes de pasar al estudio del siguiente apartado, cabe reseñar que en el análisis del protocolo como documento nos encontramos no tan solo con la problemática derivada del debate conceptual al que hemos hecho referencia sobre si el protocolo es o debe ser un documento esencialmente jurídico, o si estamos en presencia de un conjunto de principios fundamentalmente morales y éticos, sino que también topamos con la contraposición de dos disciplinas jurídicas diferenciadas como son el derecho mercantil y el derecho de familia (al que cabría añadir también el de sucesiones) y, mientras que el derecho mercantil concede preeminencia a la autonomía de la voluntad, en el derecho de familia el ámbito de la autonomía de voluntad es más limitado e identificamos una mayor presencia de normas de derecho necesario. El equilibrio entre ambas ramas será una labor no siempre sencilla tanto para los redactores del protocolo como para los encargados de su aplicación.

1.2.3. Naturaleza jurídica del protocolo familiar

1) **Naturaleza contractual.** Tal y como apunta la propia exposición de motivos del Real decreto 171/2007, de 9 de febrero, el protocolo familiar tiene un «carácter estrictamente voluntario». Fernández del Pozo (2008, pág. 41) apunta, en este sentido, que «el protocolo familiar es un instrumento contractual potestativo». Juega, en consecuencia, un papel esencial la autonomía de voluntad, tanto en la decisión de su elaboración y otorgamiento como en su contenido.

A pesar de que, ni en el Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, ni en el texto del Real decreto 171/2007, de 9 de febrero, se haga referencia al término contrato en ningún momento, aludiéndose en el primer caso al protocolo como un «acuerdo marco» y en el Real decreto como «conjunto de pactos», lo cierto es que el protocolo ha sido elaborado de forma voluntaria entre sus firmantes, quienes han acordado de forma libre la redacción de unas cláusulas o pactos y han manifestado su voluntad de someterse a su contenido (Cucurull Poblet, pág. 111), por lo que su naturaleza contractual, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 1254, 1255 y 1089 del Código civil, queda evidenciada. Es cierto que, por la variedad de las cláusulas contenidas en el mismo, no encontraría acomodo en ninguna de las figuras

contractuales tipificadas normativamente, por lo que cabría conceptuarlo como un contrato atípico. Como hemos estudiado con anterioridad, el protocolo acostumbra a incorporar, junto con previsiones de marcado carácter jurídico, cláusulas de índole moral o ética cuyo incumplimiento por parte de alguno de los firmantes difícilmente tendría sanción jurídica, lo que lleva a Cucurull (pág. 112) a considerar que:

«La naturaleza contractual no constituye la totalidad del protocolo familiar; si bien es cierto que algunas de sus cláusulas, normalmente la mayoría, sí revisten esta categoría y por tanto tendrán fuerza de ley entre sus firmantes».

En tanto que contrato, el protocolo sería de obligado cumplimiento para todos sus firmantes, teniendo fuerza de ley entre quienes los otorgan y sus herederos (ley entre partes *ex arts.* 1091, 1257 y 1258 CC) teniendo eficacia *inter partes*. No obstante esta eficacia *inter partes* (derivada del principio de relatividad de los contratos), no deja de ser cierto que el protocolo tiene por objeto incidir sobre terceros, en concreto sobre la empresa familiar. En este sentido, el protocolo familiar no dejaría de participar de la naturaleza de los denominados pactos parasociales. Este pretendido efecto o incidencia sobre la sociedad no podrá ser directo como consecuencia de la falta de oponibilidad del protocolo a la sociedad (esta no es firmante del protocolo), pero sí que tendrá un efecto indirecto en la compañía al actuar en su seno los familiares firmantes del protocolo en cumplimiento de lo dispuesto en el referido protocolo.

2) El protocolo como tipo particular de pacto parasocial. De la definición de protocolo proporcionada por el Real decreto 171/2007 y que hemos transcrito con anterioridad, se extraen dos aspectos esenciales:

- a) Es un pacto entre socios (puede haber terceros, como familiares sin titularidad alguna en el capital social en el momento de la firma) y
- b) Se persigue con el mismo incidir sobre la empresa familiar.

Estos dos elementos hacen que podamos situar al protocolo familiar, en lo concerniente a las cuestiones societarias que en el mismo se contemplen, en el ámbito de los pactos parasociales o extraestatutarios (Fernández del Pozo, 2012).

Si bien no es objeto de estudio un análisis pormenorizado de la figura de los pactos parasociales, pues son estos materia propia del derecho mercantil, sí que es preciso detenerse brevemente en alguna consideración al respecto de dichos pactos extraestatutarios debido al hecho de participar, en parte, el protocolo familiar, como hemos visto, de la naturaleza de pacto parasocial.

a) Concepto de pacto parasocial. En palabras de Navarro Matamoros, el pacto parasocial:

«Es un documento privado entendido como un conjunto de pactos o normas que regirán el funcionamiento societario, las relaciones entre los socios (todos o algunos) y la sociedad, las relaciones de los socios entre sí y la forma en que estos actuarán frente a terceros. Su finalidad es la de completar o concretar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la vida de la sociedad. Además, desde el punto de vista estructural aparecen unidos al contrato social, aunque subordinados al mismo». (Navarro Matamoros, 2009, pág. 209)

Destaca el mismo autor, como ventaja de los pactos parasociales, su carácter absolutamente flexible y dispositivo, pues el contenido de dichos pactos será válido siempre y cuando no contravenga las leyes, la moral o el orden público. De la definición proporcionada, podemos extraer unos rasgos definitorios de los pactos parasociales:

- Su condición de contrato privado, no tanto desde su punto vista formal (puede elevarse a público), sino como eficaz *inter partes*.
- Su objeto es regular las relaciones entre los socios y entre estos y la sociedad.
- Es un documento complementario de la normativa de la sociedad en cuestión (no puede contravenir las leyes ni los estatutos; en caso de contravención prevalecerá lo estipulado en los estatutos).
- Su contenido flexible.

b) Eficacia e inoponibilidad de los pactos parasociales. Debe distinguirse entre los pactos parasociales reservados, es decir, aquellos cuyas previsiones no se trasladan a los estatutos de la compañía, los cuales, tal y como determina el artículo 29 de la Ley de sociedades de capital, tienen eficacia únicamente *inter partes* (entre los firmantes) y aquellos que gozan de publicidad porque se traslade su contenido (o parte del mismo) a los estatutos de la compañía, los cuales sí que tendrán una eficacia *erga omnes*.

Como excepción a lo anteriormente afirmado, se ha venido abriendo paso en la doctrina y en la jurisprudencia la consideración de que, cuando el pacto parasocial está firmado por la totalidad de los socios, este podría ser también oponible a la sociedad, aunque lo convenido no se haya trasladado a los estatutos de la sociedad. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias como la 893/2012, de 12 de diciembre (RJ 2012\4878) y la de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016\635). De conformidad con la doctrina expuesta en las indicadas sentencias, sería contrario a la buena fe la impugnación por parte de un socio, firmante de un pacto parasocial con todo el resto de socios de la compañía, de un acuerdo societario adoptado de conformidad con lo convenido en el mencionado pacto parasocial omnilateral. Por lo tanto, si la totalidad de los socios adopta un acuerdo (pacto omnilateral), es independiente la forma que adopte el mismo a los efectos de que sea oponible a la sociedad (obviamente, siempre que ese acto no sea contrario a las normas imperativas).

3) Eficacia en caso de incumplimiento. La cuestión de la eficacia del protocolo se pone de relieve, fundamentalmente, en caso de incumplimiento de las estipulaciones contenidas en el mismo por parte de alguno de sus firmantes. Dada la eficacia contractual *inter partes* que, como contrato, tiene el protocolo, en el supuesto de incumplimiento deberá acudir a las instituciones clásicas como el cumplimiento forzoso, el resarcimiento de daños o sanciones pecuniarias por cada día/periodo de retraso en el cumplimiento. Al respecto de la posible inserción de cláusulas penales con la finalidad de garantizar el cumplimiento de lo convenido en el protocolo, conviene destacar que la cláusula penal exige una obligación válida cuyo incumplimiento generaría la aplicación de la cláusula penal, razón por la que no cabe su invocación cuando se trate de incumplimientos de simples recomendaciones o de disposiciones de orden ético o moral. Como sabemos, las cláusulas penales son susceptibles de moderación por el juzgador *ex* artículo 1154 del Código civil, por lo que es importante a la hora de perfilar su ámbito de aplicación y el *quantum* de su aplicación el redactor, detalladamente, el porqué de dicha cláusula penal y la obligación que se pretende garantizar, así como la justificación del importe al que pudiere ascender la sanción derivada de la aplicación de dicha cláusula penal.

En el ámbito estrictamente societario, es de gran importancia tener en consideración que, en la medida de lo posible, deben trasladarse a los estatutos sociales los acuerdos en orden, por ejemplo, a la restricción en la transmisión de las participaciones sociales, puesto que ya hemos visto con anterioridad que las estipulaciones contenidas en el protocolo no serán oponibles a la sociedad a menos que se hayan trasladado a los estatutos sociales. En el caso de no reflejo estatutario de dicha restricción a la transmisión pactada en el protocolo, si se llevara a cabo una transmisión incumpliendo lo previsto en el protocolo –no trasladado a estatutos–, la sociedad considerará correctamente realizada la mencionada transmisión, quedando únicamente al resto de los firmantes del protocolo como remedios posibles ante el incumplimiento los resarcitorios, pero no los reparadores. Por el contrario, si la restricción a la transmisión acordada en el protocolo se ha trasladado a los estatutos, la sociedad podrá ignorar dicha transmisión realizada, incumpliendo la previsión estatutaria, y no considerar como socio al adquirente de las acciones/participaciones en virtud del negocio jurídico llevado a cabo, incumpliendo la regulación estatutaria.

4) *Enforcement* del protocolo. Como hemos examinado en el epígrafe anterior al estudiar la eficacia del protocolo en caso de incumplimiento, los mecanismos a través de los cuales se refuerza la obligación de cumplimiento del protocolo familiar pueden ser diferentes (regular consecuencias para el caso de incumplimiento, sanciones pecuniarias, etc.). En el ámbito mercantil, uno de los mecanismos que se está abriendo camino para lograr la indicada finalidad de compeler al cumplimiento del protocolo es la configuración como prestación accesoria no retribuida (art. 86 y sigs. Ley de sociedades de capital) de la obligación de cumplimiento del protocolo familiar. Resulta reveladora, a estos efectos, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

de 26 de junio de 2018, la cual ha admitido la inclusión en los estatutos sociales de la prestación accesoria no retribuida consistente en cumplir las disposiciones acordadas por los socios en el protocolo familiar, siendo suficiente a estos efectos una mera referencia al protocolo elevado a público. En el concreto caso analizado en la citada Resolución, los socios que tuvieran la condición de miembros de la familia estaban obligados, como prestación accesoria no retribuida, a cumplir las disposiciones pactadas por los socios fundadores en el protocolo familiar.

Si bien se han manifestado posiciones críticas con dicha Resolución por considerar que vulnera tanto el artículo 86 de la Ley de sociedades de capital, que exige expresar en los estatutos el contenido concreto y determinado de la prestación o de las obligaciones asumidas, como el artículo 29 del mismo texto legal, según el cual no son oponibles a la sociedad los pactos que se mantengan reservados entre los socios, lo cierto es que la Dirección General de los Registros y del Notariado admite, en la mencionada resolución, que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto, de los protocolos familiares, se asegura frente a la sociedad y los terceros mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es precisamente el utilizado en la escritura objeto de calificación, que no es otro que la configuración de cumplir el protocolo familiar como una prestación accesoria, de modo que su incumplimiento se sancionaría facultando para la exclusión del socio incumplidor. En el caso en cuestión, se acordó aprobar el referido protocolo familiar por unanimidad de los socios y en junta general, por lo que, según el pronunciamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se vinculó a la sociedad al ser conocido y aceptado por la misma.

Es evidente que la resolución citada supone un verdadero reforzamiento de la eficacia y oponibilidad de los protocolos familiares, aludiendo los autores a un *enforcement* del protocolo familiar. Algún autor ha puesto de manifiesto que la posición esgrimida en la indicada Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado permite vaciar el contenido de los estatutos que se inscriben en el Registro Mercantil al admitir la fijación en pactos (protocolo familiar) de las reglas de organización de la sociedad y las que establecen las relaciones de los socios entre sí. De momento, es una resolución y debemos estar atentos a la evolución del posicionamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado y, esencialmente, a posibles pronunciamientos jurisdiccionales.

1.2.4. Contenido típico del protocolo familiar

1) **Naturaleza dual de su contenido (documento mixto o híbrido).** Como hemos expuesto con anterioridad al estudiar la naturaleza jurídica del protocolo, son dos las esferas que se encuentran presentes en el protocolo familiar. Por un lado, una esfera que podríamos denominar moral o ética y, por el otro, una esfera esencialmente jurídica. La presencia de dichos dos ámbitos es lo que ha conducido a algunos autores a sostener que el protocolo es un documento

mixto o híbrido al sumar o contener ambos aspectos. Dicha dualidad de ámbitos (el moral/ético y el jurídico) comportará que coexistan en el protocolo diferentes categorías de contenidos y que deba diferenciarse entre:

a) Los acuerdos o pactos de contenido esencialmente moral o ético: estos no tendrán trascendencia jurídica y encontraremos pactos relativos a los valores de la empresa familiar, recomendaciones, etc.

b) Los pactos con fuerza contractual: estos pactos tienen eficacia *inter partes* (ex artículo 1091 del Código civil).

c) Los pactos con fuerza contractual y eficacia frente a terceros: estos acuerdos adquieren eficacia *erga omnes* gracias a su publicidad registral.

2) Elementos típicos. Si bien no hay dos protocolos familiares iguales, pues cada familia y cada empresa tiene sus particularidades y son el resultado de las voluntades convergentes de los integrantes de cada familia empresaria, así como las finalidades perseguidas por los miembros fundadores al otorgar el protocolo son muy diferentes en cada caso, sí que podemos relacionar una serie de contenidos comunes o típicos que acostumbran a estar presentes en todo protocolo familiar y en los que se puede observar la coexistencia en el protocolo de los aspectos/cuestiones de índole moral junto con los de naturaleza fundamentalmente jurídica. Así, se podrían citar, en términos generales:

a) Introducción o preámbulo: en el preámbulo, acostumbramos a encontrar una reseña a la trayectoria de los fundadores, así como a la historia del grupo familiar y de las empresas de la familia; se contienen referencias a la cultura empresarial de la familia, así como los valores que deben presidir la actuación de los integrantes del grupo familiar, la finalidad que se persiguen con el desarrollo e implantación del protocolo, ámbito de aplicación, etc.

b) Disposiciones reguladoras de la actuación de los miembros del grupo familiar: en este apartado, encontraríamos la normativa y las previsiones al respecto del gobierno y organización de la empresa (junta general y consejo de administración) así como respecto del gobierno y dirección de la familia (asamblea familiar, consejo de familia).

c) Normas sobre incorporación y trabajo en la empresa de integrantes del grupo familiar: en este apartado, se regularían las condiciones de acceso de los integrantes del grupo familiar a la empresa, así como la regulación de la salida de los mismos, en su caso, de la empresa familiar, las condiciones de trabajo de los familiares e incluso previsiones acerca de la remuneración de los mismos.

d) Disposiciones sobre aspectos económicos: se regularían aspectos como la regulación de la condición de socio, cuestiones como el posible usufructo sobre acciones/participaciones o la pignoración de las acciones o participacio-

nes, régimen de transmisión de las acciones/participaciones y, en su caso, posibles restricciones a la misma, la política de dividendos, capitulaciones matrimoniales, la política sucesoria, etc.

e) Cláusulas de cierre y de actualización del protocolo: en ellas se regularían cuestiones como la ejecución, el registro y la publicidad del protocolo, la mediación y el arbitraje para la solución de conflictos y los criterios para la actualización y la modificación del protocolo.

1.2.5. Protocolo familiar y derecho civil

El derecho civil, a través de sus ramas de derecho de familia y de derecho de sucesiones, tiene una importancia decisiva en la preparación y redacción del protocolo familiar. Resulta esencial, a la hora de abordar la elaboración de un protocolo familiar, el análisis del régimen económico por el que deben regirse los matrimonios integrantes del grupo familiar a los que les sea extensible el protocolo, así como el estudio de las diferentes cuestiones sucesorias que se pudieran plantear a la hora de fijar los criterios que deben presidir la ordenación de la sucesión en la empresa familiar.

1.2.6. Protocolo y régimen económico matrimonial

La finalidad principal que se persigue con la adecuada previsión y determinación del régimen económico aplicable es impedir la posible confusión de patrimonios entre los cónyuges que dificulte la administración y gestión de la empresa familiar, así como la diversificación del capital social entre personas ajenas al núcleo familiar propietario como consecuencia de la liquidación, en su caso, del régimen de comunidad que pudiera ser aplicable. Esta previsión no debe abarcar únicamente a los socios fundadores o a los que actualmente tienen presencia en el capital de la sociedad, sino que debe extenderse a las futuras generaciones de familiares propietarios, precisando el régimen económico matrimonial bajo el que deberían regirse sus respectivos matrimonios. De entre los diferentes regímenes económico-matrimoniales, es unánime la doctrina en considerar que el régimen de separación de bienes es el que permite planificar de un modo más certero el devenir al respecto de la participación en el capital de la empresa familiar, toda vez que es el que mejor responde a la voluntad de salvaguarda de los bienes en el seno de la familia propietaria.

1) En el **régimen de separación de bienes** cada cónyuge tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes (*ex art. 232-1 CCCat*), de los que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título (*ex art. 1438 CC*). Este funcionamiento en las relaciones económicas de los cónyuges es muy conveniente en aras de conseguir que los títulos representativos del capital social de la compañía familiar no salgan fuera del núcleo correspondiente a la familia propietaria. Con la conservación de la titularidad de dichas acciones o participaciones de la empresa familiar en el patrimonio del integrante de la familia nuclear propietaria, se

minimizan los riesgos de que dichas acciones o participaciones pudieran acabar en manos de terceras personas ajenas al grupo familiar propietario como consecuencia de la disolución del matrimonio y consiguiente liquidación del régimen económico matrimonial.

2) En el **régimen de sociedad de gananciales**, regulado en el Código civil, cabe destacar, con relación a la empresa familiar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1347 CC, son gananciales los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, así como las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad a expensas de los bienes comunes. No ofrece problemática la titularidad respecto de los bienes o derechos pertenecientes a uno de los cónyuges cuando dichos bienes o derechos (por ejemplo, las acciones o participaciones sociales) hubieran sido adquiridos por herencia, donación o legado, puesto que dicha titularidad corresponderá al heredero, donatario o legatario en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.346.1 CC. Es importante tener en cuenta, en el ámbito de la sociedad de gananciales, y a los efectos de la titularidad de las acciones o participaciones sociales, lo establecido en el artículo 1352 CC en su inciso inicial, cuando establece que «las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos...», de modo que si las acciones o participaciones han sido adquiridas como consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente (en aumento de capital) y las acciones o participaciones de las cuales deriva dicho derecho de suscripción preferente eran privativas, también lo serán las acciones o participaciones adquiridas en ejercicio del citado derecho de suscripción preferente.

A los efectos de la elaboración del protocolo familiar, preocupa fundamentalmente la cuestión relativa a que, al proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, esta liquidación podría llegar a comportar la consecuencia de tener que llevar a cabo el reparto entre cónyuges de acciones o participaciones de la empresa familiar (o existencia de derechos de usufructo sobre las mismas), siendo el resultado de la referida liquidación la participación en la empresa familiar del cónyuge que en el momento inicial no tenía la condición de socio (ved el artículo 1404 CC, Cucurull Poblet, *op. cit.*, pág. 170).

3) Con relación al tercero de los regímenes económicos matrimoniales más representativos –aunque en este caso con poco impacto práctico–, **el de participación**, se plantean dos cuestiones al respecto de su incidencia en la empresa familiar. La primera de ellas es que la trascendencia del régimen de participación se manifiesta propiamente en el momento de su disolución y posterior liquidación, operando hasta entonces como un régimen de separación de bienes (arts. 1.412 y 1.413 CC; art. 232-13-1 CCat). Es en el momento de la disolución y liquidación del indicado régimen económico-matrimonial cuando se genera, a favor de los cónyuges, el derecho a participar en el incremento patrimonial obtenido por el otro miembro mientras el régimen ha estado vigente (art. 1.411 y 1.427 CC y 232-13 CCCat) y es, en este momento, cuando tiene

trascendencia la segunda cuestión, que no es otra que la derivada de que el artículo 1412 Cc (así como el art. 232-13.2 CCCat) reconoce a cada cónyuge la administración de sus propios bienes, que tendrían carácter «privativo», por lo que los derechos políticos de la acción/participación corresponderían siempre al cónyuge titular, mientras que los artículos 1411 CC y 232-13 CCCat reconocen a ambos cónyuges el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en el que el régimen haya estado vigente (aunque este derecho no se materializará hasta la disolución del régimen económico). Por lo tanto, como pone de manifiesto Valmaña Cabanes (*op. cit.*, pág. 114), podría darse una curiosa disociación entre los derechos políticos derivados de la titularidad de la acción y/o participación social (correspondería siempre el ejercicio de estos derechos políticos al cónyuge titular) y los derechos económicos derivados de las acciones o participaciones, puesto que el cónyuge no titular tendrá derecho a los dividendos que dichas acciones o participaciones hubieran generado vigente el régimen, ya que deberían integrarse/computarse en el cálculo global en el momento de la disolución.

1.2.7. Capitulaciones matrimoniales

Únicamente en Cataluña y en las Islas Baleares el régimen económico matrimonial supletorio (a falta de acuerdo en capitulaciones) es el régimen de separación de bienes. En consecuencia, para la adopción del indicado régimen económico matrimonial de separación en los territorios donde el régimen económico supletorio sea un régimen de comunidad, será preciso el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que se pacte entre los cónyuges el referido régimen de separación.

Forma y contenido de las capitulaciones

Como hemos expuesto previamente, para pactar el régimen de separación de bienes en aquellos matrimonios en los que el régimen aplicable, a falta de pacto, sea un régimen de comunidad (por ejemplo, la sociedad de gananciales del Código civil), será necesario el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones matrimoniales se pueden otorgar antes o después de contraer matrimonio y disfrutan de amplia libertad al respecto de su posible contenido. En el caso de que se hayan otorgado las capitulaciones antes de contraer matrimonio, estas quedarán sin efecto si el matrimonio no se ha contraído en el plazo de un año. Las capitulaciones matrimoniales, así como sus modificaciones, se han de otorgar en escritura pública (arts. 1.327 CC y 231-22 CCCat).

1.2.8. Pactos en previsión de futura ruptura

Una interesante opción para mitigar el riesgo de que, como consecuencia de una ruptura matrimonial de alguno de los integrantes del núcleo familiar, se pudiera ver afectada la empresa familiar, es el recurso a los pactos en previsión de futura ruptura respecto de los cuales encontramos regulación en Cataluña

en el artículo 231-20 CCCat. Cabe destacar de esta normativa, además de la obligatoria información que el notario ha de facilitar por separado a los cónyuges antes de autorizar la escritura sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto del régimen legal supletorio, el hecho de que los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener siempre carácter recíproco. También debe tenerse en cuenta que los cónyuges se han de informar de su situación actual y de las previsibles expectativas económicas y que, en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias, se podrán dejar sin efecto los pactos alcanzados.

1.2.9. Eficacia de la previsión en el protocolo familiar del régimen económico matrimonial al que deben sujetarse los firmantes

En aras de evitar confusión de patrimonios o fugas en el capital social hacia personas ajenas al núcleo de la familia empresaria, se acostumbra a recomendar, en el proceso de elaboración del protocolo familiar, que los integrantes de la familia propietaria se rijan por el régimen de separación de bienes en sus relaciones económico-conyugales. Ahora bien, el protocolo no puede obligar a ningún socio a que su matrimonio adopte un determinado régimen económico matrimonial. Carecerá de fuerza coercitiva la obligación de pactar determinado régimen económico matrimonial. El protocolo podrá recomendar la adopción de determinado régimen económico matrimonial y/o establecer determinadas previsiones para el caso de que los miembros vinculados por el protocolo desoigan las indicadas recomendaciones, pero no podrá exigirse el cumplimiento forzoso del compromiso plasmado en el protocolo familiar de que los integrantes del grupo familiar se rijan, en cuanto a su régimen económico matrimonial, por uno u otro régimen.

1.3. Protocolo familiar y régimen jurídico de la sociedad mercantil. Las restricciones a la transmisión

1.3.1. Empresa familiar y forma social. SL como modelo de sociedad cerrada

La elección del tipo social bajo el cual haya de operar la sociedad familiar es elemento fundamental para que puedan llevarse a efectivo cumplimiento las previsiones contempladas en el protocolo familiar. Resulta muy distinto el acoger un tipo societario en el que la transmisión de los títulos representativos de la participación en el capital social sea mucho más restringida que otro en el que sea totalmente libre. No entraremos en el estudio de los diferentes tipos sociales, pero circunscribiéndonos a los dos grandes tipos de sociedades mercantiles (anónima/limitada), lo cierto es que la sociedad que mejor se adapta a la voluntad de que una sociedad familiar continúe siendo una sociedad familiar es la sociedad limitada. No debemos olvidar que una de las finalidades principales del protocolo familiar es que la compañía perdure y perdure como

familiar, para lo cual es determinante restringir la posibilidad de transmisión a terceros ajenos a la familia de participación alguna en el capital social de la indicada sociedad familiar.

La **sociedad anónima** se caracteriza por ser una sociedad abierta, en la que la libre transmisión de las acciones ha sido considerada uno de sus principios configuradores. Si bien se admite en la sociedad anónima la posibilidad de establecer restricciones a la transmisión de las acciones, dichas restricciones serán nulas si hacen prácticamente intransmisible la acción (art. 123.2 Ley de sociedades de capital).

Por el contrario, la **sociedad limitada** es paradigma de sociedad cerrada, en la que la transmisión de las participaciones sociales no es libre, estableciendo el artículo 107 el régimen aplicable a la transmisión de las participaciones a falta de previsión estatutaria, pero precisando el artículo 108 de la Ley de sociedades de capital que serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*. El apartado 3 del artículo 108, como contrapeso a la posibilidad de cláusulas que prohíban la transmisión de las participaciones (incluso entre las personas mencionadas en el artículo 107 de la Ley de sociedades de capital), exige que los estatutos reconozcan al socio, en tal caso, el derecho de separarse de la sociedad en cualquier momento, pues en otro caso la cláusula restrictiva será nula.

El tratarse la sociedad limitada de una sociedad mercantil más cerrada que la sociedad anónima, pero manteniendo el principio de responsabilidad limitada de los socios, presenta indudables ventajas a los efectos de la conservación y sucesión de la empresa en sede de la familia, habiéndosele puesto como objeción el régimen demasiado restrictivo de autocartera, lo cual puede generar problemática en el caso de que un socio desee separarse y el resto de socios no puedan adquirir su participación (Valmaña Cabanes, *op. cit.*, pág. 28).

1.3.2. Modalidades de cláusulas restrictivas de la transmisión

Valmaña Cabanes enumera, como principales modalidades de cláusulas restrictivas de la transmisión, las participaciones siguientes:

- «a. Cláusulas que establecen un derecho de adquisición preferente.
- b. Cláusulas que subordinan la transmisión a la autorización por parte de la sociedad.
- c. Cláusulas que establecen las condiciones que debe reunir el adquirente.
- d. Cláusulas que obligan a enajenar.
- e. Cláusulas que prohíben la transmisión».

1) Cláusulas que establecen un derecho de adquisición preferente. Ya hemos citado anteriormente el régimen previsto en el artículo 107 de la Ley de sociedades de capital en orden a la transmisión de las participaciones en la

sociedad limitada. Dicha previsión reconoce un derecho de adquisición preferente en favor de las personas indicadas en el señalado artículo y, en último extremo y como el artículo en cuestión establece, en favor de la propia sociedad. Ahora bien, se puede reforzar el carácter restrictivo de la transmisión de conformidad con lo que dispone el artículo 188.2 del Reglamento del Registro Mercantil, el cual admite la inscripción de una cláusula de los estatutos por la que se reconozca un derecho de adquisición preferente en favor de todos o algunos de los socios o de un tercero, siempre que se exprese de una manera precisa las transmisiones en las que exista la preferencia, así como las condiciones de ejercicio de este derecho y el plazo para ejercitarlo. Las cláusulas que reconocen y regulan derechos de adquisición preferente son una vía muy adecuada para alcanzar la finalidad de que se mantenga la titularidad de las participaciones sociales en el ámbito de la familia propietaria.

2) Cláusulas que subordinan la transmisión a la autorización por parte de la sociedad. Estas cláusulas encuentran su amparo legal en el artículo 123 de la Ley de sociedades de capital, admitiéndose su formulación siempre que los estatutos mencionen las causas que permitan denegar dicha autorización. El propio artículo 123.3 de la Ley de sociedades de capital dispone que, salvo disposición contraria, en los estatutos la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad. La doctrina y jurisprudencia ha venido precisando, al respecto de la indicada cláusula, que no resultaría admisible que las causas que permitan denegar la autorización para transmitir sean arbitrarias o totalmente injustificadas, razón por la cual, a la hora de redactarla e incorporarla a los estatutos, se han de precisar correctamente las causas que permiten dicha denegación de autorización.

3) Cláusulas que establecen las condiciones que debe reunir el adquirente. Estas cláusulas guardan cierta similitud con las anteriormente citadas de autorización por parte de la sociedad, si bien en las que restringen la transmisión a que el adquirente reúna determinadas condiciones no es precisa la autorización de la sociedad, siendo suficiente que concurran las circunstancias exigidas. Estas cláusulas admiten un amplio abanico de opciones, permitiendo por ejemplo exigir que los adquirentes sean miembros de la familia, o precisando incluso que sean miembros por consanguinidad y no por afinidad, o por ejemplo que el adquirente haya firmado previamente el protocolo familiar.

4) Cláusulas que obligan a enajenar. El artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil admite la inscripción de las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurran circunstancias expresadas, de forma clara y precisa, en los estatutos. Cláusula como la citada es de frecuente incorporación en los protocolos familiares estipulándola para los supuestos de crisis matrimoniales, imponiendo a aquel miembro de la pareja que se rompe que no pertenece por consanguinidad a la familia propietaria la obligación de vender su participación en la compañía.

5) **Cláusulas que prohíben la transmisión.** El artículo 123.4 del Reglamento del Registro Mercantil contempla la inscripción de cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las sociedades durante un tiempo no superior a dos años, a contar desde la fecha de constitución de la sociedad. No se contiene previsión análoga al respecto de las sociedades limitadas, pero tal circunstancia no significa que la transmisión de las participaciones no pueda prohibirse, incluso sin limitación temporal, exigiéndose para ello el consentimiento de todos los socios y el reflejarse en los estatutos el derecho de los socios a separarse en cualquier momento.

Para que las cláusulas como las enumeradas (restrictivas de la transmisibilidad de las acciones/participaciones) produzcan sus efectos *erga omnes*, será preciso la incorporación de las mismas a los estatutos sociales y su inscripción en el Registro Mercantil, lo que conllevará la necesaria calificación por parte del registrador mercantil.

1.3.3. La publicidad de los protocolos familiares

La regulación de la publicidad de los protocolos familiares se contiene en el Real decreto 171/2007 al que hemos aludido al definir el protocolo familiar. Se parte en dicha regulación de que la publicidad del protocolo familiar tiene siempre carácter voluntario para la sociedad (art. 2.3 RD 171/2007), siendo el órgano de administración de la sociedad el responsable de decidir, en atención al interés social, la publicación o no del protocolo. La sociedad únicamente podrá publicar un único protocolo familiar, no pudiéndose hacerse constar en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresa en la solicitud que es modificación o sustitución del publicado. Cuando un protocolo familiar afecte a diferentes sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna.

Se diferencia entre dos posibles vías de publicidad para el protocolo familiar, las cuales no son excluyentes entre sí:

1) la publicidad a través de la web corporativa

2) la publicidad a través del Registro Mercantil

1) **Publicidad en el sitio web de la sociedad.** El órgano de administración de la sociedad podrá acordar la publicación del protocolo familiar en el sitio web de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro Mercantil (art. 4 RD 171/2007).

2) **Publicidad registral.** En el ámbito de la publicidad registral del protocolo familiar, podemos distinguir tres grados en cuanto a la extensión o intensidad de dicha publicidad:

a) Mera constancia de la existencia del protocolo familiar. En este caso, únicamente se hace constar en la hoja registral abierta a la sociedad la existencia del protocolo familiar, pero el registrador no puede exigir la presentación del mismo ni es objeto de calificación registral su contenido. Si el protocolo se hubiera formalizado en documento público notarial, se indicará el notario autorizante, lugar, fecha y número de protocolo notarial del mismo (art. 5 RD 171/2007).

b) Depósito del protocolo. Con ocasión de la presentación de las cuentas anuales de la compañía, el órgano de administración de la sociedad puede incluir copia o testimonio total o parcial del documento público donde conste el protocolo familiar. En este caso, el protocolo (o parte del mismo) será objeto de depósito –junto con las cuentas anuales– y de calificación por parte del registrador (art. 6 RD 171/2007).

c) Inscripción de la escritura: cláusulas inscribibles. Este tercer supuesto es el de la inscripción de acuerdos sociales en el Registro Mercantil. Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se ha de hacer mención expresa de esta circunstancia de manera previa a su calificación por parte del registrador (art. 7 RD 171/2007).

El RD 171/2007, por medio de su Disposición final segunda, introdujo a su vez, como lógica consecuencia de la regulación de la publicidad del protocolo familiar, modificaciones en algunos artículos del Reglamento del Registro Mercantil (arts. 114, 124, 175, 185, 186, 187 y 188) en orden a la admisión de la incorporación en la hoja registral abierta a la sociedad de algunos de los pactos más comunes reflejados en los protocolos familiares. De ese modo, se reconocen de manera expresa, como posible objeto de inscripción:

1) Cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en el protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del RD 171/2007.

2) Criterios (por pacto unánime) para la determinación del valor razonable de las acciones/participaciones en caso de transmisiones *inter vivos* o *mortis causa*.

3) Pactos de sumisión a arbitraje de las posibles controversias.

4) Pactos que establezcan la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades vinculadas (unidad de decisión y obligación de consolidación contable).

5) La existencia de comités consultivos, su composición, funcionamiento, retribución de sus miembros, forma de adoptar acuerdos, etc.

1.4. Familia empresaria y empresa familiar: estructuras de gobierno

Si bien el estudio de los órganos de la empresa es materia de estudio del derecho mercantil, es importante hacer mención a una serie de aspectos que deben valorarse a la hora de conseguir que la voluntad del fundador se lleve a debido cumplimiento en lo concerniente al funcionamiento y dinámica de la compañía familiar, aspectos que, por lo tanto, deberán tenerse en cuenta a la hora de elaborar el protocolo familiar. Dos son los órganos principales de gobierno de la sociedad mercantil: la junta general y el consejo de administración (cuando así esté configurado el órgano de administración de la compañía):

1) **Junta de socios o accionistas.** La junta general de socios es el órgano soberano de decisión y de formación de la voluntad de una sociedad (Camisón Zornoza y Ríos Navarro, 2016, pág. 125). En la junta, están representados todos los socios/accionistas y de ella dimana la política empresarial mediante deliberación y toma de decisiones adoptadas por la mayoría legal o estatutariamente establecida sobre los asuntos propios de su competencia (Cucurull Poblet, 2015, pág. 81).

Podemos citar como algunas cuestiones al respecto de la junta general cuyo tratamiento en el protocolo familiar puede ser conveniente:

- a) la asistencia o no a las juntas generales de familiares que no sean socios,
- b) competencias respecto de las que la junta general debe obligatoriamente pronunciarse,
- c) información que se debe proporcionar necesariamente a la junta por parte de los administradores,
- d) en el caso de sociedades anónimas, exigencia de número mínimo de acciones para poder asistir a sus reuniones,
- e) posición a mantener por familiares miembros de la empresa al respecto de determinadas cuestiones,
- f) sindicación de voto (acuerdo que permite delegar en una persona el voto respecto de determinadas acciones o participaciones sociales), etc.

2) **Consejo de administración.** Si bien la legislación permite que el órgano de administración de una compañía puede estar configurado de muy diferentes formas (administrador único, dos o más administradores que actúen solidaria o mancomunadamente, etc.), la doctrina viene considerando que una empresa familiar con vocación de futuro deberá optar por configurar un consejo de administración (Camisón Zornoza y Ríos Navarro, 2016, pág. 129). Efectivamente, la configuración de un consejo de administración como órgano de

administración y gobierno de la compañía familiar permitirá dar acceso, formando parte de él, a las distintas ramas familiares, incorporando de ese modo las diferentes sensibilidades que, en su caso, pudieren existir en el seno de la familia propietaria. El consejo de administración es un órgano colegiado encargado, principalmente, de la supervisión y control de la empresa, que debe actuar mediante acuerdos mayoritarios y al que se le confiere la facultad de administrar y representar a la sociedad (Cucurull Poblet, *op. cit.*, pág. 83). En las empresas familiares, el consejo de administración, además del gobierno y representación de la compañía, deberá velar por la interrelación de empresa y propiedad con la familia. Es por ello por lo que, además de las competencias/obligaciones que le atañen en toda compañía, en lo concerniente a la empresa familiar encontramos, entre sus funciones:

- a) Proteger los intereses generales de la compañía, así como los valores y la cultura de la empresa familiar.
- b) Actuar como nexo de unión entre los socios/accionistas y el consejo de familia u órgano análogo.
- c) Garantizar la viabilidad futura de la empresa orientando y ejecutando las estrategias generales de la empresa.
- d) Atender a la incorporación a la empresa de los miembros de la familia, así como la previsión de la incorporación de las siguientes generaciones de la familia empresaria.
- e) Decidir sobre la publicidad o no del protocolo familiar (Real decreto 171/2007 de 9 de febrero).

A la hora de configurar en el protocolo familiar la composición y la dinámica del consejo de administración –dentro de los márgenes que permite la legislación–, debe atenderse a cuestiones como:

- a) Su composición: cabría plantearse aspectos como:
 - si es voluntad que del consejo de administración formen parte familiares socios o accionistas junto a otros familiares que no tengan participación en el capital social;
 - el modo de integración en el consejo de familiares de distintas generaciones, así como la representación en su seno de las distintas ramas familiares;
 - la incorporación como consejeros independientes de expertos externos al ámbito familiar. Atendiendo a la finalidad de incrementar la profesionalización de la empresa familiar, el fortalecimiento del papel de los administradores externos independientes es una constante en la evolución del tratamiento de la empresa familiar. Se reduce con la incorporación de ase-

sores/profesionales independientes el riesgo de que se den posibles situaciones de conflicto de interés que pudieran afectar a administradores integrantes de las ramas familiares propietarias y de que pudieran influir, tales conflictos, a la hora de adoptar decisiones empresariales.

b) Acceso al consejo: el protocolo puede establecer determinados parámetros que deben concurrir en los familiares aspirantes a integrar el consejo de administración como, por ejemplo, la exigencia de un mínimo de formación académica, de una determinada edad, etc. Es habitual, en este contexto, la exigencia de una experiencia profesional desarrollada durante un mínimo período de tiempo en empresas ajenas a la empresa familiar. Se persigue, de ese modo, el acentuar la profesionalización del consejo de administración, evitando poner el riesgo la viabilidad de la empresa; viabilidad que, ciertamente, peligraría de permitirse el acceso a puestos directivos de familiares por el mero hecho de pertenecer a una u otra rama familiar sin tomar en consideración la formación y/o experiencia para desempeñar el cargo.

c) Nombramiento de consejeros: es competencia de la junta general el nombramiento de los consejeros por mayoría del capital presente en la reunión, pero podría establecerse por parte de la familia propietaria el procedimiento de representación proporcional (art. 234 Ley de sociedades de capital) para conseguir, de esa manera, que las distintas ramas familiares estuvieran presentes en el consejo de administración, designando a los consejeros en proporción al capital que representan las distintas ramas. Dicho sistema permite que un grupo de socios con una participación conjunta en el capital equivalente a – idealmente– un vocal, nombre por sí mismo a un consejero, manteniéndose el resto de consejeros al margen de esta elección (Camisón Zornoza y Ríos Navarro, 2016, pág. 132). Este sistema es admitido para las sociedades anónimas, si bien para las sociedades limitadas es excluido por los artículos 243 y 244 de la Ley de sociedades de capital.

1.4.1. Órganos característicos de la empresa familiar

En la práctica, suelen distinguirse como órganos característicos de la empresa familiar que constituyen el nexo de unión entre la empresa y la familia la asamblea familiar (en ocasiones, también designada como junta de familia) y el consejo de familia, sin perjuicio de la posible existencia de otros órganos.

1) **La asamblea familiar.** Tua López (2007) define la asamblea familiar como:

«Un foro familiar en el que todos los integrantes de la familia, accionistas/partícipes o no de la empresa familiar, pueden participar y manifestar sus opiniones e inquietudes sobre la misma».

Entre las funciones de la asamblea familiar, Cucurull Poblet (*op. cit.*, pág. 75) enumera las siguientes:

- a) Informar a la familia de la marcha de la empresa y de los acontecimientos que puedan afectarle.
- b) Definir los objetivos de la familia en relación con la empresa, con el fin de darle continuidad.
- c) Fomentar la cordialidad de las relaciones entre los miembros de la familia con la finalidad de evitar conflictos.
- d) Detectar los posibles problemas que puedan surgir en la familia y que puedan afectar negativamente a la empresa.
- e) Llevar los conflictos surgidos al consejo de administración para que sea este el que decida las medidas adecuadas para solucionar el conflicto.

2) Consejo de familia. El otro órgano relevante en el seno de la empresa familiar (aunque no todas las empresas familiares lo configuran y regulan) es el consejo de familia. Según lo definen Maseda García y otros (2008, pág. 8):

«El consejo de familia es la estructura de gobierno que sirve de nexo entre la familia y la empresa, que se constituye como vehículo de encuentro para comunicar los planes de la empresa a la familia y los de la familia a la empresa».

Para que el consejo de familia cumpla con las finalidades que tiene encomendadas, deben formar parte del mismo todas las ramas y generaciones de la familia, y es conveniente que se reúna periódicamente. Como funciones que suelen atribuirse al consejo de familia, pueden citarse:

- a) Ser el nexo/vehículo de comunicación entre los miembros de la familia y entre estos y la empresa.
- b) Velar por la conservación y aplicación de la cultura y los valores de la familia empresaria.
- c) Implantación del protocolo familiar.

En los casos de familias muy amplias, se acostumbran a constituir **otros órganos**, pudiendo citar como más **característicos**:

3) Comité de seguimiento del protocolo familiar. Tiene como objetivos principales el solucionar cuestiones que se pudieran plantear al respecto de la interpretación del protocolo familiar, así como el proceder a trabajar en la actualización del protocolo familiar cuando dicha actualización se considere necesaria. Es práctica habitual que este comité esté constituido por un número reducido de los integrantes del consejo de familia.

4) Comité de remuneraciones. Definirá y aplicará (de conformidad con los parámetros descritos en el protocolo) la política de retribuciones y/o compensaciones económicas que puedan establecerse tanto respecto de los miembros de la familia que pudieren intervenir en la gestión de la empresa familiar como de los que son ajenos a dicha gestión, e incluso para los familiares no socios o accionistas respecto de los que se prevea algún tipo de retribución o compensación. En ocasiones, la función consultiva de evaluación de los familiares candidatos a trabajar en la empresa familiar e informar sobre si su nombramiento es procedente es atribuida también a este comité, o incluso llega a constituirse un comité específico de evaluación y nombramientos del que es muy conveniente que formen parte personas ajenas a la familia con la finalidad de favorecer la profesionalización de la empresa familiar.

5) Comité de arbitraje. Su función es tratar de solventar los conflictos entre los miembros de la familia o los que se deriven del posible incumplimiento de las disposiciones del protocolo por alguna de las personas obligadas por el mismo. Resulta conveniente que, con independencia de que puedan formar parte de dicho comité miembros del consejo de familia, en su seno encontremos a algún profesional de reconocido prestigio a quien se le asignen funciones dirimentes (en caso de empate de votos a la hora de decidir), pues su *autoritas* e imparcialidad favorecerán tanto el cumplimiento de la resolución, en su caso, adoptada, como el respeto al comité y a sus decisiones. De existir el comité de arbitraje, debe estipularse en el protocolo que todos los miembros de la familia acuerdan someter a la decisión de dicho comité toda controversia relacionada con la empresa familiar y con la aplicación e interpretación del protocolo, así como acatar y cumplir la decisión tomada por el comité.

1.5. La empresa familiar en el marco tributario

La normativa tributaria reconoce una serie de incentivos para la empresa familiar que se concretan, fundamentalmente, en el impuesto sobre el patrimonio y en el impuesto sobre sucesiones y donaciones (podrá variar en función de la comunidad autónoma). Ahora bien, para poder disfrutar de estos incentivos fiscales, la normativa fiscal es más restrictiva al respecto de lo que se entiende por empresa familiar, exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos a la empresa para que los indicados incentivos sean de aplicación. Estos requisitos son:

1) El porcentaje de participación en el capital social de la sociedad debe ser, en el caso individual, del 5 %, o en el caso de grupo familiar (es decir, conjuntamente con el cónyuge, ascendientes o descendientes hasta el segundo grado en el impuesto sobre el patrimonio o del tercer grado en el impuesto sobre sucesiones y donaciones) del 20 %.

2) La principal fuente de renta debe provenir de las retribuciones percibidas de la empresa familiar. Se entiende que se cumple este requisito cuando superan estas retribuciones el 50 % de los rendimientos del trabajo y actividades económicas.

3) La sociedad tiene que llevar a cabo una actividad económica. A estos efectos, la concreta normativa aplicable exige el cumplimiento de determinadas circunstancias para considerar acreditado que la sociedad desarrolla, efectivamente, una actividad económica (por ejemplo, el tener una persona contratada si la sociedad se dedica al arrendamiento de inmuebles, etc.).

El cumplimiento de los indicados requisitos y que, en consecuencia, la sociedad goce de la consideración de empresa familiar, desde el punto de vista fiscal, puede conllevar que se puedan llegar a aplicar reducciones de hasta un 95 % o 99 % (en función de la comunidad autónoma) en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, y que las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar estén exentas en el impuesto sobre el patrimonio. Cabe destacar que esta exención en el impuesto sobre el patrimonio, así como la bonificación en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, se aplican a la proporción de activos afectos existentes minorados en las deudas en relación con el patrimonio total de la entidad.

2. La sucesión de la empresa familiar

2.1. Los testamentos y otras disposiciones hereditarias para la sucesión de la empresa familiar

Una de las finalidades principales del protocolo familiar es el aseguramiento del relevo en la empresa familiar, para lo cual es decisiva una adecuada planificación sucesoria. Mientras que la regulación relativa a la sucesión paccionada reconocida en diferentes ordenamientos civiles autonómicos será objeto de estudio con posterioridad, hemos de hacer una breve referencia al testamento y a las instituciones de la legítima y de la fiducia sucesoria y a su posible incidencia en la planificación de la sucesión en la empresa familiar.

2.1.1. Testamento

A diferencia de la legislación de algunas comunidades autónomas en las que se admite la posibilidad de la sucesión contractual, en derecho común tal posibilidad no está permitida, por lo que el único mecanismo sucesorio que permite incidir en la planificación de la sucesión al frente de la empresa familiar es el testamento.

Efectivamente, en este contexto, la herramienta principal en la planificación sucesoria es el testamento. El otorgamiento del testamento y la designación del heredero/s impedirán la apertura de la sucesión intestada y, por lo tanto, que se den circunstancias como la posible disgregación del capital social entre diferentes herederos legítimos o que aquel de los sucesores que herede la empresa no esté capacitado para gestionar la compañía. Para que pueda cumplirse la previsión del protocolo familiar al respecto de la empresa familiar, será necesario el otorgamiento del testamento que permita que ese traspaso al frente de la empresa se lleve a cabo de la manera más ventajosa tanto para la empresa como para la familia. En la gran mayoría de casos, será en el testamento donde el fundador/propietario de la empresa familiar designará, vía atribución de las acciones o participaciones sociales representativas de la mayoría del capital social, al descendiente que considere más apto para continuar al frente de la empresa familiar. La elaboración del mismo no es tarea sencilla, debiendo conciliarse aspectos personales, económicos y profesionales, tanto del fundador como de los posibles sucesores. Para que las previsiones contenidas en el protocolo familiar, al respecto de la sucesión en la empresa familiar, alcancen su objetivo, los testamentos a otorgar por los integrantes del grupo familiar deben adecuarse a lo que disponga el indicado protocolo.

En derecho civil común, rige la prohibición de los pactos sucesorios (*ex art. 1271 CC*), prohibiéndose con tal disposición, en consecuencia, contrato alguno que obligue al testador a otorgar testamento en un determinado sentido. Carecerían de exigibilidad, por lo tanto, los posibles pactos en orden a la futura sucesión de los otorgantes que pudiera contener el protocolo. Existe, desde largo tiempo atrás, un amplio sector doctrinal que aboga por suprimir la prohibición de pactos sucesorios sancionada en el citado artículo 1271, supresión que no se ha materializado hasta la fecha.

Ahora bien, tal circunstancia (prohibición de pactos sucesorios) no conlleva que carezcan de trascendencia o importancia tales pactos o previsiones contenidos en el protocolo, puesto que, como hemos indicado, tales previsiones o recomendaciones deberían trasladarse a los testamentos a otorgar por los firmantes del protocolo. Además, dichas previsiones contenidas en el protocolo serán un fundamental criterio para interpretar la voluntad del testador en el caso de que surgiera algún conflicto al respecto de su testamento.

2.1.2. Legítimas

En los ordenamientos en los que la legítima no se configura como un derecho de crédito, puede llegar a tener una incidencia fundamental dicha institución en la planificación de la sucesión al frente de la empresa familiar, teniendo en cuenta que, además, la legítima tiene carácter imperativo, por lo que el testador no puede privar de la misma al legitimario (salvo concurrencia de causa de desheredación). Efectivamente, en dichos ordenamientos el legitimario debe ser considerado condómino, cotitular o copropietario de los bienes en la herencia, lo cual resultará un obstáculo importante cuando gran parte del patrimonio familiar esté constituido por la empresa familiar. Con la finalidad de solventar el citado obstáculo, la Ley 7/2003 de la sociedad limitada nueva empresa modificó el párrafo 2.º del artículo 1056 del Código civil, permitiendo que el testador pueda adjudicar toda su participación en la empresa a aquellos integrantes de la familia que considere más idóneos, «disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados», y ello aunque no hubiere efectivo metálico en la herencia, pudiendo ser satisfecho dicho importe con metálico extrahereditario. Con dicha importante modificación legal, se vino a solventar, en gran medida, el obstáculo que para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar suponía la naturaleza de la legítima en derecho civil común.

2.1.3. Fiducia sucesoria

Entre el momento en el que se otorga el testamento y el momento en el que tiene lugar la apertura de la sucesión puede pasar un largo período en el que pueden haber cambiado las circunstancias que llevaron al testador a escoger a una determinada persona como sucesor en la empresa familiar. Para minimizar este riesgo, se puede acudir a la figura de la fiducia sucesoria. Mediante esta institución, el causante puede conferir en testamento a su cónyuge facultades

de atribución o adjudicación de bienes concretos en favor de los hijos o descendientes comunes, facultades que el cónyuge superviviente llevará a cabo cuando el testador haya muerto. Está admitida esta posibilidad en el artículo 831 del Código civil (tras la modificación introducida por la Ley 41/2003, de 28 de noviembre). La fiducia sucesoria tiene más amplia tradición en los ordenamientos autonómicos, como por ejemplo en el Derecho civil catalán, donde encontramos la figura de la designación de heredero por fiduciario (arts. 424-1 y sigs. CCCat), o en el ordenamiento aragonés, que regula la fiducia sucesoria aragonesa (título IV Código Derecho Foral Aragón), y también en la Compilación del Derecho Foral de Navarra, con la figura del fiduciario-comisario (leyes 151 y 281).

2.2. La sucesión de la empresa familiar en el derecho autonómico: Cataluña, Aragón, Islas Baleares, Galicia y País Vasco

2.2.1. Cataluña

Ha sido tradicional preocupación en Cataluña el evitar la disgregación o fraccionamiento de la empresa familiar, constituyendo un instrumento fundamental para conseguir tal objetivo las instituciones del derecho sucesorio catalán y, de entre las mismas, la más relevante es el pacto sucesorio. Nos centraremos a los efectos de su análisis en la normativa actualmente vigente, la cual supone una ampliación de su alcance respecto de la figura tradicional de *l'heretament*. Efectivamente, se pueden distinguir, en la normativa contenida en los artículos 431-1 a 431-5 del CCCat, diferentes tipos o modalidades de pactos sucesorios, reconociéndose la posibilidad de que el pacto pueda ser a favor de uno o más de sus otorgantes o de forma recíproca, con carácter preventivo, a favor de terceros que nos sean otorgantes, pactos de atribución particular, así como de renuncia a derechos sucesorios (cumpliendo determinados requisitos).

Deben destacarse, a los efectos que nos ocupa, los pactos de atribución particular, regulados en los artículos 431-21 y 431-30 CCat. En virtud de los mismos, se atribuyen elementos particulares al margen de que instituya o no heredero alguno. Se trataría de un negocio jurídico *inter vivos* convenido por causa de muerte, negocio de disposición y de atribución patrimonial a favor de su beneficiario, que puede ser o no uno de los otorgantes del pacto, teniendo carácter irrevocable. En esta figura, el disponente conserva la propiedad de los bienes hasta su fallecimiento, pero sin disponer de ellos, pues en caso de disponer se frustraría el pacto (Valmaña Cabanes, 2014, pág. 132). Únicamente podría disponer con el consentimiento del favorecido o si este no fuera parte del pacto, con el de los demás otorgantes. En sede de empresa familiar, tal tipo de pactos permitiría la atribución de los títulos representativos del capi-

tal social en favor de quien se pretenda sea el sucesor al frente de la empresa familiar, independientemente de quién sea designado heredero o de cómo se distribuya el resto del caudal relicto.

La citada preocupación del legislador catalán por la continuidad de la empresa familiar queda patente, además, en los diferentes preceptos que en sede de pactos sucesorios contienen referencias al protocolo familiar, o a mecanismos para favorecer la aplicación y exigibilidad de las previsiones contenidas en el mismo, llegando algún autor a hablar de la posibilidad de lo que denomina un **protocolo familiar sucesorio** (Fernández del Pozo, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 284/2012). Efectivamente, encontramos preceptos como el artículo 431-7.1 CCCat, el cual, al abordar la forma del pacto sucesorio, establece que «la escritura de pacto sucesorio puede contener también estipulaciones propias de un protocolo familiar», o también el artículo 431-8 CCCat, el cual, al referirse a la publicidad que pueda hacerse del pacto sucesorio, establece que:

«Si la finalidad de un pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la Ley establece para la publicidad de los protocolos familiares».

Como herramienta para reforzar el cumplimiento del protocolo familiar, se prevé incluso la posibilidad de imponer, en el pacto sucesorio, la carga modal de cumplimiento del protocolo familiar. A tal efecto, el artículo 431-6.2 CCCat, al regular las cargas que pueden imponerse en pacto sucesorio, contempla, como tal posible carga, el mantenimiento y la continuidad de una empresa familiar. Dicha carga modal y su cumplimiento por el beneficiario/favorecido del pacto sucesorio puede resultar fundamental a los efectos de lograr el compromiso e implicación de dicho beneficiario/favorecido en el mantenimiento y continuidad de la empresa familiar. Efectivamente, contempla el artículo 431-14 CCCat como supuestos en el que el otorgante de un pacto sucesorio puede revocar unilateralmente el pacto (constituyendo excepción a la regla general de irrevocabilidad de los pactos sucesorios), entre otros:

- 1) Por las causas pactadas expresamente
- 2) Por incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido
- 3) Por la imposibilidad del cumplimiento de la finalidad que fue determinante de su otorgamiento
- 4) Por la alteración sobrevinida de las circunstancias que concurrían en el momento de otorgarlo

Siguiendo en ese punto a Fernández del Pozo (2012), hemos de poner de relieve que los efectos jurídicos, desde el punto de vista societario, que pueda generar la carga modal impuesta en el pacto sucesorio se pueden producir en vida del causante o con posterioridad a su muerte, y que «es perfectamente posible ordenar el funcionamiento del protocolo familiar en vida del causante

(parece ser el supuesto contemplado en el art. 431-8.4 CCCat) y/o postergar su entrada en funcionamiento al deceso de aquel», siendo muy común que el pacto produzca ya sus efectos en vida del heredante (art. 431-25 CCCat). El incumplimiento de la carga modal consistente en el cumplimiento del protocolo familiar permitiría, en consecuencia, la revocación unilateral del pacto sucesorio por parte del otorgante.

2.2.2. Aragón

La sucesión paccionada viene regulada en la actualidad en el Título II del Libro tercero del Código de Derecho Foral de Aragón (aprobado por el Real decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Dicha normativa ha ampliado el régimen previamente existente en dicha comunidad autónoma al respecto de la admisión de los pactos sucesorios y las modalidades de los mismos, lo cual facilita la planificación sucesoria a la hora de diseñar el relevo en la empresa familiar. El artículo 377 del mencionado Código de Derecho Foral sanciona la validez de «los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto». De entre las modalidades de pactos sucesorios reconocidas en la normativa aragonesa, el artículo 380 del mencionado Código enumera las siguientes:

- 1) de disposición *mortis causa* de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos
- 2) de institución recíproca
- 3) de disposición *mortis causa* de los contratantes a favor de tercero o terceros
- 4) de renuncia de uno o varios contratantes a la herencia de otro u otros

Como podemos apreciar, el abanico de modalidades es amplio, lo cual, además, se complementa con la amplitud del contenido que pueden albergar los pactos sucesorios, pues el artículo 381 del citado Código admite que los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan, estableciendo en el apartado segundo del propio artículo 381 que, además del régimen sucesorio, puede también pactarse en capitulaciones matrimoniales «en consideración a la casa» el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyente e instituido y sus familiares, regulando los derechos y obligaciones de los que la integran. Este régimen admitido respecto de «la casa» es fácilmente extrapolable a la empresa familiar, lo que permitiría establecer inicialmente al frente de la misma una comunidad entre el causante y el sucesor sujeta a las reglas que aquel determine, permitiendo, de ese modo, una progresiva participación del sucesor en la gestión de la compañía.

Se contempla en el artículo 386 del Código de Derecho Foral de Aragón que la institución de heredero o legatario en pacto sucesorio puede ser «de presente» (con transmisión actual de los bienes al instituido) o «para después de los días» del instituyente (sin transmisión actual de los bienes al instituido), si bien respecto del pacto en favor de tercero, el artículo 397 señala que este tercero no podrá aceptar la herencia o adquirir el legado hasta que, fallecido el instituyente, no se le defieran.

Las estipulaciones contractuales únicamente podrán modificarse mediante pacto sucesorio celebrado por las mismas personas o sus herederos, si bien el artículo 401 admite la posibilidad de revocación unilateral por parte del disponente por las causas expresamente pactadas, por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido o por incurrir el instituido en causa de indignidad o de desheredación.

2.2.3. Islas Baleares

En la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto legislativo 70/1990 de 6 de septiembre) diferente es el régimen respecto de los pactos sucesorios y su admisibilidad dependiendo de si nos referimos a Mallorca, Menorca o Ibiza y Formentera. Así, mientras que en Mallorca estaría reconocida la posibilidad de pactos sucesorios esencialmente bajo la forma de donación universal, y en Ibiza y Formentera la admisión de los pactos sucesorios está reconocida con mucha mayor amplitud, en Menorca no se admite la sucesión paccionada.

1) Como hemos indicado, en **Mallorca** se contempla la figura de la donación universal de bienes y futuros, la cual confiere al donatario la cualidad de heredero contractual del donante y le transmite los bienes presentes incluidos en dicha donación. Es irrevocable por el donante salvo por incumplimiento de cargas o por ingratitud y por los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 7 bis.

2) En **Ibiza y Formentera** los pactos sucesorios gozan de gran amplitud en cuanto a su posible contenido, al establecer el artículo 72.2 de la Compilación que:

«Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan».

Se diferencia entre pactos de institución y los de renuncia. En los de institución, cabe que se determine en el propio pacto las personas llamadas a la herencia o que se establezcan las reglas conforme a las cuales deba esta deferirse en el futuro o delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión. Contempla también que la donación universal de bienes presentes y futuros

equivale a institución contractual de heredero. Los pactos sucesorios se configuran como irrevocables salvo mutuo disentimiento o los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 69 bis.

Especial relevancia, a los efectos que nos ocupa, tiene la previsión del pacto de renuncia en virtud del cual el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o cuantos derechos pueden corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquel. Tal disposición otorga gran maniobrabilidad al causante a la hora de determinar quién será el sucesor al frente de la empresa familiar.

2.2.4. Galicia

La Ley 2/2006 de 14 de junio de derecho civil de Galicia contiene una normativa específica al respecto de los pactos sucesorios (arts. 209 y sigs.) en la que encontramos latente también la preocupación por la conservación de la empresa familiar y la sucesión al frente de la misma. Aunque se utilizan en el texto legal numerosas referencias al ámbito agrícola, es totalmente extrapolable su normativa a toda explotación o sociedad familiar. Interesa detenernos brevemente en el derecho de labrar y poseer (modalidad de pacto sucesorio de mejora) y en la figura de la apartación.

1) Por el **pacto de mejora de labrar y poseer** el ascendiente que quiera conservar indivisa una explotación puede pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra. En este caso, el adjudicatario podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición, puesto que si el pacto no dispusiera otra cosa, la adjudicación supondrá la institución de heredero en favor del mejorado. Obsérvese que el precepto únicamente reconoce dicha posibilidad de un ascendiente respecto de un descendiente, no siendo admisible, en consecuencia, en favor de un tercero no descendiente el ejercicio de la citada facultad. Contiene una particularidad el régimen expuesto puesto que, en el artículo 222 del mencionado texto legal, prevé que el derecho de labrar y poseer quede sin efecto en el caso de que durante dos años consecutivos el mejorado abandonara en vida del adjudicante, totalmente y sin justa causa, la explotación de los bienes que componen o integran el referido derecho de labrar y poseer.

2) Por otro lado, en virtud de la institución de la **apartación**, se acuerda entre el futuro causante y alguno de los legitimarios, con carácter irrevocable, la adjudicación en favor de este de determinados bienes a cambio de la renuncia del «apartado», por sí y todo su linaje, a la legítima. La apartación permitiría, en consecuencia, que la compañía familiar fuera adjudicada íntegramente al apartado, quien pierde, a cambio, su derecho a la legítima.

2.2.5. Navarra

En el derecho de sucesiones navarro ha tenido tradicional importancia la figura de los pactos sucesorios, vinculados inicialmente al pacto en orden a la explotación familiar agrícola, pero que ha ido extendiendo su ámbito de aplicación a otras tipologías de empresas familiares.

En la normativa actual, contenida en la Compilación de Derecho Civil de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo), encontramos instituciones que pueden facilitar la organización de la sucesión en la empresa familiar como, por ejemplo, la donación *propter nuptias*, la cual, si bien en principio contemplaría un negocio jurídico en sede matrimonial, dada la extensión de su posible contenido, permite atender a necesidades que se pudieren plantear en la organización del patrimonio familiar y su sucesión. Expresamente, la Ley 112, en su segundo apartado, contempla que la donación *propter nuptias* pueda contener pactos sobre constitución, dirección y administración, modificación y disolución de la sociedad familiar de convivencia de donantes y donatarios y ruptura de esta convivencia, pactos y estipulaciones sobre usufructo y disposición de bienes, participación en las conquistas y, en general, otros cualesquiera pactos lícitos.

La Compilación navarra regula, también, los pactos o contratos sucesorios en las leyes 172 a 183. Destacar la primera de dichas leyes permitiría atribuir la herencia a un tercero. En este caso, el presunto heredero dispondría en favor de un tercero de los derechos sobre una herencia no abierta, si bien resultaría preciso contar con el consentimiento del adquirente y también del causante (aquel cuya herencia constituye el objeto del pacto). Este pacto permitiría, como apunta Valmaña Cabanes (*op. cit.*, pág. 140), que, por ejemplo, los descendientes del empresario fundador acordaran, junto con el mismo, cómo ordenar la sucesión al frente de la empresa familiar.

2.2.6. País Vasco

La conveniencia de dotar de instrumentos que faciliten la planificación sucesoria del fundador de la empresa familiar, en aras de la continuidad de esta, está presente en la regulación contenida en la Ley de derecho civil foral del País Vasco, Ley 5/2015 de 25 de junio. La citada Ley destina el capítulo III del título II a la regulación de los pactos sucesorios, contemplando como una modalidad de los mismos el pacto de designación de sucesor y diferenciando, dentro de esta modalidad, entre los pactos de designación sucesoria con transmisión de presente de los bienes (art. 104) y los de designación sucesoria con transmisión *post mortem* de los bienes (art. 105). En el apartado primero del artículo 104, se observa la importancia creciente que tiene en la regulación la atención a la empresa familiar cuando afirma que:

«La designación sucesoria con transmisión de presente de los bienes confiere al sucesor la titularidad de los mismos con las limitaciones pactadas en interés de los instituyentes, de la familia y de la explotación de bienes, por lo que, salvo pacto en contrario, todo acto de disposición o gravamen requerirá para su validez el consentimiento conjunto del instituyente y el instituido».

También se constata la preocupación por la sucesión en la empresa familiar en el artículo 105, el cual, tras reflejar que en la institución sucesoria con eficacia *post mortem* el instituido recibirá los bienes en el momento de la muerte del instituyente (si bien adquirirá la cualidad de sucesor desde el momento del otorgamiento del pacto), establece en su apartado segundo que, en dicha modalidad de pacto, el instituyente conserva la titularidad de los bienes y, salvo pacto en contrario, podrá disponer de ellos a título oneroso. Ahora bien, si los bienes transmitidos constituyen patrimonios productivos en los que trabaje el instituido, se requerirá su consentimiento para la enajenación a título oneroso, a menos que se haya pactado otra cosa. Como puede observarse, se prevé la incorporación del sucesor a la empresa y se exige para disponer de la misma (acciones o participaciones) el consentimiento de este (salvo que se haya pactado expresamente lo contrario).

El artículo 107 de la mencionada Ley permite el contemplar una progresiva entrada del sucesor/es en la empresa familiar, regulando que la institución de sucesor en el patrimonio familiar se le pueda acompañar el pacto de comunidad entre instituyentes e instituidos bajo la forma de diversas figuras societarias, o en régimen de comunidad de bienes, régimen de comunidad o de sociedad familiar que se regirá, en primer lugar por el título de su constitución y, supletoriamente, por lo dispuesto en la ley vasca.

Tratándose de un pacto sucesorio, no se admite la revocación unilateral por el instituyente, salvo en los supuestos enumerados en el artículo 108 de la citada Ley, de entre los cuales cabe destacar, a los efectos que nos ocupan, que la revocación se deba a causas pactadas o al incumplimiento grave de las cargas o condiciones establecidas.

2.3. La mediación en el seno de la empresa familiar

En la empresa familiar convergen dos esferas o planos, el empresarial y el familiar. La confluencia de las dos citadas esferas, familiar y empresarial, conlleva que con cierta frecuencia puedan aparecer en la empresa familiar conflictos y/o tensiones a cuya solución no podrán aplicárseles criterios estrictamente mercantiles o de naturaleza exclusivamente familiar, sino que deberán aunarse ambos ámbitos para la correcta resolución de la controversia surgida.

En este contexto, son importantes los mecanismos que se arbitren para la solución de los conflictos que se pudieren plantear, puesto que si no se resuelven convenientemente los indicados conflictos, estos pueden afectar seriamente a la viabilidad de la empresa.

Como pone de manifiesto Luquin Bergareche (2017, pág. 8), para resolver las controversias que pudieren surgir como consecuencia de la aplicación y/o interpretación de las cláusulas contenidas en el protocolo familiar:

«Es idónea la inserción de cláusulas de sumisión de la cuestión litigiosa a mediación (más eficientes por su carácter autocompositivo) o a arbitraje (cláusula arbitral de sumisión a juicio de los árbitros excluyendo la respuesta jurisdiccional) como metodologías no confrontativas, evitando en lo posible el recurso al proceso judicial».

Un aspecto importante para acordar la sumisión de la resolución de posibles conflictos en el seno de la empresa familiar a mediación o a arbitraje, es que dichos sistemas de resolución de conflictos son confidenciales, con lo que se evita la publicidad de la controversia y que quede afectado el prestigio y la imagen de la empresa y/o familia.

En el ámbito de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (*alternative dispute resolution*: ADR), podemos citar la mediación, el arbitraje y la negociación asistida. Centrándonos en la institución de la mediación, Reyero Serret y Gil Ballesteros (2017) afirman que:

«El recurso de la mediación en la empresa familiar pretende dotar, a través de la figura del mediador y sus características de neutralidad e imparcialidad, de un espacio que favorezca la comunicación. Se desarrolla bajo un prisma de respeto asumiendo el protagonismo activo en el proceso de resolución y bajo la voluntariedad de participar en el proceso». («Caso de mediación. Mediación en una empresa familiar», *Revista de Mediación*, núm. 10)

La normativa estatal vigente se encuentra en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Desde el punto de vista autonómico, en Cataluña, encontramos la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, en cuyo artículo 2.1.r) se refleja, de modo expreso, como objeto de la mediación «los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar».

Para finalizar, cabe subrayar el importante rol de la mediación en conflictos entre personas con lazos familiares. Así, Luquin Bergareche (2017) cita como ventajas de la mediación empresarial en el ámbito de la empresa familiar:

«-La conveniencia de encontrar soluciones que permitan la supervivencia e incluso la mejora de las relaciones de los implicados en el largo plazo, como son las que se dan tanto entre los familiares como entre los socios de una empresa.

-La implicación en el conflicto no solo de problemas económicos y organizativos, sino también de fuertes emociones que acentúan la convicción respecto a las propias posiciones y la tendencia al victimismo y a la demonización de la otra parte.

-La existencia de bloqueos en la comunicación o estancamientos que dificultan entender la posición de los otros implicados, y el desarrollo de emociones negativas que dificultan la generación conjunta de soluciones constructivas, o incluso a veces el mero diálogo entre los implicados.

-La insatisfacción de las soluciones heterocompositivas como las vías judiciales que, aunque puedan resolver puntos concretos lo harán aplicando criterios puramente jurídico-normativos».

Bibliografía

- Amat, J.; Corona, J. F.** (2007). *El protocolo familiar. La experiencia de una década*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- Bosch Carrera, A.** (2007). «Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar». En: J. M. Amat; J. F. Corona (coords.). *El protocolo familiar. La experiencia de una década*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- Calavia Molinero, J. M.** (2000). «Sociedad Holding familiar. Protocolo Familiar y Estatutos sociales». *Carta Mercantil* (núm. 18).
- Corona Ramón, J. F.; Martí, N.; Roca Junyent, M.** (2005). *Manual de la Empresa Familiar*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- Corona Ramón, J. F.** (2004). *Características de la Empresa Familiar*. Colección Biblioteca de la Empresa Familiar. Barcelona: Associació Catalana de l'Empresa Familiar.
- Camisón Zornoza, C.; Ríos Navarro, A.** (2016). *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cucurull Poblet, T.** (2015). *El protocolo familiar mortis causa*. Madrid: Dykinson.
- Egea Fernández, J.** (2007). «Protocol familiar i pactes successoris». *InDret* (núm. 3/2007).
- Fernández del Pozo, L.** (2008). *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Fernández del Pozo, L.** (2012). «El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho civil catalán». *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 284/2012).
- Jon Martínez, J.** (2007). «Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia». En: J. M. Amat; J. F. Corona (coords.). *El protocolo familiar. La experiencia de una década*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- Luquin Bergareche, R.** (2017). «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (núm. 11/2017).
- Maseda García, A. y otros** (2008). «Familia Empresaria y Empresa Familiar: Estructuras de Gobierno». Cátedra Empresa Familiar. Universidad del País Vasco.
- Navarro Matamoros, L.** (2009). *La libertad contractual y la flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español*. Granada: Editorial Comares.
- Pérez-Fadón, J. J.** (2012). *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. Valencia: WoltersKluvert.
- Reyero Serret, S.; Gil Ballesteros, C.** (2017). «Caso de mediación. Mediación en una empresa familiar». *Revista de Mediación* (núm. 10).
- Tua López, X.** (2007, marzo). «La regulación de los protocolos familiares». *Noticias jurídicas*.
- Valmaña Cabanes, A.** (2014). *El régimen jurídico del protocolo familiar*. Granada: Editorial Comares.
- Vicent Chuliá, F.** (2002). «Organización jurídica de la Sociedad familiar». En: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Madrid: McGraw Hill.
- Zugaza Salazar, J. M.** (2007). «Orientaciones para elaborar un protocolo familiar». En: J. M. Amat; J. F. Corona. *El protocolo familiar. La experiencia de una década*. Barcelona: Ediciones Deusto.

