

LA EFICACIA DEL PROTOCOLO FAMILIAR FRENTE A LOS ESTATUTOS SOCIALES

EFFECTIVENESS OF THE FAMILY PROTOCOL AGAINST THE ARTICLES OF ASSOCIATION

TATIANA CUCURULL POBLET

Doctora en Derecho. Abogada

Resumen: La empresa familiar, como empresa que es, se enfrenta a los mismos problemas de toda entidad. No obstante, su carácter familiar le atribuye unas connotaciones que la distinguen de las demás. Por ello, es necesario crear en el interior de la familia una cultura empresarial específica con unos canales de comunicación interconectados, pero a su vez independientes. De ahí es donde nace el concepto de protocolo familiar, como mecanismo para organizar los aspectos internos de la entidad y comprende toda su realidad. Abarca no solo aquellas circunstancias económicas, patrimoniales y de organización, sino también los valores propios de la familia que se quieren reflejar en la empresa. Por otra parte, es notoria la similitud y relación existente entre el protocolo familiar y los estatutos sociales, motivo por el cual es necesaria una coherencia entre ambos documentos. En caso de se produzca alguna contradicción entre ellos, el contenido estatutario siempre prevalecerá. Dada la multitud y variedad de cláusulas que componen el documento del protocolo, este documento por sí solo en la actualidad no goza de la suficiente eficacia jurídica para hacerlo frente a terceros.

Palabras clave: Estatutos sociales, protocolo familiar, empresa familiar, eficacia jurídica.

Abstract: The family business is like any other kind of business, and faces the same problems as any entity. However, the fact that it is

family-based gives it certain connotations which distinguish it from others. Thus a specific business culture must be created within the family, with communication channels that are both interconnected but independent. This was the origin of the concept of family protocol as a mechanism to organise the internal aspects of the entity, and applying to the whole of its reality. It not only covers the entity's economic, financial and organisational circumstances, but also the family's own values as they wish them to be reflected in the business. It is moreover evident that the family protocol and the articles of association are similar and connected, so it is important that the two documents are consistent. If there is any contradiction between them, the content of the articles of association will always prevail. Given the many and varied clauses making up the protocol document, it alone does not currently have sufficient legal effectiveness to prevail in the eyes of third parties.

Key words: articles of association, family protocol, family business, legal effectiveness.

Recepción original: 04/12/2014

Aceptación original: 29/02/2015

A pesar de la importancia que las empresas familiares tienen sobre la economía de nuestro país, no existe una noción unitaria de su concepto, ni unanimidad en el trato por parte de la doctrina. En base a datos publicados por el Instituto de la Empresa Familiar, el ochenta y cinco por ciento de las empresas españolas se engloban dentro de esta denominación. Asimismo, representan un setenta por ciento del PIB y del empleo privado (Instituto de la Empresa Familiar, 2014). Por ello, podemos afirmar que son un elemento fundamental de la actividad económica y el núcleo del tejido empresarial. Igualmente, por su incontestable incidencia interesa a diversas disciplinas científicas, como pueden ser la Economía, el Derecho, la Sociología o la Ética.

La empresa familiar está presente en todos los países como base fundamental de su economía. Sin embargo, no está explícitamente definida en ningún ordenamiento jurídico, ni a nivel estatal ni comunitario. Con esta severidad lo certifica la Ponencia de la Comisión de Hacienda del Senado, celebrada en noviembre de 2001 (Cfr. *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar*. BOCG, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001, págs. 25 y ss.).

El término familia suele asociarse con el calificativo de unión, fuerza. Si lo trasladamos y lo unimos al concepto de empresa, ésta puede revestirse de unas características intrínsecas, que por naturaleza no alcanzan

otro tipo de entidades: «las familias bien ordenadas son una escuela de virtudes, entre las que destacan las de la unidad y dedicación, que al «trasladarse» de forma natural a la empresa familiar, le dan un impresionante conjunto de fortalezas» (GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., «La empresa familiar: fortalezas y trampas», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. [Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP]*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 58).

Por otra parte, uno de los múltiples retos a los que se enfrenta esta tipología de entidades es el de desarrollar una renovada perspectiva de la familia. La sociedad occidental ha pasado de estructurarse en la familia extensa de la sociedad agraria, a la nuclear de la sociedad industrial. Asimismo, en la sociedad posindustrial, influyen otros factores como el creciente individualismo, un mayor protagonismo de la mujer, el aumento de la inestabilidad e incertidumbre laboral y empresarial, entre otras (Cfr. *Amat Salas, J. M.*, «La continuidad de la empresa familiar», en AA VV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000, págs. 124 y ss.).

El principal obstáculo de este tipo de entidades es el de la transmisión intergeneracional. Las dificultades con las que se enfrentan cada vez que se produce esta situación llevan a un incremento cada vez mayor de su desaparición. Han sido diversos los estudios que lo demuestran; el más reciente, del Instituto de la Empresa Familiar, sentencia que tan solo un treinta y cinco por ciento logra sobrevivir a su fundador. Esta cifra decrece rápidamente en las generaciones posteriores (Instituto de la Empresa Familiar, 2014). Este hecho aviva el interés del estudio del protocolo familiar y sus posibilidades.

Cuando se crea una empresa familiar, el cabeza de familia suele centrar sus esfuerzos en potenciar su crecimiento. No obstante, a medida que pasa el tiempo y su consolidación en el mercado es ya una realidad, se hace imprescindible la creación de una estructura organizativa eficiente para que todo ese esfuerzo no se pierda. Es por ello que parte del éxito de estas organizaciones consiste en la agudeza del empresario en anticiparse, no solo a las necesidades de la empresa ante el mercado, sino también a su gestión y funcionamiento en el futuro. De ahí la importancia en la elección del momento en que debe llevarse a cabo el cambio generacional.

El protocolo familiar es un instrumento jurídico que sirve como mecanismo para organizar los aspectos internos de la empresa familiar. Su cometido es que la empresa se desarrolle y crezca en el merca-

do. De este modo, establece el marco en el que deben desarrollarse todas las posibles relaciones entre los tres pilares que estructuran estas entidades: familia, propiedad y empresa. A este acuerdo se llega a través de un proceso de comunicación intrafamiliar (vid. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., «El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional», *Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 2003, pág. 97).

Tradicionalmente, el protocolo se configuraba como un documento privado firmado por los socios familiares de la entidad en cuestión. Antaño prevalecía el aspecto moral en el ámbito familiar, por lo que no se buscaba que el documento tuviera eficacia jurídica alguna. En la actualidad esta concepción ha cambiado. Cada vez se busca más que el protocolo obligue a sus firmantes a cumplir estrictamente con lo pactado y, por tanto, que goce de la máxima validez jurídica posible.

El protocolo familiar está compuesto por una variedad de estipulaciones con una naturaleza y eficacia distinta. Por esta razón, han sido diversos los estudios que han afirmado que este documento, por sí solo, carece de eficacia jurídica.

La determinación de la naturaleza jurídica de este documento es una de las cuestiones más debatidas entre la doctrina. A pesar de la disparidad de opiniones, considero que de la mera lectura de la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares ya se puede extraer un primer dato importante, y es que tiene un «carácter estrictamente voluntario» (E. de M. del RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares [BOE núm. 65, de 16 de marzo]). De ello se desprende que la libertad de decisión y elaboración es una nota fundamental de estos documentos.

A mi juicio, el protocolo familiar tiene una naturaleza contractual. Esta tesis se asienta en lo siguiente:

- La finalidad de su contenido es la de establecer aquellos mecanismos que deberán seguirse ante una posible situación de futuro. Por tanto, y teniendo en cuenta el artículo 1271 del Código Civil, considero que el protocolo podrá articularse a través de la llamada *venditio rei speratae*.
- El artículo 1254 del Código Civil afirma que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar o prestar algún servicio».
- El principio de la autonomía de la voluntad contemplado en el artículo 1255 del mismo texto legal y del que se desprende

que los contratantes pueden establecer los pactos y cláusulas que estimen convenientes. La única limitación es que no sean contrarios a las leyes, moral ni al orden público.

A tal efecto la jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto (vid. SAP de Cádiz núm. 117/2013 de 5 de marzo). Al tratar el tema de la interpretación de los protocolos familiares nos remite a la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre la interpretación de los contratos, la cual se inclina por la prevalencia de la intención de los contratantes del artículo 1281.1 del Código Civil (vid. STS [Sala 1.^a]. de 25 de febrero de 2013, STS [Sala 1.^a]. de 8 de marzo de 2013). Como medio subsidiario para el caso de que no se haya podido obtener la verdadera voluntad de las partes se aplicarán los criterios de los artículos 1282 a 1289 del mismo *corpus* legal (STS [Sala 1.^a]. de 17 de diciembre).

No obstante, cabe decir que el hecho de que la familia haya adoptado una serie de acuerdos, reflejados en el documento del protocolo, no significa que ésta quede exenta futuros conflictos. Sin embargo, es cierto que gozará de una mayor preparación para afrontar situaciones difíciles, e incluso para minimizar su frecuencia.

La publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, supuso un gran avance para las empresas familiares. Por primera vez una norma se dirigía a regular, de forma expresa, un documento expresamente diseñado para salvaguardar la continuidad de este tipo de entidades. En la actualidad un sesenta por ciento de las empresas españolas disponen ya de un protocolo familiar (Instituto de la Empresa Familiar, 2014).

Aun así, para que su contenido surta plenos efectos, es necesaria una organización mucho más extensa en la que se tengan en cuenta otros instrumentos jurídicos, entre ellos, los estatutos sociales.

Con todo, y pese a que ambos documentos tienen finalidades distintas, pues los estatutos sociales se encargan de regular la organización y funcionamiento de la entidad, mientras que el protocolo establece los principios fundamentales para regular las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa, en muchas ocasiones coincidirán las estipulaciones contenidas en ambos documentos. Por ello, deben coordinarse para que surtan plena eficacia y contribuir así a disminuir los conflictos internos que pudieran surgir en el seno de la empresa familiar. A tal efecto, la jurisprudencia se ha pronunciado afirmando que el protocolo familiar no forma parte de los estatutos de una sociedad, y que carece de todo carácter jurídico vinculante

puesto que su contenido es una «mera propuesta de intenciones» (vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 104/2002 de 8 de abril).

Para garantizar la consecución de ambos objetivos, considero aconsejable realizar en primer lugar el protocolo familiar a modo de principios fundamentales reguladores de las relaciones entre la familia propietaria y la empresa. Posteriormente, debiera procederse a redactar los estatutos sociales de forma coordinada con lo establecido en el protocolo. Esto es debido a que de las relaciones que se deseen establecer entre los miembros de la familia para con la sociedad dependerán, mayoritariamente, tanto la organización interna como su propio funcionamiento.

A diferencia de lo que ocurre con el protocolo familiar, toda sociedad, tanto de responsabilidad limitada como anónima, debe tener por ley unos estatutos sociales. Su finalidad es la de regular la organización y funcionamiento de la entidad en cuestión. El contenido mínimo se establece en la Ley de Sociedades de Capital, y es el Reglamento del Registro Mercantil el encargado de detallarlo más pormenorizadamente. Este documento no solo afecta a los familiares integrantes de la empresa familiar, sino que se hace extensivo y de obligado cumplimiento para el resto de socios de la entidad si los hubiere. Por ello, la estructura de los estatutos sociales tiene una naturaleza contractual. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo, estableciendo que «sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes» (STS (Sala 1.^a). de 31 de mayo de 1995).

Con todo, la gran ventaja de los estatutos sociales sobre el protocolo familiar es que al tener la obligación de hallarse inscritos en el Registro Mercantil, su contenido se presume válido y exacto (art. 20.1 del Código de Comercio) desplegando una eficacia *erga omnes*. Del mismo modo, la Ley de Sociedades de Capital establece de forma expresa que cualquier acuerdo social contrario a lo establecido en los estatutos podría ser impugnado (art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por ello, *a priori* podría afirmarse que cualquier pacto establecido protocolariamente y que sea contrario a los estatutos sociales podría resultar ser nulo de pleno derecho. A tal efecto la doctrina no es unánime. Autores como SERRANO GÓMEZ, basándose en el principio de libertad y voluntariedad que envuelven a estas figuras jurídicas, defienden que ante una posible divergencia de contenidos, prevalecerán los pactos del protocolo familiar sobre aquellos familiares que hayan suscrito el protocolo en cuestión (SERRANO GÓMEZ, E., «Los protocolos familiares», *vLex*, 2011 [Id.vlex: VLEX-219659733], pág. 27).

Sin embargo, la gran mayoría, entre los que me incluyo, opinan justamente lo contrario. Considero que esta idea tan solo tendría sentido si únicamente se tuviera en cuenta el aspecto moral de sus integrantes. No obstante, como en la práctica esto no es así, ante la vulneración de alguna de sus cláusulas su cumplimiento no podría ser exigido por la vía legal; a lo sumo, podría generar únicamente reproches por parte del resto de los firmantes del documento.

Del mismo modo, la escasa jurisprudencia que trata sobre la eficacia jurídica del protocolo familiar da prevalencia a lo dispuesto en los estatutos sociales sobre el protocolo. De este modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 81/2010 de 20 de abril, deja sin efecto las intenciones y cláusulas plasmadas en el protocolo familiar ya que con posterioridad a su suscripción, se crearon unos estatutos sociales que modificaban las cláusulas allí contenidas.

Por tanto, en relación a la conexión entre el protocolo familiar y los pactos estatutarios de la sociedad familiar hay que tener presente que las cláusulas contenidas en el primero constituyen sin duda un pacto parasocial con respecto a las segundas.

El artículo 7 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, regula una tercera forma de publicidad del protocolo familiar. En concreto dispone «cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública» (art. 7 del RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares [BOE núm. 65, de 16 de marzo]). Se trata de una publicidad indirecta y no directa. Entiendo que es una modificación formal de la publicidad registral ya que no altera ni las normas de adopción de acuerdos sociales, ni su forma de documentación, ni su inscripción registral. Con ello, tan solo se consigue que las empresas familiares puedan visualizar el protocolo familiar. Es decir, solo se modifica la denominación de la escritura pública que incorpora los acuerdos sociales susceptibles de inscripción, y que será «de elevación a público de acuerdos sociales en ejecución del protocolo», y así deberá indicar esta referencia.

En todo caso, para poder utilizar este tipo de publicidad es requisito indispensable que el protocolo familiar ya esté publicado por alguna de las otras dos vías contempladas en el Real Decreto. De todo ello se desprende, una vez más, que el protocolo familiar por sí solo no tiene la suficiente fuerza jurídica como para prevalecer sobre los

estatutos sociales, sino que siempre requerirá del apoyo de otro instrumento jurídico, en este caso la escritura pública.

Además, y según la propia Exposición de Motivos, es el único caso de los tres contemplados en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que tiene un efecto de publicidad material y no de mera noticia. Si bien, luego añade que «permite con ello una más adecuada interpretación de los acuerdos adoptados» (E. de M. del RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares [BOE núm. 65, de 16 de marzo]). Estrictamente, el efecto de la publicidad material está asociado a la inscripción de la escritura y no a la mención de «en ejecución de un protocolo familiar» que tan solo tendría un efecto de publicidad-noticia. Cosa distinta es que esa denominación formal tenga un valor interpretativo tal y como sostiene la Resolución de la Dirección General de 4 de mayo de 2005, que declaró inscribible la cláusula que impone como guía rectora de la interpretación y aplicación de los estatutos «la finalidad de conservación de la empresa y del patrimonio familiar» (Resolución de 4 de mayo de 2005, de la DGRN [BOE núm. 160, de 6 de julio]).

Así pues, el valor real del protocolo familiar reside más en el convencimiento entre las partes que su exigencia por vía judicial. Por el contrario, los estatutos sociales son un requisito legal indispensable para la creación de una sociedad, sin ellos ésta no existe o deviene en entidad de hecho.

Por todo ello es necesario que los estatutos sociales se conformen como medio complementario al protocolo familiar. Así pues, es aconsejable que todas aquellas estipulaciones contenidas en el protocolo, y que estén directamente relacionadas con los estatutos sociales, sean incorporadas a éstos. De esta forma, podrán ser inscritos en el Registro Mercantil y así ser oponibles frente a la sociedad y a terceros.

BIBLIOGRAFÍA

AMAT SALAS, J. M., «La continuidad de la empresa familiar», en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000.

GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., «La empresa familiar: fortalezas y trampas», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., «El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional», *Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 2003, págs. 91-134.

SERRANO GÓMEZ, E., «Los protocolos familiares», vLex, 2011 (Id. vlex: VLEX-219659733).

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio de 1885 (Gaceta de Madrid de 16 de octubre a 24 de noviembre de 1885, núm. 289 a 328. Modificado por Leyes: 19/1989 (BOE núm. 178, 27-07-1989), 24/2001 (BOE núm. 313, 31-12-2001), 34/2002 (BOE núm. 166, 12-07-2002), 22/2003 (BOE núm. 164, 10-07-2003), 62/2003 (BOE núm. 313, 31-12-2003), 2/2007 (BOE núm. 65, 16-03-2007), 16/2007 (BOE núm. 160, 5-07-2007).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio).

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE núm. 184, de 31 de julio).

Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE núm. 65, de 16 de marzo).

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio).

INFORMES

Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar. BOCG, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001, págs. 25 y ss.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 31 de mayo de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 17 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 25 de febrero de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 8 de marzo de 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 81/2010, de 20 de abril.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 104/2002, de 8 de abril.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 117/2013, de 5 de marzo.

Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 160, de 6 de julio).

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

Instituto de la Empresa Familiar: http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_familia.html, en fecha 28-10-2014.