

EL CONTROL NOTARIAL DE LOS LÍMITES DEL PROTOCOLO FAMILIAR

CONFERENCIA

pronunciada por la

Ilma. Sra. Dña. MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 2018

EL CONTROL NOTARIAL DE LOS LÍMITES DEL PROTOCOLO FAMILIAR

CONFERENCIA

pronunciada por la

Ilma. Sra. Dña. MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 5 de abril de 2018

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

«Publicación no venal»

Ilustrísimo Sr. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, Ilustrísimos Sres. Académicos, Ilustrísima Sra. Decana Territorial de los Registradores, Ilustrísimo Sr. Decano del Colegio de Abogados, queridos compañeros y amigos, querida familia, señoras y señores:

*A*LLÁ POR EL AÑO 2006, concretamente el 15 de noviembre de aquel año, pisé por primera vez esta sala, muy emocionada y acompañada por mi familia, para recoger el premio que esta Real Academia concede al mejor expediente académico de la licenciatura de Derecho. Era yo por entonces una licenciada en Derecho, recién egresada de la Facultad de Derecho de Granada, que había empezado a preparar con muchísima ilusión

NOTA BENE

Constituye la base de esta conferencia la pronunciada por la conferenciante el día 21 de enero de 2013, bajo el título «El protocolo familiar: configuración, límites y utilidad», en la sede de Sevilla del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, posteriormente publicada en los *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*. Sobre esta misma temática ha escrito también la conferenciante un capítulo del especial de 2017 sobre empresa familiar de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* del Consejo General del Notariado.

las oposiciones a Notarías. Comprenderán que aquella tarde en modo alguno se me pasase por la cabeza la idea de que algún día, hoy por ejemplo, estaría de nuevo aquí, siendo ya notario, en este lugar que ahora ocupo, rodeada de tan ilustres juristas de las más diversas especialidades y profesiones jurídicas, y entre ellos de algunos que tanto me han ayudado y me siguen ayudando (como mis preparadores y maestros en todo lo que sé de la profesión notarial Juan Antonio López Frías y Luis María de la Higuera, o como Andrés Tortosa o como Salvador Torres). Seguramente no hace falta que diga nada más para que puedan imaginar la emoción que para mí supone el honor de expresarme en alta voz en esta ilustre Casa y ante tan distinguido auditorio. Solo espero saber responder a ello dignamente.

Llevo ya ocho años y cinco meses (desde el 5 de noviembre de 2009) ejerciendo la bella profesión de notario. Empecé a ejercerla en Campillo de Arenas, un pequeño pueblo de la provincia Jaén, a 50 kilómetros de la ciudad de Granada, enclavado en el inmenso mar de olivos de la comarca de Sierra Mágina, que cuenta con poco más de 2.000 habitantes. Atendía también otras cuatro localidades de la misma comarca: Noalejo, Carchelejo, Cárcchel y Arbuniel. Hablo de una población total de unas 6.500 personas, dedicadas —en su inmensa mayoría— a la agricultura y a actividades secundarias relacionadas con esta. No me atrevo a dar una cifra global de empresarios personas jurídicas que desarrollan sus actividades en la zona, pero estoy convencida de no mentir si digo que —contando SA, SRL, cooperativas y SAT— no alcanzaban cuando yo era notario allí ni al-

canzan ahora tampoco el centenar. Y, desde luego, en el caso de las SA, sobran dedos de una mano para contarlas. A todo ello hay que unir, eso sí, las comunidades de bienes, alguna que otra sociedad civil y, por supuesto, las personas físicas que desarrollan actividades empresariales en sentido amplio. Según datos recientes del INE y del Instituto de Estadística de Andalucía, el 90% de las empresas de la zona cuentan con 5 o menos trabajadores, el 8% cuentan con entre 6 y 19 trabajadores y solo el 2% cuenta con 20 o más trabajadores. Y puedo añadir, ya sin datos oficiales que me respalden, que por encima del 90% de las empresas de la zona merecen la calificación de *empresas familiares*, esto es, responden al concepto de empresa en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones y unidas por vínculos familiares controlan y comparten, total o parcialmente, con vocación de continuidad en el tiempo y bajo cualquier forma (individual, societaria o comunitaria) admitida en Derecho, la propiedad de los medios de producción y las labores de organización, gestión y dirección, generándose así una cierta comunicación entre los fines de la familia y los de la empresa.

Todos los datos anteriores no pretenden más que ejemplificar con un territorio por mí conocido lo que es una realidad común a tantos otros lugares de nuestro país. No en vano, es sabido por todos que las empresas familiares sostienen el tejido productivo y la creación de empleo en la mayor parte de los países desarrollados con economía de mercado. En España, existen casi 3 millones de empresas familiares, que representan entre el 65% y el 70% del PIB nacional, realizan el 60% de las exporta-

ciones y generan cerca de más de 10 millones de puestos de trabajo. Datos estos, sin duda, muy reveladores.

Pues bien, estando yo en Campillo de Arenas, se presentó un día en mi despacho un vecino de la zona, a quien yo ya conocía de alguna ocasión anterior en la que había solicitado mi actuación como notario. Tras saludarme, sus primeras palabras fueron:

María Teresa, necesito que me ayudes..., bueno..., que nos ayudes, a mi familia y a mí.

A partir de ahí, en media hora, me resumió la situación que tanto le preocupaba y que le había llevado a la notaría: la empresa familiar —del sector agroalimentario—, fundada por sus padres hacía sesenta años y ahora ya íntegramente en manos de los hijos de los fundadores, se veía inmersa en un conflicto a medio camino entre lo puramente empresarial y lo personal o familiar, cuyo último detonante había sido la salida por jubilación de dos trabajadores de la empresa (un hermano socio y su cónyuge) y que amenazaba la estabilidad de la propia empresa. La cuestión ya estaba en manos de abogados y ya se había producido también el consabido cruce de cartas, burofaxes, etc. con toda clase de reclamaciones y variopintos reproches entre las partes. En realidad, no me sorprendió demasiado, pues yo ya había tenido ocasión tiempo atrás de levantar acta de una junta tensa que no vaticinaba nada bueno.

El relato de mi interlocutor alumbraba a cada frase, indefectiblemente, uno por uno, los principales y tan estudiados inconvenientes y ventajas que suele llevar

aparejados el carácter familiar de una empresa. Inconvenientes y ventajas que, por otro lado, no son más que trasunto de las tensiones positivas y negativas que inevitablemente genera la imbricación o solapamiento cotidiano en el seno de la empresa familiar de dos instituciones esenciales —cada una en su orden— para la sociedad, fuertes y complejas como pocas, como son la *familia* —regida por los valores del afecto, la lealtad personal y la fraternidad entre sus miembros— y la *empresa* —guiada por el ánimo de lucro y por los principios de la eficiencia y la productividad—.

Así, en general y también en el caso concreto que les estoy presentando, el carácter familiar de una empresa supone tres principales ventajas¹, a saber:

- i) un alto grado de compromiso y dedicación de los familiares implicados en el negocio,
- ii) un alto grado de autofinanciación y reinversión de beneficios, y
- iii) un alto grado de vinculación con la clientela.

Pero, simultáneamente, ese mismo carácter familiar de la empresa acarrea inconvenientes y peligros que habrá que saber conjurar, como son:

1. Sobre las ventajas e inconvenientes específicos que entraña el carácter familiar de la empresa, *vid.* SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J. «El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional», en *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Madrid*, número 27, 3ª época, Madrid, octubre de 2003, pp. 91-93. Además de las citadas más arriba, autor destaca otras dos ventajas de gran importancia: la correcta capitalización y la planificación a largo plazo o con vocación de continuidad en el tiempo.

- i) el acceso a funciones directivas de familiares no cualificados;
- ii) la dificultad para obtener financiación exterior sin perder el control de la empresa;
- iii) la alarmante inoperancia de los órganos sociales cuando se confunde la toma de decisiones familiares con la toma de decisiones empresariales;
- iv) la nefasta confusión entre el patrimonio familiar y el empresarial; y
- v) la complicada ordenación de la sucesión, entendiéndose tal sucesión en un sentido amplio, como sinónimo del tránsito de una generación a otra, sea por fallecimiento, jubilación o simple apartamiento voluntario. En este punto, no olvidemos el revelador dato de que solo el 30% de las empresas calificadas como familiares llega a la segunda generación y no más del 15% sobrevive hasta la tercera.

De todos los inconvenientes señalados, la empresa jiennense a la que vengo haciendo referencia, según se colegía fácilmente de las palabras de mi interlocutor, sufría los dos últimos con especial virulencia. Por un lado, el grado de confusión entre los patrimonios familiar y empresarial había alcanzado cotas muy preocupantes. Simplificando, les diré que la empresa en cuestión desarrollaba sus actividades a través de tres distintas formas jurídicas: una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad cooperativa y una comunidad de bienes que comprendía gran cantidad de bienes familiares, de los que son únicos socios o cotitulares los cinco hermanos. Y la mezcolanza de medios materiales de producción,

flujos de capital, trabajadores y contabilidad en general entre las tres era más que notable. De hecho, estaba completamente arraigada en la mente de los propios familiares implicados la idea de que su SL, su cooperativa y su comunidad de bienes eran auténticos vasos comunicantes, vestimentas formales dispares para un activo, un pasivo y unos medios indistintos.

Y, por otro lado, el problema de la sucesión había asomado presto tan pronto como uno de los hermanos (socio y trabajador) y su cónyuge (solo trabajador) habían anunciado su intención de jubilarse, la falta de interés de sus hijos por continuar en el negocio, su deseo de deshacerse de sus participaciones y cuotas en la SRL y en la cooperativa —a ser posible vendiéndoselas a los restantes socios a cambio de un valor «razonable» sobre el que, como podrán imaginar, no existía el más mínimo acuerdo— y su deseo de extinguir la comunidad de bienes en los términos que hace unos años fueron acordados verbalmente por todos los comuneros —términos que incluían, entre otras cosas, compensaciones consistentes en bienes pertenecientes a la cooperativa y a la SRL, pero que, en el «imaginario familiar», eran, al fin y al cabo, bienes «de todos», como si los entes constituidos por ellos mismos no existiesen, como si *ad intra* fuese posible aplicar, sin más y al gusto, la doctrina del *levantamiento del velo*—.

La conversación que me ha servido como hilo conductor para introducir y plantear la materia que aquí nos ocupa finalizó con dos preguntas. La primera se la hice yo a mi interlocutor:

¿Qué esperas de mí?, ¿en qué puedo ayudaros exactamente?

Y su respuesta fue clara:

Que medies. Todo está yendo a peor. Las relaciones de la familia se están enrareciendo muchísimo. Mis padres están sufriendo lo indecible. Ya varios no nos hablamos ni nos escuchamos ni casi nos miramos. Ninguna de las partes quiere ni ver a los abogados de la otra y ha habido episodios ya de mucha tensión. Eres la única persona a la que vamos a escuchar y a respetar todos. En eso es en lo único en lo que ahora estamos de acuerdo.

He de confesar que casi me emocionó su respuesta, por la desesperación y la dura situación familiar que revelaba y por esa sincera confianza que estaba depositando, no solo y no tanto en mí, sino en la figura del notario del pueblo, lo que me recordó, una vez más, una de las buenas razones por las que decidí vocacionalmente dedicarme a esta profesión. Y en pleno proceso de mediación efectivamente nos metimos y ya puedo adelantarles que con positivos frutos.

Y la otra pregunta la lanzó retóricamente mi interlocutor al aire:

Casi no me creo hasta qué punto hemos sido capaces de llegar... ¿Quién lo iba a pensar?

Y, en efecto, esa es la clave: que para evitar el conflicto, el desorden, la zozobra futura, alguien tiene que pensarlo, alguien tiene que preverlo. Y no hay excusas porque nuestro Ordenamiento ofrece instrumentos jurídicos adecuados para hacerlo y, en particular, por lo que aquí nos interesa, la figura del protocolo familiar.

* * *

A partir de aquí, voy a dividir mi exposición en tres partes principales:

- La primera la dedicaré a caracterizar brevemente la figura del protocolo familiar, una gran desconocida aún para los particulares y —lo que es más preocupante— para muchos operadores jurídicos.
- La segunda la centraré en el estudio del control de los límites del protocolo familiar, en sus vertientes subjetiva, objetiva y formal.
- Y la tercera, a modo de conclusión, tendrá por objeto destacar la utilidad del protocolo familiar y las especiales ventajas ligadas a su formalización en escritura pública.

I

BREVE CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Comenzando por esa breve caracterización de la figura del protocolo familiar y prescindiendo de antecedentes remotos y de sus orígenes en el Derecho estadounidense, contamos con dos antecedentes comunitarios interesantes —no tanto por su vinculatoriedad jurídica, prácticamente nula, sino por su gran impacto pedagógico—, como la Recomendación 94/1069/CE sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas y la Comunicación de la Comisión de 11 de febrero de 2004 sobre el «Programa europeo en favor del espíritu empresarial». A partir de ellos, el «Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa

Familiar» (creada en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de noviembre de 2001, refleja, por primera vez, el interés de nuestro legislador por la problemática específica de la empresa familiar, pero lo cierto es que se limitó a hacer una serie de recomendaciones, algunas de las cuales quedaron reflejadas en la Ley 7/2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (en adelante, LSLNE). Entre esas recomendaciones, por lo que aquí nos interesa, destaca la de «recomendar a la empresa familiar la formalización de un protocolo familiar como acuerdo que delimite el marco de desarrollo, las reglas de actuación y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros». Y fue, precisamente, en cumplimiento de esta última recomendación y de lo dispuesto en la disposición final 2^a.3 LSLNE, que se dictó el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (en adelante, RDPPF).

Basta con solo leer con un mínimo de atención el título de la norma citada para desterrar una primera tentación que podría asaltarnos: la de creer que se trata de una norma que regula de forma sistemática, global y unitaria la figura del protocolo familiar. No lo es. En absoluto lo es. En modo alguno abandona con ella nuestro legislador (o mejor dicho, en este caso, nuestro ejecutivo) su pertinaz tendencia a tratar fragmentariamente la problemática de la empresa familiar y a dar, en consecuencia, soluciones fragmentarias (con disposiciones variopintas y no siempre bien coordinadas en los ámbi-

tos civil, fiscal, laboral, societario...). Así, el mencionado RDPPF ni da un concepto preciso de empresa familiar ni regula aspectos estructurales u organizativos de la empresa familiar ni siquiera regula los elementos subjetivos, objetivos ni formales del protocolo familiar, quedando todos ellos encomendados a la autonomía negocial. El RDPPF regula estrictamente lo que su título dice regular: la publicidad de los protocolos familiares.

En definitiva, bien parece que, como en tantas otras ocasiones, una figura de gran utilidad potencial para solucionar graves problemas que padece una institución como la empresa familiar, de indiscutible importancia en nuestro sistema jurídico-económico-social, ha entrado en nuestro Ordenamiento casi «de tapadillo», por una ventana o, a lo sumo, por la puerta de atrás.

A partir de aquí y a falta de regulación positiva al respecto, veamos, a grandes rasgos, el concepto, naturaleza jurídica, contenido y eficacia del protocolo familiar.

Concepto

Comenzando por el concepto de protocolo familiar, me parece que la definición más atinada y completa es la de GARRIDO DE PALMA², según la cual el protocolo

2. El citado autor fue pionero en el tratamiento de la figura del protocolo familiar en nuestra doctrina. *Vid.* GARRIDO DE PALMA, V. M. «Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familiar», en AA.VV. *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. Madrid, Cívitas, 1995. Cfr. GARRIDO

familiar es el conjunto de acuerdos que celebran y documentan los familiares (y eventualmente ciertos terceros) directamente implicados en una empresa familiar —cualquiera que sea la forma jurídica bajo la que esta se haya configurado—, con el fin de establecer las reglas que han de regir la relación entre la familia y la empresa y de fijar los mecanismos adecuados para prevenir y, en su caso, resolver los conflictos que puedan surgir entre los firmantes del protocolo y entre estos y la empresa, para así procurar la continuidad de esta en el tiempo y la preservación, en su caso, de su carácter familiar.

Naturaleza jurídica

De la anterior definición ya se deduce claramente la *naturaleza poliédrica o múltiple*³ del protocolo familiar, concebido como instrumento para el buen gobierno de la empresa familiar, como una suerte de compendio de las «reglas del juego» que han de permitir armonizar los valores, las funciones y los intereses propios de la familia y de la empresa. Así:

DE PALMA, V. M. «La familia empresaria: su protocolo», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 44, Madrid, 2006, pp. 94-123.

3. Subraya Gomá Lanzón que el protocolo familiar, por su sujeto (que no se sabe con precisión cuál es), por su objeto (que es heterogéneo) y por su eficacia (variada y en ocasiones vacilante) no encaja en las categorías clásicas de los contratos y choca con el Derecho continental moderno. *Vid.* GOMÁ LANZÓN, I. «El protocolo familiar», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV. Barcelona, Bosch, 2005, pp. 670-671.

- i) El protocolo familiar es, siguiendo la clásica clasificación de los negocios jurídicos, un negocio jurídico atípico (en cuanto que carece de específica y sistemática regulación en nuestro Ordenamiento), nominado, familiar y patrimonial a un tiempo, plurilateral en el caso más frecuente (y, más concretamente, del tipo acuerdo, convención o acto colectivo, por cuanto los intereses de las partes son convergentes) —si bien puede plantearse el caso de un protocolo formado unilateralmente por un único fundador—, inter vivos (sin perjuicio de que, en desarrollo del mismo, puedan otorgarse disposiciones mortis causa), oneroso (por cuanto cada parte espera obtener de las demás unas ventajas o atribuciones que operan, a su vez, como causa de la atribución que ella hace a favor de los demás), con elementos tanto conmutativos como aleatorios, consensual o no solemne, principal y potencialmente generador de negocios conexos o coligados.
- ii) El protocolo familiar es un negocio jurídico de contenido heterogéneo y complejo, lo que resulta coherente con su frecuente (aunque, en mi opinión, no imprescindible) vocación totalizadora, es decir, con su frecuente pretensión de ordenar, prever y solucionar, unitaria y globalmente, todos los problemas que pueden surgir en el seno de la empresa familiar.
- iii) El protocolo familiar es una suerte de acuerdo-marco, que no se agota en sí mismo, sino que,

antes al contrario, necesita ser ulteriormente desarrollado por otra pluralidad de negocios jurídicos de la más variada índole, algunos de ellos, en ocasiones, conexos o coligados entre sí (como testamentos, capitulaciones matrimoniales, estatutos sociales...).

- iv) En el supuesto concreto de las empresas familiares con forma societaria, el protocolo familiar es un pacto ajeno al contrato social, parte de cuyo contenido responde al concepto técnico de pacto parasocial.
- v) El protocolo familiar es un instrumento estable y, al mismo tiempo, dinámico, en el sentido de que debe ser revisado cada cierto tiempo para adaptarlo a las nuevas circunstancias familiares y empresariales.
- vi) Consecuentemente con su heterogéneo y complejo contenido, el protocolo familiar tiene una eficacia variable o heterogénea, que va desde el alcance meramente moral de algunos pactos hasta la plena vinculatoriedad jurídica de los pactos contractuales, pasando por la trascendencia institucional de los que acaban siendo trasladados a los estatutos de la sociedad familiar.

Contenido

Sobre el contenido del protocolo familiar, ya he apuntado antes su llamativa y, en cierto modo, problemática heterogeneidad. A título meramente enunciativo —puesto que luego volveré sobre esto con más deta-

lles—, quede dicho aquí que el protocolo familiar contiene o puede contener:

- i) Pactos sobre la filosofía o cultura empresarial que ha de vertebrar, desde el punto de vista de los valores, el futuro de la empresa familiar.
- ii) Pactos sobre la delimitación del ámbito de aplicación del propio protocolo y sobre la delimitación del ámbito material, temporal y territorial de actuación de la empresa.
- iii) Pactos sobre la incorporación a la empresa y salida de la misma de los miembros de la familia y sobre la conducta que han de tener los familiares incorporados en sus relaciones internas y hacia la empresa.
- iv) Pactos sobre el gobierno y dirección de la empresa.
- v) Pactos sobre la estructura de propiedad de la empresa, con especial atención a los pactos que prevén la futura sucesión en la empresa.
- vi) Pactos sobre la gestión económico-financiera de la empresa y sobre las relaciones económicas entre la empresa y los familiares.
- vii) Pactos sobre la resolución de futuros conflictos en el seno de la empresa familiar.

Eficacia

Finalmente, para terminar con esta caracterización básica del protocolo familiar, merece la pena profundizar algo más en la espinosa cuestión de la *eficacia* de los pactos contenidos en el protocolo familiar, eficacia que

antes califiqué como variable o heterogénea en la medida en que difiere considerablemente de un pacto a otro en función de su naturaleza y contenido. Así, conviene distinguir, en mi opinión, dos grandes categorías de pactos susceptibles de ser incluidos en el protocolo familiar y, a su vez, dentro de la segunda categoría que citaré, varias subcategorías:

- i) De un lado, están los pactos de caballeros, a los que se dota voluntariamente de un mero alcance moral o metajurídico, de un contenido incoercible, si bien no se puede perder de vista su valor como elementos coadyuvantes en la tarea de interpretación del contrato (art. 1282 CC y RDGRN de 4 de mayo de 2005).
- ii) Y, de otro lado, están los pactos propiamente contractuales y, como tales, vinculantes en todos sus extremos para las partes y generadores de responsabilidad en caso de incumplimiento. A su vez, dentro de esta categoría, se deben distinguir, a mi juicio, los siguientes subtipos de pactos:
 1. En primer término, en función de su complitud y autosuficiencia, podemos hablar de:
 - ***Pactos contractuales autosuficientes***, completos por sí mismos, delimitados y consentidos en todos sus extremos en el protocolo familiar.
 - ***Pactos contractuales pendientes o necesitados de ulterior desarrollo y/o ejecución mediante otro instrumento jurídico independiente***, cuya eficacia queda ligada a ese instrumento de desarrollo (ej. modificación estatutaria, testamento, capitulaciones matrimoniales...).

2. Y, en segundo término, en función de la ajeneidad o pertenencia del pacto a la esfera jurídica societaria (si es que la empresa es societaria), podemos hablar de:

- ***Pactos con trascendencia institucional***, es decir, que acaban incorporándose al acervo jurídico de la sociedad, típicamente mediante su reflejo en los estatutos.
- ***Pactos parasociales sensu stricto***⁴, que permanecen al margen de dicho acervo jurídico de la sociedad y que, como destacó la RDGRN de 24 de marzo de 2010, desplegarán su eficacia jurídica *inter partes*, frente a la sociedad y frente a terceros a través de los múltiples mecanismos articulados por la doctrina, la jurisprudencia y el legislador en los últimos tiempos para reforzar la eficacia de este tipo de pactos⁵. El protocolo familiar, ade-

4. En esta línea, la RDGRN de 24 de marzo de 2010 (BOE núm. 114 de 10 de mayo de 2010) insistió en la distinción entre pactos corporativos y pactos convencionales parasociales, destacando que la ajeneidad de estos últimos a los estatutos sociales no determina su invalidez sino solo un grado diferente de eficacia. Los pactos parasociales se adoptan en el marco de la esfera individual (diferenciada de la corporativa), con alcance obligacional *inter partes*, sobre cuestiones atinentes a la compañía pero sin modificar el régimen societario y al margen de él. Por eso, no tienen acceso al Registro Mercantil, salvo la excepcional publicidad-noticia de los protocolos familiares, mediante su reseña o depósito, cuestión que luego veremos.

5. Destacan los interesantísimos estudios sobre esta materia de Paz-Ares. Vid. PAZ-ARES, C. «Los pactos parasociales. Su eficacia», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV. Barcelona, Bosch, 2005, pp. 709-752.

más, por la heterogeneidad de su contenido, suele contener pactos parasociales de las tres clases identificadas por la doctrina: *de relación, de atribución y de organización*.

En primer lugar, recordemos los claros mecanismos de refuerzo de la eficacia inter partes de los pactos parasociales que ofrece nuestro Ordenamiento, derivados de la relatividad y obligatoriedad propia de todo contrato (arts. 1091, 1124, 1254 y 1258 CC), tales como la acción de indemnización de daños y perjuicios, la acción de cumplimiento, la acción de remoción (dirigida a destruir el estado de cosas creado por el incumplimiento) o la acción de exclusión del propio protocolo familiar.

En segundo lugar, encontramos también *mecanismos de refuerzo de la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad*, entre los cuales destacan tres:

- i) La admisión de la oponibilidad directa del pacto parasocial frente a la entidad (con la consiguiente posibilidad de impugnar los acuerdos sociales contrarios al pacto y quebrándose, en consecuencia, la habitual incomunicación entre los ámbitos societario y extrasocietario) cuando esta no puede ser razonablemente considerada como «tercero» respecto de dicho pacto, lo que ocurre en aquellos casos en que resultan ser idénticos el sustrato subjetivo del pacto y el sustrato subjetivo del contrato social.
- ii) La inclusión en los estatutos sociales de una cláusula que imponga la suscripción y cumplimiento del pacto parasocial (siempre que este ya exista y quede perfectamente identificado), por la vía de las prestaciones accesorias, cuyo incumplimiento puede llevar aparejada la aplicación de una cláusula penal o, incluso, la sanción de exclusión y que supone la necesidad de contar con el consentimiento de la sociedad para transmitir voluntariamente inter vivos las acciones o participaciones que lleven aparejada la prestación. La viabilidad jurídica de este tipo de cláusulas será objeto de estudio más adelante, con ocasión de analizar la delimitación del ámbito subjetivo del protocolo familiar.
- iii) Y la inclusión en los estatutos sociales, al amparo de la nueva redacción dada al art. 188.5 RRM por el RD 171/2007, de una cláusula que establezca que solo se reconoce la legitimación

II

EL CONTROL (NOTARIAL) DE LOS LÍMITES DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Procediendo ya a analizar con detalle el control —y, singularmente, el control notarial— de los límites del protocolo familiar, me gustaría aclarar antes de nada la razón por la que he querido afrontar el estudio de esta materia desde la perspectiva de los límites y de su control por parte del notario.

Es curioso cómo ciertos términos llevan aparejadas connotaciones que marcan su específico significado hasta, a veces, casi transformarlo o desfigurarlo. Eso es lo que ocurre, en mi opinión, con la palabra «límite», que lleva aparejada una connotación negativa, asociada a la idea de coerción, de privación de libertades, de prohibición, de sanción a la transgresión. Connotación esta que, respondiendo en parte a la realidad, ha tenido la extraña habilidad de superponerse al esencial significado de la propia palabra «límite», que no es otro que el de confín,

para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las participaciones de las que sean titulares los firmantes del pacto parasocial al comisario o síndico debidamente designado por ellos en el marco de dicho pacto. Esta legitimación irrevocable excepcionaría la regla general de revocabilidad de la representación y sería admisible al amparo de la nueva redacción del art. 186.5 RRM.

Y, finalmente, encontramos también algún todavía muy débil mecanismo de refuerzo de la eficacia de los pactos parasociales erga omnes, que se concreta en su publicidad registral general en la forma prevista en el RDPPF, que será objeto de estudio en otra parte de este trabajo.

el de línea real o imaginaria que dibuja el contorno o perfil de un lugar, un objeto o un concepto, separándolos de los demás. Más allá o fuera de esa línea, ese lugar, objeto o concepto no existen; dentro de esa línea, en cambio, despliegan todo su ser, todo su significado, todas sus potencialidades.

En definitiva, quisiera yo trasladarles aquí una perspectiva distinta y positiva del término «límite», de lo que existe y se desarrolla dentro de los límites marcados. Si hemos hablado de la atipicidad del protocolo familiar y de su encomienda a la autonomía negocial, la riqueza de la vida que va a desarrollarse dentro de sus límites va a ser extraordinaria. Si fuera de los límites lo delimitado se agota, dentro de ellos hay libertad. Y eso es lo que verdaderamente nos interesa: el control notarial de la legalidad aplicado al protocolo familiar para evitar aquel agotamiento y para procurar un pleno y rico desarrollo de esta libertad.

A partir de aquí, voy a analizar separadamente las tres vertientes de ese control de los límites del protocolo familiar: SUBJETIVA, OBJETIVA y FORMAL.

Límites subjetivos

Comenzando por los límites subjetivos del protocolo familiar, la gran cuestión es determinar quiénes pueden ser y han de ser los sujetos intervinientes y firmantes del protocolo familiar. Más concretamente, voy a plantear aquí tres interrogantes:

1. ¿Cuál es el concepto de «familia» o de «grupo familiar» relevante a efectos de calificar una empresa como empresa familiar?
2. ¿Qué grado de control de la empresa es exigible al grupo familiar para calificar una empresa como empresa familiar?
3. ¿Qué sujetos han de suscribir o pueden suscribir el protocolo familiar?

1. CONCEPTO DE «FAMILIA» O «GRUPO FAMILIAR»

El primer interrogante planteado, el de cuál es el concepto de «familia» o de «grupo familiar» a efectos de calificar una empresa como empresa familiar, es especialmente problemático. Y no solo no ha sido resuelto por el legislador sino que, antes al contrario, se ha hecho más complejo y oscuro a raíz de los descoordinados y torpes intentos de alguna norma —en su articulado o en los prolegómenos de su articulado— de poner luz en el asunto.

Así, la Exposición de Motivos del RDPPF, define la sociedad familiar restrictivamente como:

[...] aquella en la 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 [...]

y añade luego que el protocolo familiar es el «conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares». Pero, inmediatamente a continuación, la misma Exposición de Motivos retrocede y, como arrepintiéndose de haber llegado de-

masiado lejos en su concreción del concepto de empresa familiar, afirma de manera más neutra que:

[...] en lo que interesa a este Real Decreto, será familiar una sociedad de personas o capital en la que existe un protocolo que pretende su publicidad.

Y es que no olvidemos que, como antes señalé y como advierte la Exposición de Motivos de referencia, el RDPPF no tiene por objeto regular los elementos subjetivos, objetivos ni formales del protocolo familiar, sino tan solo el concreto aspecto de su publicidad a través del Registro Mercantil.

Yendo aún más allá, dispersos por nuestro Ordenamiento, al descender a la regulación de concretas instituciones, encontramos múltiples conceptos de familia más o menos restringidos. Así:

- i) En el sentido más restringido posible, la familia comprende solo al progenitor o progenitores —ligados estos, en su caso, por vínculo matrimonial— y su descendencia. Este concepto se tiene en cuenta, por ejemplo, en el marco de la sucesión forzosa.
- ii) En un sentido algo menos restringido, la familia comprende a las personas ligadas por vínculo de matrimonio o relación de afectividad análoga a la conyugal (constituyan o no pareja de hecho en sentido estricto) o por vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad que conviven bajo un mismo techo. Este concepto es tenido en cuenta,

por ejemplo, en sede de subrogación mortis causa en los arrendamientos urbanos.

- iii) Y, finalmente, en el sentido más amplio posible, la familia incluye a todas las personas unidas por vínculo de matrimonio o relación de afectividad análoga a la conyugal (constituyan o no pareja de hecho en sentido estricto) o por vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad. Este concepto se tiene en cuenta, aunque incorporándole ciertos límites en el grado de parentesco, para el llamamiento a la sucesión intestada, la obligación de alimentos, el impedimento matrimonial de parentesco, la determinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado o con los administradores de sociedades de capital o la identificación de una operación como operación vinculada a efectos fiscales.

Asimismo, es sabido por todos que el Tribunal Constitucional, en las ocasiones que ha tenido de pronunciarse sobre el principio de protección integral de la familia del art. 39.1 CE, ha puesto el acento en que el concepto constitucional de familia es un concepto amplio y plural, con tres notas características mínimas: la estabilidad, la publicidad y la existencia de lazos de afectividad de diversa índole entre sus miembros.

En definitiva, ¿con qué concepto de familia nos quedamos? Mi respuesta es clara: con el concepto de familia más amplio posible, es decir, el antes definido como concepto de familia amplio, con solo los requisitos mínimos exigidos por el Tribunal Constitucional y, además, sin lí-

mite apriorístico en el grado de parentesco. Y ello por dos razones:

- i) Porque es lo más coherente con la encomienda general de esta materia a la autonomía negocial.
- ii) Y porque también es lo más coherente con la finalidad última de la propia formulación formal del concepto de empresa familiar, que no es otra que la crear un marco jurídico adecuado que garantice su continuidad.

2. GRADO DE CONTROL DE LA EMPRESA

Por lo que se refiere ahora al segundo interrogante planteado, el de cuál es el grado de control de la empresa exigible al grupo familiar para calificar aquella como empresa familiar, la cuestión es más pacífica. Parece claro que debe exigírsele al grupo familiar un grado de control de la propiedad y de los órganos de administración suficiente para que la toma de decisiones dependa de la voluntad del grupo familiar sin necesidad de sumar apoyos de terceros. Esta respuesta implica, por tanto, que en la empresa familiar pueden existir socios, administradores y trabajadores ajenos al grupo familiar.

3. SUJETOS FIRMANTES DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Y, finalmente, había planteado la cuestión que cuáles han de ser o pueden ser los sujetos firmantes del protocolo familiar. Y para darle respuesta es imprescindible, en mi opinión, conjugar cuatro ideas básicas:

- i) El protocolo familiar puede configurarse como un negocio unilateral o plurilateral. Ciertamente, esto último es lo más frecuente, pero hay que admitir la viabilidad jurídica de un protocolo familiar otorgado exclusivamente por una persona, prototípicamente el cabeza de familia titular exclusivo de la propiedad de la empresa familiar, y comprensivo de ciertas determinaciones que habrán de marcar en el futuro el proceso de sucesión en la empresa, siendo aconsejable, por lo demás, que el contenido de tales determinaciones se halle perfectamente coordinado con el contenido del testamento del futuro causante y, cuando proceda, con el contenido de los estatutos sociales.
- ii) Admitido que en la empresa familiar pueden existir socios o partícipes, administradores y trabajadores ajenos al grupo familiar y considerando que a este puede interesar contar con la participación y consentimiento de ciertos terceros, hay que admitir la intervención de sujetos en el protocolo familiar en distintos conceptos⁶, a saber:
- Miembros del grupo familiar socios/partícipes, que pueden ser simultáneamente, administradores y/o trabajadores.
 - Miembros del grupo familiar administradores no socios/partícipes.

6. *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L. «El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *Revista de Derecho de Sociedades*, Navarra, Thomson-Aranzadi, año 2007-2, número 29, pp. 139 y ss.

- Miembros del grupo familiar trabajadores no socios/partícipes.
 - Miembros del grupo familiar que no son ni socios/partícipes, ni administradores ni trabajadores.
 - Socios/partícipes no miembros del grupo familiar.
 - Administradores no miembros del grupo familiar.
 - Trabajadores no miembros del grupo familiar.
- iii) Vistos los títulos o conceptos por lo que se puede intervenir en un protocolo familiar, hay que matizar que no todos los sujetos que cumplen con tal título o concepto tienen por qué ser parte del protocolo familiar. Dicho de otra manera, no todos los socios o partícipes, trabajadores y administradores de la empresa familiar ni todos los miembros del grupo familiar han de ser firmantes del protocolo familiar.
- iv) Finalmente, es importante tener en cuenta que el protocolo familiar, como instrumento llamado a dotar de estabilidad a la empresa familiar ante cualquier evento sucesorio, suele contemplar y es aconsejable que contemple:
- De un lado, la incorporación futura de nuevos firmantes, mediante su *adhesión* al protocolo.
 - Y, de otro lado, la *continuación* del protocolo con los sucesores del difunto firmante.

Para terminar con los límites subjetivos del protocolo familiar, permítanme destacar el valor del control notarial de dichos límites. Cuando el protocolo fami-

liar se formaliza en escritura pública, el notario —como hace en todo otro instrumento público que autoriza o interviene— realiza un triple control de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, control que, de ser superado satisfactoriamente, se expresa mediante el oportuno juicio notarial favorable amparado por la fe pública notarial, reforzado por las presunciones de veracidad y legalidad y solo destruible en juicio mediante una completa y especialmente rigurosa prueba en contrario.

Límites objetivos

Paso, a continuación, a analizar los *límites objetivos* del protocolo familiar. Por razones de claridad en la exposición, me parece conveniente ordenar ese análisis en función de las partes en que, materialmente, suele dividirse el contenido del protocolo familiar, partes que suelen ser seis⁷:

1. Preámbulo
2. Capítulo I dedicado a la delimitación del ámbito de aplicación.
3. Capítulo II dedicado al gobierno y dirección de la empresa familiar.
4. Capítulo III dedicado a la propiedad de la empresa familiar.

7. *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *Ibídem*, pp. 163-164; AMAT, J. M. y CORONA, J. F. «El protocolo familiar: experiencia de una década», ed. Deusto, 2007, pp. 251 y ss. *Vid.* GOMÁ LANZÓN, I. *Ibídem*, pp. 665-668.

5. Capítulo IV dedicado a las relaciones entre familia y empresa y entre empresa y sociedad.
6. Y un Capítulo Final dedicado a las «cláusulas de orden».

1. PREÁMBULO

La primera parte del protocolo familiar, el Preámbulo, no plantea demasiados problemas ni especialidades. Suele dar cabida a una breve exposición de la historia de la familia y de sus negocios y a la formulación de los principios y valores éticos y culturales esenciales (p. ej. la unidad, la austeridad, la transparencia, etc.) en los que se funda la empresa familiar y que constituyen, de algún modo, su filosofía o sus signos de identidad. Es una parte del protocolo, por tanto, de carácter netamente declarativo y programático.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROTOCOLO FAMILIAR

La segunda parte del protocolo, el capítulo dedicado a la delimitación del ámbito de aplicación, sí que es mucho más enjundiosa y potencialmente problemática. En ella se trata de especificar el ámbito de aplicación del protocolo en una triple dimensión: subjetiva, objetiva y temporal.

2.1. Ámbito subjetivo de aplicación

La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación comprende cuatro contenidos diferentes cuya problemática voy a ir estudiando separadamente.

- a) Identificación de los sujetos firmantes, expresión del concepto en que lo hacen y valoración de la capacidad y legitimación. El primero de esos contenidos es bien sencillo y no problemático:
 - i) la identificación suficiente (esto es, al menos con nombre completo, apellidos y documento de identidad) de los sujetos firmantes del protocolo,
 - ii) la expresión del concepto en que lo hace cada uno de ellos (socio, administrador, trabajador...) y
 - iii) la valoración sobre la capacidad y legitimación de los intervinientes para el acto que formalizan. En este punto, habría que añadir las correspondientes especialidades cuando alguna de las partes actúe por medio de representante legal o voluntario.
- b) Previsión de futuras adhesiones al protocolo. Un segundo contenido —ya antes apuntado y tampoco problemático— puede ser la previsión de futuras adhesiones al protocolo familiar.
- c) Previsión de continuación del protocolo con los sucesores del firmante. Otro contenido puede consistir en la previsión expresa de continuación del protocolo con los sucesores mortis causa del firmante, de modo análogo al previsto en sede de sociedades personalistas para evitar la disolución de la sociedad por muerte de uno de los socios (arts. 1704 CC y 222.1^a CCom).
- d) Pacto de configuración de la obligación de suscribir el protocolo familiar como prestación accesoria exigible a todo futuro socio como condición indispensable para adquirir tal cualidad. Y, final-

mente, un cuarto contenido que nos interesa en sede de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del protocolo familiar y que resulta especialmente problemático es la eventual inclusión de un pacto por virtud del cual la obligación de suscribir el protocolo familiar se configure como prestación accesoria exigible a todo futuro socio, prestación accesoria cuyo incumplimiento puede llevar aparejada la aplicación de una cláusula penal o, incluso, la sanción de exclusión y que supone la necesidad de contar con el consentimiento de la sociedad para transmitir voluntariamente inter vivos las acciones o participaciones que lleven aparejada tal prestación. Obviamente, semejante pacto, para desplegar todos sus efectos, habría de tener su reflejo en los estatutos de la sociedad en cuestión.

Mucho se ha discutido acerca de la viabilidad jurídica de este pacto, que parece ser el camino más directo para aproximar lo máximo posible el sustrato subjetivo del protocolo familiar al sustrato subjetivo de la sociedad familiar. Tres son, básicamente, las opiniones que se han formulado al respecto:

- i) En primer lugar, un sector minoritario de la doctrina entiende que la obligación de firmar y cumplir el protocolo familiar no puede constituir nunca una prestación accesoria porque ello supondría la aberración de entremezclar —hasta confundirlas— las esferas societaria y extrasocietaria, trocando lo parasocial en societario, abrien-

do la puerta a incumplimientos por vía de fraude de ley del contrato social y de los estatutos y atendiendo así, en definitiva, contra los principios configuradores de toda sociedad mercantil.

- ii) En segundo lugar, en una posición intermedia, otro sector de la doctrina⁸ entiende que la obligación de firmar y cumplir el protocolo familiar no puede constituir en todos los casos una prestación accesoria impuesta en los estatutos, sino que hay que discriminar en función del concreto contenido de los pactos parasociales reflejados en el protocolo familiar. Y ello porque las prestaciones accesorias, por su propia naturaleza, contemplan solo una obligación del socio frente a la sociedad y no frente a los demás socios. Según esta postura, en definitiva, solo cabría incluir como prestación accesoria la obligación de cumplir ciertos pactos parasociales concretos contenidos en el protocolo que supongan obligaciones de los firmantes respecto de la sociedad (p. ej. realizar ciertas aportaciones o de trabajar personalmente).
- iii) Y, en tercer lugar, la doctrina mayoritaria⁹ —a la que me adhiero— admite que la obligación de firmar y cumplir el protocolo familiar pueda constituir, en todo caso, una prestación accesoria impuesta en estatutos. Tal tesis se apoya en la idea de que no es per se ilícito obligar societariamen-

8. En defensa de esta tesis, *vid.* GOMÁ LANZÓN, I. *Ibidem*, pp. 700-704.

9. *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *Ibidem*, pp. 175 y ss.

te al cumplimiento de una obligación parasocial, por cuanto el anclaje causal de la prestación accesorio en el contrato de sociedad no tiene el poder taumatúrgico de mutar la naturaleza ni de dicho contrato social ni del pacto parasocial de referencia, de suerte que ambos ni se confunden ni se pueden confundir. Además, son varios los preceptos (varios de ellos introducidos o modificados, precisamente, por el RDPPF) que respaldan la tesis que nos ocupa, a saber:

- Los arts. 114.2 y 175.2 RRM, que hacen referencia a la inscribibilidad de los «pactos o condiciones que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o los estatutos» y señalan expresamente que, entre esos pactos, pueden encontrarse cláusulas sobre sometimiento a arbitraje, sobre existencia de comités consultivos o sobre cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, «especialmente si están contenidas en un protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 RDPPF».
- El art. 187.1 RRM, que señala que el contenido de las prestaciones accesorias puede ser «económico o, en general, cualquier obligación de dar, hacer y no hacer».
- El art. 17.2 de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales, que contempla que, en las sociedades mercantiles de capital profesionales, las acciones y participaciones de los socios profesionales llevarán aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la

actividad profesional que constituya el objeto social, sin que, como es obvio, semejante previsión legal convierta al contrato de arrendamiento de servicios o equivalente que liga al socio con la sociedad en contrato de sociedad.

2.2. Ámbito objetivo de aplicación

Por lo que se refiere ahora a la segunda vertiente de la delimitación del ámbito de aplicación del protocolo familiar, la vertiente objetiva, esta es poco problemática. En este punto, el protocolo familiar debe contener la identificación suficiente de la empresa familiar a la que va a ser aplicable. Y conviene recordar, una vez más, que tal empresa puede estar configurada jurídicamente de cualquier manera admitida en Derecho, societaria o no.

2.3. Ámbito temporal de aplicación

Más problemática sí que resulta la delimitación del ámbito temporal de aplicación del protocolo familiar. En este apartado, el protocolo familiar puede reflejar tres contenidos:

- a) Duración del protocolo familiar. Un primer contenido —imprescindible— consiste en la fijación de la duración del protocolo familiar. La doctrina es casi pacífica a la hora de rechazar la duración puramente indefinida del protocolo familiar o la vinculación de su duración a la de la sociedad cuando esta es también indefinida. Se admiten, pues, dos soluciones: bien se fija una duración concreta del protocolo familiar y se prevén, en

su caso, ulteriores prórrogas, o bien se establece una duración indefinida pero con simultáneo reconocimiento de un derecho de separación o denuncia unilateral a favor de los firmantes. Solo así se logra armonizar el loable fin del protocolo familiar de dotar de estabilidad a la empresa familiar con el principio esencial de nuestro Derecho de obligaciones que impide las vinculaciones perpetuas en las relaciones obligatorias de larga duración. Por lo demás, ese derecho de separación o denuncia unilateral del protocolo familiar deberá ser ejercitado de buena fe por los firmantes y con justa causa —al menos cuando la duración del protocolo es determinada—, interpretándose dicha justa causa, en todo caso, de manera extraordinariamente amplia o generosa, como sinónimo de cualquier circunstancia o evento que hace devenir inexigible el compromiso de permanencia del denunciante como parte del protocolo familia. Supuestos de tal índole serían, por ejemplo, el incumplimiento relevante del protocolo por parte de los demás firmantes, la alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias, la existencia de desavenencias irreconciliables entre los firmantes, la aparición de circunstancias personales del firmante que convierten en excesivamente gravosa su sujeción al protocolo, etc.

- b) Previsión de actualizaciones periódicas del protocolo familiar. Un segundo contenido de este apartado del protocolo familiar consiste en la

previsión de futuras actualizaciones o revisiones periódicas del protocolo familiar. De hecho, el art. 3.2 RDPPF llega a señalar que el protocolo familiar publicado deberá ser actualizado y que, si no se hace constar la existencia de actualizaciones, se presumirá que el protocolo familiar con todo su contenido continúan vigentes. En este punto, por lo demás, es posible designar a un conjunto de firmantes, a modo de especial comité —al que luego haré nueva alusión—, con competencia para estudiar las actualizaciones.

- c) Régimen jurídico de las futuras modificaciones del protocolo familiar. Y un tercer contenido que aquí nos interesa, más problemático que los anteriores, consiste en la especificación del régimen jurídico al que quedarán sometidas las futuras modificaciones del protocolo familiar. En principio, si no se dice otra cosa, el protocolo familiar solo podrá ser modificado con el consentimiento unánime de los firmantes (cfr. art. 1702 CC). Pero debe ser admitido —como lo es pacíficamente en sede de sociedad civil— el pacto que permite la modificación del protocolo por mero consentimiento mayoritario de los firmantes, en la proporción que libremente se determine, siendo posible atribuir tal competencia en exclusiva al comité competente para estudiar las actualizaciones. Lo más aconsejable es que se exija una mayoría cualificada para la modificación del protocolo, evitando así que la unanimidad bloquee las actualizaciones y que una mayoría demasiado

laxa perjudique la estabilidad de los acuerdos familiares.

3. GOBIERNO Y DIRECCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

Procedo, a continuación, a estudiar la tercera parte del protocolo familiar-tipo: el capítulo dedicado al *gobierno y dirección de la empresa familiar*, un apartado que cobra particular sentido en el seno de empresas familiares societarias y que puede ser problemático por el carácter organizativo de los pactos parasociales que suele incorporar, por cuanto estos pueden reflejar la pretensión de alterar la estructura orgánica de la sociedad y ello puede chocar con ciertos principios configuradores del tipo social.

Voy a analizar separadamente los dos contenidos fundamentales que puede tener esta parte del protocolo: la creación de órganos de dirección de carácter familiar ajenos a la estructura societaria y el establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos estatutarios societarios.

3.1. Creación de órganos de dirección de carácter familiar ajenos, en su caso, a la estructura societaria

Como decía, el primer contenido fundamental de esta parte del protocolo familiar consiste en la creación de órganos de dirección de carácter familiar que, en caso de estar configurada la empresa familiar bajo forma societaria, quedarán al margen de la estructura orgánica estatutaria. Más concretamente, son cuatro los órganos que suelen crearse en este apartado:

- i) La asamblea o junta de familia, órgano de carácter deliberativo e informativo (no decisorio) integrado por todos los miembros de la familia implicados en la empresa familiar y que se reunirá periódicamente para informar y debatir sobre la marcha de la empresa.
- ii) El consejo de familia, órgano permanente encargado de mantener abiertos los cauces de comunicación entre la familia y la empresa, de dirigir la sucesión, de fomentar la formación de las nuevas generaciones, de velar por el cumplimiento del protocolo familiar y de actualizar este¹⁰, que estará integrado por un número determinado de miembros de la junta de familia, entre los cuales

10. Vid. RODRÍGUEZ DÍAZ, I. «El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares», en *Revista de Derecho Mercantil*, número 266, octubre-diciembre de 2007, pp. 1.141-1.142.

Señala esta autora que las funciones esenciales que deberían corresponder al Consejo de Familia son: tomar las decisiones relativas a las relaciones entre la familia y la empresa, canalizar hacia la empresa las inquietudes de los familiares, promover la aplicación del protocolo y su modificación, fijar normas de comportamiento de los miembros del grupo familiar dentro de la empresa, asegurar la buena convivencia mediando y resolviendo en los conflictos planteados entre los integrantes de la familia, establecer criterios para la resolución de conflictos, crear programas educativos y de información respecto a la empresa familiar, fomentar el desarrollo de los parientes jóvenes dotando un fondo de becas, servir de conducto de comunicación entre la familia y los órganos de la compañía, establecer la política de contratación de familiares y redactar los estatutos de la fundación privada, si la hubiere.

podrán elegirse cargos como los de presidente, vicepresidente y secretario.

- iii) El comité de seguimiento del protocolo familiar, órgano con la específica función de velar por el cumplimiento de los pactos contenidos en el protocolo familiar y de aconsejar su actualización, que estará integrado por un número determinado de miembros del consejo de familia.
- iv) Y el comité de nombramientos, órgano con la función de seleccionar los familiares más adecuados para el desempeño de puestos de trabajo vacantes reservados a la familia y que, habitualmente, estará integrado por un número determinado de miembros del consejo de familia.

En cualquier caso, de acordarse en el protocolo la creación de órganos del tipo de los que acaban de ser mencionados, deben tenerse en cuenta dos límites relevantes, cuya existencia advertirá y sabrá manejar oportunamente el notario, si se decide la formalización del protocolo en escritura pública:

- Por un lado, deberá establecerse simultáneamente con precisión la composición, régimen de funcionamiento (elección, convocatoria, ejercicio del derecho de voto, régimen de mayorías...), competencias, etc. de los órganos creados, bien sea directamente mediante el desarrollo de semejantes extremos en el propio protocolo o bien sea mediante el esbozo en este de los aspectos esenciales del régimen de los órganos creados con remisión para su desarrollo detallado a reglamentos de fun-

cionamiento que, en su caso, podrán acompañarse como anexos.

- Y, por otro lado, como segundo límite relevante, el protocolo familiar debe procurar respetar los ámbitos competenciales exclusivos y propios de los órganos sociales estatutarios (en particular, la junta general y el órgano de administración), por lo que debe rechazarse de plano la pretendida trascendencia institucional de cláusulas que atribuyan a los órganos extraestatutarios de carácter familiar creados por el protocolo competencias propias de órganos sociales estatutarios, sin perjuicio de los meros efectos obligacionales inter partes que dichas cláusulas puedan surtir. Y todo ello sin desatender el riesgo de que previsiones de esta índole contenidas en el protocolo creen situaciones próximas a las de la administración de hecho o el grupo empresarial aparente.

Por lo demás, recordemos que, tras la reforma introducida por el RDPPF, en sede de SA y SRL, los arts. 124.2 y 185.3 RRM prevén que los estatutos sociales podrán crear en el seno de la sociedad órganos de carácter meramente honorífico y también un comité consultivo o consejo asesor, con funciones consultivas e informativas, fijando si la competencia para el nombramiento o revocación de sus miembros es del órgano de administración o de la junta general, así como su régimen de funcionamiento y retribución¹¹.

11. En este punto, la conocida, interesante y más arriba mencionada RDGRN de 4 de mayo de 2005 (BOE núm. 160 de 6 de julio de 2005) ya había admitido la posibilidad de los estatutos sociales de

3.2. Establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos societarios

Y el segundo contenido fundamental de esta parte del protocolo familiar dedicada a los órganos de gestión y dirección consiste en el establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos estatutarios societarios. Algunas de dichas normas son indudablemente válidas y eficaces y susceptibles de ser incorporadas a los estatutos sociales; y otras, en cambio, suscitan serias dudas sobre su propia viabilidad jurídica. Vamos a verlas separadamente.

- A) Normas válidas, eficaces y susceptibles de ser incorporadas a los estatutos. Comenzando por las normas válidas, eficaces y susceptibles de ser incorporadas a los estatutos sociales, se pueden citar —a título ejemplificativo— las siguientes:

En relación con la junta general:

- i) La fijación de un número mínimo o concreto de reuniones que ha de celebrar anualmente la junta general (art. 167 TRLSC), respetando el mínimo de una reunión ordinaria para aprobación de las cuentas dentro de los seis primeros meses del ejercicio social (art. 164 TRLSC).

una SRL de carácter familiar creasen un órgano estatutario de carácter consultivo e informativo, al margen de la junta general y del órgano de administración, siempre que ello se hiciese con pleno respeto a los respectivos ámbitos competenciales de estos y sin alterar o menoscabar ninguno de los principios esenciales configuradores del tipo social.

- ii) La atribución de determinadas materias concretas a la competencia de la junta general, al amparo del art. 160.i) TRLSC.
- iii) La concreción del tipo de instrucciones que la junta general puede impartir al órgano de administración en asuntos de gestión o, incluso, la prohibición de impartir instrucciones (art. 160 TRLSC).
- iv) La previsión de convocatoria de la junta general mediante comunicación individual a los socios con, en su caso, mecanismos adicionales de publicidad (art. 173 TRLSC).
- v) La fijación del lugar de reunión de la junta general en lugar distinto al término en que se halle el domicilio social (art. 175 TRLSC).
- vi) La limitación del derecho de asistencia a la junta general de SA a la posesión de número mínimo de acciones, sin superar el uno por mil del capital social (art. 179.2 TRLSC), y la exigencia de legitimación anticipada del accionista (en los términos del art. 179.3 TRLSC).
- vii) La exigencia de asistencia de directores, gerentes, técnicos, expertos o consejeros externos a las juntas generales (art. 181.1 TRLSC).
- viii) La prohibición de que el presidente de la junta general de la SRL autorice la presencia de las personas que juzgue conveniente en las reuniones (art. 181.3 TRLSC).
- ix) La previsión de asistencia telemática a las reuniones de la junta general de SA (art. 182 TRLSC).

- x) La autorización para los socios de la SL se puedan hacer representar en las reuniones de la junta general por medio de personas distintas de las citadas en el art. 181.1 *ab initio* TRLSC (art. 181.1 *in fine*).
- xi) La limitación a la facultad de los socios de la SA de hacerse representar en la junta general por cualquier persona (art. 182.1).
- xii) La alteración de la proporcionalidad entre número de participaciones y número de votos que cada socio puede emitir en la SL (art. 188.1 TRLSC).
- xiii) La fijación del número máximo de votos que pueden emitir en la SA un mismo accionista, un grupo de sociedades o quienes actúen junto a los anteriores en el marco de un pacto de sindicación de voto (art. 188.3 TRLSC), con los límites previstos —para las SA cotizadas— en el art. 527 TRLSC.
- xiv) La regulación del ejercicio del derecho de voto en la junta general de SA por medios a distancia (art. 189 TRLSC).
- xv) La concertación y regulación de pactos de sindicación de voto¹², respetando siempre los límites legales y los principios configuradores del tipo social. Así, deben ser rechazados, por ejemplo, los pactos de sindicación de voto que suponen

12. Sobre los sindicatos de voto y sus límites, *vid.* VICENT CHULIÁ, F. «Introducción», en *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra, 2004, pp. 51 y ss.

la escisión del ejercicio del derecho de voto respecto de la titularidad de la acción o participación o los que someten el ejercicio del voto a instrucciones de la junta general o del órgano de administración.

- xvi) La previsión de creación de acciones o participaciones sin voto (arts. 98 y ss. TRLSC).
- xvii) La atribución del ejercicio del derecho de voto al usufructuario o al deudor pignoraticio (arts. 127 y 132 TRLSC).
- xviii) La designación de las personas que han de ocupar los cargos de presidente y secretario de la junta general (art. 191 TRLSC).
- xix) El reforzamiento de los quórums de constitución de la junta general de la SA (arts. 193 y 194 TRLSC).
- xx) El reforzamiento de las mayorías legalmente establecidas para la adopción de acuerdos en la junta general, siempre que —en el caso de la SRL— no se llegue a exigir la unanimidad (arts. 200 y 201 TRLSC). En la SRL, además, se podrá exigir el voto favorable de un determinado número de socios.

En relación con el órgano de administración:

- xxi) La exigencia de que los administradores tengan la condición de socios (art. 212.2 TRLSC).
- xxii) La fijación de las garantías que habrán de prestar los que accedan al cargo de administrador (art. 214.2 TRLSC).
- xxiii) La determinación del régimen retributivo de los administradores (arts. 217 TRLSC).

- xxiv) La fijación del número concreto de integrantes del consejo de administración, dentro de los límites previstos en el art. 242 TRLSC, con, en su caso, participación de consejeros independientes.
- xxv) La concreción del régimen de convocatoria, funcionamiento y adopción de acuerdos del consejo de administración (art. 245 TRLSC) —incluyendo previsiones sobre número mínimo de reuniones anuales, voto dirimente del presidente, etc. y otras destinadas a repartir el poder de gestión entre las distintas ramas familiares—, así como de la posibilidad de realizar delegaciones con los límites del art. 249.2 TRLSC.
- xxvi) La obligación de determinados socios de desempeñar el cargo de administrador, configurada como prestación accesoria¹³.

Como vemos, todas las anteriores previsiones del protocolo familiar entran sin problemas dentro de los márgenes que el TRLSC concede a la autonomía de la voluntad en el marco de la regulación de los órganos sociales.

B) Normas de dudosa viabilidad jurídica. Por lo que se refiere ahora a las normas especiales contenidas en el protocolo familiar sobre órganos socie-

13. Sobre la viabilidad jurídica de esta prestación accesoria y su compatibilidad con la libre revocabilidad del cargo de administrador, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Prestaciones accesorias», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV. Barcelona, Bosch, 2005, pp. 456-457.

tarios cuya viabilidad jurídica resulta dudosa, se pueden destacar —sin ánimo exhaustivo— las siguientes:

- i) La distribución de competencias de gestión y administración entre el órgano estatutario de administración y el consejo de familia.
- ii) La exigencia de contar con el voto favorable de ciertas personas para la validez de acuerdos de la junta o del órgano colegiado de admon.
- iii) La fijación de un número mínimo de participaciones para asistir a junta general de SL (contra la expresa prohibición del art. 179.1 TR) y la fijación de un número mínimo de acciones superior al del art. 179.2 TR.
- iv) El establecimiento —en particular, en la SA— de requisitos específicos para ser administrador, tales como tener una determinada titulación o una edad mínima o máxima o un cierto grado de parentesco, etc.
- v) La admisión de asistencia telemática y de voto a distancia en la junta general de las SRL (ante el silencio de los arts. 182 y 189 TRLSC).
- vi) La alteración de la regla de la proporcionalidad entre acción y voto en la SA (contra la expresa prohibición al respecto del art. 188.2 TRLSC).
- vii) La delegación de facultades del consejo de administración más allá de los límites del art. 249.2 TRLSC.

Todas las previsiones que acaban de ser mencionadas está claro que no podrán ser incorporadas a los estatutos

sociales, en unos casos por ser frontalmente contrarias a alguna prohibición legal y en otros por violentar o, al menos, sortear inapropiadamente los principios configuradores del tipo social. Lo que resulta más discutible es si semejantes previsiones podrán ser incluidas en el protocolo familiar. En contra de tal posibilidad, se puede argumentar que ello supondría una vulneración indirecta de los principios configuradores del tipo social —una suerte de «pseudofraude de ley»— y se puede invocar también una cierta interpretación amplia y finalista del art. 210.4 TRLSC, en cuya virtud «Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil». A favor, en cambio, de la posibilidad de incluir estas discutibles previsiones en el protocolo familiar, puede utilizarse un argumento, en mi opinión de gran peso: en el marco del protocolo familiar, las previsiones indicadas —vetadas en sede estatutaria— tendrán una eficacia obligacional meramente interna entre los firmantes, en el sentido de quedar estos comprometidos a adoptar conductas y decisiones en el ámbito societario lo más compatibles posible con los fines pretendidos por los pactos protocolares. Y ello porque los límites derivados de los principios configuradores de cada tipo social encuentran su razón de ser, con contadas excepciones, en la protección de los terceros y en la seguridad del tráfico jurídico en general, de suerte que no deben considerarse oponibles a los contratos nacidos para surtir efectos en la esfera interna de los contratantes, pues estos con-

tratos se rigen por el principio general de la autonomía de la voluntad¹⁴.

4. PROPIEDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR

Paso, a continuación, a analizar la cuarta parte del protocolo familiar típico que venimos estudiando, la que comprende los pactos y cláusulas relativos a la *propiedad de la empresa familiar*. Esos pactos pueden versar sobre cinco principales materias.

4.1. Régimen de ingreso y salida de la empresa

La primera de esas materias es el régimen de ingreso y salida de la empresa, que comprende previsiones y pactos relativos a:

- i) Los requisitos de acceso de los miembros de la familia y, en su caso, de ciertos terceros, a la empresa familiar y/o a los órganos de administración y dirección (por ejemplo, tener una determinada formación académica o profesional, contar con cierto tiempo de experiencia laboral previa en el sector, ser propuesto por algún órgano, etc.), incluyendo la posibilidad —más arriba estudiada— de configurar la obligación de suscribir el protocolo familiar como prestación accesoria exigible a todo futuro socio como condición indispensable para adquirir tal cualidad. En este

14. *Vid.* MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M. «Los pactos parasociales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXVII. Madrid, EDERSA, p. 203.

punto, pueden plantear problemas y deben ser rechazados de plano los pactos que imponen requisitos personales que contravienen el principio de no discriminación del art. 14 CE.

- ii) Las condiciones y el momento del cese de los gestores en el desempeño de su cargo, para facilitar el relevo generacional, en atención a criterios de edad o condiciones físicas, etc., y con posibilidad de establecer un pacto de no competencia bien delimitado objetiva, temporal y territorialmente.
- iii) El régimen de la exclusión y del derecho de separación de los socios o partícipes de la empresa familiar, fijando causas específicas de exclusión —que pueden consistir en la pérdida de la condición de familiar— (arts. 218 CCom y 350 y 351 TRLSC) y de separación (art. 347 TRLSC) —concretando, en este último caso, la forma de acreditar su concurrencia y la forma y plazo de ejercicio del derecho— y estableciendo reglas para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones del socio excluido o separado a efectos de su reembolso (arts. 114 y 175.2 RRM), así como sobre el plazo y forma de liquidación del valor obtenido. Todos estos pactos deberán ser incorporados a los estatutos sociales.

4.2. Contenido de la posición de socio o partícipe

Otra materia sobre la que se puede pactar en esta parte del protocolo es la que tiene que ver con el contenido de la posición de socio o partícipe y, más concretamente, sobre cuatro aspectos importantes de dicha posición:

- i) El derecho de información de los socios o partícipes, siempre que —en el caso de las empresas familiares configuradas como sociedades de capital— se trate de ampliar su contenido respecto de los mínimos legales (p. ej. minorando el porcentaje del capital que tiene que respaldar la solicitud de información, ex art. 197.4 TRLSC).
- ii) El derecho a la percepción de beneficios o dividendos, determinando la periodicidad del reparto, las atenciones que deben ser cubiertas antes de proceder al reparto —además de las legales—, la forma y lugar de pago e, incluso, la posibilidad de alterar la proporcionalidad entre los dividendos y la participación de cada socio en el capital (posibilidad amparada, en sede de SL, por el art. 275 TR).
- iii) El derecho de asistencia y voto en los órganos de la empresa y, muy en particular, en el seno de la asamblea o junta general, cuestión sobre la que —si hablamos de empresas familiares configuradas bajo forma societaria de capital— el TRLSC deja amplia libertad de pacto.
- iv) Las prestaciones accesorias que estarán obligados a realizar determinados socios de la sociedad familiar, determinando su contenido, carácter retribuido o gratuito, el tipo y cuantía de la retribución —en su caso—, el órgano competente para autorizar la transmisión de acciones o participaciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas y la eventual tipificación de su incum-

plimiento como causa de exclusión de la sociedad (arts. 86 y ss. TRLSC).

Todas estas previsiones deben ser incorporadas a los estatutos.

4.3. Régimen jurídico de las acciones o participaciones

Una tercera materia sobre la que se puede pactar en esta parte del protocolo familiar que estamos analizando es el régimen jurídico de las acciones o participaciones de la sociedad familiar de capital. Más concretamente, pueden introducirse previsiones específicas sobre:

- i) Las clases de acciones y participaciones que existirán, con diferentes contenidos de derechos —incluida la posibilidad de atribuir el derecho a obtener un dividendo preferente, ex arts. 94 y 95 TRLSC—, con el fin de garantizar que la influencia efectiva en la empresa reconocida por el grupo familiar a cada socio sea correctamente retribuida. Esta previsión sobre la existencia de distintas clases de acciones o participaciones debe ser incorporada a los estatutos sociales. En ellos, no obstante, recordemos que estará vetada la entrada de privilegios consistentes en el derecho a percibir un interés o en la alteración de la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (si es una SA) o entre el valor nominal y el derecho de preferencia. En todo caso, estos privilegios prohibidos por el art. 96 TR sí podrán pactarse en el marco del protocolo familiar, con el estricto alcance y eficacia internos

que más arriba defendí para las previsiones sobre gobierno y administración contrarias a las disposiciones legales aplicables.

- ii) El régimen de transmisión de las acciones o participaciones y, más concretamente, las eventuales limitaciones a dicha transmisión inter vivos o mortis causa¹⁵, con el fin de controlar la entrada de extraños en la sociedad familiar. Dichas limitaciones, siempre que estén ajustadas a la ley, deberán ser incorporadas a los estatutos. Particularmente interesante es la posibilidad de supeditar la adquisición mortis causa al consentimiento de la sociedad, lográndose así por vía directa lo que el derecho de adquisición preferente de los arts. 110 y 124 TRLSC consigue por vía indirecta.

Si las cláusulas del protocolo familiar limitativas de la transmisión de las acciones o participaciones no se ajustan a la ley, contravinendo los principios configuradores del tipo social de que se trate (v.gr. las que hacen total o prácticamente intransmisibles las acciones o las que hacen totalmente libre la transmisión inter vivos de las participaciones), de nuevo está claro que no

15. Sobre las técnicas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales aplicables a las sociedades familiares, *vid.* PERDICES HUETOS, A.B. «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV. Barcelona, Bosch, 2005, pp. 481-522.

podrán ser incorporadas a los estatutos sociales, pero sí podrán permanecer en el estricto marco del protocolo familiar con el alcance y eficacia antes estudiados para las demás previsiones protocolares contrarias a las disposiciones legales aplicables.

- iii) El pacto por virtud del cual los firmantes del protocolo familiar se comprometen a transmitir inter vivos y gratuitamente sus acciones o participaciones a favor de una determinada persona cuando concurren ciertas circunstancias, pacto cuya viabilidad ha sido largamente discutida en conexión con el tradicional debate sobre la naturaleza jurídica de la donación. Si se acepta la tesis de que la donación es un modo de adquirir, esa suerte de promesa de donación ha de considerarse jurídicamente irrelevante. En cambio, si se opta por la tesis clásica que sostiene la naturaleza contractual de la donación o por la tesis intermedia que defiende que la donación es un modo de adquirir pero que los particulares —haciendo uso de su autonomía privada— pueden configurarla expresamente con carácter contractual, sí sería viable la promesa de donación como precontrato, con la consabida y consiguiente discusión sobre los efectos o consecuencias que acarrea el eventual incumplimiento de este.
- iv) El pacto por virtud del cual los firmantes del protocolo familiar se comprometen a transmitir inter vivos y a título oneroso sus acciones o participaciones a favor de los demás socios o de

terceras personas cuando concurran ciertas circunstancias —entre las cuales pueden contarse las relacionadas con la pérdida de la condición de «familiar» por separación o divorcio, con la jubilación, con la incapacidad sobrevenida de los firmantes, etc.—, pacto admitido expresamente por el art. 188.3 RRM en sede de SL, sin que exista obstáculo legal para admitir su extensión a la SA (ex art. 123 RRM).

- v) Y el pacto por virtud del cual los firmantes del protocolo familiar asumen la obligación de venta conjunta (drag along) de las acciones o participaciones de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable, pacto este cuya viabilidad jurídica y posible inclusión en los estatutos sociales contemplan expresamente los arts. 114.2 y 175.2 RRM y que pretende, entre cosas, proteger a los socios minoritarios dándoles la opción de separarse de la sociedad cuando el control de esta cambia de manos.

4.4. Compromisos sobre régimen económico-matrimonial

Otro discutible contenido de esta parte del protocolo familiar es el que tiene que ver con ciertos compromisos sobre régimen económico matrimonial de los familiares. Más concretamente, se discute la viabilidad del *pacto por el que se impone a los familiares implicados en la empresa familiar la obligación de estipular con sus cónyuges un determinado régimen económico-matrimonial, habitual-*

*mente el de separación de bienes*¹⁶. En línea con la doctrina mayoritaria, entiendo que debe ser rechazada de plano la validez de semejante pacto, de modo que, en caso de establecerse, su eficacia no podrá ser otra que la de un mero ruego o desiderátum y nunca podrá exigirse su cumplimiento forzoso ni reclamarse indemnización o pena de ningún tipo por su inobservancia. Y ello porque el régimen económico-matrimonial es una materia *extra commercium* y, por tanto, no puede ser objeto de contrato por terceros distintos de los cónyuges (arts. 1814 y 1271 CC). Además, siendo las capitulaciones matrimoniales un negocio jurídico bilateral, si el cónyuge no implicado en la empresa familiar fuese quien no consintiese en otorgar aquellas en los términos previstos en el protocolo, el incumplimiento de este no sería imputable al firmante del protocolo familiar.

Cuestión distinta es que en el protocolo familiar se prevea la *incorporación a los estatutos sociales de cláusulas con una finalidad práctica semejante al pacto controvertido que acabamos de analizar*, como, por ejemplo, que estar casado bajo un determinado régimen económico-matrimonial sea contemplado requisito para adquirir acciones, participaciones o cuotas sociales. Incluso podría plantearse la posibilidad de establecer como causa estatutaria de exclusión del socio el hecho contraer matrimonio bajo un determinado régimen económico.

16. Defienden esta solución, entre otros, Huerta Trólez y Gomá Lanzón. Vid. HUERTA TRÓLEZ, A. «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, número 27, 3ª Época, octubre de 2003, pp. 52-53; y, GOMÁ LANZÓN, I. *Ibidem*, pp. 688-689.

Asimismo, contando con el consentimiento de ambos cónyuges, es perfectamente posible incluir en capitulaciones matrimoniales ciertos pactos que coadyuven al fin de asegurar la continuidad de la empresa familiar, superando las dificultades que puede llegar a plantear el derecho de preferente adjudicación del art. 1406 CC (en sede de liquidación de gananciales) o los excesivos rigores del régimen de separación de bienes. Así, en el marco del régimen de sociedad de gananciales, podrían incluirse en capitulaciones pactos tales como:

- i) El pacto de que, concurran o no todos los presupuestos del art. 1406 CC, el cónyuge miembro de la familia o, en su caso, fundador de la empresa, tenga tal derecho de preferente adjudicación respecto de esta;
- ii) el pacto recíproco de total exclusión de ambos cónyuges de cualquier pretensión sobre los bienes y derechos integrantes del patrimonio empresarial familiar del otro cónyuge, aunque tengan carácter ganancial, en caso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio;
- iii) pactos sobre la valoración del derecho de reembolso que corresponde a la sociedad de gananciales en caso de inversión de fondos comunes para la mejora o ampliación de una empresa privativa de alguno de los cónyuges o para la adquisición de nuevas acciones o participaciones derivadas de la titularidad de otras privativas de alguno de los cónyuges, sobre todo en previsión de que la mejora no subsista al tiempo de disolverse la sociedad de gananciales; o

- iv) el pacto recíproco de total exclusión de tal derecho de reembolso.

Y, en el marco del régimen de separación de bienes, podrían incorporarse a las capitulaciones pactos como los siguientes:

- i) El pacto de que la llevanza de la empresa implica su titularidad y propiedad, acentuando así la separación absoluta y eludiendo la presunción del art. 1441 CC;
- ii) el pacto de que las empresas fundadas durante la vigencia del régimen pertenecerán a ambos cónyuges por mitad; o
- iii) el pacto de atribución preferente al cónyuge superviviente de la totalidad de la empresa fundada por ambos durante el régimen de separación (a modo de «pacto de sobrevivencia»).

4.5. Ordenación de la sucesión en la empresa familiar

Finalmente, otro contenido conflictivo de esta parte del protocolo familiar que estamos analizando es el que tiene que ver con lo que al principio destacué como uno de los problemas capitales de la empresa familiar: la ordenación de la sucesión en ella. Más concretamente, se discute la viabilidad jurídica del *pacto por el que uno, varios o todos los firmantes del protocolo familiar se obligan a otorgar testamento instituyendo a determinados herederos o disponiendo de las acciones, participaciones o cuotas de la empresa en un sentido determinado*. Como sabemos, la ordenación sucesoria irrevocable en virtud de pacto está prohibida con carácter general en el Derecho común y está permitida

—con matices y límites objetivos y formales diversos— en los Derechos forales. En el ámbito del Derecho común y sin ignorar la creciente tendencia a flexibilizarla¹⁷, la prohibición del art. 1271.2 CC (reflejada también en otros preceptos como los arts. 658, 794 y 816 CC) debe conducir a rechazar la posibilidad de que el protocolo familiar tenga eficacia invalidante respecto del testamento que no respete el pacto sucesorio de referencia y, aún más allá, debe conducir a rechazar también las cláusulas de tipo penal que pretendan aplicarse por el incumplimiento de la «obligación» de testar en determinado sentido previamente establecida. Abonan tal conclusión —más allá de argumentos clásicos como el hipotético favorecimiento del «*votum mortis*»— el carácter personalísimo del testamento, la prohibición de condiciones captatorias (art. 794 CC), la especial y reforzada protección que nuestro Ordenamiento brinda al derecho subjetivo a testar libremente¹⁸ y la circunstancia de que el principio

17. Se advierte en la doctrina y en la jurisprudencia una progresiva flexibilización de la prohibición general de los pactos sucesorios en el Derecho común. Se tiende hoy a interpretar tal prohibición en el sentido de que solo comprende los pactos gratuitos que recaen sobre la universalidad de la herencia o sobre una cuota de dicha universalidad, pero no los pactos que recaen sobre bienes conocidos, determinados y existentes (en esta línea, la STS de 22 de julio de 1997). En definitiva, según esta creciente corriente, son admisibles los pactos sobre la herencia futura que cumplan dos requisitos: que recaigan sobre cosas concretas y determinadas y que sean onerosos (puesto que, en caso contrario, se vulneraría la prohibición de donación de bienes futuros del art. 635 CC).

18. En esta línea, subraya Huerta Trólez que el derecho subjetivo a testar libremente no admite renuncia, pacto o limitación de ninguna clase. Tan es así que se consideran nulas de pleno derecho

general de libertad de testar únicamente puede verse limitado en los concretos casos previstos legalmente.

Con finalidades también ligadas a la ordenación sucesoria de la empresa, sí es posible, en cambio, incluir en el protocolo familiar las dos previsiones siguientes:

- i) Un acuerdo sobre la distribución de las acciones, participaciones o cuotas de la empresa familiar, con el valor de la partición hecha por el propio testador prevista en el art. 1056.1 CC. En todo caso, esa distribución es unilateralmente revocable por el testador.
- ii) Y un acuerdo para incluir en los estatutos sociales cláusulas limitativas de la transmisión mortis causa de las acciones o participaciones sociales, que bien pueden limitarse a preordenar el destino de las participaciones o acciones sin determinar expresamente quién será el sucesor o bien pueden designar nominativamente quién lo será. Esta última posibilidad podría admitirse por tres razones: el pacto solo afecta a bienes concretos e identificables, no hay gratuidad (dado que el designado deberá satisfacer al heredero el valor de las acciones o participaciones adquiridas) y no hay pacto sucesorio sino mera modificación del patrimonio relicto (de modo que quede integrado en él, no las acciones, sino su valor). Solo cuando se quiera atribuir gratuitamente la condi-

las «cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras» (art. 737 CC). *Vid.* HUERTA TRÓLEZ, A. *Ibídem*, p. 50. En parecida línea, *vid.* también GOMÁ LANZÓN, I. *Ibídem*, pp. 684-688.

ción de socio a la persona designada habrá que acudir al testamento, quedando vedado el pacto estatutario.

E, igualmente, no conviene olvidar que es posible adoptar en testamento medidas por todos conocidas tendientes a asegurar la continuidad y estabilidad de la empresa familiar, tales como —y solo las enuncio—:

- i) La conmutación de la legítima del cónyuge viudo (art. 839 CC).
- ii) La previsión de pago en metálico de la legítima (arts. 829, 841 y siguientes y 1056.2 CC)¹⁹.

19. Un supuesto interesante que en esta sede se puede plantear es el de concurrencia o conflicto, en el momento particional, entre las dos vías de conmutación previstas en los arts. 839 (conmutación ordinaria a iniciativa de los herederos o del testador) y 840 CC (conmutación a iniciativa del cónyuge viudo que concurre con hijos que lo eran solo del causante). ¿Cómo conjugar los arts. 839 y 840 CC cuando un caso concreto entra en el supuesto de hecho de ambos?

Una primera solución podría ser la de apostar por la aplicación prevalente de alguno de dichos preceptos. Así, a favor de la aplicación prevalente del art. 839 CC se podría alegar la preeminencia de la voluntad del testador como criterio rector de la sucesión y a favor de la aplicación prevalente del art. 840 CC se podría recordar el carácter especial de este caso de conmutación frente al carácter general del art. 839 CC.

En cambio, otra solución, a mi juicio más acertada, podría ser la de armonizar o integrar ambos preceptos, en atención a sus ratios respectivas, de suerte que habría de respetarse la voluntad de conmutar expresada por el testador o por los herederos —con lo que se cumple la finalidad del art. 839 CC, que es la de evitar los inconvenientes económicos y jurídicos que provoca la existencia de bienes gravados con usufructo—, pero el elenco de medios sustitutorios habría de ser únicamente el contemplado en el art. 840 CC (capital en dinero o lote de bienes hereditarios) —pues

- iii) El nombramiento de contador-partidor testamentario (art. 1057).
- iv) La imposición a los herederos de la obligación de explotar la empresa familiar en régimen de comunidad, con dos limitaciones: no puede violar el principio de intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima y no puede exceder de los diez años (ex art. 400.2 CC).

solo así se cumple la finalidad de este precepto, que es la de evitar que el cónyuge viudo halla de seguir manteniendo relaciones continuadas con hijos que lo son solo de su consorte difunto—.

Como sabemos, el art. 829 CC se refiere al caso de mejora en cosa determinada cuyo valor exceda del tercio de mejora y de la legítima del mejorado (y del tercio libre, añade la doctrina), en el que el mejorado deberá abonar a los demás interesados el exceso en metálico. El título de atribución de la mejora será normalmente un legado y, precisamente, esa limitación del título atributivo, unida a la falta de previsión de la posibilidad de aplazar el pago de la legítima, hace menos atractiva esta opción que la que ofrecen los arts. 841 y ss y 1056.2 CC.

Los arts. 841 y ss CC, por su parte, fruto de la reforma de 1981, han generalizado la posibilidad de ordenar el pago en metálico de la legítima de los descendientes, sin subordinarla a la especial naturaleza de la cosa legada ni a la específica finalidad del art. 1056.2 CC. Hasta tal punto es amplia la vía abierta por esos arts. 841 y ss CC que un buen sector de la doctrina considera que, con ellos, ya no puede afirmarse tan contundentemente que la legítima en el Derecho común tenga naturaleza *pars bonorum*, porque está experimentado un claro tránsito hacia la legítima *pars valoris bonorum*. En todo caso, el régimen de los arts. 841 y ss CC presente 3 grandes inconvenientes, a saber: su limitación a la legítima de los descendientes, la necesaria aprobación de todos los hijos o descendientes interesados o, en su defecto, aprobación judicial (art. 843 CC) y los breves plazos para la aceptación y el pago que impone el art. 844 CC.

- v) El recurso a la fiducia sucesoria, en sus diversas variantes, admitidas generosamente por los Derechos forales y mucho más limitadamente en el Derecho común, en el que, no obstante, es de destacar la posibilidad de hacer uso de la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 CC.

Finalmente, hay que hacer una especial referencia al supuesto del art. 1056.2 CC, modificado por la disposición final 1ª LSLNE y pensado específicamente para lograr la conservación indivisa de explotaciones económicas. Tras esa reforma de 2003, el precepto de referencia supera las deficiencias, limitaciones y dudas que suscitaba la redacción anterior. *Vid.* RUEDA ESTEBAN, L. «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV. Barcelona, Bosch, 2005, pp. 205-237. Así:

- i) Ya no se limita a aludir al «*padre*» y a los «*hijos*», sino que hace referencia al «*testador*» y a «*los demás interesados*». En consecuencia, cualquier testador, tenga o no descendientes, puede usar de esta facultad, resultando indiferente que los legitimarios a quienes se haya de pagar el metálico sean descendientes, ascendientes o cónyuge. Con ello, además, se subraya que la partición hecha por el testador exige, como ya habían señalado antes la doctrina y la jurisprudencia, un testamento simultáneo, previo o posterior, y la concordancia entre la voluntad dispositiva y la particional.
- ii) Se especifica que la facultad prevista en el precepto ha de usarse «*en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia*» y para «*preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas*». Se unen así una motivación subjetiva y una finalidad objetiva.
- iii) La expresión «*explotación económica*» debe ser interpretada flexiblemente. De hecho, el Tribunal Supremo entiende que basta la afirmación del testador en tal sentido. Por supuesto, como ahora el propio precepto señala expresamente, se incluyen las acciones y participaciones sociales. Y tampoco existe obstáculo alguno para incluir las cuotas en sociedades civiles,

- vi) El nombramiento de un administrador para la herencia o, en concreto, para la empresa incluida en la herencia (art. 795 LEC).
- vii) El nombramiento de albacea, con expresa atribución de facultades en orden a la administración de la empresa sin intervención de los herederos (art. 901 CC).

colectivas o comanditarias. Además, la falta de mención a la actividad empresarial permite entender que la norma, acaso yendo más allá de lo querido por el legislador, pueda aplicarse a las sociedades que no tengan objeto mercantil e, incluso, a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes. Pero cabe argumentar en contra que ello supone fraude para los derechos de los legitimarios y atenta contra la *ratio* de la norma.

- iv) En todo caso, la explotación ha de ser *de titularidad del causante*, aunque no necesariamente ha de tener la propiedad (puede tener, por ejemplo, el usufructo), si bien la práctica notarial ha encontrado cauces para su aplicación a las empresas gananciales, como la posibilidad de otorgar sendos testamentos particionales combinados de ambos cónyuges con voluntades coincidentes (admitidos, por ejemplo, por la STS de 21 de julio de 1986).
- v) El *adjudicatario* de la explotación o la cuota social no está determinado por el precepto, por lo que parece que pueden serlo los descendientes (uno o varios), cualquier otro legitimario (por ejemplo, los ascendientes o el cónyuge) o, incluso, cualquier otra persona, física o jurídica, ajena a la familia. Esta última posibilidad ha sido la más discutida: algunos autores se han opuesto a ella basándose en los antecedentes del precepto y en la exposición de motivos de la ley de reforma (que apuntan al entorno familiar del testador), pero la doctrina mayoritaria la admite, con fundamento en el propio tenor literal del precepto y en que esa solución puede ser la más adecuada para la conservación de la empresa.
- vi) La adjudicación de la explotación a una determinada persona puede hacerse *por cualquier título* (aunque lo más lógico y razonable es instituirlo heredero), debe entenderse como una

viii) Finalmente, otras medidas valiosas para la conservación de la empresa familiar se pueden englobar en el amplio concepto de sucesión contractual, admitida con generosidad en los Derechos forales y casi proscrita, como sabemos, en el Derecho común. Especialmente interesantes a estos efectos son los pactos de mejora en Galicia, los pactos sucesorios sobre ordenación del caserío en

adjudicación sujeta a carga o modo (cuyo incumplimiento haría renacer la legítima *pars bonorum*) y no limita el abono de la legítima en metálico a los demás interesados a la legítima estricta, salvo que así lo disponga expresamente el testador o pueda deducirse de los términos del testamento. Así lo entiende la doctrina mayoritaria, si bien alguna sentencia del TS (como la STS de 18 de junio de 1982) se inclinó por el pago de la legítima corta como regla general, salvo que la voluntad del testador sea otra, lo que nos situaría ante un supuesto de *mejora tácita*.

- vii) Los legitimarios no adjudicatarios gozan de la *garantía de la mención registral del art. 15 LH*, porque se pueden incluir perfectamente en el grupo de «legitimarios que no pueden pedir el juicio de testamentaría». En caso contrario, quedarían como simples titulares de un derecho de crédito. Con esta garantía, se impide que surjan terceros protegidos por la fe pública registral a quienes no se les pueda oponer el incumplimiento del adjudicatario.
- viii) El testador puede disponer el pago de la legítima en *metálico extrahereditario*. Si no lo hace así, cualquier legitimario puede pedir el pago en bienes de la herencia. En todo caso, ese pago en metálico extrahereditario puede ser suplido por los *demás medios de extinción de las obligaciones*, como, por ejemplo, la compensación (cuando el que deba recibir el dinero sea a su vez deudor del que haya de abonarlo), la confusión (cuando el perceptor sea sucesor del que debía abonarlo antes de que el pago se haya producido) o la condonación por vía de la repudiación.

Guipúzcoa y las previsiones de los arts. 431-1 y ss. CCCat sobre heredamientos, en los que no entro por razones de tiempo.

5. RELACIONES FAMILIA-EMPRESA Y EMPRESA-SOCIEDAD

Una quinta parte del protocolo familiar que nos interesa ahora analizar es la dedicada a las *relaciones entre la familia y la empresa y entre la empresa y la sociedad en general*. En este apartado es útil incluir las siguientes previsiones, de las cuales algunas quedarán como meros pactos de caballeros, otras (la mayoría) tendrán la consideración de pactos parasociales contractuales y otras (las menos y que indicaré) podrán tener alcance institucional si se incorporan a los estatutos:

- i) Los criterios y estándares mínimos que han de regir la calidad de los productos y servicios que produzca o preste la empresa, la selección del personal y las relaciones con clientes y proveedores.

ix) La novedad quizá más importante del precepto es la posibilidad de que el testador o el contador-partidor ordenen el *aplazamiento del pago* por un plazo máximo de 5 años. En caso de aplazamiento, aunque el CC no establece el devengo automático de interés y la doctrina rechaza la aplicación analógica del art. 847 CC, puede acordarlo así el testador.

x) Por último, la *determinación de la cantidad* que debe pagarse a los legitimarios, salvo que la haga el testador o que el adjudicatario y los perceptores acuerden otra cosa, se hará (*ex arts. 818 y 1974 CC*) con referencia al momento de la muerte del causante para fijar la cuota que haya de abonarse, pero de acuerdo con el valor que dicha porción tenga en el momento en que se abone.

- ii) Las normas que han de regir el trabajo de los miembros del grupo familiar en el seno de la empresa, desde los requisitos de formación y experiencia que han de cumplir para desempeñar cada puesto hasta su régimen de contratación, remuneración y promoción laboral, pasando por la reglamentación de la salida voluntaria o forzosa de la empresa y del proceso de selección que deben superar para ingresar en ella.
- iii) Las reglas sobre conducta empresarial y compromiso social de la empresa familiar, lo que incluye materias tan variadas como el uso del nombre familiar en marcas y denominaciones comerciales, la presencia de la empresa en los medios de comunicación, las relaciones con el personal de la empresa, las políticas de responsabilidad social corporativa, los conflictos de intereses entre miembros de la familia y la empresa, las iniciativas empresariales en favor de la conservación del medioambiente o del patrimonio histórico-artístico y en favor de colectivos desfavorecidos.
- iv) Las decisiones estratégicas para el diseño de futuro de la empresa, con fijación de su ámbito territorial de expansión, actividades a las que debe dedicarse, etc., incluyendo la determinación del momento y condiciones en que la empresa habrá de ir profesionalizándose o, incluso, habrá de perder su carácter familiar.
- v) Y pactos relativos a las relaciones económico-financieras entre la familia y la empresa, que pueden referirse a cuestiones variopintas, como:

- Los criterios que han de regir la participación en los dividendos, como, p. ej., el establecimiento de un dividendo mínimo anual obligatorio.
- Las normas sobre concesión (o prohibición de concesión) de préstamos y garantías por parte de los miembros del grupo familiar a favor de la empresa o viceversa.
- La fijación de criterios específicos de valoración de las cuotas, acciones o participaciones sociales de la empresa familiar, incluyendo la posibilidad de acordar la creación de un fondo común de reserva preparado para satisfacer el importe de las cuotas, acciones o participaciones del familiar que decida, en un momento dado, abandonar la empresa.
- La recomendación de que los miembros de la familia no dependan exclusivamente de los recursos de la empresa.
- La creación de una fundación para fines de interés general.
- La concreción de patrones de conducta fiscal comunes a los miembros del grupo familiar.

De todas las previsiones anteriores, es conveniente que se incorporen a los estatutos de la empresa familiar societaria las relativas a la política de reparto de dividendos, a la concesión de préstamos y garantías y a los criterios de valoración de acciones y participaciones.

6. CLÁUSULAS DE ORDEN

Finalmente, queda por hacer referencia a una última parte del protocolo familiar típico que venimos

analizando y que es la que más arriba identifiqué con las llamadas «*cláusulas de orden*». Se trata de una suerte de cajón de sastre en el que se pueden incluir pactos y cláusulas referentes a las más variadas cuestiones, algunos de los cuales permanecerán en la esfera parasocial, mientras que otros se podrán incorporar a los estatutos de la empresa familiar societaria. Solo citaré aquí los contenidos más frecuentes de esta parte de cierre del protocolo:

- i) La previsión de transformación futura de la forma jurídica de la empresa familiar cuando concurren determinadas circunstancias, incluyendo —si acabase revistiendo la forma de SA— la posible salida a cotización en Bolsa.
- ii) La adaptación automática del protocolo familiar a los cambios legislativos de carácter imperativo.
- iii) Las excepciones a la aplicación del protocolo familiar.
- iv) Las reglas especiales sobre interpretación del protocolo familiar, interpretación que, además, puede ser encomendada a algún órgano específico (como el consejo de familia o el comité consultivo) o confiada a uno o varios expertos independientes.
- v) Las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento de los términos del protocolo familiar, incluyendo, en su caso, la sanción de exclusión del infractor (ex arts. 218 CCom y 350-351 TRLSC). Estas cláusulas penales podrán ser llevadas al contrato social o a los estatutos y serán inscribibles en el Registro Mercantil, siempre

que —conforme a lo dispuesto en los arts. 114.2 y 175.2 RRM— el protocolo en cuestión haya sido publicado en alguna de las formas contempladas en los arts. 6 y 7 RDPPF.

- vi) Las previsiones oportunas sobre publicidad formal del protocolo familiar, en particular en alguna de las formas previstas en el RDPPF. Es importante que, en caso de acordarse esa publicidad, conste el consentimiento individual, expreso e inequívoco de todos los firmantes del protocolo para la publicación de sus nombres y otros datos personales junto con el contenido propiamente dicho del protocolo. Sin tal consentimiento, pese a que la competencia para acordar la publicación del protocolo esté atribuida al órgano de administración (art. 3.1 RDPPF), este no podrá decidir la publicación de aquellas partes que revelen datos de los firmantes que no han consentido. También es importe precisar, en su caso, qué determinadas cláusulas o contenidos deben quedar excluidos de la publicidad.
- vii) Los pactos relativos a la resolución de conflictos planteados en el seno del grupo familiar o entre los familiares y la empresa, encomendando tal labor al arbitraje, la mediación o, en general, cualquier medio alternativo extrajudicial de resolución de controversias. De nuevo, este tipo de pactos podrán llevarse al contrato social o a los estatutos de la empresa familiar societaria, como ya venían admitiendo desde hace años la doctrina

de la DGRN²⁰ y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹ y como ya reconocen expresamente los arts. 18 LSP y 114.2 y 175.2 RRM. Más concretamente, los preceptos citados contemplan la inscribibilidad de los pactos de sumisión a arbitraje, previsión que debe considerarse a todas luces extensible a los pactos sobre otras formas extrajudiciales de resolución de conflictos y, en particular, sobre mediación, en coherencia con la inclusión de los asuntos mercantiles en el ámbito de la Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

viii) Los pactos relativos a la determinación de la ley aplicable y sobre sumisión expresa a un determinado fuero jurisdiccional.

x) La llamada cláusula «con gratitud», en la que los firmantes del protocolo familiar expresan su gratitud hacia el fundador o fundadores de la empresa y hacia las demás personas que han contribuido a su desarrollo.

Límites formales

Estudiados ya los límites subjetivos y objetivos del protocolo familiar, restan por analizar ahora, siquiera sea brevemente, sus *límites formales*, lo que obliga a prestar

20. V. gr. RDGRN de 19 de febrero de 1998 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 1998) y de 2 de octubre de 2001.

21. V. gr. STS de 18 de abril de 1998.

atención a dos principales cuestiones: la forma del protocolo y su publicidad general.

1. FORMA DEL PROTOCOLO FAMILIAR

En el estudio de la forma del protocolo familiar, hay que partir de la idea de que, no existiendo previsión normativa específica en contrario, debe entenderse que el protocolo familiar está sujeto al principio general de libertad de forma. Así las cosas, el protocolo familiar podrá formalizarse —según lo que decidan los interesados— en documento público o privado, decisión esta que, eso sí, lejos de ser neutra, tiene importantes consecuencias ligadas a los singulares y poderosos efectos que el instrumento público notarial lleva aparejados, entre los cuales merece la pena destacar aquí los efectos probatorio, ejecutivo, de preferencia crediticia y de acceso a registros públicos, sin olvidar tampoco el valor añadido del asesoramiento notarial y, en general, las presunciones de veracidad y legalidad que las labores de control y dación de fe notarial incorporan al instrumento.

2. PUBLICIDAD GENERAL DEL PROTOCOLO FAMILIAR A TRAVÉS DEL REGISTRO MERCANTIL

La publicidad general del protocolo familiar constituye el objeto específico del tantas veces citado RDPPF. Así, a tenor de su art. 1, el RDPPF:

[...] tiene por objeto la regulación de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y especialmente el acceso al registro mercantil de los mismos.

Tres aspectos generales de este texto normativo merecen ser destacadas antes de entrar en otros pormenores:

- i) Excluye de su ámbito de aplicación las sociedades cotizadas y las empresas configuradas bajo una forma distinta de la sociedad mercantil.
- ii) Dota de carácter voluntario a la publicidad del protocolo familiar.
- iii) Atribuye la legitimación para solicitar la publicidad registral al órgano de administración de la sociedad familiar. Eso sí, como antes indiqué, se establece la salvaguarda de que será preciso el consentimiento individual, expreso e inequívoco de todos los firmantes para la publicación de sus nombres y otros datos personales.

En todo caso, nada impide que la junta general pueda pronunciarse sobre la conveniencia o no de publicar el protocolo o que, incluso, tratándose de una SL, pueda impartir al órgano de administración alguna instrucción al respecto o someter su decisión en este terreno a la autorización de la junta al amparo del art. 161 TRLSC. Ahora bien, cualquier acuerdo de la junta en alguno de los sentidos expresados tendrá mera trascendencia interna, sin perjuicio de la responsabilidad interna en que puedan incurrir los administradores que desoigan el criterio de la junta o de la posibilidad de que esta acuerde la separación de aquellos por tal motivo.

A partir de aquí, el RDPPF ofrece, más allá de su publicación en la página web de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro Mercantil

(art. 4), tres modalidades de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil:

- A)** La primera modalidad consiste en la mera constancia de la existencia de protocolo familiar en la hoja abierta a la sociedad a solicitud del órgano de administración mediante instancia con firma legitimada notarialmente (art. 5). En este caso, la inscripción reflejará la mera existencia del protocolo familiar mediante una reseña identificativa del mismo basada en la declaración de los administradores solicitantes, bajo su responsabilidad. Si el protocolo estuviese formalizado en escritura pública, la reseña expresará necesariamente el notario autorizante, lugar, fecha y número de protocolo notarial. Asimismo, deberá expresarse si el protocolo familiar es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad.

No hay duda de que el tipo de publicidad que se logra por esta primera vía es puramente formal. El registrador mercantil no podrá exigir siquiera la presentación del protocolo en cuestión ni, en consecuencia, habrá calificación alguna de su contenido. La labor del registrador se limitará a reseñar la existencia del protocolo a partir de la declaración de los solicitantes, a comprobar —en su caso— que el protocolo es accesible desde el sitio web que consta en la hoja registral y a verificar que no existe otro protocolo anterior.

- B)** La segunda modalidad de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil

consiste en el depósito del protocolo familiar formalizado en documento público junto con las cuentas anuales (art. 6 RDPPF). Hecha tal presentación, señala el precepto indicado que el protocolo familiar «será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el registrador». Y es este último inciso el que más problemas interpretativos ha planteado. Más concretamente, se ha discutido el alcance de la calificación a la que hace mención el precepto, es decir, si se trata de una calificación registral plena o limitada. En mi opinión, de la lectura conjunta del art. 6 RDPPF y de la exposición de motivos se desprende la clara idea de que se ha querido dar un trato similar al protocolo familiar y a la información contable y financiera presentada por la sociedad, de modo que la calificación registral en este caso es limitada o formal, con un alcance equivalente al de la calificación de las cuentas anuales (art. 280 TRLSC), lo que supone que el registrador se limitará a comprobar que el documento presentado responde a la naturaleza del protocolo familiar y que la solicitud de publicidad aparece firmada por quienes figuran como administradores inscritos de la sociedad. Y este carácter limitado de la calificación registral conlleva una importante consecuencia: la publicidad que se logra por esta vía es, de nuevo, una publicidad meramente formal, que no goza de la presunción de validez y exactitud en protección de terceros.

C) Y, finalmente, la tercera modalidad de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil consiste en la mención del protocolo familiar ya publicado en la inscripción de acuerdos sociales adoptados en ejecución del mismo (art. 7 RDPPF), mención que, por un lado, puede ayudar a la interpretación del acuerdo social adoptado, pero que, por otro lado, permite que afloren —a veces, un tanto inopinadamente— en la esfera corporativa unos pactos reservados entre los socios. Para lograr la publicidad por esta vía, la escritura pública en la que conste el acuerdo social cuya inscripción se pretende deberá expresar que el acuerdo en cuestión se ha adoptado en ejecución de un protocolo familiar ya publicado. A partir de ahí, el registrador realizará su labor de calificación previa a la inscripción sobre la base de la escritura de elevación a público del acuerdo social, de los asientos del registro y también del protocolo familiar invocado. A tal efecto, la escritura de elevación a público del acuerdo bien podrá llevar incorporada copia del protocolo familiar (ya esté formalizado en documento privado, ya lo esté en escritura pública) o bien podrá contener una breve transcripción de la parte del contenido del protocolo familiar que interese al caso. No basta, pues, con el solo hecho de que el protocolo familiar haya sido objeto de publicidad formal con anterioridad, porque, como antes vimos, la calificación previa a tal publicidad formal es limitada y porque, además, el protocolo podría

haber experimentado en el ínterin toda suerte de modificaciones.

Analizadas en estos términos las distintas modalidades de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil que ofrece el RDPPF, se puede concluir lo siguiente:

- i) No se prevé la inscribibilidad directa del protocolo familiar, es decir, la presentación en el Registro Mercantil de copia autorizada de la escritura pública en la que se haya formalizado el protocolo familiar para su calificación plena por el registrador y su ulterior inscripción junto a los estatutos sociales en la hoja abierta a la sociedad. Esta posibilidad no aparece contemplada ni en el RDPPF ni en el art. 16 CCom.
- ii) En todo caso, la publicidad que logra el protocolo familiar a través del Registro Mercantil es, en esencia, una simple publicidad formal o publicidad-noticia y no goza de los efectos y beneficios propios de la publicidad material. Y esto es predicable incluso de la vía prevista en el art. 7 RDPPF, puesto que, en tal caso, el alcance material de la publicidad está vinculado al acuerdo social inscrito que fue adoptado en ejecución del protocolo y, en todo caso, la publicidad de este es parcial o limitada.
- iii) El RDPPF muestra una clara preferencia por la formalización del protocolo familiar en escritura pública, como lo corrobora el tenor literal de sus arts. 5.2, 6 y 7. En el caso concreto de la publicidad por vía de depósito del protocolo junto con las

- cuentas sociales, es incuestionable la exigencia del art. 6 RDPPF de que el protocolo cuyo depósito se pretende haya sido formalizado en escritura pública, cuya copia será la que acompañe a las cuentas sociales. Tan claros son los términos en los que se expresa que, pese a la insistencia de algún sector doctrinal en otra línea, no admite el tenor literal del precepto de referencia otra interpretación.
- iv) La regulación del RDPPF sobre publicidad del protocolo familiar debe entenderse como una forma de regulación indirecta de la transparencia de las sociedades familiares. El incentivo a la promoción de la publicidad debemos buscarlo en las nociones de «responsabilidad social corporativa» y de «capital reputacional», es decir, en la idea de que el mercado en general ve con buenos ojos, confía y premia a las sociedades familiares que no tienen reparos a la hora de dar publicidad a los instrumentos que afectan a su gestión.

III

**CONCLUSIÓN: EL CONTROL NOTARIAL
DE LOS LÍMITES DEL PROTOCOLO FAMILIAR
COMO REFLEJO DEL VALOR DEL CONTROL NOTARIAL
DE LA LEGALIDAD EN EL REFORZAMIENTO
DE LA SEGURIDAD Y LA PROSPERIDAD
DEL SISTEMA JURÍDICO-ECONÓMICO**

El nacimiento y desarrollo de la figura del protocolo familiar en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra cultura jurídica y socioeconómica general son signos cla-

ros de la cada vez más sólida toma de conciencia sobre la importancia de la empresa familiar y sobre la necesidad de tratar con rigor y eficacia su problemática específica. Pero su procedencia anglosajona y su frecuente vocación totalizadora hacen también del protocolo familiar un arma de doble filo: un protocolo familiar correctamente redactado, ajustado a las concretas características y necesidades de la empresa a la que se refiere, respetuoso con las determinaciones imperativas de nuestros Ordenamientos civil y mercantil y abierto a cuantos pactos sirvan para la consecución de los fines que persigue dentro de los límites de la autonomía de la voluntad será un protocolo familiar útil, conveniente y deseable; en cambio, un protocolo familiar ambigua o incorrectamente redactado, excesivamente general o desapegado de las específicas circunstancias de la empresa familiar a la que se refiere, comprensivo de pactos contrarios a normas imperativas que pretendan trascender a los estatutos sociales o incapaz de aprovechar hasta sus límites el amplio terreno del que dispone la autonomía de la voluntad en esta materia será un protocolo familiar inútil, inconveniente e indeseable, un protocolo que, lejos de servir a los nobles objetivos de asegurar la estabilidad, continuidad y funcionamiento pacífico de la empresa familiar, resultará peligroso y abocará a la empresa y a la familia a las situaciones de caos y tensión que justamente se pretendían evitar.

Por todo ello, se antoja clave la formalización del protocolo familiar en escritura pública, bajo el control de la legalidad y el asesoramiento jurídico especializado e imparcial del notario, dotándolo así, además, del valor

probatorio y ejecutivo ligados al instrumento público notarial y procurando con especial cuidado especificar el alcance y eficacia jurídica de todos y cada uno de los pactos contenidos en él, así como excluir los pactos contrarios a normas imperativas o corregir su contenido hasta que queden ajustados a la ley.

En la formalización pública del protocolo familiar, el notario controlará la identidad y la capacidad de los firmantes, examinará la legitimación de los otorgantes (pensemos, por ejemplo, en los supuestos de actuación por medio de representante o de personas casadas bajo cualquier régimen económico-matrimonial), dará fe de la libre e informada prestación del consentimiento por parte de los firmantes y de que su voluntad no está en ese instante viciada por error, violencia, dolo o intimidación, juzgará la adecuación de los pactos alcanzados a la ley, aconsejará a los interesados soluciones alternativas si las inicialmente propuestas no se ajustan a la legalidad y advertirá cumplidamente a los firmantes sobre las consecuencias jurídicas de toda índole que para ellos comportan los compromisos asumidos. En definitiva, la intervención notarial en la formalización del protocolo familiar —al igual que en todos los actos y negocios de que conoce el notario—, lejos de constituir una carga, garantiza la perfecta adecuación a la legalidad de todos los aspectos (subjetivos, objetivos y formales) del acto que se realiza, lleva aparejados especiales efectos jurídicos que ni el documento privado ni la publicidad registral pueden alcanzar y enriquece con certera información y asesoramiento imparcial la voluntad de los interesados. Y todo ello con prontitud, competencia y seguridad.

La figura del protocolo familiar era una presencia constante en los títulos de multitud de conferencias, seminarios, cursos y publicaciones en 2003 y 2004. Hoy la situación es bien diferente. Pasada la fiebre del momento inicial, atenuada la luz cegadora de aquellos primeros focos, es ahora turno para la labor de los juristas encargados de ayudar a los particulares emprendedores a dar forma jurídica a sus legítimos intereses jurídicos y económicos. Es misión de todos (poderes legislativo y ejecutivo, juristas y emprendedores) contribuir a evitar que ese «*juego de promesas*»²² con el que algunos autores identifican al protocolo familiar quede reducido a solo eso, un juego de promesas incumplidas.

Previsión, previsibilidad, confianza, credibilidad, seguridad... Son conceptos todos ellos que aparecen ligados al protocolo familiar y que, al mismo tiempo, habrán de inspirar la salida de la situación de crisis económica que hoy vivimos. En nuestro mundo de hoy, la simbiosis o comunión entre economía y Derecho se hace imprescindible, en el bien entendido de que no debe permitirse a aquélla cuasi fagocitar a este (como anhelarían los postulados eficientistas del Análisis Económico del Derecho), sino de que, bien al contrario, el Derecho está llamado a imponer una ética a la economía, una ética fundada en valores y principios fundamentales y superiores, como la justicia, la libertad y el bien común. No se trata de des-

22. RODRÍGUEZ ALCALDE, J. J. y RODRÍGUEZ ZAPATERO, M. Cátedra Prasa de Empresa Familiar, Universidad de Córdoba, «El protocolo familiar: un juego de promesas», en revista *La Notaría*, Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña, septiembre de 2006, pp. 13-24.

preciar las ideas de celeridad, beneficio y eficiencia. Ni mucho menos. Se trata de cohesionarlas con las de razonabilidad, sentido común, prudencia y seguridad.

La seguridad jurídica puede contribuir y, de hecho, contribuye sobremanera al bienestar económico y social, a la paz jurídica, al disfrute de las libertades civiles y, en definitiva, a la prosperidad de todos. Y, teniendo en cuenta que la seguridad jurídica y, más concretamente, la seguridad jurídica preventiva y creativa son ejes fundamentales que dan sentido a la función notarial y a la figura del notario en nuestra sociedad, el compromiso del Notariado en este sentido es claro: los notarios que lo integramos podemos, sabemos y estamos dispuestos a seguir poniendo cada día nuestros conocimientos y nuestra función al servicio de los ciudadanos y, en la materia concreta que ha constituido el objeto de esta exposición, al servicio de tantos emprendedores que comprometen su patrimonio, su tiempo, su esfuerzo personal y el de sus familias por sacar adelante nuevos e ilusionantes proyectos. El objetivo es evitar que esos emprendedores remen lo indecible para acabar muriendo en la orilla del tránsito de la empresa familiar a la siguiente generación, evitar, en suma, que se vean mañana lanzando desesperadamente al aire, cuando ya no haya solución, esa terrible pregunta que delante de mí uno de ellos, en mi primera notaría, se hizo un día: «¿quién lo iba a pensar?».

Índice

Introducción _____	5
I. Breve caracterización de la figura del protocolo familiar ____	13
<i>Concepto</i> _____	15
<i>Naturaleza jurídica</i> _____	16
<i>Contenido</i> _____	18
<i>Eficacia</i> _____	19
II. El control (notarial) de los límites del protocolo familiar _____	23
<i>Límites subjetivos</i> _____	24
1. Concepto de «familia» o «grupo familiar» _____	25
2. Grado de control de la empresa _____	28
3. Sujetos firmantes del protocolo familiar _____	28
<i>Límites objetivos</i> _____	31
1. Preámbulo _____	32
2. Ámbito de aplicación del protocolo familiar _____	32
2.1. <i>Ámbito subjetivo de aplicación</i>	
2.2. <i>Ámbito objetivo de aplicación</i>	
2.3. <i>Ámbito temporal de aplicación</i>	
3. Gobierno y dirección de la empresa familiar _____	40
3.1. <i>Creación de órganos de dirección de carácter familiar ajenos, en su caso, a la estructura societaria</i>	

3.2. <i>Establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos societarios</i>	
4. Propiedad de la empresa familiar	51
4.1. <i>Régimen de ingreso y salida de la empresa</i>	
4.2. <i>Contenido de la posición de socio o partícipe</i>	
4.3. <i>Régimen jurídico de las acciones o participaciones</i>	
4.4. <i>Compromisos sobre régimen económico-matrimonial</i>	
4.5. <i>Ordenación de la sucesión en la empresa familiar</i>	
5. Relaciones familia-empresa y empresa-sociedad	68
6. Cláusulas de orden	70
<i>Límites formales</i>	73
1. Forma del protocolo familiar	74
2. Publicidad general del protocolo familiar a través del registro mercantil	74
 III. Conclusión: el control notarial de los límites del protocolo familiar como reflejo del valor del control notarial de la legalidad en el reforzamiento de la seguridad y la prosperidad del sistema jurídico-económico	 80



CONSEJERÍA DE CONOCIMIENTO,
INVESTIGACIÓN Y UNIVERSIDAD