



EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Antonio José Valmaña Cabanes

Dipòsit Legal: T 764-2015

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Antonio Valmaña Cabanes

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL
PROTOCOLO FAMILIAR

TESIS DOCTORAL

dirigida por el Dr. Pablo Girgado Perandones

Departamento de Derecho Privado,

Procesal y Financiero



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2013



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

**Departament de Dret Privat,
Processal i Financer**

Campus Tarragona Centre.

Av. Catalunya, 35

43005 Tarragona

Tel. 977 55 83 79

Fax. 977 55 88 46

HAGO CONSTAR que este trabajo, titulado “El régimen jurídico del protocolo familiar”, que presenta Antonio Valmaña Cabanes para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de Universidad.

Tarragona, 1 de julio de 2013.

El director de la tesis doctoral,

Dr. Pablo Girgado Perandones

ÍNDICE

1. Introducción.

1.1. Objeto de estudio.	21
1.1.1. El protocolo en el ámbito del Derecho.	23
1.1.2. Metodología.	24
1.2. Principal problema planteado.	27
1.2.1. El pacto como norma. Su fuerza ejecutiva.	29
1.2.2. Los pactos y las reglas en la empresa familiar.	31

2. Problemática jurídica de la empresa familiar.

2.1. Empresa familiar y Derecho mercantil.	37
2.1.1. Concepto jurídico de empresa familiar.	40
2.1.1.1. Elementos distintivos de la empresa familiar.	43
2.1.1.2. Problemas específicos.	44
2.1.2 Adecuación a los tipos sociales.	50
2.1.2.1. Debate sobre la conveniencia de un tipo específico.	59
2.1.2.2. La sociedad de responsabilidad limitada como modelo de sociedad cerrada.	62
2.1.2.3. La sociedad limitada nueva empresa.	70
2.1.2.4. Influencia de la nueva LSC.	73
2.1.2.5. Perspectivas de futuro: la sociedad privada europea.	80

2.2. Perspectiva económica y financiera.	84
2.2.1. El capital social.	85
2.2.2. Las fuentes de financiación.	87
2.3. La sucesión en la empresa familiar.	92
2.3.1. La perspectiva empresarial.	93
2.3.2. La perspectiva jurídica.	99
3. El protocolo familiar: concepto y contenido.	
3.1. Concepto de protocolo familiar en la legislación española.	101
3.1.1. Antecedentes de la figura.	102
3.1.1.1. Derecho anglosajón.	104
3.1.1.2. Derecho francés.	106
3.1.1.3. Derecho italiano.	108
3.1.2. El protocolo familiar en otros ordenamientos.	112
3.1.2.1. El marco de la Unión Europea.	113
3.1.2.2. El caso particular del Principado de Andorra.	115
3.1.3. Debate conceptual.	117
3.1.3.1. El protocolo moral o no jurídico.	119
3.1.3.2. El protocolo jurídico.	122
3.1.4. Recepción en España.	124
3.1.4.1. La contraposición al modelo original anglosajón.	126
3.1.4.2. Evolución normativa.	128
3.2. Contenido típico del protocolo familiar.	133
3.2.1. Naturaleza dual de su contenido.	134
3.2.2. Elementos típicos.	136

3.2.2.1. Preámbulo.	138
3.2.2.2. Ámbito de aplicación.	139
3.2.2.3. Gobierno de la empresa familiar.	140
3.2.2.4. Régimen del trabajo en la empresa.	142
3.2.2.5. Propiedad de la empresa familiar.	143
3.2.2.6. Cláusulas de orden.	146
3.2.2.7. Adhesiones y publicidad.	148
4. Arquitectura jurídica de la empresa familiar: inserción del protocolo.	
4.1. Relación con otros documentos societarios y familiares.	151
4.1.1. Estatutos sociales.	153
4.1.2. Capitulaciones matrimoniales.	159
4.1.2.1. Regímenes económicos matrimoniales y empresa familiar.	162
4.1.2.2. Eficacia de los pactos protocolarios sobre capitulaciones matrimoniales.	169
4.1.3. Testamentos y otras disposiciones hereditarias.	172
4.1.3.1. La prohibición de la sucesión contractual.	176
4.1.3.2. El pacto sucesorio en Cataluña.	184
4.1.3.3. La sucesión contractual en otros derechos forales.	192
4.1.3.3.1. Aragón.	193
4.1.3.3.2. Baleares.	195
4.1.3.3.3. Galicia.	197
4.1.3.3.4. Navarra.	199

4.1.3.3.5. País Vasco.	201
4.1.3.4. Influencia de la legítima.	203
4.2. Traslación del protocolo a otros documentos.	205
4.2.1. Del protocolo a los documentos mercantiles.	206
4.2.2. Del protocolo a los documentos civiles.	210
5. Protocolo familiar y régimen jurídico de la sociedad mercantil.	
5.1. Protocolo y restricciones a la transmisión.	215
5.1.1. Restricciones en sociedades anónimas.	218
5.1.2. Restricciones en sociedades de responsabilidad limitada.	221
5.1.3. Eficacia de las cláusulas restrictivas.	224
5.1.4. Principales cláusulas restrictivas de la transmisibilidad.	226
5.1.4.1. Derechos de adquisición preferente y de rescate.	228
5.1.4.2. Autorización o consentimiento de la sociedad.	229
5.1.4.3. Condiciones del adquirente.	233
5.1.4.4. Obligación de enajenar.	235
5.1.4.5. Prohibición de transmitir.	236
5.1.5. Efectos de las restricciones en los distintos regímenes de transmisión.	237
5.1.5.1 Transmisiones <i>inter vivos</i> .	238
5.1.5.2. Transmisiones <i>mortis causa</i> .	239
5.1.5.3. Transmisiones forzosas.	243
5.2. Protocolo y órganos de gobierno de la empresa familiar.	246
5.2.1. Particularidades de los órganos sociales.	249
5.2.1.1. La Junta General.	251

5.2.1.1.1. Alteraciones en el principio de proporcionalidad del voto.	254
5.2.1.1.1.1. Límite máximo de los derechos de voto.	255
5.2.1.1.1.2. Títulos con voto plural.	257
5.2.1.1.1.3. Títulos sin derecho de voto.	260
5.2.1.1.2. Sindicatos de voto.	263
5.2.1.2. Los administradores.	266
5.2.1.2.1. Régimen de responsabilidad.	270
5.2.1.2.2. Consejeros independientes.	273
5.2.2 Órganos propios de la empresa familiar.	276
5.2.2.1 Asamblea familiar.	277
5.2.2.2. Consejo de familia.	279
5.2.3. Relaciones entre los órganos de gobierno societarios y familiares.	280
6. El protocolo familiar como tipo particular de pacto parasocial.	
6.1. Carácter extraestatutario del protocolo familiar.	283
6.2. Los pactos parasociales en nuestro ordenamiento jurídico.	286
6.2.1. Rasgos definitorios del pacto parasocial.	288
6.2.2. Evolución legislativa: de la ineficacia a la inoponibilidad.	291
6.2.2.1. Doctrina del Tribunal Supremo.	296
6.2.2.2. El estado actual del debate.	302
6.2.2.3. Pactos omnilaterales de todos los socios.	304

6.3. Los pactos parasociales en el Derecho comparado.	306
6.3.1. Ordenamientos anglosajones.	307
6.3.2. Ordenamiento italiano.	310
6.3.3. Ordenamientos francés.	313
6.3.4. Ordenamiento andorrano.	315
6.4. Particularidades del protocolo familiar.	317
6.5. Inserción de los pactos en la regulación de sociedades.	321
7. Naturaleza jurídica del protocolo familiar y eficacia derivada de la misma.	
7.1. Naturaleza contractual.	329
7.2. Eficacia del protocolo como contrato.	336
7.2.1. Eficacia <i>inter partes</i> .	337
7.2.2. Eficacia en caso de incumplimiento contractual.	342
7.3. El protocolo familiar en el Derecho de sociedades.	345
7.3.1. Ausencia de regulación.	346
7.3.2. Recomendaciones de la Ponencia del Senado de 2001.	348
7.3.2.1. El contexto europeo de la Ponencia.	349
7.3.2.2. Tratamiento del protocolo familiar.	352
7.3.2.3. Otras cuestiones societarias.	355
7.3.3. Eventuales modificaciones legislativas.	359
7.4. Límites de eficacia.	373
7.4.1. Cláusulas inscribibles.	364
7.4.2. Recomendaciones.	370
7.4.3. Contenidos morales.	372

8. Eficacia jurídico-obligacional del protocolo familiar.

8.1. Medidas registrales de eficacia.	377
8.1.1. La génesis del Real Decreto 171/2007.	378
8.1.1.1. El Proyecto del Ministerio de Justicia.	379
8.1.1.2. El Dictamen del Consejo Económico y Social.	381
8.1.1.3. La redacción final del Real Decreto.	381
8.1.1.3.1. Contenidos conceptuales.	382
8.1.1.3.2. Facultad para promover la publicidad.	385
8.1.1.3.3. La publicidad a través de la web corporativa.	388
8.1.2. Publicidad registral del protocolo familiar.	390
8.1.2.1. Naturaleza reservada de los pactos familiares.	393
8.1.2.2. Los distintos grados de publicidad.	395
8.1.2.2.1. Publicidad noticia.	397
8.1.2.2.2. Publicidad material.	402
8.1.2.3. Particularidades en el acceso al Registro Mercantil.	406
8.1.2.4. Acceso a otros Registros.	413
8.1.3. Crítica a la regulación del Real Decreto 171/2007.	416
8.2. Medidas extrarregistrales de eficacia.	420
8.2.1. Cláusulas penales.	421
8.2.2. Prestaciones accesorias.	427
8.3. Ejercicio de acciones coercitivas basadas en un protocolo familiar.	434
8.3.1. Acciones de base civil.	435

8.3.2. Acciones de base societaria.	440
8.3.3. Arbitraje.	444
9. Conclusiones.	449
Bibliografía.	461

Abreviaturas utilizadas

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AAVV	Autores varios
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJUM	Actualidad Jurídica Uría & Menéndez
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEC	Código Europeo de Contratos
CGCOCC	Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio
CGN	Consejo General del Notariado
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CRCPEF	Cuadernos de reflexión de la Cátedra PRASA de empresa familiar
CRPME	Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
DTDDMUC	Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense
E&J	Economist & Jurist
LA	Ley de Arbitraje
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMV	Ley del Mercado de Valores
LGT	Ley General Tributaria
LIS	Ley del Impuesto de Sociedades
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSLNE	Ley de la sociedad limitada Nueva Empresa
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
pymes	Pequeñas y medianas empresas
RAD	Revista para el análisis del Derecho
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto

RDCA	Revista de Derecho Civil Aragonés
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RGD	Revista General del Derecho
RIS	Reglamento del Impuesto de Sociedades
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RMV	Revista del Mercado de Valores
RN	Reglamento Notarial
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

1. Introducción

1.1. Objeto de estudio.

El presente estudio tiene como objeto analizar cuál es el régimen jurídico del protocolo familiar, documento que permite establecer unas determinadas reglas que tienen por finalidad regular una sociedad mercantil de carácter familiar y, también, las relaciones de ésta con la familia propietaria de su capital social y administradora de la misma, así como la eficacia obligacional que dicho protocolo proyecta. Este primer enunciado que acabamos de formular ya permite observar que este trabajo va a partir de un ámbito más general (el de la empresa familiar) para centrarse en uno de sus elementos particulares (el protocolo familiar) y, dentro de éste, en un aspecto que estimamos especialmente relevante, como es el de su eficacia en términos jurídicos y obligacionales. Eficacia cuyo análisis nos interesará especialmente respecto a terceros.

En el ámbito más general, estudiaremos en primer lugar –aunque de forma necesariamente genérica- qué cabe entender por empresa familiar, término que la doctrina coincide en destacar como de difícil definición¹ pero que, en todo caso, se articula alrededor de unos elementos que permiten diferenciar a este tipo de sociedades mercantiles de las demás, aun cuando estructuralmente obedezcan, las unas y las otras, a una misma realidad jurídica, habida cuenta de que no existe un tipo legal específico de sociedad que distinga a las empresas familiares de aquellas que no lo son².

Y del mismo modo que no cabe hablar de la empresa familiar como un tipo societario específico, no cabe hablar tampoco de unos elementos jurídicos de la misma que sean distintos a los de cualquier otra sociedad mercantil. Lo que la diferencia de las otras es, en todo caso, el modo en que dichos elementos se articulan y la forma en que se relacionan con un grupo de personas unidas por vínculos familiares. Así, podemos afirmar ya en este momento –sin perjuicio de un mayor análisis en el apartado correspondiente- que la empresa familiar es aquella cuya propiedad y dirección están

¹ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS, Valencia, 2005, pág. 15; SÁNCHEZ-CRESPO, A.J. / BELLVER SÁNCHEZ, A./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.: *La empresa familiar: manual para empresarios*, Deusto, Barcelona, 2005, pág. 16.

² PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, pág. 491.

vinculadas a una familia a lo largo del tiempo, siendo esta vocación de continuidad otro de los aspectos clave para entender este tipo de organizaciones³, cuya idiosincrasia trasciende más allá de lo estrictamente mercantil.

En cualquier caso, las particularidades propias de la empresa familiar han hecho que su regulación legal se vea complementada por algunos elementos adicionales que, sin llegar a sustituir a los societariamente necesarios (cuya ausencia o sustitución no sería admisible en Derecho), sirven para regular la sociedad de un modo especial, tratando de dar respuesta a los problemas que estas empresas presentan de forma específica o, en todo caso, con mayor intensidad que las demás. Así, junto a los órganos societarios necesarios (junta y órgano de administración), encontramos los llamados órganos propios o *ad hoc* de la empresa familiar, como pueden ser el Consejo de Familia, la Asamblea Familiar o las distintas comisiones, órganos que van creciendo a medida que la empresa y/o la familia adquiere una mayor complejidad organizativa⁴, en la que existe una verdadera doble estructura⁵ y se advierte en todo caso un paralelismo bastante acusado entre órganos societarios y órganos *ad hoc*⁶.

Por otro lado, junto a los estatutos sociales, surge el protocolo familiar como documento que, yendo más allá de lo que los estatutos pueden alcanzar, permite a la familia empresaria establecer las reglas que considere más oportunas, sobre la base de la autonomía de la voluntad⁷ que, como principio general, rige sobre toda clase de contratos salvo, lógicamente, aquellos que estén tasados o en los que exista un claro desequilibrio entre las partes. Y es que los estatutos, a pesar de que disponen tanto de un contenido obligatorio como de otro facultativo⁸, no permiten la más amplia libertad

³ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., pág. 30; TENA ARREGUI, R.: “Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica”, en MARTÍNEZ DÍE, R. (dir.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 43; PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria”, en *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*, volumen V, 2008, pág. 213.

⁴ CARRASCO, A. J./SABATER, R.: “Gobierno y organización de la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (ed.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 158.

⁵ SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, V.: “El gobierno de la sociedad limitada familiar”, en GARRIDO DE PALMA, V. (dir.): *Estudios sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 165.

⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, tomo VI, ob. cit., pág. 51.

⁷ A estos efectos, la autonomía de la voluntad se traduce en la posibilidad de los contratantes de plasmar todas las pretensiones que estimen oportunas y hacerlo en la forma que consideren más adecuada (VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 73).

⁸ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./VIGUERA RUBIO, J. M./DÍAZ MORENO, A.: “Constitución de la sociedad”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen general de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, volumen 1º A., Civitas, Madrid, 1999, pág. 381; MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Artículo 9. Estatutos sociales”, en ARROYO, I./EMBID, J.M. (coords.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, volumen I, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 125; VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al derecho mercantil*, 21ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 349.

que permite un contrato ordinario o autónomo (recuérdese que los estatutos no son un contrato *per se*, sino que forman parte del contrato de sociedad), por cuanto su ámbito está legalmente tasado⁹, incluso en sede de sociedades de responsabilidad limitada, aun cuando se entiende que se dispone en éstas de una mayor libertad de configuración que la existente en sociedades anónimas¹⁰. De este modo, protocolo y estatutos pueden (y deben) coordinarse para conseguir que la sociedad mercantil se ajuste al máximo al modelo que la familia empresaria tenga en mente, aprovechando de este modo las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento, en cuyo substrato se halla la idea de que toda sociedad tiene un origen negocial¹¹, para conseguir esa configuración específica.

1.1.1. El protocolo en el ámbito del Derecho.

El protocolo familiar, por lo expuesto, y sin perjuicio del mayor análisis que a lo largo del presente trabajo se realizará, se configura como un elemento adicional con el que los socios o accionistas pueden ajustar las reglas de la sociedad de modo que responda ésta, en su organización interna (y externa en relación cuando menos a la propia familia empresaria) a sus necesidades u objetivos específicos. El protocolo supone por tanto un paso más en la configuración consensual de la sociedad, por cuanto permite la adopción de reglas que, por su contenido, no serían inscribibles y no pueden tener cabida, por ello, en los estatutos sociales.

Es evidente, con todo, que el protocolo familiar únicamente resultará útil, como medio para alcanzar el fin perseguido, en la medida en que sea un documento jurídicamente eficaz, con fuerza obligacional para los sujetos a los que pretende proyectar sus efectos, y con plena capacidad ejecutiva, resultando posible incluso perseguir su cumplimiento, si ello fuera preciso, a través de los tribunales de justicia, a pesar del escepticismo que su eficacia despierta entre los juristas debido al tratamiento que actualmente le dispensa nuestro

⁹ Los estatutos deben limitarse a ser unas normas generales que no pueden entrar al nivel del detalle: “no pueden determinar quién ha de dirigir cada sociedad, quién ha de representarla ni puede descender a otra cosa que a señalar unos límites más o menos amplios dentro de los cuales ha de moverse” (ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 115). Por otro lado, aunque puedan aprovechar al máximo la amplitud que permita el tipo social elegido, hay que tener presente que existen en cada tipo “normas de naturaleza abiertamente indisponible”, al existir un sistema cerrado de tipos societarios dotado de cierta rigidez (MENÉNDEZ, A./VAQUERIZO ALONSO, A.: “Concepto, denominación y carácter mercantil de la sociedad anónima”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1º a, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 48-49).

¹⁰ BARBA DE VEGA, J.: “La constitución de la sociedad: escritura y estatutos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 145.

¹¹ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 30-31.

ordenamiento¹². Un escepticismo que no debe extrañarnos, habida cuenta de que esta figura, como más adelante veremos, ni ha nacido en el ámbito de las ciencias jurídicas ni encuentra en éstas, a día de hoy, su mayor campo de desarrollo.

Sea como fuere, para poder asegurar esa eficacia jurídica que, de forma refleja, conllevará la efectividad del protocolo, resultará necesario que se configure éste como un documento de marcado carácter legal, aun cuando ello suponga de entrada un mayor esfuerzo para los profesionales encargados de elaborarlo y, sin duda, una mayor fuente de fricciones para los socios y/o familiares que deban suscribirlo. Deberá adoptar la forma de conjunto de normas, de obligado cumplimiento, intentando en la medida de lo posible que dicho carácter obligacional no alcance únicamente a sus firmantes, a modo de mero contrato o pacto extraestatutario (categoría en que se circunscribe el protocolo)¹³, sino también a los terceros vinculados a la empresa (futuros socios, miembros de la familia, etc.) y, en particular, a la sociedad misma, ante la que no es a priori oponible. Mecanismos como la inscripción registral serán fundamentales para conseguir este objetivo –si bien será preciso para ello un mayor compromiso legislativo que el adquirido por el RD 171/2007-, pero será necesario también que el protocolo disponga de mecanismos coercitivos propios, para los supuestos de incumplimiento, como puedan ser cláusulas penales, entendidas como obligaciones accesorias a cumplir cuando se incumpla la obligación principal¹⁴, por lo que no tendrán efecto reparador, sino únicamente resarcitorio y, en la medida en que estén adecuadamente configuradas, disuasorio¹⁵ (siendo éste último, lógicamente, su carácter más relevante a los efectos que en este caso interesan).

1.1.2. Metodología.

Advertíamos en el epígrafe anterior acerca del escepticismo que el protocolo genera entre los juristas, que lo ven todavía como un cuerpo extraño en el ámbito del Derecho, en el que tan a menudo sentimos la necesidad de intentar encajar cada acto, cada contrato, en una categoría predeterminada que

¹² GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., pág. 655.

¹³ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria. Su protocolo jurídico”, en en CUADRADO, J. et al.: *Empresa familiar y sociedad mercantil*, Cámara de Comercio de Madrid, Madrid, 2004, pág. 71; GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 670.

¹⁴ DÍAZ ALABART, S.: *La cláusula penal*, Editorial Reus, Madrid, 2011, pág. 59.

¹⁵ Ejercer una presión para evitar el incumplimiento y, una vez consumado éste, regular sus consecuencias son las dos funciones básicas de la cláusula penal (ROCA SASTRE, R./PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, volumen I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 333).

nos ofrezca unas guías claras sobre la forma en que debe adoptar. El protocolo familiar, en este sentido, es un claro ejemplo de contrato atípico¹⁶, configurado por tanto sobre la base de la absoluta libertad de las partes (dentro lógicamente de los marcos establecidos, con carácter general, por nuestro ordenamiento) y no sometido a unas reglas legales específicas¹⁷.

Esta consideración de *rara avis* supone que no exista, a día de hoy, una doctrina jurídica sobre el protocolo demasiado abundante. La hay en otros ámbitos, como el de las ciencias económicas y empresariales, en el que encuentra su origen y en el que ha sido largamente analizado, pero no ha sido objeto de estudio entre los juristas hasta fechas relativamente recientes, si bien es justo reconocer el impacto y la notoriedad de algunos de los trabajos realizados sobre la materia. Tampoco existen excesivos pronunciamientos judiciales al respecto. En parte por su novedad y en parte, también, por el problema que es precisamente objeto de nuestro estudio: las dificultades de dotarlo de eficacia jurídica. Esta falta de eficacia coercitiva ha conllevado, como es lógico, que el protocolo no haya sido objeto de debate judicial, razón por la cual la jurisprudencia sobre la materia es escasa. De igual modo, siendo relativamente reciente la posibilidad de dotarlo de publicidad registral (desde 2007) y siendo además una materia que en términos generales la familia empresaria se muestra reacia a publicitar, es igualmente escasa también la doctrina de la DGRN.

Y si a la falta de doctrina científica y de jurisprudencia le sumamos, también, la falta de normas de derecho positivo (más allá del ya citado RD 171/2007), resulta evidente cuál es el principal problema al que deberemos enfrentarnos en el presente estudio: la falta de fuentes a las que acudir para realizar nuestro análisis, si se me permite en este caso el paralelismo establecido con el artículo 1 del CC en el uso del término *fuentes*. Podemos combatir este problema mediante dos vías que nos permitan no sólo efectuar el estudio jurídico del protocolo sino también, tratando de convertir el defecto en virtud, efectuar dicho estudio como contrapunto al que se ha hecho en otros ámbitos, especialmente para tratar de destacar los riesgos que la falta de juridicidad del protocolo puede conllevar en lo relativo a su eficacia vinculante.

La primera de estas dos vías es el análisis de los aspectos jurídicos del documento, que los hay y han sido profusamente estudiados. Y es que el hecho de que no exista literatura científica sobre el protocolo familiar no significa que no la haya sobre la figura en que reposa su naturaleza jurídica (el contrato), sobre su forma más

¹⁶ Siguiendo a Gete-Alonso Calera, podemos definir el contrato atípico, por oposición, como aquél para el que no hay unas normas jurídicas concretas predeterminadas (GETE-ALONSO CALERA, M. C.: *Estudios sobre el contrato*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 47).

¹⁷ LETE DEL RÍO, J.M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones*, volumen I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 410.

específica (el pacto parasocial), sobre sus objetivos (la ordenación de la sucesión o la restricción a la transmisión del capital social) o sobre sus garantías (la inscripción registral o las cláusulas penales). Por ello, aunque en contadas ocasiones encontraremos referencias directas al protocolo familiar en estudios netamente jurídicos (tendencia que, justo es decirlo, se ha ido rompiendo en los últimos años), resultarán mucho más abundantes las que tienen que ver con todas aquellas características que le son propias y que, por tanto, nos permitirán ir construyendo sobre la base de un conjunto de piezas aparentemente sueltas un análisis sobre nuestro objeto de estudio.

La segunda de las vías puede resultar un tanto extraña en una tesis de Derecho, en la que lo más frecuente (y natural) es el estudio y la cita de la doctrina propia de nuestro ámbito. Pero parece muy conveniente en este caso, habida cuenta de las circunstancias expresadas, optar por otras *fuentes*, aunque sea sólo e efectos de contraste. Se trata del estudio no jurídico del protocolo, es decir, el realizado por profesionales de otras ramas, fundamentalmente del ámbito de las ciencias empresariales. Del análisis de sus trabajos podremos extraer un doble valor: por un lado, una mejor comprensión de la figura y de su razón de ser; por el otro, una detección de los principales riesgos que la ausencia de juridicidad puede traer consigo.

No creo que deba preocuparnos esta aparente huída hacia otras ramas que no son la nuestra, por más que debamos ser cuidadosos al movernos entre disciplinas tan diferentes en muchos aspectos como lo son el Derecho y la economía¹⁸. El Derecho, por más que nos apasione su análisis, no es un fin en sí mismo. Es más bien un instrumento con el que tratar de dar respuestas a las necesidades de la sociedad. Por lo tanto, abrirnos a otras disciplinas nos servirá para beber de sus conocimientos y, en la medida de nuestras posibilidades, aportar soluciones a los conflictos que se les plantean e, incluso, a aquéllos que subyacen pero desconocen, precisamente por la ausencia del necesario análisis jurídico.

Dedicaremos por tanto este trabajo a intentar conseguir ese fin, llevando a cabo para ello un estudio de los distintos elementos jurídicos que se relacionan con el protocolo familiar y, también, de aquellos elementos empresariales en los que encuentra su causa o pretende proyectar su consecuencia. De la suma de las dos vías descritas, trataremos de obtener solución al problema planteado, que es el de la eficacia jurídica y obligacional de este documento, a la que nos referiremos seguidamente.

¹⁸ Advierten al respecto Fernández de la Gándara y Gallego Sánchez que economía y derecho son ciencias gobernadas por principios diversos: mientras la primera tiene carácter descriptivo y formula reglas empíricas, la segunda tiene carácter normativo y responde a criterios de equidad (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Fundamentos de derecho mercantil*, volumen I, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 121-122).

Es menester señalar también que, dentro del propio ámbito de las ciencias jurídicas, es éste un trabajo necesariamente ecléctico. Aun cuando el protocolo familiar sea una institución propia del Derecho Mercantil (o del Derecho de Sociedades, si quiere acotarse más todavía), las materias que regula exceden de lo estrictamente mercantil y, por tanto, es necesario analizarlo también bajo el prisma del Derecho Civil, sobre todo en sus vertientes matrimonial y sucesoria, por el impacto que la regulación de ambas cuestiones tendrá sobre la empresa familiar, como veremos a lo largo de este trabajo. Por ello, la doctrina analizada no será únicamente la mercantilista sino también, lógicamente, la civilista, en la que hallaremos respuestas a muchas de las cuestiones que el protocolo plantea.

1.2. Principal problema planteado.

Aunque lo hemos venido apuntando ya en los epígrafes precedentes, el problema sobre el que este trabajo pretende incidir es la eficacia del protocolo familiar en su ámbito jurídico. Sin perjuicio del análisis más profundo que al respecto realizaremos en los capítulos correspondientes, el protocolo familiar es un documento que debe disponer de fuerza vinculante para poder resultar efectivo. De lo contrario, no sólo escaparía totalmente de nuestro terreno propio de análisis, por cuanto no pasaría de ser una mera declaración de intenciones carente de cualquier trascendencia jurídica, sino que no sería útil ni siquiera para el fin con el que lo conciben, incluso, aquellos que ninguna relación guardan con el ámbito del Derecho.

En este sentido, el protocolo familiar es un contrato¹⁹, como se deriva de su naturaleza parasocial y como, dentro de esta categoría, entiende unánimemente la doctrina que se debe considerar este tipo de acuerdo²⁰. Puede ser –y es aconsejable que sea– más que eso, pero no puede ser menos. Necesariamente deberá tener la eficacia *inter partes* propia de todo contrato (eficacia elevada a la categoría de *lex privata* por el artículo 1.091 del CC), lo cual permitirá asegurar su eficacia a través de medidas coercitivas como las cláusulas penales a las que antes nos hemos referido, aunque no siempre será posible conseguir el que, a priori, debería ser el objetivo de cualquier perjudicado por un incumplimiento contractual, como sería el cumplimiento forzoso *ex*

¹⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 61-62.

²⁰ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 131.

artículo 1.124 del CC²¹ o, en su caso, que se revertiera la situación generada en sentido contrario al de los pactos alcanzados. Y es que el sujeto sobre el que ese cumplimiento forzoso debería proyectarse, la sociedad, no será a menudo parte contratante del protocolo y ni siquiera si lo fuera, debido al carácter imperativo de las normas societarias, se podría asegurar la viabilidad de ese pretendido cumplimiento forzoso²² de un contrato con base y reglamentación civil.

De ahí que, como decíamos, sea preciso que el protocolo familiar ultrapase los límites del contrato. Lo podrá hacer mediante técnicas adoptadas sobre el mismo, como la publicidad registral, que lo dotará (con reservas) de un mayor grado de eficacia, pero lo podrá y deberá hacer, sobre todo, mediante la traslación de sus reglas a los documentos societaria y civilmente más adecuados, como los estatutos, los testamentos, los pactos sucesorios o las capitulaciones matrimoniales²³. Sólo de este modo podrá conseguirse –en la medida en que las normas protocolarias no contravengan reglas de derecho necesario– una plena eficacia del protocolo.

El problema de la eficacia del protocolo familiar tiene que ver, por tanto, con los límites que constriñen esa eficacia y su capacidad de generar efectos. Como contrato, porque esos efectos quedan limitados al ámbito subjetivo de los contratantes. Como pacto parasocial, porque no es oponible a la sociedad mercantil. Como documento integrante de la regulación de esa mercantil, porque no puede desplegar los plenos efectos que despliegan los estatutos sociales. Como documento organizativo de las relaciones entre empresa familiar y familia empresaria porque no puede rebasar las reglas *ius cogens* que para este específico ámbito tiene el Derecho civil.

En la presente tesis repasaremos esos límites, que no han sido objeto habitual de tratamiento en los análisis no jurídicos de la figura y que han generado, en los análisis jurídicos, la sensación de que se trata de un documento de escasa o nula eficacia obligacional²⁴. Asimismo, estudiaremos qué soluciones ofrece el ordenamiento actual,

²¹ Sólo cuando dicho cumplimiento forzoso fuera imposible debería recurrirse, como solución alternativa y sustitutoria, a la indemnización por daños y perjuicios (LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pág. 244).

²² Cabría plantearse si la sociedad, como tercero, sería beneficiario del protocolo familiar. En ese caso, podría ampararse en la posibilidad, admitida por el artículo 1.257 del CC, de los contratos parcial o enteramente favorables a terceros (ROGEL VIDE, C.: *Derecho de obligaciones y contratos*, Cálamo, Barcelona, 2003, págs. 138-139). No obstante, resultaría ésta una interpretación bastante forzada y difícilmente aplicable, como criterio general, a la totalidad de los pactos protocolarios.

²³ La mayor parte de la doctrina considera el protocolo un mero acuerdo que no tendrá verdadera eficacia hasta que no se ejecute a través de otros instrumentos jurídicos, si bien debe advertirse que ello quedará en el ámbito de la voluntad de quienes deban otorgar tales instrumentos (SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en AAVV: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 398).

²⁴ Para Perdices Huetos, el protocolo crea una aparente seguridad y una ilusión de continuidad empresarial que no se corresponde con la realidad (PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades

así como cuáles pueden ser las propuestas de mejora que, en su caso, cabría plantear al legislador, tomando en consideración para ello técnicas utilizadas en otros ordenamientos (como el italiano o el andorrano, que aportan soluciones interesantes) o incluso en algunos derechos forales (sobre todo en materia de sucesión paccionada). Y todo ello porque el protocolo familiar sólo parece tener sentido (desde el punto de vista jurídico) como fuente de generación de obligaciones, como conjunto normativo capaz de proyectar unos determinados efectos sobre sociedad mercantil y familia empresaria que puedan aportar soluciones reales –y no meros desiderátums- a los problemas que aquejan, de forma específica o con una especial intensidad, a las empresas familiares²⁵.

1.2.1. El pacto como norma. Su fuerza ejecutiva.

En una obra fundamental para el estudio del derecho y, más aún, para el de la política y la organización social, *Leviatán*, señalaba Thomas Hobbes la importancia de garantizar la eficacia de los pactos alcanzados entre seres humanos: “*Words without swords are merely words*”²⁶. Con la traducción, lógicamente, se pierde el juego de palabras, pero no se pierde ni un ápice de significado: las palabras, sin espadas, son meramente palabras. O lo que es lo mismo, trasladado al terreno en el que nos estamos moviendo: los pactos que no gocen de fuerza ejecutiva, de capacidad coercitiva (*swords*), no son más que meros acuerdos sometidos a la buena voluntad de los obligados a su cumplimiento, simples declaraciones de intenciones (*merely words*). Y eso, como es evidente, es contrario a una norma esencial de los contratos, como es la prohibición de dejar su cumplimiento al arbitrio de una sola de las partes.

No es casualidad que Hobbes se preocupara por esta cuestión, habida cuenta de que el autor partía de la idea de que la sociedad humana, a falta de un conjunto de normas coercitivas capaz de organizarla y, en particular, capaz de obligar a todos sus integrantes a seguir unas pautas determinadas, se vería inevitablemente abocada a una situación de *bellum erga omnes* o guerra de todos contra todos, en la defensa que cada uno haría de su interés particular frente al interés común del colectivo y, también, frente a los intereses particulares de todos los demás individuos integrantes de la

familiares”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., pág. 483).

²⁵ Vélez Negueruela señala que existen tres grandes grupos de problemas en la empresa familiar: los emocionales, los sucesorios y los coyunturales. Esta particular problemática es una característica esencial de la figura (VÉLAZ NEGUERUELA, J. L.: “Especial problemática de la empresa familiar”, en *AJA*, núm. 678/2005, págs. 10-11).

²⁶ Citado en PAZ-ARES, C.: “El enforcement de los pactos parasociales”, en *AJUM*, núm. 5/2003, pág. 19.

comunidad. Por lo tanto, la única forma de evitar esta situación de continua batalla campal se revelaba para Hobbes en el establecimiento de reglas de convivencia (*words*) que llevasen aparejado un mecanismo coactivo (*swords*) capaz de obligar al individuo a seguirlas o que, en todo caso, fuera capaz de disuadirle de su incumplimiento, adelantándose así casi tres siglos a las teorías psicológicas del conductivismo.

Aunque el *Leviatán* de Hobbes vio la luz en 1651, la cuestión sigue manteniendo su vigencia. Platón y Cicerón la habían abordado ya antes que Hobbes, al plantear la existencia de cierto pacto entre los distintos miembros de una sociedad, mientras que John Locke en 1690 (*Dos ensayos sobre el gobierno civil*) y Jean-Jacques Rousseau en 1762 (*El contrato social*) siguieron estudiándola, si bien desde un punto de vista muy distinto en el caso de este último. Y es que Rousseau sólo considera necesaria la existencia de *words*, bajo la forma del contrato social en virtud del cual un individuo se obliga para con los demás, y renuncia a las *swords*, por cuanto considera que no son necesarias: partiendo de la premisa de que el ser humano es esencialmente bueno, entiende que el contrato social se acepta libre y voluntariamente y, en consecuencia, se cumplirá también de forma voluntaria, sin que sea precisa la amenaza de un castigo para el caso de que se produzca un incumplimiento²⁷.

Evidentemente, no es objeto de este estudio contraponer las opiniones de Hobbes y Rousseau acerca de la organización social, cuestión que queda reservada para estudiosos más capaces en esta materia. Sin embargo, el debate entre ambos puede resultar un buen punto de partida, válido e interesante, a la hora de comenzar a reflexionar acerca del verdadero objeto de estudio sobre el que vamos a centrar en el presente trabajo: la antes comentada eficacia jurídico-obligacional del protocolo familiar.

Descrito de una forma general, este objeto de estudio tiene que ver con el modo en que puede garantizarse que las normas escritas (bien mediante pacto, bien mediante imposición legal) llegan a cumplirse en el ámbito de la sociedad mercantil familiar. Al respecto, puede ser importante recordar que los teóricos de las ciencias políticas apuntan tres fuentes principales de poder para conseguir que se acaten las normas: el poder persuasivo (se acatan por convicción en la bondad de la norma), el poder retributivo (se acata porque hay una contraprestación) y el poder coercitivo (se acata ante la amenaza, ejercida por la fuerza, de consecuencias negativas si no se hace)²⁸. Puede presumirse que el protocolo familiar se acatará en virtud de la convicción, pero es conveniente que exista una coerción prevista para el caso de que alguno de sus otorgantes no lo acate debidamente de manera voluntaria.

²⁷ El debate de ideas entre Hobbes, Locke y Rousseau se analiza en VILLAVERDE, M. J. (ed.) / ROUSSEAU, J. J.: *El contrato social*, Istmo, Madrid, 2004, págs. 18-21.

²⁸ BOUZA-BREY, L.: "El poder y los sistemas políticos", en CAMINAL BADIA, M. (coord.): *Manual de ciencia política*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 41.

La diferencia entre el protocolo y las demás normas (fundamentalmente la Ley y los estatutos) es que el primero se halla especialmente desguarnecido respecto a los otros, razón por la cual se hace preciso un mayor análisis de las medidas que pueden adoptarse para resolver tal situación. En cualquier caso, el desguarnecimiento inicial del protocolo se debe, fundamentalmente, a la falta de una clara determinación acerca de la naturaleza jurídica de un documento que navega como hemos dicho entre las aguas del Derecho mercantil y el Derecho civil (cuando no, además, en aguas de otras disciplinas fuera de las ciencias jurídicas) y que tiene, además, una voluntad ecléctica en el objeto que regula²⁹.

1.2.2. Los pactos y las reglas en la empresa familiar.

El protocolo familiar forma parte de la arquitectura normativa de la empresa familiar, pero no dispone de la fuerza coercitiva, como decíamos, de la que gozan las restantes fuentes normativas que la regulan, tanto de carácter legal como (regladamente) consensual³⁰. Por lo que respecta a la primera de ellas, debemos referirnos a la Ley concebida en el sentido más amplio posible (entendiendo por tanto como tal a todas las normas aplicables), que contiene en sí misma tanto el deber jurídico de obediencia (eficacia obligatoria) como, también, la sanción prevista en caso de incumplimiento (eficacia sancionadora)³¹. Por lo que se refiere a la vertiente consensual o negocial, que se halla en la base de toda sociedad mercantil³², cabe resaltar la eficacia de los estatutos sociales, que está también fuera de toda duda. El artículo 121 del CCom así lo establece: “*Las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos*”, entendiéndose como tales sus escrituras fundacionales, en las que necesariamente constarán los estatutos. Inscritos en el Registro Mercantil y dotados, consecuentemente, de la publicidad material necesaria, dichos estatutos serán oponibles a la sociedad, a sus socios y a cualquier tercero³³. Representan, por lo tanto, la genuina forma de regulación consensual de la sociedad.

²⁹ Conviene traer a colación en este punto el clásico debate sobre la dicotomía entre el Derecho mercantil y el Derecho civil. Para Garrigues, es precisa una solución racional única ante la dualidad de códigos, ya que no siempre se justifica la calificación de un acto o negocio jurídico como enmarcado en una rama por contraposición a la otra (Vid. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J.: “Derecho mercantil y Derecho civil”, en *AAMN*, tomo XV, 1967, págs. 431-454).

³⁰ Un profundo análisis de la doble regulación de base legal y contractual de la sociedad mercantil lo encontramos en ESPINA, D.: *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 409-510.

³¹ LÓPEZ DÍAZ, E.: *Iniciación al Derecho*, Delta, Madrid, 2006, pág. 70.

³² PAZ-ARES, C.: “Las sociedades mercantiles”, en MENÉNDEZ, A./ROJO, A.: *Lecciones de derecho mercantil*, 8ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 347. En Derecho comparado, GALGANO F.: *Il contratto di società. Le società di persone*, 2ª edic., Zanichelli, Bolonia, págs. 2-3.

³³ EIZAGUIRRE, J. M.: *Derecho mercantil*, 5ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 228.

Junto a esta doble regulación mercantil legal y convencional plenamente eficaz, la empresa familiar se ve sometida también al efecto de reglas propias del Derecho civil, por cuanto la forma en que la familia empresaria regule sus relaciones internas puede tener una proyección directa sobre la sociedad mercantil sobre la que ejerce control, teniendo presente además la creciente tendencia a la celebración de pactos que permitan a los familiares regular de forma consensual sus relaciones patrimoniales³⁴. En este sentido, son dos los ámbitos con una incidencia más destacada: el matrimonial y el sucesorio.

Por lo que respecta al vínculo matrimonial, es evidente que su existencia, más allá de las cuestiones más estrictamente relacionadas con el derecho de familia, reviste trascendencia en el ámbito patrimonial de los contrayentes. La celebración y la disolución del matrimonio pueden suponer, respectivamente, la entrada y la salida de socios en la empresa familiar, de modo reflejo a su entrada y salida de la familia empresaria. Igualmente, mientras el vínculo esté vigente, puede el cónyuge tener facultades de gestión sobre las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar que se integran en su sociedad conyugal³⁵. Al respecto, dejando de lado las normas imperativas, debe destacarse la vertiente consensual de la regulación económica del matrimonio, que los cónyuges podrán pactar libremente mediante las correspondientes capitulaciones matrimoniales.

Por otro lado, la eficacia de las disposiciones testamentarias está sustentada en la libertad que el artículo 658 del CC otorga al causante: *“La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento”*. En consecuencia, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos legales en materias que escapan a la libre voluntad del testador³⁶, el testamento otorgado será plenamente vinculante y eficaz. Esta libertad que nuestro Derecho concede al testador, limitada únicamente por las disposiciones relativas a legítimas, supone también un problema a efectos de contratación sobre la herencia futura, lo cual se aprecia con mayor intensidad en el derecho común que en los ordenamientos civiles forales, y que limita enormemente las posibilidades de alcanzar pactos protocolarios sobre la herencia futura, por lo que la fuerza del documento en este ámbito será especialmente limitada.

Contrastando con la eficacia de los documentos señalados, el protocolo familiar no goza ni de la misma eficacia ni de la misma ejecutividad. Es cierto que el RD

³⁴ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en AAVV: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 121-122.

³⁵ Esto funcionará así cuando dichas acciones o participaciones estén afectas a un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, en el que se produce la cogestión de los bienes (BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 38-40.

³⁶ Fundamentalmente, las legítimas (artículos 806 y ss. del CC y 451-1 y ss. del CCCat) y los derechos otorgados a los cónyuges supervivientes (artículos 834 y ss. del CC y 452-1 y ss. del CCCat).

171/2007, como decíamos, ha venido a introducir la posibilidad (siempre potestativa) de inscribir en el Registro Mercantil los protocolos familiares. Sin embargo, está por ver todavía qué efecto real va a tener dicha inscripción en aras a lograr garantizar la plena efectividad de los pactos alcanzados en este tipo de documento. En cualquier caso, y sin pretender anticipar cuestiones que serán objeto de un análisis mucho más detallado, merece la pena reiterar, como decíamos, que el protocolo no tiene una naturaleza jurídica clara.

Reviste forma de contrato, pero las soluciones clásicas para el incumplimiento contractual no le resultan suficientes: en caso, por ejemplo, de que un firmante del protocolo incumpliera el régimen de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y participaciones, se le podría obligar al pago de una indemnización (a través de eventuales cláusulas penales o del resarcimiento de daños y perjuicios), pero esto no evitaría que la transmisión realizada fuera totalmente válida, puesto que el contenido del protocolo no es oponible a la sociedad y, en consecuencia, no queda ésta obligada a su cumplimiento (a pesar de los matices que, posteriormente, introduciremos sobre esta idea con la que debemos quedarnos de entrada). Por lo tanto, el protocolo revestiría desde este punto de vista el carácter de *lex privata*, ley entre las partes *ex* artículo 1.091 del CC, pero no garantizaría –como parece pretender– que la propiedad de la sociedad se mantuviera en manos de los miembros de la familia (en aras a esa vocación de continuidad a la que ya nos hemos referido y a la que nos remitiremos en múltiples ocasiones a lo largo del presente estudio).

Por otro lado, hemos apuntado ya que el protocolo tiene un carácter ecléctico en el objeto que pretende regular, lo cual acaba suponiendo también un problema a la hora de asegurar su eficacia. En este sentido, es preciso indicar, en primer lugar, que el protocolo puede contener en muchas ocasiones normas que jamás podrán tener plena eficacia por cuanto no resultan jurídicamente válidas: es el caso de las normas que pretendieran obligar a testar o a otorgar capitulaciones matrimoniales en un determinado sentido, por cuanto se estaría invadiendo un ámbito de autonomía personal que nuestro ordenamiento mantiene reservado para cada individuo³⁷, sin que puedan imponérsele obligaciones externas de ninguna clase. Se trata, en definitiva, de cuestiones que quedan necesariamente fuera del ámbito del comercio.

En segundo lugar, debe señalarse también que el protocolo incluirá generalmente normas tanto para la sociedad como para la familia, así como para las relaciones que entre ambas deban establecerse. Por ello, el tipo de reglas que se plasmarán en el protocolo no siempre tendrá que ver con el Derecho mercantil –como sería razonable pensar, teniendo en cuenta que se trata de un documento que pretende

³⁷ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capitulaciones matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2007, págs. 218-221.

gestionar la vida social de la compañía- sino que, a menudo, tendrá que ver con cuestiones más propias del Derecho civil. De ahí que, como ya hemos indicado, debamos fundar nuestro análisis en la doctrina de ambas ramas del Derecho.

Lo más importante, en todo caso, es tener presente que el protocolo puede incorporar contenidos que no alcanzarán nunca carácter de norma sino que, en todo caso, tendrán el de meras recomendaciones (es decir, “*merely words*”) o, incluso, ni siquiera el de recomendaciones, sino el de simples explicaciones realizadas a título ilustrativo: es el caso, por ejemplo, de otros contenidos como la historia de la empresa o su filosofía, que suelen formar parte también del protocolo. Y aun cuando se trate de contenidos sin eficacia jurídica, no debemos desmerecer su importancia en ámbitos como el negocial –en la fase de generación y suscripción del protocolo³⁸- o el interpretativo –cuando sea preciso remitirse a esas ideas previas o generales para aplicar las normas en un determinado sentido-.

El protocolo familiar debe servir para regular la sociedad mercantil familiar y las relaciones de ésta con la familia empresaria. Sus objetivos principales de regulación, como se ha dicho, serán la propiedad (capital social) y el poder de decisión (administración) de la referida sociedad mercantil. Pero, adicionalmente, podríamos apuntar un buen número de aspectos que el protocolo puede y debe aspirar a regular: la necesidad de evitar la confusión de patrimonios entre sociedad y familia, por ejemplo, o los modos alternativos de conseguir financiación sin desprenderse de parte del capital social.

Todas estas cuestiones se asientan, además, sobre una base de conflicto, de tensiones, entre los intereses contrapuestos que cada socio, cada familiar o cada grupo de cualquiera de ellos va a tener para sí frente a los de los demás. No en vano convergen en la empresa familiar dos dimensiones abonadas al conflicto, como son empresa y familia, resultando además que dicha yuxtaposición, como apunta el de sobras conocido *Modelo de los tres círculos*³⁹ (al que nos referiremos en diversos puntos de nuestro estudio). Es por ello por lo que resulta preciso que se elaboren unas normas reguladoras (*words*) que establezcan mecanismos mediante los cuales prime el interés común –entendido, generalmente, como el interés de la sociedad familiar- frente a los intereses divergentes de cada individuo o grupo de individuos. Dichas normas encontrarán su reflejo en los distintos documentos que atañen tanto a la sociedad como a la familia, sobre los que realizaremos posteriormente un mayor análisis: el protocolo familiar, los estatutos sociales, las capitulaciones matrimoniales y las disposiciones testamentarias, documentos que deberán estar, además, debidamente relacionados

³⁸ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: “Los protocolos familiares”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1.002-1.003.

³⁹ TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of the family firm”, en *Family Business Review*, núm. 9/1996, pág. 201.

entre sí, creando una verdadera arquitectura normativa de la sociedad familiar que tenga como base lo pactado en el protocolo, posteriormente desarrollado mediante las herramientas oportunas.

Es preciso que el empresario familiar –y cualquier empresario, de hecho– entienda la importancia del Derecho, rompiendo así la tendencia al desprecio de lo jurídico que puede describirse del modo siguiente⁴⁰: *“el empresario ignora el Derecho, porque lo necesita para poco. Sólo lo tiene en cuenta para configurar exteriormente su empresa, para coordinar sus relaciones con terceros (y muchas veces de forma poco eficiente) pero no lo tiene presente en su vida íntima, en la esfera interior, porque identifica esta esfera con la familia y ahí no lo ha necesitado nunca”*.

Los problemas de falta de eficacia del protocolo familiar no ayudarán a romper esa tendencia, que sí podrá resquebrajarse sin embargo dotándolo de un régimen jurídico que lo convierta en una herramienta verdaderamente eficaz. Y es que, en la medida en que los instrumentos jurídicos se perciben como mecanismos útiles, en la medida en que se convierta a los ojos de ese empresariado en una solución a sus problemas y no en una fuente generadora de nuevos conflictos, será como pueda invertirse esa tendencia que apuntábamos en el párrafo anterior.

En este sentido, entendemos que el mero establecimiento de las normas protocolarias no es suficiente para resolver los problemas planteados, puesto que nos deja todavía en la fase en que dichas normas son *“merely words”*, simples anotaciones sobre un papel. Es preciso, por lo tanto, avanzar al nivel siguiente, es decir, al de incorporarles las *“swords”* que garanticen que, efectivamente, las normas escritas sobre el papel van a poder trasladarse a la realidad.

En este sentido, consideramos que debe desterrarse la idea del protocolo como mera declaración de intenciones o como conjunto de recomendaciones sin fuerza ejecutiva, sin perjuicio de la importancia que como tal pueda tener en términos ético-conductuales⁴¹. Retomando la idea inicial de Hobbes, que ha servido para articular esta introducción al presente trabajo, entendemos que de poco o de nada va a servir quedarse en las meras palabras cuando los problemas a resolver son reales y requieren, por tanto, soluciones reales. Tal vez sea Rousseau quien tenga razón y todos los individuos sean capaces de ceder parcelas de su libertad e interés a favor del colectivo. Tal vez todos los miembros de una misma familia empresaria y todos los socios de una misma sociedad mercantil familiar entiendan que el interés común es superior al suyo propio. No obstante, ante la duda de que las cosas puedan no ser así, entendemos que

⁴⁰ TENA ARREGUI, R.: “Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica”, en MARTÍNEZ DÍE, R. (dir.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 45.

⁴¹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar*, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, pág. 92.

no está de más revestir las palabras con las espadas que permitan asegurar su verdadera eficacia. No necesariamente para desenvainarlas, pero sí para saber que las reglas del juego que se hayan establecido van a poder ejecutarse, llegado el caso, con plenas garantías de cumplimiento.

2. Problemática jurídica de la empresa familiar

2.1. Empresa familiar y Derecho mercantil.

La empresa familiar es una realidad *de facto* pero no es una realidad *de iure*. No existe un tipo social específico que distinga a las empresas o sociedades familiares de las demás mercantiles que operan en el tráfico, aun cuando las primeras reúnan toda una serie de características propias que las diferencien del resto y, en muchos aspectos, las conviertan en una realidad muy distinta a la que podemos encontrar en las sociedades mercantiles generales. Por este motivo, podemos hablar de la empresa familiar como un tipo real de empresas, pero no como un tipo legal específico⁴².

De ello se deriva que existan pocos estudios de Derecho mercantil dedicados específicamente a la empresa familiar desde el punto de vista societario, por cuanto ni en el derecho español ni en el comunitario existe una regulación societaria específica⁴³. Al fin y al cabo, su configuración corporativa encajará con la de alguno de los tipos existentes en nuestro ordenamiento, sin presentar a priori especificidades jurídicas propias, más allá de que el abanico dispositivo⁴⁴ que la legislación societaria permite a los socios se utilice en un sentido determinado y característico, tendente a dar respuesta a los objetivos principales que toda empresa familiar se marca de forma diferenciada a las demás sociedades mercantiles. La empresa familiar no es, por tanto, una “*categoría ordenadora diferenciada*”⁴⁵ en el terreno jurídico-societario.

Esto ha hecho que haya resultado especialmente difícil consensuar entre la doctrina un concepto jurídico de empresa familiar, como veremos en el epígrafe siguiente. Se trata de una dificultad que, en todo caso, no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que la empresa, por sí sola, es ya un elemento de difícil conceptualización entre los juristas⁴⁶, por cuanto se trata de una realidad de carácter económico más que

⁴² ALONSO ESPINOSA, F.: “La empresa familiar como problema”, en *RDM* núm. 283/2012, pág. 59; PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 491.

⁴³ DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La sociedad familiar de capital: reflexiones sobre su organización y la incidencia del concurso de acreedores”, en *RdS* nº 38/2012, pág. 200.

⁴⁴ Como mejor ejemplo de la capacidad dispositiva de los socios o accionistas, los estatutos sociales, que revisten carácter negocial (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./VIGUERA RUBIO, J. M./DÍAZ MORENO, A.: “Constitución de la sociedad”, ob. cit., págs. 380-381).

⁴⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., págs. 48-49.

⁴⁶ Ni siquiera en el Derecho tributario, que es el que mayores referencias efectúa a la empresa, existe un concepto propio de la misma, sino que se opta por el término “actividades económicas”, que engloba las distintas actuaciones que se pueden llevar a cabo a través de la empresa (CALVO VÉRGEZ, J.: *Régimen Fiscal de la Empresa Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 23).

jurídico, consecuencia de lo cual puede señalarse que el término empresa “es un concepto jurídico de los más difíciles de concretar en nuestro derecho, que, en principio, podría definirse como el modo de desarrollar por un empresario una actividad económica cualificada”⁴⁷. En esta línea, podemos convenir que se aprecia cierta confusión entre el concepto jurídico-mercantil más adecuado, que sería el de “sociedad”, y el término más utilizado en el ámbito económico, que sería el de “empresa”. En todo caso, la doctrina sigue considerando como vigente la definición clásica que en su día hizo Garrigues⁴⁸, en el sentido de ver la empresa como “un conjunto organizado de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho bajo la responsabilidad de una persona”, descripción jurídica a la que cabría añadir, en términos económicos, que desarrolla sus actividades para obtener beneficios, produciendo para ello bienes o prestando servicios que se destinan al mercado⁴⁹. La empresa asume, por tanto, la tarea fundamental de producir bienes y servicios para el conjunto de la comunidad, resultando que el Estado confía el interés público de disfrutar de dichos bienes y servicios al ejercicio privado de la actividad económica, ejercido por empresas que actúan en competencia⁵⁰.

De todo ello extrae la doctrina que se puede concebir la empresa, desde el punto de vista estrictamente jurídico patrimonial, como una “específica modalidad de “riqueza” productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación (“unidad productiva”)”⁵¹. Asimismo, otros autores⁵² la definen, siguiendo los criterios expresados en varias resoluciones por el Tribunal Supremo, como una “organización generada por las actividades del empresario y de los trabajadores dirigidas, bajo criterios de economicidad, racionalidad y permanencia, a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado, mediante la utilización de bienes materiales e inmateriales en unidad de destino y de relaciones de hecho y de derecho”.

En todo caso, sigue sin existir a día de hoy un concepto jurídico estricto de empresa en nuestro Derecho mercantil, siendo su determinación una tarea a la que tanto los juristas como el legislador deben destinar sus mejores esfuerzos, con el doble objetivo de proteger a la empresa como valor económico-constitucional y tratar de forma justa todos los diversos grupos de intereses que van vinculados a la misma⁵³. Y

⁴⁷ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar...*, op. cit., pág. 15.

⁴⁸ Citado en RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007, pág. 28.

⁴⁹ NIETO, A./IGLESIAS, F.: *La empresa informativa*, 2ª edic., Ariel, Barcelona, 2000, pág. 16.

⁵⁰ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., págs. 115-116.

⁵¹ FONT GALÁN, J. I.: “La empresa en el Derecho mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, 11ª edic., Ariel, Barcelona, 2006, pág. 77.

⁵² HERNANDO CEBRIÁ, L.: *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 249. El autor realiza un interesante repaso a las distintas aproximaciones conceptuales (económica, jurídica y objetiva) que se han hecho al término (págs. 27-41). En la misma línea de entender que la empresa obedece a una doble conceptualización económica y jurídica, GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 31-33.

⁵³ FONT GALÁN, J. I./PAGADOR LÓPEZ, J.: “Hacia un estatuto material de la empresa. Bases normativas comunes para un concepto jurídico-patrimonial de la empresa”, en AAVV: *Estudios de*

entre dichos grupos de intereses, como es evidente, se encontrarán todos los relacionados con la empresa familiar, en la que se cuentan algunos (como los familiares no socios) que no tienen relación con otros tipos de empresas.

Esta primera dificultad a la que los juristas se han enfrentado a la hora de definir el término “empresa” se incrementa, lógicamente, a la hora de intentar definir un concepto más complejo todavía –y más alejado de los elementos más estrictamente mercantiles- como es el de “empresa familiar”, por cuanto concurre en el mismo la alusión a una institución, la familia, que nada tiene que ver con el derecho societario.

En este sentido, del mismo modo en que resulta difícil establecer una definición clara y unívoca del término “empresa”, resulta también complicado consensuar qué se debe entender por “familia”⁵⁴, especialmente cuando se trata de un concepto vinculado a la evolución sociológica que, por tanto, ha ido cambiando a lo largo del tiempo⁵⁵ y que, en la actualidad, no responde a una única realidad, sino que se ha prescindido de intentar seguir con un modelo uniforme (cambiante en el tiempo) para pasar a aceptar la existencia de una gran diversidad de sistemas familiares⁵⁶. Al respecto, dejando de lado las aproximaciones de carácter antropológico, resulta especialmente interesante para los juristas remarcar que la familia no sólo genera vínculos afectivos sino también una “comunidad de intereses”⁵⁷, concepto sin duda relevante en relación a nuestro objeto de estudio.

En definitiva, por tanto, la aproximación jurídica a la empresa familiar debe efectuarse desde dos ámbitos del Derecho, el mercantil y el civil, que tienen sus propias reglas y que, como veremos en distintos puntos del presente trabajo, pueden llegar a resultar contradictorios: por ejemplo, en el conflicto entre normas civiles de sucesión y posibilidades mercantiles de ordenación consensual de transmisión de acciones y participaciones.

Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 230-231.

⁵⁴ El concepto, desde un punto de vista estrictamente jurídico, podría corresponder a “un grupo de personas que tiene como vínculo común el matrimonio, la descendencia o el parentesco natural o de adopción” (SERRANO CHAMORRO, M. E./POVEDA BERNAL, M. I.: *Nociones de Derecho civil empresarial*, 4ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 111); un análisis del concepto “familia” en relación a “empresa familiar” lo encontramos en GARCÍA-PITA LASTRES, J. L.: “La sociedad anónima familiar cotizada (I). El acceso de las empresas familiares al mercado de capitales”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, tomo V, ob. cit., págs. 666-673.

⁵⁵ En el análisis histórico, la familia se ha entendido de modos distintos con el modelo patriarcal, el modelo de comunidad, el modelo burgués, el modelo de la codificación y, actualmente, el modelo constitucional (MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.: “El Derecho de familia”, en MALUQUER DE MOTES, C. J. (coord.): *Derecho de familia*, Bosch, 2ª edic., Barcelona, 2005, págs. 22-29). Para un análisis de la evolución jurídica de la institución familiar, vid. RAMS ALBESA, J.: “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en VVAA: *Autonomía de la...*, ob. cit., págs. 27-45.

⁵⁶ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho civil común y foral*, volumen 3, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2010, pág. 1.994.

⁵⁷ LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 94.

2.1.1. Concepto jurídico de empresa familiar.

Las dificultades a las que los juristas se han enfrentado a la hora de definir el qué debe entenderse por empresa familiar se han visto incrementadas, si cabe, por la ausencia de un concepto legal⁵⁸, en Derecho positivo, con el cual estableciera el legislador, de forma clara, qué clase de entidad debía asimilarse con dicha nomenclatura (aun cuando la misión del legislador sea la de regular y no la de definir)⁵⁹, a pesar de haber sido objeto de tratamiento específico sobre todo en materia fiscal⁶⁰. En este sentido, debe señalarse que esa esperada definición legal no se ha introducido hasta hace bien poco tiempo, a pesar de existir múltiples referencias normativas –sobre todo en cuestiones fiscales⁶¹– a esta tipología concreta de empresas, razón por la cual la doctrina ha denunciado en reiteradas ocasiones la necesidad de que el legislador formulase una definición de la figura⁶². La respuesta a del legislador no llegó hasta la promulgación del RD 171/2007⁶³, en cuya Exposición de Motivos se contiene la que es, a día de hoy, la única definición de empresa familiar existente en nuestro ordenamiento. En la citada norma, se definen como integradas en esta categoría a *“aquellas [empresas] en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”*.

⁵⁸ PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 215.

⁵⁹ FERNÁNDEZ GIMENO, J.P.: “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, en BLASCO, F. et al. (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1.058.

⁶⁰ En 1993 se estableció una primera delimitación de las empresas familiares a fin de declararlas exentas del 95% del pago del Impuesto sobre el Patrimonio. En 1994, se estableció una exención del 95% en el Impuesto de Sucesiones (CASADO JUAN, F.: “Los protocolos familiares y su incidencia en la empresa familiar”, en AAVV: *La empresa familiar y su relevo generacional*, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 145-146).

⁶¹ La referencia más clara la encontramos en el artículo 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, que contempla importantes exenciones tributarias para la empresa familiar. De todos modos, aun cuando el Derecho tributario es la rama de nuestro ordenamiento en que mayor tratamiento ha tenido la empresa familiar, debe señalarse que ha sido durante los últimos años cuando se le ha dado un tratamiento más específico: *“La legislación fiscal no ofrecía, hasta hace poco tiempo, un tratamiento tributario especial a aplicar a las empresas familiares. Si nos encontramos ahora ante un cambio de mentalidad legislativa, tanto a nivel interno como comunitario, a efectos de otorgar un mejor tratamiento impositivo a la empresa familiar”* (GALAPERO FLORES, R./ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Régimen Jurídico Fiscal y Laboral de la Empresa Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 47 y 126).

⁶² VAQUERA GARCÍA, A.: *Régimen tributario de la empresa familiar*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 21-24; CORTÁZAR LORENTE, C.: “Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo”, en AAVV: *Nous reptes del Dret de família*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, págs. 126-127.

⁶³ Debe destacarse que este RD cumplía un encargo de desarrollo reglamentario establecido por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, por lo que el encargo que el legislador se hizo a sí mismo tardó casi cuatro años en producirse.

Entendemos que la citada definición recoge tres elementos fundamentales: la propiedad de la empresa (distribución del capital social), el poder de decisión en la misma (órgano de administración) y las personas vinculadas por lazos familiares que lo están también a la empresa (como socios y/o administradores). En torno a estos tres elementos, de hecho, se van articulando las distintas definiciones de empresa familiar que encontramos entre la doctrina. Sin voluntad exhaustiva, podemos citar por ejemplo a Rodríguez-Díaz⁶⁴, para quien la empresa familiar es “aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones y unidas por vínculos familiares, comparten total o parcialmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa”. En la misma línea se expresa Pérez-Fadón Martínez⁶⁵, quien añade, además, dos elementos importantes: el primero, “que se trate de una empresa y no de una simple tenencia de bienes y derechos”, es decir, que lleve a cabo una verdadera actividad mercantil, una industria en el sentido puro del término (alejándose así de la idea de mera sociedad patrimonial); el segundo, que tenga vocación de continuidad como empresa familiar a lo largo del tiempo (y de las generaciones).

Esta vocación de continuidad, aun cuando no se contenga en la definición legal del RD 171/2007, es destacada por abundante doctrina⁶⁶ como uno de los elementos fundamentales de toda empresa familiar que la distinguen de las demás sociedades mercantiles, como apuntan Guinjoan y Llauradó⁶⁷, para quienes no basta con que la propiedad y la dirección de la empresa estén en manos de personas de un mismo círculo familiar de forma puntual o accidental, sino que es preciso que la propiedad pertenezca “de una manera continuada en el tiempo” a esos miembros de una misma familia. De hecho, lo cierto es que el protocolo familiar –como veremos en el capítulo tercero- trata generalmente de establecer mecanismos que permitan mantener el capital social en manos de la familia a lo largo del tiempo (restringiendo para ello la

⁶⁴ RODRÍGUEZ-DÍAZ, I.: *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Edersa, Madrid, 2000, págs. 23-24.

⁶⁵ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar...*, op. cit., pág. 17.

⁶⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Algunos instrumentos jurídicos –contractuales- para la conservación y continuidad de las empresas familiares colectivas. Su endeblez jurídica”, en SÁNCHEZ CALERO, F./GARCÍA PÉREZ, R. (coords.): *Protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 220; ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, op. cit., pág. 30; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, en *RDP*, núm. 23/2009, pág. 290; GALLO, M. A./AMAT, J. M.: *Los secretos de las empresas familiares centenarias*, Deusto, Barcelona, 2003, pág. 67; FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 178; GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria ante el Derecho”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., pág. 66; RUS RUFINO, S./RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. P.: “¿Qué es una empresa familiar?”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005, pág. 22: algunas empresas familiares nacen con vocación de continuidad y otras la adquieren con el tiempo, lo relevante es la voluntad, puesto que “consolidarse como empresa familiar tiene que ver más con el deseo que con las circunstancias”.

⁶⁷ GUINJOAN, M./LLAURADÓ, J.M.: *El empresario familiar y su plan de sucesión*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, pág. 89.

transmisibilidad de acciones o participaciones), así como encomendar la administración de la sociedad a miembros de la familia (estableciendo las vías y requisitos de acceso a los cargos). Por lo tanto, podemos deducir que la principal preocupación de una familia empresaria que otorga un protocolo es la de mantener el carácter familiar de su empresa (vocación de continuidad), evitando el acceso de terceros ajenos a la familia, tanto al capital social (propiedad) como a la administración (dirección) de la compañía. Garrido de Palma⁶⁸ lo resume afirmando que debe preverse la sucesión familiar en la empresa, para mantener esa continuidad que se configura como una de sus características esenciales, de una forma particular, “*basada en la biología, no en las leyes del mercado*”, lo cual supone, como es evidente, una nota característica de la empresa familiar que la distingue fuertemente del resto de las sociedades que operan en nuestro tráfico mercantil.

Por su parte, ante las dificultades que puede entrañar la elaboración de un concepto único y unívoco de empresa familiar, sobre todo teniendo presente que la empresa es además una realidad sujeta a mutaciones socio-económicas constantes⁶⁹, entienden algunos autores⁷⁰ que es preferible estudiar si concurren –y en qué grado lo hacen– los elementos propios que permiten definirla, que son a su juicio los siguientes: tenencia por parte de una familia de una participación significativa (habitualmente mayoritaria) del capital social, control político y económico por parte de la familia en la empresa, participación de la familia en la empresa y vocación de continuidad, a través de la sucesión de generaciones familiares al frente de la empresa. Nótese además la importancia de vincular la empresa a una familia, debido al impacto que la psicología y las relaciones entre sus miembros va a tener en la gestión de las mismas, cosa que no ocurriría por ejemplo con empresas formadas por varios socios, con vínculos de amistad, pero sin vínculo de sangre⁷¹. Como vemos, por tanto, la doctrina coincide en destacar los mismos elementos que utiliza la definición legal del RD 171/2007 añadiéndole, eso sí, la voluntad de continuidad a lo largo del tiempo, llegando a considerar algunos autores que es éste el elemento fundamental: al respecto, recuerdan que el concepto de empresa familiar ha ido evolucionando hasta considerar la intención de sus participantes (la voluntad común de continuar siendo una empresa de carácter familiar) como el factor clave para definirla⁷².

⁶⁸ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 57.

⁶⁹ DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.: “Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 120.

⁷⁰ SÁNCHEZ-CRESPO, A.J./BELLVER SÁNCHEZ, A./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.: *La empresa familiar: manual para empresarios*, Deusto, Barcelona, 2005, pág. 16.

⁷¹ VÉLAZ NEGUERUELA, J. L.: “Especial problemática de...”, ob. cit., pág. 9.

⁷² PÉREZ RODRÍGUEZ, M. J. (coord.) et al.: *Fundamentos en la Dirección de la Empresa Familiar*, Paraninfo, Madrid, 2007, pág. 6.

2.1.1.1. Elementos distintivos de la empresa familiar.

En términos generales, las empresas familiares van a presentar unos rasgos comunes definitorios que permiten distinguirlas del resto de sociedades mercantiles. Se trata de los rasgos siguientes⁷³:

- a. La propiedad de la empresa recaerá en manos de un grupo reducido de socios, vinculados entre sí por lazos familiares.
- b. La dirección de la empresa estará en manos de miembros de la familia propietaria (poder de decisión).
- c. Uno de los objetivos fundamentales de los propietarios será la transmisión de la sociedad a las generaciones posteriores, manteniendo el carácter de empresa familiar (vocación de continuidad).
- d. Pueden presentar una serie de problemáticas particulares entorno a las cuestiones siguientes: problemas de continuidad por fracasos en la sucesión, falta de evolución de la estructura organizativa, conflictos internos entre familiares y no familiares, bajo grado de profesionalización y dificultades para obtener financiación sin perder el control de la sociedad.

De entre las características apuntadas, debemos otorgar una especial importancia a la vocación de continuidad, por cuanto es el elemento que permite entender que nos encontramos ante una verdadera empresa familiar y no ante una mera situación circunstancial. De hecho, lo cierto es que el protocolo familiar, como veremos más adelante, trata generalmente de establecer mecanismos que permitan mantener el capital social en manos de la familia (restringiendo la transmisibilidad de las acciones o participaciones) y de encomendar la administración de la sociedad a miembros de la familia (estableciendo las vías para acceder a los cargos). Por lo tanto, podemos deducir que la preocupación primordial de la familia empresaria que otorga un protocolo de estas características es la de mantener el carácter familiar de su empresa, evitando el acceso de terceros ajenos a la familia tanto a la propiedad como a la gestión de la compañía. Todo ello se puede resumir afirmando que debe preverse la sucesión familiar en la empresa –entendemos que en ambos aspectos- de una forma particular, *“basada en la biología, no en las leyes del mercado”*⁷⁴, lo cual supone en sí mismo una fuerte nota distintiva de este tipo de sociedades frente a todas las demás que operan en nuestro tráfico mercantil.

⁷³ Se refieren a ellos muchos autores. Entre otros: ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 30; SABATER SÁNCHEZ, R./JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D.: “Concepto, dimensiones y modelos de empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 100; SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, V.: “El gobierno de...”, ob. cit., págs. 156-157.

⁷⁴ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 57.

Debe señalarse, además, que las características definitorias de la empresa familiar encierran, a su vez, los mayores riesgos para su propia viabilidad. Se habla a menudo de los “*males endémicos*” o de las “*patologías*” de la empresa familiar⁷⁵, términos importados de la medicina y que tratan de plasmar las dificultades a las que, a menudo de forma insalvable, deben enfrentarse esta clase de mercantiles. De ahí que indicáramos, como letra d) de la relación anterior, que la existencia de determinadas problemáticas propias es uno de los elementos que las definen. Es importante señalar que no se trata, en su mayoría, de problemas únicos o exclusivos de las empresas familiares, puesto que muchos de ellos aquejan a cualquier otra sociedad que opere en el mercado. Sin embargo, afectan de una forma más grave a las empresas familiares, llegando a comprometer su permanencia en el tráfico mercantil.

En este sentido, del mismo modo en que hemos destacado que la vocación de continuidad es el rasgo definitorio más importante de este tipo de sociedades, debemos señalar que los problemas para ordenar la sucesión en los puestos de dirección y gestión de las mismas (órganos societarios de administración y, en su caso, órganos *ad hoc*) son su principal amenaza. No debe extrañar que sea así cuando la empresa familiar se configura como una realidad compleja, debido a que deben convivir en la misma dos sistemas tan diferentes como la familia y la empresa⁷⁶. Por ello, dedicaremos los dos epígrafes siguientes a hablar de los problemas propios de la empresa familiar, primero, y del problema concreto de la sucesión, después.

2.1.1.2. Problemas específicos.

Como apuntábamos anteriormente, una de las notas definitorias de la empresa familiar es, también, la existencia de unos problemas comunes que son particulares de este tipo de sociedades. A la hora de enumerarlos, cabe referirse a los siguientes⁷⁷, que podemos añadir a las notas comunes expuestas en el epígrafe anterior:

- a. Confusión del patrimonio empresarial y el familiar.
- b. Inoperancia de los órganos sociales porque las decisiones se han adoptado en el seno familiar con criterios no empresariales.

⁷⁵ No obstante, hay autores que mantienen que la empresa familiar ha evolucionado respecto a muchos de esos problemas clásicos, de modo que no tienen actualmente el impacto negativo que en su día tuvieron (LÓPEZ-MORELL, M. A.: “La empresa familiar en la historia”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las...*, ob. cit., pág. 50).

⁷⁶ LLORENTE MUÑOZ, V.: “Política de dividendos y conflicto en la empresa familiar: el protocolo”, en *REF*, vol. 2 n° 1/2012, pág. 56.

⁷⁷ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 657.

- c. Acceso de familiares no cualificados a funciones directivas.
- d. Atomización de la propiedad en las generaciones siguientes.
- e. Mayor dificultad para crear herramientas de planificación fiscal, financiera y jurídica.

Como puede observarse, muchos de los problemas enunciados en la relación anterior no son exclusivos de la empresa familiar. La confusión patrimonial es un riesgo común que puede afectar a cualquier sociedad mercantil, cuya consecuencia última es el riesgo de infracapitalización⁷⁸ de la sociedad como consecuencia del uso de sus fondos para finalidades que le son ajenas (las propias de los socios). El carácter generalizado de este riesgo se aprecia, por ejemplo, en el hincapié que los distintos códigos de conducta para el buen gobierno de las sociedades hacen respecto a la necesidad de regular (y restringir) el modo en que los socios utilizan el capital de sus mercantiles. Sin embargo, aun siendo un riesgo generalizado, es en las sociedades cerradas (como las sociedades de responsabilidad limitada) y especialmente en las familiares, donde se advierte con mayor claridad la falta de separación patrimonial, tendiéndose a identificar titularidad del patrimonio y gestión social⁷⁹. En la empresa familiar, la materialización de este riesgo es la tendencia a destinar fondos sociales a cubrir necesidades eventuales o incluso, en algunos casos, necesidades estructurales de la familia empresaria. Asimismo, la confusión patrimonial se puede producir también en el sentido inverso: ante la dificultad de la empresa para obtener recursos por sí sola, es frecuente que la propia familia haga aportaciones y, en lugar de hacerlas mediante capitalización, se hacen muy a menudo a través de préstamos y otras operaciones de esa misma naturaleza⁸⁰.

Este tipo de decisiones, aun formando parte de la letra a) de la relación anterior, sería también una forma específica y particular de aproximación al problema descrito con la letra b), es decir, la toma de decisiones que no obedecen a criterios empresariales. Una forma de explicar por qué este fenómeno es especialmente grave en las empresas familiares es el llamado “modelo de los tres círculos”, enunciado por Tagiuri y Davis⁸¹ y ampliamente recogido por la doctrina empresarial⁸² –y hasta por la

⁷⁸ Para un estudio completo del fenómeno, OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R.: *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 140-145; entre la doctrina clásica, destaca el trabajo de PAZ-ARES, C.: “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, en *ADC*, núm. 4/1983, págs. 1.587-1.640; en sede de empresas familiares, ESPÍN GUTIÉRREZ, C.: “La infracapitalización y la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar...*, tomo V, ob. cit., págs. 21-72.

⁷⁹ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S.: “La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital”, en LEÓN SANZ, F. J. (dir.): *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 98.

⁸⁰ ESPÍN GUTIÉRREZ, C.: “La infracapitalización y...”, ob. cit., pág. 26.

⁸¹ TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of...”, ob. cit., pág. 201.

⁸² CORONA RAMÓN, J.: “Introducción al análisis de la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., págs. 27-30.

jurídica⁸³- para estudiar el problema. Dicho modelo parte de la existencia de tres grupos distintos de personas implicadas en la sociedad familiar: el grupo “familia”, el grupo “propiedad” y el grupo “empresa”. Dichos grupos, al representarse en círculos, lo hacen como círculos con intersecciones de las que nacen espacios en el que coinciden dos y hasta los tres círculos, por cuanto hay personas que, efectivamente, pueden encontrarse en los tres grupos: es el caso del miembro de la familia que ostenta la condición de socio y es a su vez administrador, puesto que concentra en su persona los tres ámbitos antes señalados.

Las decisiones que un administrador toma en una sociedad mercantil están a priori inspiradas únicamente por criterios profesionales empresariales, de modo que le permitan desarrollar la tarea de gestión que le es propia⁸⁴, sin ningún otro sometimiento que los deberes propios e inherentes del cargo (artículos 225 a 232 de la LSC), su vinculación contractual con la sociedad⁸⁵ y, cuando proceda, las instrucciones recibidas de la junta general⁸⁶. El administrador debe actuar, en definitiva, como un “ordenado empresario”, mención legal con la que la doctrina entiende que se supera el umbral de la mera diligencia del padre de familia a la que se refiere en términos generales el CC⁸⁷.

Este modo de proceder implica que deba priorizar por encima de todo el interés de la sociedad administrada y, por tanto, no puede en un principio verse influenciado

⁸³ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho de la familia*, volumen VIII, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 964; GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El Protocolo Familiar: retos de su publicidad”, en *E&J*, número 111/2007, pág. 42; LUCHENA MOZO, G. M.: *Fiscalidad de la empresa familiar*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 21; VÁZQUEZ DE SOLA GALINDO, F. A.: “La pequeña reforma de la sociedad limitada en la Ley 7/2003, de 1 de abril, autocartera, participaciones sin voto y protocolo familiar”, en FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (dir.): *Novedades legislativas en materia de sociedades*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 306.

⁸⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A.: *La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital*, Cometa, Zaragoza, 2005, págs. 48-51.

⁸⁵ GIMENO-BAYÓN, R./ORELLANA CANO, N.: “La responsabilidad de los administradores (I)”, en GIMENO BAYÓN, R./GARRIDO ESPA, L. (dirs.): *Órganos de la sociedad de capital*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 943.

⁸⁶ El carácter obligacional de estas instrucciones ha sido objeto de debate entre la doctrina, al entender que existe cierta disfunción entre su carácter vinculante y la no exoneración de responsabilidad del administrador que las obedece. En todo caso, son de obligado cumplimiento, como concluye GARCÍA VIDAL, A.: *Las instrucciones de la junta general a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 37-38. Se entiende, con todo, que la sociedad no podría en esos casos entablar contra ellos acciones de responsabilidad (OTERO LASTRES, J. M.: “Algunos problemas en materia de junta general en la sociedad de responsabilidad limitada”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.): *Estudios sobre la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 152-153). La posibilidad de que los socios impartan instrucciones al órgano de administración encuentra su base en el modelo de la GmbHG alemana, que prevé expresamente que los socios influyan decisivamente en los actos de los administradores, que quedan sometidos a lo que decidan los socios, tanto a través de estatutos como de acuerdos de junta (OTXOA ERRARTE, R.: “La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad”, en *RdS*, núm. 2/1994, págs. 106-110).

⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 181.

por ningún otro condicionante ni obedecer a ningún otro interés. Sin embargo, el administrador de una empresa familiar (especialmente cuando, de conformidad con el antes comentado modelo de los tres círculos se halla también en el ámbito de la familia y/o de la propiedad) está sometido a otros intereses, los propios de la familia o los de los accionistas, que pueden ser no coincidentes, cuando no directamente opuestos, con los de la propia mercantil que administra.

Es en este espacio de conflicto donde se produce la inoperancia del órgano de administración de una forma especialmente grave en las empresas familiares. De igual modo, también en el seno de la junta general de accionistas o de socios pueden aflorar, de un modo más intenso que en otras sociedades, discrepancias y disensiones entre los propietarios del capital cuando no sólo tienen el *intuitu pecuniae* propio de las sociedades mercantiles, sino que pesa sobre ellos también otro tipo de intereses, en caso de que –retomando el modelo de los tres círculos- formen parte también del ámbito de la familia y/o del trabajo en la empresa. Parece difícil pensar que el socio que es a la vez familiar y trabajador de la empresa pueda ejercer su voto en la junta pensando única y exclusivamente en los intereses que tiene por la primera de sus condiciones. Por lo tanto, sabiendo que las decisiones de la junta se adoptarán necesariamente en función de intereses externos a la propia sociedad, es preferible que estos intereses estén recogidos sobre el papel –por ejemplo en el protocolo familiar- de modo que todos los socios sean conocedores y conscientes de que se proyectan sobre la junta los efectos de la existencia de uno o varios pactos parasociales⁸⁸. Y como quiera que el interés familiar puede, en definitiva, incardinarse dentro del interés social, puede ser muy conveniente que los contenidos del protocolo, en la medida en que ello resulte posible, se trasladen a los estatutos sociales⁸⁹. Se trata, en definitiva, de evitar que la existencia de intereses contrapuestos ponga en peligro la viabilidad, el desarrollo y el crecimiento de la actividad de la empresa⁹⁰.

Por lo que respecta a la regulación del acceso de los familiares a los puestos de dirección de la empresa (gerenciales o de administración), que identificábamos con la letra c) en la relación anterior, resulta evidente que el mayor grado de acierto o el desacierto a la hora de nombrar a las personas que deberán desempeñar esos cargos no es un problema exclusivo de la empresa familiar. Los mecanismos de designación son un elemento clave a tener en cuenta, por ejemplo, al elegir el tipo societario⁹¹. Pero sí es

⁸⁸ La incidencia de los pactos parasociales sobre la junta general se analiza en SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 298-307. Las regulaciones indirectas de la junta que se suelen contener en estos acuerdos las describe FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., págs. 234-235.

⁸⁹ Vid. epígrafe 4.2.1.

⁹⁰ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 96.

⁹¹ En el caso del nombramiento de miembros del Consejo de Administración, se evidencia la diferencia regulatoria entre la sociedad anónima, donde se permite la designación proporcional (art. 243 LSC) y la de responsabilidad limitada, donde el nombramiento deberá efectuarse necesariamente por acuerdo mayoritario de la junta general.

cierto que en la empresa familiar se produce un fenómeno particular que agrava el problema: la tendencia de muchas familias empresarias a intentar que todos sus miembros (o al menos todos aquellos que lo deseen) puedan trabajar en la empresa y lo hagan, además, en los puestos de mayor responsabilidad.

Este problema puede intentar combatirse a través del protocolo familiar –tal y como más adelante veremos-, mediante el establecimiento de unas normas que determinen qué requisitos deben reunir los familiares que opten a los puestos de administración, si bien dichas normas no pueden llegar a tal extremo que supongan, atendiendo al conocimiento que los familiares tienen entre sí, a lo que prácticamente sería una “*nominación personal*”, en el caso de que las exigencias se ajustaran, casi a medida, a una persona o personas muy concretas⁹². Los objetivos que se puede marcar el protocolo en este terreno son básicamente dos: asegurar la cualificación de los gestores de la empresa (mediante el establecimiento de programas de formación e incorporación) y evitar las luchas de poder que, sin duda, se generarían en caso de una sucesión desordenada⁹³. En todo caso, resulta evidente que puede suponer un grave problema para la empresa familiar quedar bajo la tutela de personas que no dispongan de la capacidad suficiente para llevar sus riendas, razón por la cual se hace especialmente importante establecer esas vías de control al acceso de este tipo de puestos.

El otro problema al que nos referíamos, la atomización de la propiedad a medida que avanzan las generaciones (letra d) ni es exclusivo tampoco de la empresa familiar ni tiene por qué considerarse, a priori, un elemento perjudicial para una sociedad mercantil. De hecho, la atomización del capital no es más que la expresión máxima de la atracción de fuentes de financiación para el ejercicio de la actividad social, especialmente cuando la mayor diversidad de titulares de acciones o participaciones es fruto de ampliaciones de capital. Desde este punto de vista, la existencia de múltiples titulares del capital, que halla su mayor expresión en la sociedad cotizada, es una vía para la consecución de recursos financieros y, por tanto, es un elemento sumamente atractivo para la empresa.

No obstante, la atomización del capital tiene también una vertiente negativa, que es la mayor dificultad para la toma de acuerdos, por cuanto son más las personas que tienen derechos políticos en la sociedad y son más, consecuentemente, las distintas opiniones y los distintos intereses que pueden tener que ser atendidos en la junta general. Este problema, que en las sociedades mercantiles no familiares no es más que una dificultad añadida de gestión, reviste en las empresas familiares un carácter más trascendente, por cuanto supone una posible pérdida de control por parte de la familia empresaria.

⁹² QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 81.

⁹³ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “Notas sobre el...”, ob. cit., pág. 1.068.

Es decir, si la atomización se produce dentro del seno de la familia, en lo que podría considerarse consecuencia inevitable de la sucesiva “*bifurcación biológica*”⁹⁴, pasando por ejemplo de dos socios hermanos en la primera generación a ocho socios primos en la segunda, el problema será estrictamente de gestión. Sin embargo, si la atomización es fruto de la enajenación del capital a terceros (mediante venta de los títulos ya existentes o mediante la emisión de títulos nuevos), es evidente que habrá un problema añadido –y de entidad superior que comprometerá gravemente la continuidad de la empresa familiar como tal, sobre todo cuando esa atomización acabe relegando a los miembros de la familia a un papel minoritario en el control de la sociedad, poniendo incluso en riesgo la efectiva apreciación de una auténtica vocación de continuidad como empresa familiar⁹⁵.

Aunque nos hayamos venido refiriendo en varias ocasiones, durante el presente epígrafe, al modelo de los tres círculos, señalando de qué modo incidía en cada uno de los problemas abordados, cuando más claramente se aprecia su impacto es cuando no nos centramos en los puntos de intersección o coincidencia, sino en las diferencias de interés entre un grupo y otro, diferencias que explican las tensiones que a menudo vive una empresa familiar, puesto que los integrantes de cada grupo intentarán defender sus intereses particulares contraponiéndolos, en muchas ocasiones, a los intereses de los demás grupos. A modo de ejemplo, quien esté en el grupo “propiedad” estará interesado en obtener altos dividendos que retribuyan su tenencia de participación en la sociedad, mientras quien esté en el grupo “empresa”, que puede ser un directivo ajeno a la “propiedad” y a la “familia”, estará interesado en no distribuir dividendos y aplicar el resultado a reinversiones que permitan una mejor evolución de la empresa. Y naturalmente, esta contraposición de intereses puede explicar muchos de los problemas de gestión de la sociedad familiar, puesto que dificultará enormemente la toma de acuerdos y la planificación en los referidos ámbitos fiscal, financiero y jurídico (letra e). Conseguir esa planificación a medio y largo plazo es uno de los elementos clave para asegurar la continuidad de la empresa familiar, razón por la cual la elaboración de un plan estratégico (que articule el futuro en lo empresarial) debe efectuarse en paralelo a la elaboración de un protocolo (que lo articule en lo jurídico), siendo preciso que esta planificación estratégica tenga presentes simultáneamente los aspectos familiares y los empresariales⁹⁶.

Aunque el ámbito de la planificación sea tal vez, como decíamos, aquél en el que más claramente se aprecian los problemas del conflicto de intereses entre los distintos roles presentes en la empresa familiar, lo cierto es que la existencia de todos

⁹⁴ RODRÍGUEZ ALCAIDE, J.J./RODRÍGUEZ ZAPATERO, M.: *La singularidad de la empresa familiar: conceptos básicos para llegar a entenderla*, Cátedra Prasa, Córdoba, 2004, pág. 171.

⁹⁵ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 30.

⁹⁶ AMAT, J.: “El proceso de planificación estratégica familiar como clave para el éxito del protocolo”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007, pág. 176.

los problemas analizados –o la mayor intensidad con que éstos se presentan respecto a las demás sociedades mercantiles se debe a la unión indisoluble entre relaciones familiares y gestión de la empresa, por lo que se hace necesario, para atajarlos o combatirlos, “compatibilizar los distintos intereses implicados y detectar las tensiones que se generan en el seno de estas empresas”⁹⁷. Es decir, se deben identificar claramente los intereses de cada grupo (socios, familiares y trabajadores) para poder establecer fórmulas que aporten el equilibrio necesario entre todos ellos.

2.1.2. Adecuación a los tipos sociales.

La condición de la empresa familiar, antes comentada, como realidad *de facto* pero no *de iure*, con la consiguiente falta de un tipo social *ad hoc* específicamente regulado para estructurarla⁹⁸, la ha obligado a configurarse mercantilmente de conformidad con alguno de los tipos sociales existentes⁹⁹, que son los específicamente previstos por el artículo 122 del CCom (sociedad regular colectiva, comanditaria simple o por acciones, anónima y de responsabilidad limitada), sin olvidar, además, la posibilidad de constituirse en sociedad civil, de conformidad con lo previsto por el artículo 1.665 y siguientes del CC. De ello se deriva que la pluralidad de formas jurídicas adoptadas por la empresa familiar sea, paradójicamente, una de sus características esenciales¹⁰⁰: en este sentido, puede señalarse que las empresas familiares han adoptado en España una gran variedad de tipos societarios, por lo que encontramos empresas familiares anónimas y limitadas, unipersonales y pluripersonales, cotizadas y no cotizadas y, en definitiva, adaptadas a todas las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento¹⁰¹.

Esta pluralidad tipológica, por tanto, viene a romper esquemas clásicos, como aquél por el que se ha venido estableciendo una correspondencia directa entre sociedad anónima y gran empresa¹⁰², esquema que puede considerarse hoy superado, porque se entiende que el tamaño de la empresa no determina su estructura

⁹⁷ MARTORELL ZULUETA, P.: “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en REYES LÓPEZ, M J. (coord.): *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 79.

⁹⁸ GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El Protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 40.

⁹⁹ Cualquiera de los tipos sociales permiten la incorporación de particularidades que lo adecuen a las necesidades de la empresa familiar, por lo que el análisis de los tipos ha sido objeto de numerosos tratamientos doctrinales (VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de la empresa familiar”, en *RDP*, núm. 5/2000, pág. 33).

¹⁰⁰ CORONA RAMÓN, J.: “Introducción al análisis...”, ob. cit., pág. 42.

¹⁰¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Aspectos jurídico-mercantiles de la empresa familiar: la empresa familiar con forma de sociedad mercantil”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005, págs. 114-115.

¹⁰² GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., págs. 121-122.

organizativa como sociedad¹⁰³, pudiendo poner como ejemplo de ello, precisamente, las grandes sociedades familiares¹⁰⁴, si bien debe admitirse que las tensiones propias del conflicto de intereses entre propietarios (socios) y gestores (administradores) – mayor en este tipo de empresas- conlleva generalmente que tengan una menor dimensión¹⁰⁵: consecuencia de ello, aun con notables excepciones, las empresas familiares acostumbran a tener un tamaño menor que las no familiares¹⁰⁶. Así pues, la empresa familiar puede adoptar cualquiera de las formas sociales previstas por nuestro ordenamiento, sin perjuicio de que cada una de ellas pueda ofrecerle unas ventajas determinadas y, paralelamente, unos inconvenientes particulares, como consecuencia de las especificidades propias de cada tipo social, haciendo por tanto uso del principio general de la elección de forma de una empresa, que es el de la libertad¹⁰⁷.

Precisamente es la distinta caracterización de cada tipo la que conlleva que la elección a realizar a la hora de constituir la sociedad –sin perjuicio de las posteriores transformaciones que del mismo puedan hacerse- determinará las características esenciales que, en lo jurídico, revestirá la empresa familiar. No puede decirse, en este sentido, que exista un tipo social específico que atienda de forma concreta a las necesidades de este tipo de sociedades, sin perjuicio de que, como veremos, la sociedad de responsabilidad limitada parece el que se adecúa más a las mismas, sin perjuicio de que esta afirmación no deje de ser un enunciado meramente general. En todo caso, sí podemos apuntar ya que la relevancia del aspecto *intuitu personae* de la condición del socio es uno de los más importantes y sitúa los distintos tipos en una ordenación con dos extremos claros, que son la sociedad colectiva y la anónima abierta, quedando en un plano intermedio opciones como la anónima familiar o cerrada, que será aquella en la que se hayan adoptado restricciones a la libre transmisión de acciones¹⁰⁸.

Pero antes de hablar de la sociedad de responsabilidad limitada, es preciso un análisis del resto de los tipos. Al respecto, un breve repaso a las características propias de los distintos tipos sociales nos permitirá apreciar de qué modo cada uno de ellos puede servir de estructura societaria para una empresa familiar, así como cuáles serán

¹⁰³ VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de capital cerradas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 58.

¹⁰⁴ MENÉNDEZ, A./VAQUERIZO ALONSO, A.: “Concepto, denominación y carácter mercantil de la sociedad anónima”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1º.a, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 13.

¹⁰⁵ DURÉNDEZ, A./BERNABÉ, M./ANTÓN, M.: “Análisis económico-financiero de la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., págs. 234-235; GALVE GÓRRIZ, C./SALAS FUMÁS, V.: “Fundamentos económicos de la empresa familiar”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la...*, ob. cit., pág. 88.

¹⁰⁶ MENGUZZATO BOULARD, M.: “El desarrollo de las empresas familiares: el reto de una estrategia de crecimiento”, en AAVV: *Empresas familiares y bolsa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 155.

¹⁰⁷ DE LA VEGA GARCÍA, F.: “Formas societarias y empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de...*, ob. cit., pág. 28.

¹⁰⁸ BEAUS CODES, A.: “Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles”, en *AAMN*, tomo XXVI, 1985, pág. 243.

sus principales fortalezas y debilidades. Podemos empezar este repaso con la sociedad anónima, que es probablemente la que a priori se acostumbra a considerar más alejada de los intereses propios de la empresa familiar. Los motivos para ello bien pueden ser los siguientes:

- a. La concepción histórica de que la sociedad anónima se reservaba para grandes proyectos empresariales de especial relevancia¹⁰⁹, fruto en buena medida de tener su precedente inmediato en las grandes compañías coloniales del siglo XIX¹¹⁰.
- b. Consecuencia de lo anterior, la tendencia a seguir pensando a día de hoy que la sociedad anónima no es un tipo social adecuado para la pequeña y mediana empresa, a pesar de que ya no tiene por qué ser así, habida cuenta de que ha quedado suficientemente sentado que no existe relación directa entre tipo social y dimensión de la sociedad¹¹¹.
- c. La complejidad organizativa, los requisitos formales a observar en su gestión y los costes derivados de ello¹¹², aspectos todos ellos que se manifiestan de forma más intensa que en cualquier otro tipo¹¹³.
- d. El carácter de la sociedad anónima como paradigma de sociedad abierta¹¹⁴, cuya máxima expresión es su posibilidad de devenir cotizada¹¹⁵. En la anónima, la cualidad personal del socio carece de importancia¹¹⁶.

¹⁰⁹ TAPIA HERMIDA, A.: “Constitución y frustración de la sociedad anónima”, en AAVV: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 1.363: la Ley de 28 de enero de 1848 sobre compañías mercantiles por acciones reservaba el tipo para “*determinadas actividades empresariales relevantes, bien para cualquier empresa que pida algún privilegio siendo de interés público, o bien para compañías cuyo objeto sea de utilidad pública*”.

¹¹⁰ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 154.

¹¹¹ VAQUERIZO, A.: “Artículo 1. Sociedades de capital”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 183.

¹¹² FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada”, en *RGD*, número 596/1994, pág. 5.499: “*La huida de la forma anónima a limitada tras la Reforma de julio de 1989 es debida al elevado coste estructural de mantener una sociedad que requiere peritos para valoraciones de aportaciones o adquisiciones, auditores para la realización de ciertas operaciones sociales o los que necesita sufragar por razón de anuncios y sólo en muy pequeña medida a otros factores (escasamente disuasoria es ya la norma de capitales mínimos)*”.

¹¹³ La complejidad y onerosidad de la sociedad anónima resultan especialmente graves si se tiene en cuenta que, en realidad, el proceso de constitución y mantenimiento de toda sociedad mercantil exige ya a sus socios y administradores la asunción de importantes gastos y obligaciones (RODRÍGUEZ, S.: “Algunas dificultades en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en el ámbito del Derecho mercantil”, en AAVV: *Entorno legislativo de la empresa*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 42-45).

¹¹⁴ NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el derecho español*, Comares, Granada, 2009, pág. 58. En el derecho comparado, sin embargo, se advierte la existencia de sociedades anónimas cerradas, que funcionan con importantes tintes personalistas (BALOUZIYEH, J. M.: *Las sociedades mercantiles estadounidenses*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 126-128).

¹¹⁵ Aunque su configuración como sociedad abierta es uno de los rasgos básicos del tipo, advierte Perdices Huetos de lo siguiente: “*cada vez queda menos espacio económico y sociológico para una sociedad anónima que, sin estar cotizada, mantenga el tipo legal de sociedad abierta*”, lo cual lleva a cerrarla de forma convencional, mediante restricciones a su transmisibilidad (PERDICES HUETOS, A.:

De las razones expuestas, consideramos especialmente relevante el problema que plantea la sociedad anónima como sociedad abierta, punto en el que se advierte una mayor contraposición con la sociedad de responsabilidad limitada, configurada tipológicamente como modelo de sociedad cerrada¹¹⁷. Dicha contraposición pivota sobre dos elementos fundamentales: por un lado, las facilidades iniciales, propias del tipo, para la transmisión de las acciones; por el otro, la nulidad con que sanciona aquellas cláusulas estatutarias que, pretendiendo establecer restricciones a dicha transmisibilidad, hicieran prácticamente intransmisibles las acciones (artículo 123.2 de la LSC)¹¹⁸.

Este carácter abierto de la sociedad anónima lleva aparejada, como es lógico, la absoluta proscripción del carácter *intuitu personae* que, en mayor o menor medida, existe en otros tipos sociales, como posteriormente comentaremos. En la anónima, se pasa del *intuitu personae* al *intuitu pecuniae*, puesto que es la aportación al capital (y no las características personales del aportante) lo que verdaderamente tiene importancia en este tipo social¹¹⁹, siendo por tanto la acción –como medio para realizar dicha aportación– la base de la relación jurídica entre la sociedad y su accionista¹²⁰.

Lojendio Osborne¹²¹ lo resume con una afirmación que, aunque pueda resultar un tanto arriesgada, probablemente simplificadora, resulta ciertamente muy clarificadora y bastante ajustada a la realidad, al considerar que la sociedad anónima es, más que una sociedad de capital, un “*capital con personalidad jurídica*”. Puede debatirse el mayor acierto semántico del juego de palabras, pero es evidente que resume muy bien la esencia de este tipo de sociedad donde “*en principio, no cuenta la persona del socio, sino la aportación. Para la sociedad es indiferente quién sea el titular de los derechos de socio que, por eso, se incorporan a acciones que, sean títulos valores o sean anotaciones en cuenta, tienen la consideración de valores mobiliarios que se transmiten*”.

“Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 991).

¹¹⁶ BEAUS CODES, A.: “Sociedad de gananciales...”, ob. cit., pág. 249.

¹¹⁷ La Exposición de Motivos de la LSC lo destaca en su Punto IV: “*En el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas [...]*”.

¹¹⁸ El precepto es un calco del antiguo artículo 63.2 de la LSA de 1989, al que vino a sustituir pero manteniendo su misma regulación.

¹¹⁹ Esta afirmación, con todo, debe matizarse. Señalaba Garrigues que en las anónimas no importa la persona, sino el capital, mientras Girón Tena apuntaba que en las sociedades de personas importa la consecución del fin social. Pero el propio Garrigues admitía que, en la realidad, muchas anónimas no respondían al principio capitalista puro, sino que se acercaban a las sociedades personalistas, especialmente en el caso de empresas familiares. Estas opiniones de la doctrina clásica se recogen en GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 982.

¹²⁰ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.: “Artículo 47. La acción como parte del capital”, en ARROYO, I./EMBED, J.M.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, volumen I, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 461-462.

¹²¹ LOJENDIO OSBORNE, I.: “La sociedad anónima”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, 11ª edic., Ariel, Barcelona, 2006, págs. 239-242.

fácilmente". Esta decidida primacía del capital sobre la persona, es probablemente el elemento en que la sociedad anónima peor encaja con los objetivos de la empresa familiar, para la que es evidente que la interpretación es justo la inversa: se prioriza la identidad del socio o accionista por encima de la aportación que realice al capital social. Lo contrario, como es obvio, contravendría las más esenciales reglas de la lógica de cara a intentar preservar el capital (la propiedad de la empresa) en manos de uno conjunto determinado de personas (los miembros de la familia) caracterizados por un elemento específico que es, en su caso, el vínculo familiar. Con todo, no debe olvidarse que las fronteras en materia de Derecho no siempre son infranqueables y que la propia evolución de sus figuras las hace mutar en el tiempo. Así, si existen –como antes indicábamos- empresas familiares que revisten forma de sociedad anónima es porque, en el fondo, existe la posibilidad de adaptar este tipo social a sus necesidades por la vía comercial. De hecho, el legislador reconoce en el Punto IV de la Exposición de Motivos de la LSC¹²² que la tradicional distinción entre los tipos ya no es tan férrea como antaño: *"sí interesa señalar que esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo, obviamente, las cotizadas- son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones"*. Es decir, sociedades tipológicamente abiertas que se han ido consensualmente cerrando, al menos hasta el límite legalmente permitido (art. 123.2 de la LSC).

Dentro del ámbito de las sociedades de capital, encontramos también la opción de la sociedad comanditaria por acciones, a la que el artículo 1.1 de la LSC ha venido a situar en ese mismo ámbito en el que se cuentan también la anónima y la de responsabilidad limitada¹²³. Debemos advertir de entrada que se trata de un tipo raramente utilizado en la actualidad¹²⁴, lo cual bien puede deberse a las dificultades que presenta la articulación de una sociedad en la que deben convivir dos tipos distintos de socios que tienen derechos y deberes distintos. Además, como señala la doctrina¹²⁵, no está justificado recurrir a este tipo social cuando existen otras formas societarias que, cumpliendo funciones similares (fundamentalmente, limitando la

¹²² Interesan especialmente las reflexiones que se efectúan en la Exposición de Motivos de la LSC por cuanto, como advierte Embid Irujo, es un *"espacio privilegiado y, prácticamente, único de meditación sobre tipología societaria en el actual derecho español de sociedades"*, donde el legislador expone su visión de los tipos sociales *"más allá de la fatigosa hermenéutica de los preceptos contenidos en la LSC"* (EMPID IRUJO, J. M.: "Cuestiones de tipología societaria en la Ley de Sociedades de Capital", en AAVV: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 175).

¹²³ Con carácter previo a la promulgación de la LSC, la sociedad comanditaria se encontraba regulada únicamente en el CCom, que dedicaba sus artículos 145 a 150 a la comanditaria simple y los 151 a 157 a la comanditaria por acciones.

¹²⁴ BATALLER GRAU, J./CAMPUZANO, A. B.: "Las sociedades de capital", en CAMPUZANO, A. B./PASCUAL, M.: *La empresa. Información jurídica, económica y financiera. Organización y gestión de personal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 43.

¹²⁵ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I, 14ª edic., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 314.

responsabilidad de los socios), no presentan las desventajas de la comanditaria, sobre todo en lo relativo a la necesaria asunción de una responsabilidad ilimitada por parte de algunos de sus socios.

Los puntos fuertes de la sociedad comanditaria –bajo el prisma de la empresa familiar– son básicamente los siguientes: su carácter *intuitu personae*, la posibilidad de limitar la transmisibilidad de la condición de socio (no existe al menos una norma que la prohíba), y la ausencia de grandes formalismos y de gastos importantes de gestión¹²⁶. A éstos, cabe añadir la limitación de responsabilidad que se extendería sobre los socios comanditarios (art. 148 del CCom), los cuales, en caso de deudas sociales, responderían únicamente con los fondos aportados, sin que su responsabilidad pudiera extenderse sobre su patrimonio (excepto si, de conformidad con el art. 147 del CCom, su nombre formara parte de la razón social).

Los puntos débiles de este tipo social son, a su vez, la dificultad para obtener financiación (al menos en el caso de la comanditaria simple) y la complejidad de su gestión, debido a los distintos grados de responsabilidad que presentarían los socios colectivos y los comanditarios. No obstante, a este respecto, es interesante apuntar que precisamente la dificultad formal de tener dos tipos diferentes de socios (dificultad que reviste mayor trascendencia cuando esa división debe hacerse entre miembros de un mismo grupo familiar) puede ser, aunque resulte de entrada paradójico, el camino para resolver los problemas de falta de inversiones externas: así, la sociedad comanditaria por acciones puede resultar útil para recibir capitales ajenos sin permitir que sus aportantes interfieran en la toma de decisiones, que quedará siempre en manos de los miembros de la familia, entendiéndose que éstos serán socios colectivos¹²⁷. Sea como fuere, es evidente que la asunción de responsabilidades personales es un elemento que los operadores valoran negativamente en el mercado, lo cual explica la preeminencia de las sociedades que limitan esas responsabilidades de forma plena (la anónima y la limitada), beneficio que no puede asistir de modo alguno al socio colectivo de la comanditaria, por cuanto la universalidad de su responsabilidad no puede limitarse de ningún modo, siendo una norma de *ius cogens* su carácter ilimitado y solidario, lo que supone en definitiva el principal rasgo diferenciador entre esta sociedad y la anónima¹²⁸.

¹²⁶ Esta afirmación, que es válida respecto a la comanditaria simple, debe matizarse en el caso de la comanditaria por acciones, puesto que es de aplicación a la misma la LSA (hoy, la LSC), por remisión del artículo 152 del CCom, con lo cual sí deben cumplirse en este caso determinados requisitos formales que llevan aparejados gastos de mayor entidad.

¹²⁷ VICENT CHULIÀ, F.: “Organización jurídica de la sociedad familiar”, en *RDP*, número 5/2000, pág. 70.

¹²⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “La sociedad comanditaria por acciones”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIII, Civitas, Madrid, 1992, págs. 42-43.

Asimismo, existen otras vías para resolver el problema que puede suponer para los socios colectivos –que acostumbrarán a ser los familiares- tener que asumir una responsabilidad ilimitada por las deudas sociales. La más práctica consiste en la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital social esté repartido entre los familiares, siendo dicha sociedad la que asuma la posición de socio colectivo en la comanditaria, en lugar de hacerlo directamente los miembros de la familia¹²⁹. De este modo, aunque la responsabilidad del socio colectivo siga siendo ilimitada, jamás alcanzará al patrimonio de las personas físicas que hay detrás del mismo, puesto que dichas personas únicamente responderán por el capital aportado a la sociedad de responsabilidad limitada y ésta, aun teniendo una responsabilidad solidaria y personal frente a los acreedores de la comanditaria, no podrá recurrir a nada más que a su propio patrimonio para satisfacer las eventuales reclamaciones¹³⁰.

En todo caso, no debe olvidarse que la comanditaria por acciones se ha visto asimilada a la sociedad anónima en sus rasgos tipológicos esenciales: lo hacía ya mediante la remisión que el artículo 152 del CCom efectuaba a la anterior LSA como norma supletoria de regulación y lo hace también actualmente con la vigente LSC, de modo que esta sociedad “*responde en sus elementos organizativos fundamentales al referido modelo general de la anónima*”¹³¹, razón por la cual, respecto a la empresa familiar, se verá aquejada por los mismos problemas ya comentados al referirnos a dicho tipo social. A pesar de ello, y tal vez como un primer avance de los motivos que explican la primacía de la sociedad de responsabilidad limitada por su carácter de sociedad híbrida personalista-capitalista, debe destacarse que la concepción de la comanditaria obedece precisamente a esa misma configuración, razón por la cual se ha venido a considerar por parte de la doctrina como una sociedad colectiva (a la que seguidamente nos referiremos) con un “*injerto capitalista*”¹³². Con todo, y desde la perspectiva comparada, Montalenti¹³³ remarca su funcionalidad para organizar empresas familiares al referirse a la sociedad comandita por acciones como “*caja fuerte de la familia*”.

¹²⁹ Las soluciones de este tipo, sin embargo, quedan afectas al riesgo de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, a la que podrá acudir cuando se aprecie la elusión de normas imperativas –en este caso la necesaria asunción de responsabilidad personal- valiéndose para ello de una persona jurídica como instrumento (HURTADO COBLES, J.: *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 49).

¹³⁰ Esta fórmula mixta de distribución de la responsabilidad tiene su origen en Alemania, donde se articula mediante un tipo social especial llamado GmbH&CoKG.

¹³¹ VAQUERIZO, A.: “Artículo 3. Régimen legal”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 204.

¹³² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 113.

¹³³ MONTALENTI, P.: “La experiencia italiana en la configuración de los modelos monista y dualista de administración y control”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 553.

Otra de las opciones que ofrece el artículo 122 del CCom, pero fuera ya de las sociedades capitalistas, es la sociedad colectiva (regulada en el art. 125 y ss. del CCom). Debemos decir, de entrada, que puede resultar un tipo adecuado para la empresa familiar, por contraposición directa a lo comentado respecto a la anónima y la comanditaria por acciones, debido fundamentalmente a su fuerte carácter *intuitu personae*. La colectiva es en esencia una sociedad cerrada, debido a la fuerte limitación legal a la transmisibilidad de la condición de socio¹³⁴. Asimismo, debe destacarse también su falta de formalismos y, también, los pocos gastos de gestión que conlleva. Sin embargo, es preciso advertir que establece una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales para todos sus socios (art. 127 del CCom), a la vez que presenta dificultades a la hora de instrumentar fórmulas que permitan la captación de inversiones financieras.

Merece la pena resaltar –aun cuando se trate de una cuestión de interés más científico que práctico– que es en la sociedad colectiva en donde podemos encontrar la génesis de la empresa familiar, al ser la continuación, por parte de los sucesores, de la actividad económica del jefe de familia fallecido¹³⁵. Heredera de la “*compagnia*” medieval italiana¹³⁶, surgida con la única finalidad de ejercer de forma asociativa actos de comercio pero sin regular ningún otro aspecto organizativo¹³⁷, durante la Edad Media era la compañía constituida por los hijos del comerciante fallecido, agrupados con el objeto de continuar la actividad mercantil que su padre había desarrollado, lo que lleva a señalar que “*se trataba de una comunidad familiar en la que los herederos, unidos por vínculos de sangre, aportan su propio esfuerzo para la realización del objeto y fin sociales*”. Y si bien es cierto que, con el tiempo, la sociedad se iba abriendo (como le pasa a menudo a la empresa familiar), no perdía en ningún caso su carácter *intuitu personae* (como se pretende que le ocurra a la empresa familiar), puesto que, aun extendiéndose dicha sociedad más allá de los hijos, la sociedad colectiva mantiene los lazos característicos de la fase inicial, ya que “*las personas que la integran siguen estando unidas por vínculos de amistad y recíproca confianza*”¹³⁸.

¹³⁴ El artículo 143 del CCom establece que sólo podrá transmitirse la condición de socio cuando así lo consientan los demás socios. Este precepto debe enlazarse, además, con el artículo 1.696 del CC, en el que se exige la unanimidad en la toma del acuerdo de ingreso de un nuevo socio.

¹³⁵ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 150.

¹³⁶ La *compagnia* surge como consecuencia de la crisis del modelo de la *societas* romana, que queda superado por un nuevo espíritu en el tráfico mercantil y necesita un nuevo tipo social, que se configura con las características de la actual sociedad colectiva (GALGANO, F.: *Il contratto di...*, ob. cit., pág. 45). Se puede considerar que la empresa familiar surge entre los comerciantes genoveses del siglo XIII (GALVE GÓRRIZ, C./SALAS FUMÁS, V.: “Fundamentos económicos de...”, ob. cit., pág. 93).

¹³⁷ EIZAGUIRRE, J.M.: *Derecho de sociedades*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 154.

¹³⁸ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I, ob. cit., pág. 302.

En la misma línea de encontrar en la sociedad colectiva las primeras muestras de vinculación entre la realidad empresarial y la familiar se manifiesta Paz-Ares¹³⁹, para quien dicha sociedad “*unió exclusivamente a personas ligadas por lazos de sangre*”, por lo que podemos considerarla, sin duda, una forma primigenia de empresa familiar. Estas referencias históricas nos permiten ver que, en lo relativo a la concepción del tipo, la sociedad colectiva responde muy bien a los objetivos personalistas que, *a priori*, va a querer tener la empresa familiar, que no es sino una derivación, *mutatis mutandi*, de los primeros modelos de sociedad colectiva o de sociedad de personas, presididas por el “*espíritu de fraternidad de las primitivas comunidades familiares*”, que influirá en las posteriores figura de carácter asociacional hasta llegar al contrato de sociedad, basado en la recíproca confianza entre los socios¹⁴⁰.

En cualquier caso, la doctrina¹⁴¹ ha venido a convenir que las sociedades cooperativistas y las personalistas parecen, *a priori*, tipos descartables para la organización de una empresa familiar, que se vertebrará mucho mejor a través de un tipo capitalista. Y es que las eventuales ventajas de las sociedades de personas no contrarrestan suficientemente, en este sentido, las desventajas que presentan respecto a las sociedades de capital¹⁴².

Para cerrar este epígrafe, conviene también señalar que existen otras posibles formas de organización que pueden utilizarse para la articulación de la empresa familiar. Entre ellas las comunidades de bienes y las sociedades personalistas, fórmulas ambas que se hallan bastante presentes en el mercado pero que adolecen de una preocupante endebles si, mediante pactos privados, no se regulan los elementos clave para asegurar su continuidad¹⁴³. Debemos añadir a ello que la comunidad de bienes no parece una opción demasiado adecuada cuando se pretende el ejercicio de una actividad mercantil, por cuanto la sociedad tiene por objeto la obtención de un lucro o beneficio y la comunidad de bienes se destina, por el contrario, a la tenencia, conservación, uso y disfrute de un patrimonio, razón por la cual cabe distinguir entre el “*movimiento*” patrimonial propio de la sociedad y el régimen “*estático*” en que el mismo se halla en la comunidad¹⁴⁴. En este sentido, como quiera que la empresa familiar (en tanto que empresa) tiene como objetivo, *a priori*, la generación de un

¹³⁹ PAZ-ARES, C.: “La sociedad colectiva: introducción y administración”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 613.

¹⁴⁰ GARCÍA VILLAVARDE, R.: *La exclusión de socios. Causas legales*, Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 30.

¹⁴¹ ALONSO ESPINOSA, F.: “La empresa familiar...”, *ob. cit.*, pág. 73.

¹⁴² DIAZ GÓMEZ, M. A.: “La sociedad familiar...”, *ob. cit.*, pág. 204.

¹⁴³ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Algunos instrumentos jurídicos...”, *ob. cit.*, pág. 217.

¹⁴⁴ VÁZQUEZ BARROS, S.: *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 403.

negocio y la obtención de un beneficio, parece mucho más lógico articularla jurídicamente con la estructura propia de una sociedad mercantil¹⁴⁵.

2.1.2.1. Debate sobre la conveniencia de un tipo social específico.

La necesaria elección de un tipo social legal determinado, a través del cual articular la organización de la empresa familiar es fruto, lógicamente, de la inexistencia de un tipo legal específico. Dicha inexistencia, que no es exclusiva de nuestro ordenamiento¹⁴⁶, no puede considerarse a día de hoy un olvido del legislador, sino más bien una elección consciente por la idea de que no es necesario un tipo legal propio para este tipo de sociedades, elección que se sustenta sobre el resultado del debate que la doctrina mantuvo acerca de esta cuestión y que parece que se cerró –al menos ésta es la opción mayoritaria- con la convicción de que no es precisa la creación de un nuevo tipo legal para la empresa familiar.

Con todo, en el marco de dicho debate ha habido (y siguen habiendo todavía) voces que reclaman la creación de ese tipo social particular, al entender que podría configurarse así de forma legal un ente que se ajustara, de forma específica, a las necesidades de la empresa familiar¹⁴⁷. Corona¹⁴⁸ justifica esta petición al entender que se pide la creación de un marco jurídico específico para la empresa familiar no como un privilegio, sino como un modo de adecuar la legislación a las prácticas que, *de facto*, se dan en buena parte del tejido empresarial español. Se trataría por tanto, en definitiva, de convertir en norma escrita las prácticas usuales en este tipo de sociedades.

No obstante, esta petición cuenta también con detractores, que encuentran motivos suficientes como para descartarla: *“no parece conveniente ni necesaria la creación de un nuevo tipo social distinto a los ya existentes [...], entre otras razones, porque, en primer*

¹⁴⁵ Para Cayón Galiardo, las entidades que no posean un carácter empresarial deben quedar fuera del concepto de empresa familiar (citado en GALAPERO FLORES, R./ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Régimen Jurídico...*, ob. cit., pág. 118).

¹⁴⁶ Sólo Italia, en el conjunto de la Unión Europea, tiene regulada la empresa familiar de forma específica. No obstante, la figura regulada en el artículo 230 bis de su *Codice Civile* no guarda especial relación con la empresa familiar española, por cuanto se reduce a instituciones de carácter agrario articuladas sobre la base de una comunidad de trabajo en unas tierras cuya propiedad corresponde al patriarca familiar (ESCUIN, I.: “La empresa familiar en el marco del Derecho de sociedades”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., pág. 254).

¹⁴⁷ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., págs. 56-57: a pesar del avance que supuso la LSLNE, el legislador debería adoptar medidas para otorgar un “*tratamiento singular*” a la empresa familiar, sobre todo por su especial idiosincrasia ante situaciones de deslocalización de desarrollos industriales, debido a su mayor arraigo territorial. Este arraigo lo destacan también RUS RUFINO, S./RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. P.: “¿Qué es una...”, ob. cit., págs. 27-28.

¹⁴⁸ CORONA RAMÓN, J.: “Introducción al análisis...”, ob. cit., pág. 43.

*lugar y como ya ha quedado apuntado, es muy difícil alcanzar un concepto de “Empresa Familiar” que tenga el rigor y la precisión en la determinación del supuesto de hecho de unas normas, que resultan imprescindibles para evitar la inseguridad en la aplicación de las mismas*¹⁴⁹. Efectivamente, resultaría muy complicado definir un único tipo de empresa familiar, como ya hemos señalado en el epígrafe 2.1.1, razón por la cual, sin negar sus características definitorias, resultaría sumamente complejo articular un tipo homogéneo de sociedad mercantil que diera respuesta a las necesidades de unas empresas tan heterogéneas.

De hecho, ni siquiera dentro de un tipo social tan flexible como la sociedad de responsabilidad limitada sería posible establecer un modelo de estatutos sociales que ofrecieran respuesta a los conflictos propios de las empresas familiares¹⁵⁰. Por ello, entendemos que la solución no pasa por la creación de un nuevo tipo, sino por la negociación interna, en el seno de cada empresa familiar, en aras a conseguir adaptar alguno de los tipos existentes, mediante convenio, a las necesidades específicas de cada caso. Así parece valorarlo de forma casi unánime la doctrina, al señalar que se ha visto que la empresa familiar *“carece de rasgos morfológicos y tipológicos específicos o, al menos, suficientes, para poder definir jurídicamente un tipo especial de sociedad”*¹⁵¹. Tras los trabajos de la Ponencia del Senado de 2001¹⁵², parece que la idea de un estatuto jurídico propio de la empresa familiar ha quedado descartado, lo que entiende mayoritariamente la doctrina que se ha hecho con buen criterio¹⁵³.

A mayor abundamiento, es preciso destacar que existe también un debate en el sentido inverso, es decir, en el de apostar por la reducción de los tipos sociales existentes y apostar por la llamada *“solución unitaria”*, un modelo en el que nuestro ordenamiento se acercaría a la idea de un único tipo de sociedad de capital, la anónima, *“con una pluralidad de modelos opcionales y libertad de elección restringida por el objeto y dimensiones de su actividad”*¹⁵⁴, idea sobre la que el legislador parece estar ya pensando, aunque sea de una forma todavía muy embrionaria, como se deduce de lo que manifiesta en el Punto IV de la Exposición de Motivos de la LSC: *“De este modo queda sin respuesta la pregunta de cuál debe ser en el futuro la relación entre las dos formas*

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La empresa familiar y las reformas de la Ley de sociedades limitadas”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, pág. 388.

¹⁵⁰ TENA ARREGUI, R.: “Organización de la...”, ob. cit., pág. 58.

¹⁵¹ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 22.

¹⁵² Vid. apartado 7.3.2.

¹⁵³ GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 40; VIERA GONZÁLEZ, A.: “Empresa y protocolo familiar, ¿un problema de política legislativa?”, en AAVV: *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo III, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 1.684.

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “La dualidad de tipos de sociedades de capital: análisis y perspectivas”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del ...*, tomo I, ob. cit., págs. 51-53.

principales de las sociedades de capital [anónimas y limitadas] y la de si el tránsito de una a otra debe respetar los requisitos establecidos para la transformación o si se debe facilitar a través de técnicas más ágiles y sencillas. Más que una rígida contraposición por razón de la forma social elegida, la distinción esencial radicaría en tener o no la condición de sociedad cotizada". Habrá que esperar al futuro Código de Sociedades Mercantiles para saber qué avances se introducen en nuestro Derecho respecto a esta materia.

Esto entroncaría con ordenamientos como el de Estados Unidos, donde se entiende que es cerrada toda sociedad cuyos títulos no cotizan en un mercado secundario, resultando en consecuencia abierta, únicamente, la sociedad cotizada¹⁵⁵, así como con el modelo de regulación de muchos estados europeos, tal y como ha revelando el debate entre los juristas que están elaborando el borrador de la *European Model Company Act*. Al respecto, debe apuntarse que han observado éstos que *"en muchos Estados, las sociedades abiertas y cerradas de responsabilidad limitada no son consideradas como tipos distintos, sino como uno solo, por lo que el cambio de una forma societaria a otra no requiere una transformación en el sentido técnico, limitándose la cuestión a diferencias en lo relativo a la transmisión de las acciones/participaciones"*¹⁵⁶, aunque no sea éste el caso de España¹⁵⁷.

Entendemos que esta idea converge necesariamente con la necesidad de que, como apuntábamos, sea preciso diseñar la propia empresa sobre la base de una negociación entre sus socios o accionistas. No se trata de ofrecerles un mayor catálogo tipológico que el ya existente, sino fomentar que dentro de los mismos (o, llevado al extremo, en el marco de un único tipo) realicen la configuración consensual, propia y específica, que consideren más adecuada para resolver los problemas que les son más propios¹⁵⁸, sin ningún otro límite que el de la necesaria observancia de las normas imperativas¹⁵⁹.

¹⁵⁵ HIERRO ANIBARRO, S.: *La sociedad limitada nueva empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 49. Sin perjuicio de ello, desde 1977 se ha introducido en el ordenamiento norteamericano la *Limited Liability Company*, como organización híbrida que combina las ventajas de la sociedad personalista (*Partnership*) con las de la anónima (*Corporation*) no cotizadas (BALOUZIYEH, J. M.: *Las sociedades mercantiles estadounidenses*, ob. cit., pág. 151).

¹⁵⁶ BAUMS, T.: "El desarrollo del derecho de sociedades en Europa: desde la armonización centralizada hasta la *European Model Company Act (EMCA)*", en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del...*, tomo I, ob. cit., pag. 31.

¹⁵⁷ En nuestro ordenamiento, a pesar de las coincidencias en la regulación de ambos tipos, más evidenciada si cabe desde la entrada en vigor de la LSC, sigue requiriéndose la transformación de un tipo a otro siguiendo los mecanismos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ ARTIGAS: "Sociedades de responsabilidad limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)", en *RdS*, núm. 21/2003, pág. 15.

¹⁵⁹ ESPINA, D.: *La autonomía privada...*, ob. cit., pág. 515.

2.1.2.2. La sociedad de responsabilidad limitada como modelo de sociedad cerrada.

Los inconvenientes que los distintos tipos sociales analizados anteriormente¹⁶⁰ revisten para servir de base legal a la empresa familiar, unidos a la inexistencia (y hasta inconveniencia) de un tipo legal específico, hacen que la sociedad de responsabilidad limitada se presente como el tipo más adecuado (dicho con todas las reservas que cada caso concreto requerirá)¹⁶¹ para la articulación de este tipo de empresas¹⁶², al considerarse *“el tipo social tendencialmente más familiarizable”*¹⁶³, por lo que será el tipo a elegir salvo en aquellos casos en que se plantee la salida a Bolsa¹⁶⁴. No es extraño que sea así porque, por un lado, reúne las principales ventajas de la sociedad anónima (posibilidad de captar financiación mediante la venta de participaciones sociales y limitación de la responsabilidad personal de los socios) y, por el otro, resuelve muchos de los problemas que ésta presentaba (complejidad formal, costes de funcionamiento, capital social mínimo elevado y, con especial incidencia para las empresas familiares, carácter extremadamente abierto). Rompe en definitiva la tradicional separación entre sociedades de personas y sociedades de capital¹⁶⁵, siendo por tanto la forma legal de sociedad cerrada de estructura corporativa¹⁶⁶.

Tampoco debe extrañar que la sociedad de responsabilidad limitada venga a resolver los problemas que aquejaban a la anónima. De hecho, su aparición –a finales del siglo XIX- se produjo, precisamente, para atender a las necesidades que el espectro societario presentaba y que no encontraban una respuesta adecuada en la sociedad anónima ni, tampoco, en el resto de tipos sociales existentes en ese momento. Señala la doctrina que *“se trataba, así, de buscar la forma jurídica idónea para la regulación de actividades empresariales llevadas a cabo por un número reducido de personas, generalmente vinculadas por lazos familiares o de amistad, sin quedar por ello sometidas al severo régimen de responsabilidad por las deudas sociales típico de las sociedades personalistas, y tampoco a la*

¹⁶⁰ Vid. apartado 2.1.2.

¹⁶¹ La doctrina apunta que no existe una regla de oro para la elección del tipo: cada caso concreto, el tipo de explotación económica a realizar o las características y objetivos de los empresarios determinarán qué tipo resulta el más adecuado (GUZMÁN RAMOS, M.: “Criterios prácticos de elección de la forma societaria”, en GIL DEL MORAL, F. et al. (dir.): *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 1.356). La flexibilidad del régimen de derechos de voto o los menores costes son otros elementos que aconsejan la elección de este tipo (DE LA VEGA GARCÍA, F.: “Formas societarias y...”, ob. cit., págs. 36-38.

¹⁶² ALONSO ESPINOSA, F.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 65; DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La sociedad familiar...”, ob. cit., pág. 212; GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 41.

¹⁶³ PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 491.

¹⁶⁴ VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 33.

¹⁶⁵ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., págs. 176-177.

¹⁶⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *Indret*, núm. 4/2005, pág. 6.

*rigidez propia de la normativa de las anónimas*¹⁶⁷. Como puede verse, por tanto, se pretendió huir de los principales inconvenientes que tanto las sociedades anónimas como las personalistas presentaban para la constitución de sociedades de forma general y, de modo más particular, para esas sociedades a las que se refieren los autores y que revestían un carácter eminentemente familiar, por lo que resultaba preciso que el tipo social elegido no se basara únicamente en las aportaciones de capital, tal y como ocurría con las sociedades anónimas. El camino de las sociedades de personas a las capitalistas de responsabilidad limitada se resume del modo siguiente: *“En realidad, las Sociedades familiares inspiradas en criterios sustantivos deberían ser las personalistas que, justamente traen su origen en necesidades de aquella índole familiar. Pero son las Sociedades de responsabilidad limitada o incluso las anónimas con cláusulas limitativas de la circulación de acciones las que más bien vienen a cumplir función de aquella naturaleza”*¹⁶⁸.

Y aunque la introducción inicial en España de este nuevo tipo social, tras la promulgación de la LSRL de 17 de julio de 1953¹⁶⁹, fue más bien modesta, debido fundamentalmente al prestigio del que en el mercado gozaba la sociedad anónima¹⁷⁰, la tendencia cambió considerablemente con la entrada en vigor de la nueva LSA de 1989 (RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre), cuyo estricto régimen de regulación llevó a la mayoría de empresarios a constituir sociedades limitadas en lugar de anónimas. Pero el verdadero salto cualitativo, el que ha llevado a que el 95% de las sociedades que actualmente se constituyen en España lo hagan bajo la forma de sociedades de responsabilidad limitada, se produjo con la llegada de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, la LSRL vigente hasta su derogación en 2010 por la entrada en vigor de la LSC. La referida LSRL de 1995, cuyas reglas se han trasladado casi sin retoques a la LSC, apenas conservaba nada de la LSRL de 1953 y vino a ofrecer a las sociedades de responsabilidad limitada el carácter de tipo social plenamente autónomo y bien definido, lo cual le permitió quitarse de encima –al menos en parte- la consideración de *“hermana menor”* de la sociedad anónima, consideración que durante mucho tiempo había tenido de forma mayoritaria en nuestro espectro societario¹⁷¹.

¹⁶⁷ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I, ob. cit., págs. 524-528.

¹⁶⁸ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 197.

¹⁶⁹ La primera introducción de este tipo social se produjo en Alemania en 1892, desde donde se fue difundiendo posteriormente al resto de legislaciones europeas (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen I, ob. cit., pág. 35).

¹⁷⁰ NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual...*, ob. cit., pág. 57: la sociedad anónima ha gozado desde siempre de mayor *“prestigio sociológico”*; TAPIA HERMIDA, A.: *“Constitución y frustración...”*, ob. cit., pág. 1.349: la sociedad anónima ha gozado tradicionalmente de prestigio e influencia, por su importancia sociopolítica.

¹⁷¹ PÉREZ DE LA CRUZ, A.: *“La sociedad de responsabilidad limitada”*, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, ob. cit., págs. 445-446.

La sociedad de responsabilidad limitada tiene, como principal virtud, conjugar las ventajas que para una empresa familiar tendría el modelo personalista¹⁷² (es una sociedad cerrada y en la que se concede importancia a la identidad del socio) con las del modelo capitalista (limita la responsabilidad de los socios al importe de sus aportaciones y dispone de mecanismos para captar financiación)¹⁷³, a la vez que no presenta grandes requisitos formales ni costes de gestión considerables (lo cual supone su ventaja práctica esencial frente a la sociedad anónima, junto a la exigencia de un capital social mucho menor¹⁷⁴).

Por el contrario, la principal crítica que puede hacerse de este tipo social es que, precisamente por conjugar los elementos de ambas categorías de sociedades, no puede alcanzar a desarrollar plenamente ni los que son propios de una ni los que son propios de la otra: ni tiene un carácter *intuitu personae* tan acentuado como las sociedades colectivas ni dispone de tantas vías de financiación como las anónimas.

Para incidir un poco más en los aspectos negativos del tipo, merece la pena citar el trabajo de Rodríguez Artigas¹⁷⁵, quien, recogiendo el trabajo de la Comisión Interministerial de Economía y Justicia (cuya creación se aprobó el 26 de diciembre de 2006), señala que la sociedad de responsabilidad limitada presenta dos grandes inconvenientes: su sistema de financiación, en el que se debería permitir recibir capitales sin tener que entregar a cambio participación política a los financiadores –lo que podría lograrse suprimiendo la prohibición de emitir obligaciones¹⁷⁶ o permitiendo la creación de participaciones sin voto¹⁷⁷–; y la confusión de patrimonios, que se pone

¹⁷² La regulación de este tipo social “*erige el personalismo en característica inderogable de la sociedad limitada*”, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos (FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Régimen de los cambios de socios *inter vivos* en la sociedad limitada”, en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI, volumen 5º, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pág. 197).

¹⁷³ GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 1.879.

¹⁷⁴ Para Rodríguez Díaz, el importe mínimo de capital que se exige a las sociedades anónimas no es una “*cifra polivalente o polifuncional que pueda dar cobijo a empresas familiares de diversas dimensiones*”, por lo que entiende mucho más adecuado, de cara a la empresa familiar, el capital mínimo exigido para las sociedades de responsabilidad limitada (RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: *La empresa familiar...*, ob. cit., págs. 50-51).

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La empresa familiar...”, ob. cit., págs. 392-393.

¹⁷⁶ La prohibición de emisión de obligaciones no parece en este momento justificada. Para algunos autores, parece en ocasiones que el legislador establece prohibiciones en la sociedad de responsabilidad limitada con la única finalidad de distinguirla de la anónima (RODRÍGUEZ ARTIGAS: “Sociedades de responsabilidad...”, ob. cit., págs. 21-22).

¹⁷⁷ Las participaciones sin voto, que no se permitían hasta el momento en que el autor recogía la propuesta de la Comisión Interministerial, sí están ahora permitidas en sede de sociedades de responsabilidad limitada, merced al artículo 98 de la LSC, que recoge la posibilidad que ya contemplaba el artículo 42 bis de la LSRL, introducido por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa. La opción de permitir la emisión de obligaciones, en cambio, sigue sin haberse llevado a la práctica y, al respecto, la doctrina mercantilista considera que debería hacerse prohibiendo, en todo caso, la emisión de valores negociables que permitiesen la adquisición de participaciones sociales, puesto que

de manifiesto cuando uno de los socios quiere separarse y los otros no pueden comprar su parte, lo cual podría resolverse permitiendo cierta actividad de autocartera por parte de la sociedad, actividad hoy por hoy demasiado restringida (*ex arts. 134 a 139 de la LSC*). No obstante, pese a los aspectos negativos comentados, la sociedad de responsabilidad limitada se configura como el tipo social más adecuado para la constitución y mantenimiento en el mercado de una empresa familiar, por lo que profundizaremos un poco más en su estudio, dedicándonos específicamente a analizar de qué modo esta sociedad puede dar respuesta a las necesidades específicas de la empresa familiar.

Un análisis más profundo –aunque necesariamente superficial, dado que no es el objeto central del presente estudio– acerca de la sociedad de responsabilidad limitada puede comenzar destacando la existencia de tres notas características, tres postulados, que se recogían ya en la Exposición de Motivos de la LSRL de 1995 y que revisten una gran importancia para la vinculación de este tipo social a las características propias de una empresa familiar.

Dichas notas características se mantienen, además, con la vigente LSC, que se ha limitado en buena medida a efectuar un calco de las normas contenidas en la LSRL para la regulación del tipo, introduciendo poco más que retoques sistemáticos y cambios en la ordenación de los preceptos¹⁷⁸. Asimismo, debe destacarse que la referida Exposición de Motivos de la LSRL es la expresión más clara del sentir del legislador respecto a este tipo social, por cuanto en la LSC apenas hace nada más que destacar –también en la Exposición de Motivos– los numerosos puntos de conexión (cuando no directamente de superposición) entre la regulación de anónimas y limitadas.

La primera de las referidas notas características es su carácter híbrido, al que ya nos habíamos referido, puesto que podemos encontrar en el tipo elementos tanto personalistas como capitalistas. Podemos encontrar esta idea, en palabras del legislador, en la citada Exposición de Motivos de la LSRL: *“En la forma legal de la sociedad de responsabilidad limitada deben convivir en armonía elementos personalistas y capitalistas. Por supuesto, esta forma social coincide con la sociedad anónima tanto en la estructura corporativa como en la limitación de la responsabilidad de los socios. Pero la limitada no es una “pequeña anónima”¹⁷⁹, del mismo modo que tampoco es una colectiva cuyos socios*

ello rompería el carácter cerrado de este tipo social. En consecuencia, debería autorizarse la emisión de obligaciones sólo en tanto en cuanto dicha autorización estuviera sujeta a determinadas condiciones especiales, más allá de las que ya se exigen en el artículo 404 de la LSC.

¹⁷⁸ El ámbito para la introducción de novedades era ciertamente reducido, habida cuenta de que la LSC es un texto refundido. Así lo recuerda el legislador en el Preámbulo de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC, en que señala que una reforma de mayor calado habría excedido la habilitación concedida por las Cortes.

¹⁷⁹ El legislador quiere romper así con la idea tradicional de que la sociedad de responsabilidad limitada sea vista como una *“hermana menor”* de la anónima, como ya hemos destacado (PÉREZ DE LA CRUZ, A.: *“La sociedad de...”*, ob. cit., págs. 445-446).

gocen del beneficio de la limitación de responsabilidad. Se trata, pues, de encontrar el necesario equilibrio entre modelos alternativos". Este carácter híbrido, como advierte el legislador, puede llevarnos fácilmente a pensar que nos encontramos ante una sociedad personalista con tintes capitalistas o viceversa, dando la sensación de que se intenta, casi de un modo fraudulento, dotar a una de los beneficios de la otra. Sin embargo, frente a esta posible interpretación, la LSRL de 1995 advertía ya de la necesidad de evaluar a la sociedad de responsabilidad limitada por sí misma, entendiendo que se trata de un tipo autónomo que nace para resolver algunos de los problemas que presentaban los otros y que, además, no debe quedar a la sombra de ninguno de ellos, ni siquiera respecto a la anónima¹⁸⁰. Con todo, esa afirmación puede encontrar cierta contradicción con la Exposición de Motivos de la LSC, en cuyo Punto III señala el legislador que las sociedades de responsabilidad limitada han acabado siendo interpretadas por los operadores en el mercado como *"unas anónimas simplificadas y flexibles"*. Se deduce de todo ello que *"la forma de la sociedad limitada es el vehículo utilizado por aquellos que, idealmente constituirían una sociedad personalista para obtener las ventajas que presentan las sociedades de estructura corporativa"*¹⁸¹

La segunda de las notas definitorias de esta forma societaria –que va a revestir especial trascendencia en el ámbito de las empresas familiares– es su carácter cerrado, puesto que *"las participaciones sociales tienen restringida la transmisión"* y, además, *"la representación en las reuniones de la Junta General tiene un carácter restrictivo"*, como destaca la Exposición de Motivos de la LSRL en una cuestión de vital trascendencia, como se deduce de opiniones doctrinales que remarcan que esta restricción *"es quizás el exponente más elocuente del carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada y factor clave de diferenciación con la sociedad anónima"*¹⁸². Obviamente, esa consideración de la sociedad de responsabilidad limitada como paradigma de sociedad cerrada es sin duda uno de los elementos clave de cara a su utilización por parte de la empresa familiar, a la que es evidente que interesará mantener en unas manos determinadas, en un grupo identitariamente cerrado, el capital social, razón por la cual podemos considerar que la empresa familiar es en realidad *"una modalidad o subtipo empírico de sociedad cerrada"*¹⁸³.

Tal vez sea interesante precisar que, en sentido contrario a este carácter cerrado, la propia LSRL de 1995 suprimió el número máximo de socios que la LSRL de 1953 establecía en cincuenta. No obstante, no es que el legislador pretendiera de ese modo "abrir" la sociedad: sencillamente, debió de entender que no era necesario establecer

¹⁸⁰ No ha ayudado el legislador, pese a sus manifestaciones, a que la sociedad de responsabilidad limitada pueda verse como un ente autónomo totalmente desvinculado de la anónima. Sobre todo, porque muchas de sus reglas organizativas son calçadas (EMBID IRUJO, J. M.: "A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada", en *RDS*, núm. 2/2007, pág. 21), lo cual se hizo especialmente notorio con la reforma del Derecho de sociedades operada por las leyes de 1989 y 1995 (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen II, ob. cit., pág. 1.333-1.334).

¹⁸¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Los problemas contractuales...", ob. cit., pág. 6.

¹⁸² HIERRO ANIBARRO, S.: *La sociedad limitada...*, ob. cit., pág. 50.

¹⁸³ SÁNCHEZ RUIZ, M.: "Introducción. Una aproximación...", ob. cit., pág. 21.

esta limitación de forma expresa, por cuanto consideró que otras normas contenidas en la LSRL llevarían a cabo esa función de control en el número de socios de forma indirecta. Concretamente, otorga este papel al régimen especial de transmisión de las participaciones y al alejamiento de éstas de los mercados secundarios (alejamiento reforzado por el artículo 495 de la LSC), medidas ambas que *“pueden constituir en el nuevo régimen legal una barrera natural al posible exceso de socios”*. En definitiva, por lo tanto, el carácter cerrado de la sociedad limitada no le viene atribuido desde 1995 por una norma expresa –como sí lo hacía la LSRL de 1953–, sino porque la propia configuración del tipo lleva de forma natural a que las sociedades de responsabilidad limitada acaben revistiendo este carácter.

Es importante, no obstante, referirse a la opinión discrepante con el carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada que manifiestan Uría, Menéndez e Iglesias Prada¹⁸⁴: *“ciertamente, visto el sistema de transmisión de las participaciones legalmente previsto con carácter supletorio (art. 29) [de la LSRL, hoy 107 de la LSC], tal vez sea más adecuado decir que el modelo acogido por la Ley configura un tipo de sociedad preferentemente abierta y susceptible de ser cerrada por vía estatutaria”*. Es posible entender que el debate es más formal que de fondo, si bien el matiz resulta interesante: la elección del tipo social no será suficiente para considerar que la sociedad está todo lo cerrada que a la familia empresaria entendemos que va a interesar que lo esté, sino que será preciso que los estatutos sociales contengan cláusulas restrictivas de la libre transmisión de las participaciones, aprovechando así los socios el amplio margen que la flexibilidad del tipo concede a la autonomía de la voluntad. En cualquier caso, es importante tener presente que será la sociedad de responsabilidad limitada la que permitirá que los estatutos contengan estas cláusulas sin imponerles ningún límite, puesto que el único límite existente es, precisamente, el de hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las acciones por actos *inter vivos* (art. 108.1 de la LSC), regulación totalmente opuesta a la contenida, en sede de anónimas, en el artículo 123.2 de la LSC, manteniéndose de este modo la dualidad de regímenes que ya se contenía, con carácter previo, a través de los artículos 30.1 de la LSRL y 63.2 de la LSA.

Para terminar con su enumeración, la tercera nota característica del tipo social ahora estudiado es la flexibilidad de su régimen, con el objetivo de que sean los propios socios quienes, en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad, puedan establecer cuantas reglas consideren oportunas para regir el funcionamiento de su sociedad¹⁸⁵, cosa que no ocurre con las sociedades anónimas, debido a la rígida regulación de las mismas, que no permite que sus accionistas se alejen excesivamente

¹⁸⁴ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J.L.: “Sociedad de responsabilidad limitada: principios fundamentales. Disposiciones generales. Fundación”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 1.133.

¹⁸⁵ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de...*, ob. cit., págs. 46-47.

de los dictados normativos propios del tipo. De ahí que pueda considerarse que el principio de la autonomía de la voluntad de los socios, a la hora de configurar su sociedad, es la verdadera clave de bóveda del tipo¹⁸⁶.

Esta flexibilidad del régimen social permite, además, que se refuercen los dos postulados o notas características anteriores, como nuevamente se señalaba en la Exposición de Motivos de la LSRL: *“Los estatutos pueden acentuar el grado de personalización, como, por ejemplo, completando el principio general de adopción de acuerdos por la mayoría del capital con la exigencia del voto favorable de un determinado número de socios; pueden también modificar el régimen de transmisión de las participaciones sociales, optando entre exigir el consentimiento de la sociedad o establecer un derecho de adquisición preferente, o intensificar el carácter cerrado que es inherente a esta forma social”*. Como vemos, la mayor simplicidad del régimen de la limitada respecto al de la anónima no sólo obedece a la voluntad de dar mayores facilidades formales sino, también, al de posibilitar que la sociedad de responsabilidad limitada –siempre por la voluntad de sus socios– refuerce su vertiente personalista sin dejar, por ello, de disfrutar de las ventajas que su carácter de sociedad capitalista le concede, especialmente en lo referido a la limitación de la responsabilidad de sus socios y a la posibilidad de recabar financiación externa para el desarrollo de su actividad.

Con todo, cabe plantearse en el momento actual si la LSRL de 1995 consiguió esos propósitos de facilitar la inclusión de elementos personalistas en un tipo social capitalista. El propio legislador, al valorarlo en 2010, en el Punto III de la Exposición de Motivos de la LSC, califica como un éxito que hayan sido escasos los supuestos en que *“la autonomía privada ha decidido añadir algún tinte personalista”*, entendiéndose por tanto que no era precisa la configuración consensual propia de un tipo que, según entiende el legislador, ya resultaba por tanto lo suficientemente personalista con su regulación legal. Sin embargo, esa conclusión se contradice con la que el propio legislador señala en ese mismo Punto III, al destacar que las sociedades de responsabilidad limitada se han configurado *“más como unas anónimas simplificadas y flexibles que como sociedades personalistas en las que los socios gocen del beneficio de responsabilidad por las deudas contraídas en nombre de la sociedad”*. Es decir, la apuesta de los operadores por este tipo social ha sido fruto de su interés por una sociedad capitalista flexible, más que por una sociedad en la que tengan mayor cabida los elementos personalistas¹⁸⁷.

Es importante también referirse a la diferente forma de configuración de la condición de socio en la sociedad de responsabilidad limitada respecto de la anónima. El diferente título que concede tal condición, la participación en el caso de la primera y

¹⁸⁶ GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad...”, ob. cit., pág. 1.880.

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada”, en RGD, núm. 596/1994, pág. 5.499.

la acción en el de la segunda, nos ofrece la clave para entender la diferencia de trato¹⁸⁸. La participación social no puede documentarse mediante títulos valores ni tampoco representarse en anotaciones en cuenta (el derogado art. 5.2 de la LSRL lo prohibía de forma expresa, aunque en la LSC se deduce sólo por la ausencia de norma alguna que lo permita), toda vez que su transmisión deberá constar necesariamente en escritura pública (art. 106 de la LSC). La acción, por el contrario, sí permite su documentación como título valor y como anotación en cuenta (arts. 92 y 118 de la LSC), no siendo preciso, además, que su transmisión se haga en escritura pública.

Esta diferencia, de carácter inicialmente formal, reviste una gran trascendencia respecto al socio: mientras la acción es el instrumento que permite a una persona acceder a la sociedad anónima de forma automática, la participación sólo da la medida de los derechos –dependiendo del número de participaciones que se posean- que su titular va a tener en la sociedad, una vez se le haya permitido ingresar en la misma¹⁸⁹. La acción, por tanto, concede el derecho de acceso de forma directa, mientras que la participación sólo llega a desplegar sus efectos para el nuevo socio cuando éste ha sido admitido. Como consecuencia de esto, *“mientras el accionista es titular de un derecho subjetivo frente a la sociedad, susceptible incluso de incorporación a un título o a un registro, lo que facilita su ejercicio y su transmisión, el socio de la limitada, en cambio, mantiene con ella una relación jurídica contractual, de la que, entre otras cosas, no puede desvincularse colocando otra persona en su lugar, si no es con el consentimiento –y no sólo, el conocimiento- de la sociedad”*¹⁹⁰. Vemos, por tanto, que la relación jurídica del socio con la sociedad es totalmente distinta en ambos casos, manteniendo en la sociedad de responsabilidad limitada un carácter claramente personalista que no existe en la anónima¹⁹¹.

No faltan, sin embargo, las voces que han venido reclamando una regulación más amplia del estatuto del socio en todo lo referente, precisamente, a su vertiente, personalista. Al respecto, algunos autores critican que el catálogo de derechos y obligaciones del socio previsto por la LSRL se centre especialmente en los de carácter capitalista, por lo que el estatuto del socio se basa fundamentalmente en esa vertiente. Entienden estos autores que la LSRL primero, y la LSC después, deberían haber regulado otras obligaciones del socio referidas, por ejemplo, a los deberes de fidelidad para con la sociedad, por entender que revisten éstos gran importancia cuando se trata

¹⁸⁸ Para un contraste entre ambos tipos de títulos, pueden verse ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 221-475 (estudio de conjunto sobre las acciones) y ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., págs. 243-332 (estudio de conjunto sobre las participaciones).

¹⁸⁹ Este control se ejerce mediante la inscripción (o no) en el libro registro de socios. El artículo 104.2 de la LSC señala que *“La sociedad sólo reputará socio a quien se halle inscrito en dicho libro”*, por lo que, por ejemplo, no podrá disponer de los derechos como socio el adquirente de unas participaciones, hasta que no se haya practicado dicha inscripción por parte de la sociedad.

¹⁹⁰ PÉREZ DE LA CRUZ, A.: “La cualidad de socio en la sociedad de responsabilidad limitada”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, ob. cit., págs. 461-463.

¹⁹¹ Vid. el contraste tipológico al respecto en los epígrafes 5.1.1 y 5.1.2.

de sociedades con componentes personalistas como lo son las limitadas, en general, y las empresas familiares, en particular¹⁹².

2.1.2.3. La sociedad limitada nueva empresa.

Consideramos preciso hacer una breve referencia también a la sociedad limitada nueva empresa, introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 7/2003¹⁹³, de 1 de abril (LSNE), como un subtipo simplificado de sociedad de responsabilidad limitada, por lo que puede resultar una opción interesante también en las sociedades familiares, no sólo por las distintas ventajas que presenta para cualquier emprendedor sino, también, por las distintas medidas que introduce y que pueden tener una mayor incidencia en empresas familiares¹⁹⁴, sin perjuicio de la opinión de numerosos estudiosos que, como veremos, no la consideran una opción especialmente recomendable¹⁹⁵. En este sentido, basta con destacar lo que señalaba la propia Exposición de Motivos de esta LSLNE: *“El impulso a la creación de empresas tiene que basarse en la resolución de todos aquellos problemas que suponen una importante barrera para los emprendedores que deciden iniciar una actividad empresarial”*. Por ello, fue en la simplificación de los trámites de constitución de la sociedad donde se centraron las aportaciones de esta nueva normativa, si bien se ocupó también de otros aspectos, entendiendo parte de la doctrina que atendió buena parte de las peticiones del colectivo de las empresas familiares¹⁹⁶.

De hecho, puede apuntarse que la LSLNE vino a incidir en dos aspectos: el primero, facilitar la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada de un modo más rápido y ágil; el segundo, establecer mecanismos para fomentar la conservación y continuidad de la empresa en el tiempo, combatiendo de este modo a la principal amenaza que sufre la empresa familiar, que es la de su desaparición en el

¹⁹² BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I, ob. cit., pág. 534.

¹⁹³ Esta Ley está compuesta por un único artículo que modifica y amplía el articulado de la LSRL de 1995. Por lo tanto, todas las referencias a las novedades introducidas se reflejaron inicialmente en esa LSRL y se trasladaron, posteriormente, a la LSC de 2010, que le dedica sus artículos 434 a 454.

¹⁹⁴ Sánchez Ruiz entiende que la creación de este subtipo social es un *“tímido logro”* en la ampliación del catálogo de sociedades de cara a la articulación de un tipo o subtipo para la empresa familiar, aunque reconoce que su implantación ha sido escasa (SÁNCHEZ RUIZ, M.: *“Introducción. Una aproximación...”*, ob. cit., pág. 22).

¹⁹⁵ Especialmente crítica se muestra Largo Gil, para quien este tipo social se ha mantenido en la LSC porque la refundición no permitía eliminarlo, aunque entiende que su derogación es la única salida posible, en el futuro Código de Sociedades Mercantiles, para una figura que entiende que *“está muerta y que nunca ha respondido a las necesidades para cuya cobertura nació”* (LARGO GIL, R.: *“Sociedad nueva empresa”*, en *RdS*, núm. 36/2011, págs. 240-241).

¹⁹⁶ GRANDÍO DOPICO, A./RAMA PENAS, O.: *Creación de empresas. Ley 7/2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Netbiblo, La Coruña, 2003, pág. 58.

momento en que deba hacer frente a la sucesión generacional de sus administradores¹⁹⁷. Respecto a este segundo aspecto, las medidas que introdujo la regulación del subtipo fueron varias: la posibilidad de emitir participaciones sin voto (introduciendo el artículo 42 bis en la LSRL, hoy 98 a 103 de la LSC), un régimen de adquisición y tenencia por parte de la sociedad de sus propias participaciones (modificando el artículo 40 e introduciendo los artículos 40 bis y 40 ter en la LSRL, regulado todo ello hoy en los artículos 139 a 143 de la LSC) y distintas modificaciones en la legislación civil.

Asimismo, este subtipo social presenta también otras particularidades como una contabilidad simplificada (art. 141 de la LSRL) o distintas ventajas fiscales – cuestiones que queda fuera de nuestro ámbito de estudio- y limitaciones en cuanto al capital social máximo (120.202 €, según el artículo 443 de la LSC) y en cuanto al número máximo de socios (cinco en el momento de la constitución, si bien puede posteriormente ampliarse sin límite, según el artículo 437 de la LSC)¹⁹⁸, retomando de este modo la idea de limitar el número de socios –aun cuando sea solamente en el momento inicial- que ya planteaba la LSRL de 1953. Asimismo, se establece la necesidad de que los administradores deban ser socios (art. 448.1 de la LSC), retomando de este modo una idea propia de las sociedades personalistas (art. 129 del CCom para la colectiva y art. 149 para la comanditaria simple) que no existe en las sociedades capitalistas, en las que no es preciso ostentar la condición de socio para ejercer el cargo de administrador (art. 212.2 de la LSC y 252 respecto a la comanditaria por acciones), salvo que estatutariamente se determine lo contrario. Esta cuestión puede revestir su importancia en el caso de la empresa familiar por cuanto, manteniendo la propiedad de la sociedad, resultará automático que en una limitada nueva empresa se mantenga también el poder de decisión, ya que no podría atribuirse la administración (ni siquiera cuando ésa fuera la voluntad de la mayoría del capital social) a un tercero ajeno a la propiedad. Todo ello genera ciertas ventajas que, en su máxima expresión, guardan relación con lo que se ha venido a calificar como “*carácter personalísimo*”¹⁹⁹ de este subtipo social.

Cabe destacar, sin embargo, que el subtipo social de la sociedad limitada nueva empresa no ha satisfecho totalmente las expectativas creadas y que, como afirman algunos autores, no ha introducido reformas suficientes para atender a las necesidades específicas de la empresa familiar. De hecho, puede afirmarse incluso que cercena en

¹⁹⁷ CAÑIZARES LASO, A.: “Empresa familiar y aspectos generales de la Ley de sociedad limitada nueva empresa”, en CUADRADO, J. et al.: *Empresa familiar y...*, ob. cit., pág. 75.

¹⁹⁸ Barba de Vega critica que se limite el número de socios, aunque el legislador lo justifique afirmando que se ha tenido en cuenta el número habitual en las sociedades más pequeñas; “*Una cosa es que generalmente las sociedades más pequeñas se constituyan por cinco o menos socios y otra muy distinta es establecer ese tope como limitación legal*” (BARBA DE VEGA, J.: “La sociedad limitada nueva empresa”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de ...*, ob. cit., pág. 893).

¹⁹⁹ GARCÍA-MONCÓ, A.: “La empresa familiar en la Ley de Sociedades de Capital: implicaciones fiscales”, en *Pecunia*, nº 12/2011, pág. 122.

algunos aspectos la aspiración del crecimiento empresarial, debido a limitaciones como la del capital social máximo o la del número limitado de fundadores²⁰⁰. Así lo manifiesta Cano Zamorano²⁰¹, para quien la Ley 7/2003 “no favorece en nada a la empresa familiar pues la figura creada lo ha sido tan sólo para aligerar el plazo de despacho de la constitución de determinadas sociedades, pero constituye un tipo societario tan encorsetado que en absoluto dará satisfacción a los problemas que en un grupo familiar puedan producirse”²⁰², sobre todo cuando no ha permitido –como parte de la doctrina reclamaba– que las pequeñas y medianas empresas accediesen a posibilidades de obtener financiación tales como la emisión de obligaciones²⁰³. Adicionalmente, debe resaltarse que señalan otros autores, como Cuscó²⁰⁴, que habría sido más acertado, ya en ese momento, modificar la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada en el sentido en que apuntaban las recomendaciones de la Unión Europea, en lugar de crear un subtipo específico, una nueva figura social, que generó cierta confusión entre los emprendedores. Con especial contundencia lo resume Hierro Anibarro²⁰⁵, para quien “las mismas ventajas son asimismo los mayores inconvenientes, lo que aplicado al régimen de la sociedad limitada nueva empresa nos llevaría a señalar que tanto el procedimiento telemático de constitución como los estatutos orientativos adolecen de algunos defectos que lastran la constitución de este subtipo societario”, a lo que añade lo discutible de la técnica legislativa en su día utilizada para implantar el referido subtipo.

Finalmente, sí merece la pena apuntar que el artículo 450 de la LSRC, relativo a la modificación de estatutos sociales, requiere en muchos casos la unanimidad de los socios (teniendo en cuenta la mayoría exigible *ex art.* 199.a de la LSC y lo reducido del número de socios), lo cual implica en cierto modo que “la sociedad de responsabilidad limitada nueva empresa adquiere así un claro pero extraño tinte de sociedad personalista”, como señala Alcover Garau²⁰⁶, para quien la regulación de este subtipo social ha buscado fundamentalmente “acentuar el carácter cerrado y personalista” del mismo.

²⁰⁰ DE LA VEGA GARCÍA, F.: “Formas societarias y...”, *ob. cit.*, pág. 31.

²⁰¹ CANO ZAMORANO, L.: “Incidencia de la LSLNE en la situación de la empresa familiar”, en REYES LÓPEZ, M.J. (coord.): *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 50.

²⁰² En idéntico sentido, considerando también la LSLNE como un “corsé”, Garrido de Palma lamenta que la agilización de la constitución de la sociedad se hay hecho mediante la “asfixia de la autonomía de la voluntad”, como se deduce de impedimentos acerca del objeto social, el número inicial de socios o el capital social máximo (GARRIDO DE PALMA, V.: “El emprendedor y la sociedad limitada nueva empresa”, en GARRIDO DE PALMA, V. (dir): *Estudios sobre la...*, *ob. cit.*, pág. 393).

²⁰³ HIERRO ANIBARRO, S.: *La sociedad limitada...*, *ob. cit.*, pág. 52.

²⁰⁴ CUSCÓ, M.A.: “La sociedad limitada nueva empresa”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de...*, *ob. cit.*, pág. 871.

²⁰⁵ HIERRO ANIBARRO, S.: “Luces y sombras del proyecto nueva empresa”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 1.014.

²⁰⁶ ALCOVER GARAU, G.: “Estatuto jurídico mercantil de la sociedad limitada nueva empresa”, en CUADRADO, J. et al.: *Empresa familiar y...*, *ob. cit.*, pág. 86.

Es precisamente por este motivo, por el carácter más cerrado del que se dota inicialmente ya la sociedad limitada nueva empresa (al margen del resto de características particulares que presenta) por el que consideramos que puede ser un subtipo social adecuado para la constitución de empresas familiares, sin perjuicio de coincidir con algunas de las voces doctrinales citadas en el sentido de que no da respuesta a todas las necesidades de la sociedad familiar y, también, en considerar que introduce algunas limitaciones que resultan innecesarias (por ejemplo, la relativa al capital social máximo). En cualquier caso, la elección de esta forma social no será generalmente suficiente para entender que los objetivos de la empresa familiar – especialmente en orden a la conservación de la propiedad y del poder de decisión en manos de los miembros de la familia- estén ya totalmente cubiertos, sino que será preciso aprovechar el amplio grado de libertad que el legislador ha concedido a la hora de confeccionar los estatutos sociales en todo lo relativo al establecimiento de restricciones a la transmisibilidad de participaciones (libertad que, recordemos, encontramos en el art. 108 de la LSC)²⁰⁷.

2.1.2.4. Influencia de la nueva LSC.

La derogación de la LSA y la LSRL, sustituidas ambas en el año 2010 por la LSC, supone la reforma formal de mayor calado de nuestro derecho de sociedades de los últimos sesenta años. Debe remarcarse que se trata de una reforma de carácter formal y no sustantivo, que llega además con carácter provisional²⁰⁸, por cuanto la LSC no ha venido a aportar soluciones a los problemas que la legislación anterior había revelado ni, tampoco, nuevas propuestas que permitan un avance significativo en la configuración jurídica de los tipos sociales capitalistas²⁰⁹. Así, de ningún modo la LSC – en definitiva, un texto refundido- consigue en lo sustantivo alcanzar el efecto

²⁰⁷ Vid. apartado 5.1.

²⁰⁸ GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M.: “El nuevo régimen jurídico de las sociedades de capital. Contenido, significado e implicaciones de la refundición normativa operada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital”, en PÉREZ GIL, J./DE ROMÁN PÉREZ, R. (coords.): *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Burgos, Burgos, 2011, pág. 68.

²⁰⁹ Señala Embid Irujo que el objetivo de regular, aclarar y armonizar las normas contenidas en la LSA y la LSRL podría haberse conseguido, de forma más sencilla, modificando los preceptos de ambas leyes –y de otras normas como el RRM- que lo requiriesen. No estaba justificado por tanto, según entiende el autor, llevar a cabo una completa refundición de las normas preexistentes (EMBED IRUJO: “Cuestiones de tipología...”, ob. cit., págs. 170-171). Con todo, tanto el Tribunal Constitucional como el Consejo de Estado han indicado que la tarea de la refundición “no se agota en la mera transcripción sistemática de las normas vigentes con el único fin de facilitar su manejo, [...] no está ceñida a la mera yuxtaposición de las disposiciones, sino que debe articularse un cuerpo homogéneo y coherente de normas” (QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Crónica del proceso de elaboración del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital”, en *RdS*, núm. 36/2011, pág. 29).

reformista que sí tuvieron la LSA en 1989, con la correspondiente adaptación a las Directivas europeas, y también la LSRL de 1995.

Sin embargo, su importancia radica fundamentalmente en que ha venido a romper con la tradicional regulación dual y diferenciada de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en leyes especiales distintas, establecida primero por la LSA de 1951 y la LSRL de 1953 y mantenida después con la LSA de 1989 y la LSRL de 1995 a las que nos acabamos de referir. La LSC contiene una regulación común en todos aquellos aspectos en los que ambos tipos se regulan con unas mismas reglas, evitando así las continuas remisiones que la LSRL efectuaba a la LSA, y distinguiéndolas únicamente en aquellos puntos en los que existan razones sustantivas para mantener tal división²¹⁰.

La LSC, según el propio legislador manifiesta, no es en sí misma una solución a los problemas que la práctica mercantil había observado en la regulación de las anteriores LSA y LSRL, lo cual habría excedido el mandato concedido por las Cortes para la refundición de textos legales precedentes, sino que supone tan sólo un paso más en el camino hacia esa solución deseada, que parece que pasará por la promulgación de un nuevo Código Mercantil o un Código de Sociedades Mercantiles²¹¹, de modo que se vayan cumpliendo de este modo los objetivos de la Unión Europea de disponer de un Derecho de sociedades verdaderamente común que, como tal, pueda facilitar la actuación de los empresarios en un mercado supranacional²¹². Un Código Mercantil en el que se está trabajando desde el año 2006 y

²¹⁰ El objetivo de la LSC es, en este sentido, evitar las disfunciones que se habían producido por la existencia de leyes diferentes para los dos tipos sociales, tal y como se recoge en el Punto I de su Exposición de Motivos: *“Esta dualidad o incluso pluralidad de «continentes» –cuando la Ley 19/1989, de 25 de julio, decide que la nueva regulación de las sociedades comanditarias por acciones se incluya en el Código, y cuando la Ley 26/2003, de 17 de julio, introduce un título nuevo, el título X, en la Ley del Mercado de Valores, dedicado a las sociedad anónimas cotizadas– no habría suscitado especiales problemas si el «contenido» estuviera suficientemente coordinado. Aunque el legislador ha tratado de conseguir esa coordinación, bien a través de la técnica de la repetición de normas –que, sin embargo, no siempre es absoluta–, bien con el recurso al instrumento de las remisiones, el resultado no ha sido plenamente satisfactorio. Además, tras las grandes reformas realizadas a finales del pasado siglo –la ya citada Ley 19/1989, de 25 de julio y la Ley 2/1995, de 23 de marzo–, existen descoordinaciones, imperfecciones y lagunas respecto de las cuales doctrina y jurisprudencia han ofrecido soluciones legales divergentes sin que exista razón suficiente.”*

²¹¹ Éste es el objetivo de futuro que se marca el legislador en el Punto IV de la Exposición de Motivos de la LSC: *“El texto refundido nace –y es importante destacarlo– con decidida voluntad de provisionalidad; nace con el deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del Derecho. [...] porque es aspiración general que la totalidad del Derecho general de las sociedades mercantiles, incluido el aplicable a las sociedades personalistas, se contenga en un cuerpo legal unitario, con superación de la persistente pluralidad legislativa, que el presente texto refundido reduce pero no elimina. En este sentido los trabajos de la Comisión General de Codificación para la elaboración de un Código de las Sociedades Mercantiles o incluso de un nuevo Código Mercantil al servicio de las exigencias de la imprescindible unidad de mercado, habrán de ser valorados por el Gobierno a fin de decidir el tiempo y el modo de tan ambiciosa reforma.”*

²¹² Apunta Baums que los medios para conseguirlo han sido hasta el momento tres: la armonización de los Derechos nacionales de sociedades mediante directivas; la creación de nuevas formas supranacionales (como la sociedad anónima europea); y la interpretación jurisprudencial de las normas societarias por

que servirá para integrar todas las normas ahora dispersas y que irá más allá de la mera recapitulación, al servir también para modernizar y completar la regulación vigente en este momento²¹³. Una regulación cuya pieza clave –el CCom- adolece de una grave desconexión con la actual realidad social, como es natural en un texto con más de un siglo de vigencia al que las sucesivas reformas no han conseguido mantener en correspondencia con la evolución de la realidad social y económica²¹⁴.

Cabe recordar, al respecto, que el texto refundido de la LSC es el cumplimiento del mandato de las Cortes contenido en la Disposición Adicional Séptima de la LME, que encomendaba al gobierno esa refundición de normas que se llevó a cabo mediante un Decreto Legislativo, de conformidad con lo previsto por el artículo 82.5 de la CE, con el objetivo de conseguir avanzar en esa modernización del Derecho de sociedades que, en todo caso, debería continuar con el citado nuevo Código al que antes nos referíamos²¹⁵. Por ello, el margen de actuación del ejecutivo a la hora de reformar el marco regulatorio de las sociedades mercantiles era limitado, por cuanto no podía exceder del mandato expreso de las Cortes²¹⁶. Y aun así, a pesar incluso de que apenas incorpora novedades sustantivas relevantes, considera parte de la doctrina que se ha excedido ese mandato: al respecto, pueden apuntarse hasta quince situaciones en que se produce dicho exceso, señala que no puede entenderse que la delegación de la LME permita extender a todos los tipos sociales capitalistas las soluciones previstas para uno de ellos, aun cuando ello se haga adoptando de forma general las soluciones que la LSRL había introducido para corregir algunos de los defectos regulatorios detectados en la LSA²¹⁷. De ahí que no quepa, por la vía de la refundición, extender a la totalidad de sociedades capitalistas aquello que, en nuestro ordenamiento, únicamente está contemplado para un tipo concreto, como es la sociedad anónima europea (arts. 478 a 491 de la LSC). En todo caso, aun lamentando la falta de avance, entiende también la doctrina que la refundición encomendada era momento de “regularizar, aclarar y

parte del TJCE). Estas acciones deben ser superadas por la *European Model Company Act*, en la que se trabaja desde 2007 (BAUMS, T.: “El desarrollo del...”, ob. cit., págs. 23-24).

²¹³ OLIVENCIA RUIZ, M.: “Un código mercantil del siglo XXI”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A./GARCÍA VIDAL, A. (eds.): *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 60-61.

²¹⁴ REAL, M. J.: *Derecho del mercado*, Gomylex, Bilbao, 2012, pág. 31.

²¹⁵ El Punto V del Preámbulo de la LME señala que tanto la delegación efectuada por la Disposición Adicional Séptima como la propia LME son, en realidad, “una solución transitoria a la espera de que llegue el momento oportuno para una codificación o, al menos, para una compilación del Derecho de las sociedades mercantiles en un cuerpo legal unitario en concepciones básicas”.

²¹⁶ Mediante el Decreto Legislativo, las Cortes *delegan* en el ejecutivo la tarea de refundir textos legales precedentes, aunque el artículo 82.5 de la CE sustituye el término “delegar” por el de “autorizar”, entendiéndose en todo caso que el ejecutivo siempre está sometido a las limitaciones de la delegación o autorización concedida, sin que pueda exceder de las mismas (GARRIDO FALLA, F.: “Artículo 82”, en GARRIDO FALLA, F. et al.: *Comentarios a la Constitución*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1.356-1.357).

²¹⁷ MUÑOZ PAREDES, M. L.: “Los “ultra vires” de la Ley de Sociedades de Capital”, en AAVV: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, ob. cit., págs. 571-572.

*armonizar*²¹⁸, *pero no prescindir, ni innovar, ni elevar de rango normativo*²¹⁹, aun cuando la necesidad de esto último pudiera parecer evidente. Por lo tanto, el mandato parlamentario se habría cumplido e, incluso, en algunos aspectos, rebasado.

Como se deduce de lo que acabamos de indicar, es evidente que la LSC no ha supuesto una modificación relevante en lo sustantivo: la regulación de las sociedades de capital tras su entrada en vigor es, *grosso modo*, la que existía ya con las derogadas LSA y LSRL. Sin embargo, no se le puede negar cierta trascendencia en lo formal. Y ello no porque haya supuesto una mejora sistematizadora –que sin duda la supone–, al aglutinar en una misma y única Ley el conjunto de normas que hasta el momento se encontraban dispersas por dos leyes especiales y alguna otra (como la LMV o el propio CCom), sino porque supone un avance en la consecución de los objetivos que la Unión Europea se marca respecto al Derecho de sociedades, objetivos que pasan, esencialmente, por dotarlo de *“un marco dinámico y flexible”*²²⁰. En este sentido, cabe admitir que la LSC ha supuesto una refundición menos modesta de lo que cabría esperar, sirviendo no sólo para ordenar las normas dispersas, sino también para regularizarlas, aclararlas y armonizarlas²²¹, avanzando de este modo hacia ese marco más dinámico, más flexible y, también, más simplificado que se plantea como el objetivo a alcanzar.

De todos modos, aun reconociendo la utilidad práctica de la LSC como refundición de las normas precedentes, consideramos que el legislador ha pecado de falta de ambición –o no ha podido avanzar con la celeridad que sería deseable– al no apostar directamente por la promulgación de ese Código de Sociedades Mercantiles que, a día de hoy, no pasa de ser un deseable objetivo de futuro. Pese a las incomodidades de la regulación anterior, su falta de sistematización puede no justificar una reforma formal de tanto calado como ha supuesto la sustitución de la LSA de 1989 y la LSRL de 1995 por la LSC de 2010, razón por la cual tal vez habría sido más oportuno concentrar todos los esfuerzos del legislador en el trabajo, sin duda importante, que requiere la elaboración del nuevo Código, en lugar de dedicar parte de sus recursos a la elaboración de una norma que, más allá de facilitar el trabajo a juristas

²¹⁸ Son los tres verbos que utiliza la Disposición Adicional Séptima de la LME, recogidos del artículo 82.5 de la CE. Asimismo, el legislador se refiere de nuevo a ellos en el Punto II de la Exposición de Motivos de la LSC: *“Las Cortes Generales han establecido el método y, al mismo tiempo, los límites del encargo al poder ejecutivo: ese único texto legal debe ser el resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de los plurales textos legales antes señalados”*, entendiéndose como tales la LSA, la LSRL y, parcialmente, el CCom y la LMV.

²¹⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “El proceso de elaboración de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, ob. cit., pág. 810.

²²⁰ VARGAS VASSEROT, C.: “El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, en *RdS*, núm. 22/2004, pág. 318.

²²¹ YANES YANES, P.: “La simplificación del Derecho de sociedades: *status quaestionis* comunitario y perspectiva española”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización de...*, tomo I, ob. cit., págs. 124-126.

y operadores, no ha venido a aportar solución alguna a los problemas detectados, razón por la cual se ha llegado a calificar de “*despilfarro de recursos*” valerse de la técnica del Decreto Legislativo para la mera aprobación de un texto consolidado²²².

Por lo que se refiere a las empresas familiares, consideramos que hay dos ejemplos claros de cuestiones que no han sido atendidas. Y aunque debemos reiterar que no podían serlo en el marco de un texto refundido, por cuanto es un instrumento que permite un margen de maniobra bastante limitado, debemos reiterar igualmente que habría sido más deseable acudir al instrumento adecuado –pese al mayor esfuerzo que ello requeriría- a fin de poder mejorar de forma sustantiva (y no sólo formal) el marco regulatorio existente.

El primero de los citados ejemplos guarda relación con la forma de gobierno de la empresa familiar. Es sobradamente conocido que nuestro régimen de administración de sociedades es de carácter monista, frente a otros modelos de carácter dual, de los que resulta un ejemplo clásico el utilizado en Alemania, donde coexisten en la administración de las sociedades dos órganos distintos: el Consejo de Vigilancia o *Aufsichtsrat* –integrado por consejeros ajenos a la gestión y representantes de los trabajadores- y la Dirección o *Vorstand* –que asume la gestión social-²²³. El primero de esos órganos ejerce funciones de control sobre el segundo, de modo que la tarea que llevan a cabo los auténticos gestores de la compañía se ve sometido al asesoramiento y la vigilancia de ese *Aufsichtsrat* que, teniendo presentes sus integrantes, vela por otros intereses distintos a los de la propia sociedad administrada²²⁴.

El paralelismo entre esa administración dual o bicéfala de las sociedades alemanas y el que podría plantearse para las empresas familiares es evidente, teniendo presente que estas últimas pueden dotarse tanto de órganos societarios como de órganos *ad hoc*²²⁵. Por ello, la coordinación entre los primeros y los segundos bien podría hacerse sobre la base de un sistema dual de administración en que el Consejo de Familia supervisara y asesorase al consejo de administración, de modo que el primero asumiera las funciones de control propias del *Aufsichtsrat* y el segundo, a modo de *Vorstand*, hiciera suyas las funciones cotidianas de gestión.

²²² MUÑOZ PAREDES: “Los “ultra vires” de...”, ob. cit., págs. 552-553.

²²³ ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno y sistema dual de administración. El debate en torno al consejo de vigilancia alemán”, en SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, ob. cit., pág. 563.

²²⁴ Idéntico sistema dual de órgano de administración y órgano de control (denominado *colegio sindical*) se introdujo en Italia mediante Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003 (MUÑOZ PÉREZ, A. F.: “Posición jurídica y régimen de responsabilidad de los administradores en el sistema dual italiano”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del...*, tomo I, ob. cit., pág. 748).

²²⁵ Vid. apartado 5.2.1 en relación a las particularidades de los órganos societarios en la empresa familiar, así como el 5.2.2 respecto a sus órganos *ad hoc*.

A esta posibilidad se refiere expresamente, en el Derecho comparado, el profesor Montalenti²²⁶, al señalar que el modelo dualista puede “*mostrarse funcional para componer intereses diversos entre socios pertenecientes a diversos grupos familiares, previendo su participación y la dialéctica entre las diversas posiciones en el órgano de vigilancia y la realización de la unidad administrativa en el consejo de gestión compuesto por managers de confianza común*”, siendo por ello una alternativa intrasocietaria a aquello que le es extraño o ajeno, como son los pactos parasociales. Cabría añadir que el modelo dual, en sede de empresas familiares, no sólo serviría para conjugar los intereses de las distintas ramas familiares a las que pertenecen los socios, sino también los intereses de éstos con los de quienes no son todavía socios pero sí son familiares o, incluso, si el capital estuviera un poco más abierto, con los intereses de los socios no familiares.

Evidentemente, por las razones anteriormente expuestas de técnica legislativa, la refundición de textos operada con la LSC no permitía un cambio tan profundo, aunque debería pensarse en el mismo de cara al futuro Código de Sociedades Mercantiles, por cuanto es evidente que podría suponer un importante avance en los mecanismos de gestión de la empresa familiar, aun cuando esa estructura bicéfala no se haya revelado en su aplicación práctica tan positiva como de su marco teórico cabía esperar²²⁷. De todos modos, es un debate que debe ser abordado en ese proceso de codificación de nuestro Derecho societario (reclamado por la doctrina, deseable para los operadores y prometido por el legislador) porque, en un marco europeo en el que se apuesta por permitir la opción entre el sistema monista y el dual, el mantenimiento del monismo como única vía de administración de los tipos sociales nacionales podría suponer una barrera a las empresas españolas para su participación en toda clase de operaciones de concentración, reestructuración y movilidad intracomunitarias²²⁸. Para ello es preciso un cambio conceptual y, por supuesto, una mayor regulación de esa opción dual que venga a suplir la actual insuficiencia de la normativa vigente en nuestro ordenamiento.

El segundo de los ejemplos de cuestiones sobre las que es preciso introducir una nueva regulación –sobre la que el futuro Código de Sociedades Mercantiles debe por tanto incidir– tiene que ver con las posibilidades de la empresa familiar de acceder a un mayor número de fuentes para obtener financiación. El artículo 402 de la LSC establece

²²⁶ MONTALENTI, P.: “La experiencia italiana...”, ob. cit., pág. 554.

²²⁷ ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno y...”, ob. cit., pág. 564: las reformas legales emprendidas en Alemania durante los últimos años se replantean el modelo dual, existiendo numerosas disfunciones en lo relativo a nombramiento de consejeros (págs. 567-752), así como serias dificultades derivadas de la cogestión, fruto de la participación de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia (págs. 582-583). En Italia, la situación es bien distinta: para huir precisamente de la cogestión, los representantes de los trabajadores no sólo no pueden formar parte de ese Consejo, sino que se encuentran en situación de incompatibilidad (MONTALENTI, P.: “La experiencia italiana...”, ob. cit., pág. 553).

²²⁸ ESTEBAN VELASCO, G.: “¿Es oportuno introducir en España la opción del sistema dual de administración y control? Algunas cuestiones de política jurídica y de régimen jurídico”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del ...*, tomo I, ob. cit., págs. 642-644.

una prohibición expresa de que la sociedad de responsabilidad limitada –por lo expuesto en los epígrafes anteriores, la forma tipológica más adecuada y la más utilizada en empresas familiares- pueda emitir obligaciones, lo cual supone privar a este tipo social de una fuente de financiación que, por sus características, podría resultarle interesante por las propias características que la configuran²²⁹, por cuanto permite a la sociedad captar recursos externos sin otorgar a cambio derechos políticos, como ocurriría si emitiera nuevas acciones o participaciones poniéndolas a disposición de terceros.

Al respecto, debe advertirse que la prohibición de emisión de obligaciones contenida en el artículo 402 de la LSC es sumamente extensa, por cuanto no sólo impide que las sociedades de responsabilidad limitada obtengan financiación por esta vía de forma directa, mediante la emisión de obligaciones, sino que se lo impide también por la vía indirecta, al no permitirles garantizar emisiones de valores negociables efectuadas por otras sociedades (como las anónimas). Con ello, *“se reduce no sólo la capacidad de financiación de la propia SRL con cargo a recursos ajenos, sino también la posibilidad de que la SRL asuma un papel que facilite la financiación ajena”*, por ejemplo a través de sociedades anónimas filiales de una matriz que revista la forma de sociedad de responsabilidad limitada²³⁰.

De ello se deriva una doble consecuencia para la empresa familiar (extensible a toda pyme): o bien deberá asumir una mayor complejidad administrativa para emitir títulos de capital o de deuda con los que financiarse (revistiendo forma de sociedad anónima, por ejemplo), o bien deberá renunciar a una amplia gama de títulos posibles que le quedan vedados (como las obligaciones y los bonos)²³¹.

Existen en la doctrina voces especialmente críticas con esta situación, para quienes la prohibición de emisión de obligaciones es *“muy reprochable”*²³², sin justificarse siquiera por la voluntad legislativa de mantener a nuestra sociedad de responsabilidad limitada con su carácter eminentemente cerrado, debido a las nuevas posibilidades introducidas en su momento por la LSLNE en relación, por ejemplo, a las participaciones sin derecho de voto. Y aun cuando otros países de nuestro entorno

²²⁹ Las obligaciones se configuran como creaciones de deuda de la sociedad para sus suscriptores, como una modalidad de préstamo mutuo en que la emisora queda obligada al pago de unos intereses que, fiscalmente, tendrán un mejor trato de los que tendrían los dividendos, al ser el pago de dichos intereses un gasto deducible (URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: las obligaciones”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, ob. cit., págs. 1.063-1.065).

²³⁰ TAPIA HERMIDA, A.: “Nuevos instrumentos de financiación de la sociedad limitada en el Derecho español”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización...*, tomo II, ob. cit., pág. 288.

²³¹ RUIZ CABRERO, J.: “La financiación de las pequeñas y medianas empresas”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar...*, tomo V, ob. cit., págs. 86-87.

²³² GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el Derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 260-261.

tienen establecida esta misma prohibición, como es el caso de Francia e Italia, existen también otros ordenamientos en los que no existe, como ocurre en Portugal, Bélgica o Alemania.

En definitiva, por tanto, la entrada en vigor de la LSC no ha representado un cambio de paradigma en relación a la empresa familiar y su encaje en el Derecho de sociedades, como resulta de hecho lógico: la falta de cambios sustantivos, el mantenimiento de unas mismas reglas, hace que los problemas y las particularidades societarias de la empresa familiar se mantengan con la LSC exactamente igual que estaban con las leyes especiales anteriores. Todo ello deberá aguardar a ese futuro Código de Sociedades o Código Mercantil al que el legislador se refiere tan reiteradamente en la LME y al que la doctrina espera como un único texto regulatorio que dé respuesta las cuestiones que la práctica ha venido planteando²³³, sin olvidar, eso sí, que difícilmente se puede esperar que su promulgación sea una solución universal y, menos aún, definitiva. Al respecto, suscribimos la opinión de que esta sucesión de reformas normativas *“vendría a ratificar aquella vieja sentencia que identificaba la historia del Derecho de Sociedades con la historia de su reforma; aunque, visto en detalle, tal vez sea ése, el de estar permanentemente en ebullición, el rasgo más característico de su verdadera identidad”*²³⁴. Las constantes evoluciones del mercado y de las prácticas mercantiles así parecen precisarlo, aunque debe aspirarse en todo caso a que las sucesivas modificaciones vayan haciéndose sobre la base de un mismo documento unificado, de forma que se dote al mercado de la suficiente seguridad jurídica²³⁵, la cual a día de hoy no parece del todo protegida con los constantes y dispersos cambios legislativos que se han ido sucediendo.

2.1.2.5. Perspectivas de futuro: la sociedad privada europea.

Al margen de ese futuro Código de Sociedades Mercantiles o ese futuro Código Mercantil sobre el que nuestro legislador está trabajando, las perspectivas de futuro para una mejor regulación de las necesidades de la empresa familiar, en el plano jurídico-societario, pasan también por otros instrumentos sobre los que se está trabajando en el ámbito de la Unión Europea, especialmente preocupada por encontrar

²³³ Por todos, destaca Embid Irujo que es precisa una codificación del Derecho de sociedades que trascienda las fronteras nacionales y proporcione pautas seguras para los actuales conflictos surgidos en las sociedades mercantiles (EMBED IRUJO, J. M.: “El presente incierto del Derecho de sociedades”, en *RDM*, núm. 272/2009, págs. 481-482).

²³⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “El proceso de...”, ob. cit., pág. 811.

²³⁵ OLIVENCIA RUIZ, M.: “Un código mercantil...”, ob. cit., pág. 59.

herramientas legislativas que ayuden a las pymes, que representan el 99% de las empresas comunitarias y dan empleo al 70% de sus trabajadores²³⁶.

El que podría resultar más adecuado para ello sería la sociedad privada europea, sobre la que existe una propuesta de reglamento por parte de la Comisión Europea²³⁷, de 25 de junio de 2008, que sigue en fase de tramitación. Su especial idoneidad para la empresa familiar tiene que ver con la propia idea con que nació este nuevo tipo social, de cuya historia realiza un breve pero completo repaso Drury²³⁸: en 1995 surgió la idea con la que se ha venido trabajando finalmente (aunque las primeras propuestas datasen de 1973²³⁹), en el seno de un grupo de abogados de distintos estados miembros reunidos bajo los auspicios de la Cámara Internacional de Comercio, de crear una sociedad europea de responsabilidad limitada; la idea se concretó en la propuesta, en 1997, de una sociedad europea de carácter cerrado; en 2007, la Comisión Europea llevó a cabo un estudio de viabilidad, tras el cual vio la luz el borrador de reglamento de 2008 al que antes nos hemos referido, que fue posteriormente revisado en 2009. Todo ello con la idea de dotar a las pymes de un tipo social común en toda la Unión.

Como vemos, por tanto, la *Societas Privata Europea* (según la denominación que le dio la Comisión Europea en 2008), nace con la idea de regular una figura común, que pueda utilizarse en todos los estados de la Unión, que responda a las necesidades de la sociedad cerrada, razón por la cual puede resultar especialmente indicada para la empresa familiar. Y ello sobre todo porque es un tipo social especialmente flexible y personalista: “es una especie de sociedad con responsabilidad limitada de sus socios casi totalmente contractualizada y casi totalmente personalizable o capitalizable, esto es, de máxima flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades de organización societaria precisadas por los socios que la componen”²⁴⁰. Es decir, mantiene el carácter híbrido capitalista-personalista de la sociedad de responsabilidad limitada, que era uno de los elementos clave para su utilización en la empresa familiar, pero ofrece unas mayores posibilidades de

²³⁶ Estos datos han llevado a la Comisión Europea a trabajar en dos líneas paralelas: la *Small Business Act* y la Propuesta de Estatuto de la Sociedad Privada Europea, figuras que tratan de crear tipos generales para toda la Unión tras la constatación de las dificultades de armonización de los derechos nacionales de los estados miembros (BOQUERA MATARREDONA, J./LATORRE CHINER, N.: “La Sociedad Privada Europea”, en *RdS*, núm. 33/2009, págs. 98-99).

²³⁷ El texto íntegro de la propuesta de la Comisión está disponible en la web de la Unión Europea: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_en.pdf.

²³⁸ DRURY, R.: “La SPE: un instrumento para las pymes o un cambio de planteamiento en la armonización de las sociedades de capital cerradas”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del...*, tomo II, ob. cit., págs. 37-38.

²³⁹ HIERRO ANIBARRO, S.: “La política comunitaria de simplificación del Derecho de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el Derecho...*, ob. cit., pág. 107: las primeras propuestas provienen del *Centre de Recherche sur le Droit des Affaires* (CREDA), que editó un estudio sobre la creación de un estatuto europeo de la sociedad cerrada titulado “Por una sociedad de responsabilidad limitada europea”.

²⁴⁰ ALONSO ESPINOSA, F.: “Sociedad privada europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, en AAVV: *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas*, ob. cit., págs. 66-67.

configuración consensual, adaptada a las propias necesidades de cada caso, gracias a una regulación más flexible todavía que la de nuestra sociedad de responsabilidad limitada. Con esto se da una respuesta bastante satisfactoria al tradicional debate sobre los límites de la autonomía de la voluntad de los socios a la hora de configurar su sociedad, teniendo en cuenta que, en las sociedades cerradas, dicha autonomía es la regla y no la excepción²⁴¹.

A ello cabría añadir, de forma adicional, las especiales ventajas que la adopción de un tipo social común con una *“identidad europea”* tendría para operar en el mercado, no sólo en el intracomunitario –gracias a la regulación unitaria que facilitaría la identidad entre la matriz de un grupo y sus filiales en los distintos estados- sino, también, en el extracomunitario, al operar con ese *“sello común europeo”* en los mercados de todo el mundo²⁴². Y es que en definitiva, esta *“etiqueta europea”*, junto con la seguridad jurídica que ofrecería un mismo tipo social único en los estados miembros, la facilidad para crear filiales o sucursales y el trato igualitario para los grupos de sociedades se configuran como sus principales ventajas²⁴³, al margen de la deseada flexibilidad legal.

Pero todas esas ventajas –que revisten gran trascendencia para el conjunto de los ordenamientos europeos- no son el elemento con más impacto en nuestro Derecho de sociedades, por cuanto el principal efecto de esta nueva tipología societaria es, en España, *“la creación de un nuevo modelo de sociedad de capital cerrada”*, que se presenta como una alternativa muy atractiva a nuestra sociedad de responsabilidad limitada, por cuanto es *“un tipo con un margen de configuración estatutaria comparativamente más amplio que el que concede la SRL”*²⁴⁴. Por ello, es fundamental conseguir esa flexibilidad a la que antes nos referíamos, razón por la cual la sociedad privada europea se configura sobre la base de una normativa sustantiva propia muy reducida, atendiendo a un propósito de *“intervención normativa mínima”*, complementada en todo lo que resulte preciso por la ley nacional correspondiente a la sociedad de responsabilidad limitada, dejando que sean los socios quienes determinen cómo se configurará su propia sociedad. Se trata de obtener la completa regulación de la figura *“combinando una relativamente escasa (y en general poco restrictiva) intervención legal, con la exigencia de que los socios precisen numerosas cuestiones en la escritura (al menos todas las que especifica el*

²⁴¹ NAVARRO MATAMOROS, L.: “El juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de las cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada de ámbito familiar (Comentario a la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, en *RDM*, núm. 264-265/2007, págs.603-604.

²⁴² DRURY, R.: “La SPE: un...”, ob. cit., págs. 39-40.

²⁴³ BOQUERA MATARREDONA, J./LATORRE CHINER, N.: “La Sociedad Privada...”, ob. cit., pág. 103.

²⁴⁴ VIERA GONZÁLEZ, J.: “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, en *RDM*, núm. 270/2008, pág. 1.387.

*Anexo I sobre la constitución, participaciones, capital y organización de la SPE)*²⁴⁵”, por lo que es fundamental el consenso de los socios constituyentes sobre todos estos aspectos²⁴⁶.

Se deduce de ello que la escritura de constitución de una sociedad privada europea será un documento mucho más complejo de lo que es hoy la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. De hecho, la idea subyacente en la Propuesta de la Comisión es justo la inversa de la contenida en la LSC (y heredada de la LSA y la LSRL): mientras en nuestra Ley nacional se permite a los socios, dispositivamente, incorporar pactos adicionales en la escritura fundacional (artículo 28 de la LSC), en la Propuesta se establece como obligatorio regular consensualmente un gran número de cuestiones. Esta diferencia sustancial es del todo lógica si se tiene en cuenta que la sociedad de responsabilidad limitada tiene toda una regulación legal que será de aplicación a falta de pacto en sentido distinto por parte de los socios, lo cual no ocurre con la sociedad privada europea, que debe ser necesariamente regulada por los mismos, sin que existan reglas supletorias al menos directas (sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de la ley social nacional que corresponda). De todas formas, algunos autores como Hierro Anibarro²⁴⁷ no esconden su escepticismo respecto al encaje que el estatuto de la sociedad privada europea pueda tener con los principios de simplificación del Derecho de sociedades en los que trata de avanzar actualmente la Unión Europea²⁴⁸, por lo que cabrá mantenerse expectantes a la evolución de su regulación en los próximos años.

²⁴⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “Información y control de los socios en las sociedades limitadas: tendencias y modelos regulatorios y valoración crítica a propósito de la Propuesta sobre la Sociedad Privada Europea”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del...*, tomo I, ob. cit., págs. 437-439.

²⁴⁶ Entre dichas menciones específicas, es necesario establecer por ejemplo el método de adopción de acuerdos por parte de los socios (no está prevista de forma imperativa la celebración de juntas), la forma en que la sociedad atiende peticiones de información de los socios, los criterios de elección de administradores, la posibilidad de imponer a éstos deberes específicos, las restricciones a la transmisión de participaciones, etc. Como puede verse, es necesario referirse a muchas cuestiones que, en relación a las sociedades de responsabilidad limitada, están ya reguladas de forma legal.

²⁴⁷ HIERRO ANIBARRO, S.: “La política comunitaria...”, ob. cit., pág. 109.

²⁴⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D.: “La armonización del Derecho societario europeo en el siglo XXI”, en *RdS*, núm. 30/2008, pág. 262: “A nivel comunitario llegan también estos aires de desregulación y se plantea la necesidad de la simplificación del Derecho comunitario en general y el societario en particular (en definitiva, se plantea un cambio de técnica legislativa), después de un momento muy prolífero que ha llevado a un exceso legislativo de normas que limitaban el libre ejercicio del comercio”; para el Grupo de Reflexión de la Comisión Europea (creado en diciembre de 2010), la simplificación se busca especialmente respecto a las pymes (LATORRE CHINER, N.: “Reflexiones sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law”, en *RDM*, núm. 281/2011, págs. 177-178).

2.2. Perspectiva económica y financiera.

Aunque el presente estudio tiene un carácter jurídico y no económico o empresarial, resulta interesante hacer una breve referencia a la vertiente económica de la empresa familiar, por cuanto es una cuestión que –como es lógico– acaba teniendo una incidencia directa sobre la misma y sobre su estatuto jurídico. Además, no puede perderse de vista que la gestión financiera de este tipo de empresas es distinta a la del resto, por cuanto se ve afectada por los objetivos que la familia tiene respecto a la empresa²⁴⁹. Ya hemos apuntado al principio de este capítulo que la empresa familiar, como sociedad mercantil, es un instrumento concebido para la generación de negocio y de riqueza. De ahí que sea preciso dotarla de las herramientas jurídicas y económicas que le permitan generar esos resultados que persigue.

En este sentido, es preciso tener presente que *“la sostenibilidad de una empresa familiar pasa obligatoriamente por el diseño de una estrategia adecuada para la compañía, que le permita seguir siendo un negocio rentable”*²⁵⁰, para lo que es preciso no sólo mantenerse cohesionada generación tras generación²⁵¹, sino también dotarse de los recursos financieros que, como cualquier sociedad mercantil, precisará para el desarrollo de su actividad. Y es que, más allá de los nobles conceptos de compromiso y unidad familiar alrededor de la empresa, ésta no puede perder de vista su finalidad económica. De hecho, el propio eje central del presente estudio, el protocolo familiar, tiene como principal objetivo asegurar que los eventuales problemas o intereses contrapuestos en el seno de la familia no entorpezcan la marcha económica de la empresa, dotándola de mecanismos jurídicos que permitan resolverlos y, en la medida de lo posible, convertir en ventajas competitivas (sobre la base de una adecuada regulación societaria) aquello que se planteaba a priori como un inconveniente. En definitiva, se trata de tener claro que una empresa familiar debe regirse por los criterios propios de toda empresa, por lo que puede afirmarse que *“la preocupación por gestionar adecuadamente los aspectos familiares tiene por fin no menoscabar las reglas de funcionamiento de cualquier empresa”*²⁵².

En el aspecto económico, las particularidades de la empresa familiar suponen algunos obstáculos que ya hemos comentado anteriormente²⁵³ y a los que seguidamente nos referiremos (por ejemplo, la confusión de patrimonios), si bien

²⁴⁹ GARCÍA, D./MADRID, A./DURÉNDEZ, A.: “Financiación y sistemas de control de gestión en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., pág. 218.

²⁵⁰ TÀPIES LLORET, J./FERNÁNDEZ MOYA, M.: “Rompiendo mitos acerca de la fragilidad de las empresas familiares”, en AAVV: *La empresa familiar y su relevo generacional*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 35.

²⁵¹ Vid. apartados 2.3 y 4.13.

²⁵² MERÓN CERCÁN, A. L./JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D.: “El negocio familiar como empresa”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 125.

²⁵³ Vid. epígrafe 2.1.2.

presentan también mayores oportunidades que las empresas no familiares (como la mayor reinversión de los beneficios). Dedicaremos los epígrafes siguientes a analizar someramente estas cuestiones que, aun no siendo estrictamente jurídicas, son un elemento fundamental en la empresa familiar como negocio y, por tanto, requieren que los instrumentos jurídicos que se elaboren para su regulación tengan presente también qué respuesta es oportuno ofrecer al respecto.

2.2.1. El capital social.

En el ámbito económico, la primera cuestión a la que debemos referirnos es el capital social, por ser su determinación un requisito inexcusable en toda sociedad de capital, siendo necesario además que dicho capital respete unos mínimos establecidos legalmente (artículo 4 de la LSC), que serán distintos según la sociedad se articule como anónima (60.000 €) o como de responsabilidad limitada (3.000 €). Esta diferencia entre las cifras mínimas en uno y otro supuesto hace que, a la hora de elegir el tipo social con el que vertebrar jurídicamente la empresa, deba tenerse en cuenta esta circunstancia, sobre todo porque será imposible constituir –o mantener– una sociedad cuyo capital social esté por debajo del mínimo exigido según su tipo (artículo 5 de la LSC), aun cuando debamos advertir que no es éste, a día de hoy, el elemento primordial o determinante a la hora de elegir entre adoptar un tipo social u otro²⁵⁴.

La exigencia de un capital mínimo es ineludible, puesto que es precisamente en el establecimiento de esta mínima garantía donde reposa la esencia de la limitación de la responsabilidad de los socios²⁵⁵, que es precisamente una de las bases de nuestro Derecho de sociedades. No debe olvidarse, a este respecto, que fue la exigencia de un capital social mínimo la que hizo posible, en el siglo XIX, la inmunidad del patrimonio personal de los socios frente a los acreedores sociales²⁵⁶, lo cual da buena cuenta de la importancia de la figura. No es extraño que el mercado exigiera que la sociedad de capital, que era al fin y al cabo un elemento novedoso en el tráfico mercantil, ofreciera alguna garantía a quienes iban a contratar y operar con ella, con el fin de que se cubrieran –al menos parcialmente– las eventuales deudas sociales. Y naturalmente, de no haber existido esa garantía, difícilmente hubiera querido alguien contratar con estas

²⁵⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La sociedad de...”, ob. cit., pág. 5.499.

²⁵⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho mercantil*, 14ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 186.

²⁵⁶ OLIVENCIA, M./NÚÑEZ, P. L.: “Capital mínimo, nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M: *Comentario al régimen...*, tomo III, ob. cit., págs. 244 y 257.

sociedades –especialmente tras la resolución, en 1897, del caso Salomon vs. Salomon²⁵⁷– y, en consecuencia, habrían podido llegar a caer en el desuso.

No obstante, la necesidad de un capital mínimo a la que nos referíamos ha excedido esa función garantista o, si se quiere, la ha completado a través de otras consecuencias. Concretamente, ha acabado utilizándose también como barrera de acceso de las pymes a un tipo social inicialmente pensado para las grandes empresas, como es la sociedad anónima. Por lo menos, así se desprende de lo que el legislador afirmaba en la Exposición de Motivos de la LSRL: *“la cifra mínima de capital social de la anónima cumple una función disuasoria respecto de las iniciativas económicas más modestas”*, disuasión que se ha venido complementando con el establecimiento de barreras superiores todavía para determinadas categorías de sociedades, como las cotizadas, las aseguradoras o las bancarias. Con ello, la tendencia legislativa –no sólo en España, sino en el conjunto de la Unión Europea– ha sido el de ajustar el capital social mínimo a las actividades que la empresa fuera a desarrollar, de modo que *“la relación entre la cuantía del capital mínimo y el tamaño empresarial es directamente proporcional”*²⁵⁸.

De hecho, las primeras regulaciones sobre esta cuestión exigían que el capital estuviera en relación con la actividad que la sociedad iba a desarrollar y, pese a quedar totalmente indeterminado, parecía obedecer a un criterio razonable (aunque jurídicamente carente de plena seguridad) en aras a ofrecer una verdadera garantía a los futuros acreedores de la sociedad. Así puede apreciarse en las normas contenidas en el artículo 3 del Real Decreto de 15 de abril de 1847 y, posteriormente, en el artículo 5 de la Ley de 28 de enero de 1848: *“Toda compañía por acciones se constituirá precisamente para objetos determinados, y con un capital proporcionado al fin de su establecimiento”*. A pesar del tiempo transcurrido desde que se promulgaran los citados preceptos, su espíritu parece mantenerse hoy día, al menos de forma parcial, bastante vigente: no sólo por cuanto existe todavía un capital mínimo legalmente exigido, sino también porque la exigencia de *“capital proporcionado al fin de su establecimiento”* se mantiene en la obligación de dotarse de unos capitales sociales mínimos más elevados expresamente fijados para determinadas actividades²⁵⁹.

²⁵⁷ Sentencia dictada en el Reino Unido y que, en su momento, supuso el paradigma de la separación entre la persona jurídica y la persona física que ostentaba la condición de socio único. Un sastre británico, Aaron Salomon, acumuló una importante deuda frente a un acreedor, Edmund Broderip, que le demandó. Salomon opuso que el deudor no era él, sino la mercantil *Salomon & Company Limited* (sociedad que participaba junto con su esposa e hijos, si bien él ostentaba 20.001 de sus 20.007 acciones). Aunque tanto en primera como en segunda instancia (*Court of Appeal*) se falló a favor de la pretensión del acreedor, ésta fue rechazada en última instancia por la *House of Lords*, que sentenció que persona física y persona jurídica eran entidades distintas, no pudiendo quedar la primera afecta a las deudas de la segunda (SEALY, L./WORTHINGTON, S.: *Cases and materials in Company Law*, 8ª edic., Oxford University Press, New York, 2008, págs. 32-38).

²⁵⁸ GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, ob. cit., págs. 300-301.

²⁵⁹ A título de ejemplo, se exigen 18.030.363,13 € de capital mínimo a los bancos (art. 2.1.b del RD 1245/1995) o 1.202.024,21 € a toda sociedad que vaya a cotizar en Bolsa (art. 32.1.a del RD 1506/1967).

Debe destacarse, sin embargo, que esa vigencia es de carácter parcial, tal y como apuntábamos. El motivo es que, en líneas generales, el capital social mínimo exigido no es en ningún modo adecuado a la actividad que la sociedad va a desarrollar, por lo que no puede afirmarse que sea suficiente para cubrir los eventuales riesgos empresariales: es habitual que las sociedades se constituyan con el capital mínimo legalmente exigible, lo que sitúa en el mercado una gran cantidad de sociedades de responsabilidad limitada con capitales sociales de 3.000 €, de los que difícilmente puede predicarse que resulten adecuados para la actividad mercantil proyectada. Esto lleva a la doctrina a entender que *“en la práctica sean frecuentes las sociedades “infracapitalizadas”, ya sea por carecer de fondos suficientes para el desarrollo de su objeto social (infracapitalización material), ya sea por disponer de medios financieros aportados por los socios pero a título de crédito y no de capital propio o de responsabilidad (infracapitalización nominal)”*²⁶⁰. En consecuencia, por tanto, se resquebraja la proporcionalidad entre capital y negocio.

La empresa familiar no es ajena a estos problemas. Por un lado, porque puede toparse con la *“función disuasoria”* que el propio legislador, como hemos visto, le atribuye a la exigencia de un capital mínimo de carácter elevado. Por el otro, porque será especialmente frecuente en este ámbito el recurso a figuras como los préstamos participativos o, incluso, a la mera confusión de patrimonios entre sociedad y familia. Sin embargo, la exigencia de un capital social mínimo no es en modo alguno el principal problema económico al que debe hacer frente la empresa familiar, cuya gran preocupación será la captación de recursos financieros, cuestión a la que dedicaremos el epígrafe siguiente.

2.2.2. Las fuentes de financiación.

Tradicionalmente, la empresa familiar se ha financiado preferentemente con beneficios no distribuidos y con los ahorros de su fundador²⁶¹, tendiendo por tanto a preferir financiarse mediante recursos internos autogenerados²⁶². Sin embargo, es preciso en el contexto actual analizar otras posibilidades. Las fuentes de financiación a las que tienen acceso las sociedades de capital son más amplias que aquella a las que pueden acceder las sociedades de personas, aun cuando haya una gran diferencia en este aspecto entre las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, cuyas

²⁶⁰ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: principios fundamentales”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 819.

²⁶¹ DURÉNDEZ, A./BERNABÉ, M./ANTÓN, M.: “Análisis económico-financiero...”, ob. cit., pág. 238.

²⁶² GARCÍA, D./MADRID, A./DURÉNDEZ, A.: “Financiación y sistemas...”, ob. cit., pág. 221; MENGUZZATO BOULARD, M.: “El desarrollo de...”, ob. cit., pág. 157.

posibilidades son mucho menores en este aspecto²⁶³. Es la consecuencia lógica del carácter *intuitu pecuniae* de las primeras y el marcado *intuitu personae* de las segundas. Las sociedades personalistas presentan, desde este prisma, el problema de no disponer de acciones o participaciones que transmitir o emitir (mediante ampliaciones) y, con dichas operaciones, dotarse de nuevos recursos financieros.

Es evidente que las empresas familiares, cuando revistan forma de sociedad de capital, no tendrán el problema de esa ausencia de títulos transmisibles, pero sí presentarán otro que, en definitiva, les acabará colocando en la misma posición: la falta de voluntad de transmitir las acciones o participaciones o de emitir nuevos títulos, ya que cualquiera de estas operaciones conllevaría la pérdida del control sobre la sociedad. Naturalmente, esta situación no es extensible a la totalidad de empresas familiares, puesto que las hay que sí han transmitido parte de su capital social para obtener financiación y, en algunos casos, lo han hecho incluso convirtiéndose en sociedades cotizadas²⁶⁴. Estas operaciones, aun cuando implican desprenderse de parte de la propiedad de la sociedad, no necesariamente llevarán la pérdida de la capacidad de decisión, siempre y cuando la familia empresaria conserve la participación necesaria en el capital social que le permita continuar manteniendo el control sobre la sociedad (lo cual será más difícil en el caso de sociedades cotizadas, pero no así en aquéllas en que solamente se haya vendido una pequeña parte del capital).

Por lo tanto, la empresa familiar no tiene por qué cerrar definitivamente las puertas a las transmisiones de acciones y participaciones a terceros adquirentes ajenos a la familia, si bien debe hacerlo en todo caso teniendo presente el objetivo de mantener el control y, de este modo, salvaguardar su carácter de empresa familiar, habida cuenta de que la vocación de continuar como tal es, como hemos visto, una de sus características definitorias²⁶⁵. De ahí que, en general, el protocolo familiar venga a establecer mecanismos para asegurar ese mantenimiento del capital en manos de miembros de la familia, mediante cláusulas que así lo garanticen²⁶⁶, al menos en una proporción suficiente para no perder el control político de la sociedad.

²⁶³ TAPIA HERMIDA, A.: “Nuevos instrumentos de financiación de la sociedad limitada en el derecho español”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del...*, tomo II, ob. cit., pág. 286.

²⁶⁴ Aunque empresa familiar y sociedad cotizada puedan resultar a priori conceptos antagónicos, la salida a bolsa ofrece a estas empresas más ventajas que la mera obtención de liquidez: permite la salida de accionistas familiares que hubieran aportado fondos para apoyar al desarrollo inicial de la sociedad, aumenta la publicidad y el grado de difusión de la marca, proporciona una valoración objetiva y actualizada de la empresa, y contribuye a su profesionalización (DE CARLOS BERTRÁN, L./CONDE VIÑUELAS, V.: “La salida a bolsa de empresas familiares como instrumento de dispersión del capital”, en AAVV: *Empresas familiares y bolsa*, ob. cit., págs. 81-83).

²⁶⁵ Vid. apartado 5.1.

²⁶⁶ VICENT CHULIÁ, F.: “Protocolo familiar, organización jurídica y relevo generacional de la empresa familiar”, en SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.): *La empresa familiar y su relevo generacional*, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 133-135.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto, entendemos que la enajenación o dispersión del capital social debe ser, dentro de las fuentes de financiación ajena, la última alternativa que se plantee la empresa familiar, debido a que interesará en general mantener no sólo el control sino, también, la propiedad de la sociedad en manos de los miembros de la familia. Por ello, es preferible optar a otras fuentes de financiación ajena como pueden ser las siguientes: préstamos o créditos bancarios, *factoring*²⁶⁷, aplazamiento en el pago concedido por los proveedores, capital riesgo²⁶⁸ y sociedades de garantía recíproca.

Es conveniente referirse también a otra fuente de financiación que presenta importantes particularidades morfológicas: el préstamo participativo²⁶⁹, una figura que por su propia configuración parece especialmente adecuado en este tipo de empresas. Aunque, a priori, funciona como cualquier préstamo, en el que el prestamista facilita la financiación al prestatario a cambio de unos intereses, entendemos que hay dos particularidades a tener presentes. En primer lugar, la especial vinculación que se generará entre las dos partes contratantes: la retribución de la sociedad prestamista (no tiene porque ser una sociedad mercantil, pero es necesario en todo caso que sea una persona jurídica) guarda una íntima relación con los resultados de la sociedad prestataria, tanto por lo que respecta a los plazos de amortización como al importe final de los intereses²⁷⁰.

En segundo lugar, y como consecuencia a menudo de esa especial posición que adquirirá el prestamista, será usual que éste pertenezca al entramado familia-empresa, siendo posible que sea socio de la empresa familiar o sea otra empresa de su mismo grupo de sociedades²⁷¹. Por lo tanto, aun siendo a priori una fuente de financiación

²⁶⁷ Para un análisis del *factoring* como herramienta de financiación de la empresa familiar, puede consultarse PETIT LAVALL, M. V.: “Los contratos de financiación de la empresa: el *factoring*”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo V, ob. cit., págs. 531-568.

²⁶⁸ El carácter de temporalidad propio de las inversiones de capital riesgo encajaría con la voluntad general de la familia empresaria de no perder el control sobre la sociedad en el medio-largo plazo. Encontramos un análisis de esta fuente de financiación en GRIMA FERRADA, J.: “El capital riesgo como alternativa de financiación de la empresa”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo V, págs. 365-417.

²⁶⁹ Esta figura está muy poco regulada en nuestro Derecho. La primera norma al respecto fue el Real Decreto 7/1996, de 7 de junio, obre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Posteriormente, se reformó parcialmente con la Disposición Adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intrasocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas..

²⁷⁰ El préstamo participativo puede contener un sistema retributivo mixto, constituido por un interés fijo y otro variable, en función del resultado de la empresa prestataria. No se trata puramente de una participación en beneficios, porque puede incorporar una parte fija y porque el prestamista puede percibir intereses incluso en caso de pérdidas de la sociedad prestataria (COLINO MEDIAVILA, J. L.: “Los préstamos participativos”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo V, ob. cit., págs. 193 y 195).

²⁷¹ En este tipo de operaciones deben tenerse en cuenta además las implicaciones fiscales, por cuanto los desplazamientos patrimoniales entre la sociedad y sus socios tendrán la consideración de operaciones

externa (no son recursos propios de la sociedad), tampoco resultará generalmente una fuente totalmente ajena al conglomerado de intereses que giran alrededor de la empresa familiar.

El gran inconveniente de todas las fuentes de financiación ajena (exceptuando la enajenación de acciones o participaciones, que tiene un tratamiento distinto que ya hemos abordado) es que genera unos costes para la sociedad. No obstante, es preciso invitar a las empresas familiares (consideradas en términos generales contrarias al riesgo)²⁷² a no ser reticentes a la asunción de deudas, por cuanto el resultado económico obtenido por la actividad desarrollada con esos recursos externos puede ser suficiente no sólo para cubrir sus costes sino, también, para redundar en generación de beneficios para la sociedad y, consecuentemente, para sus socios: *“siempre que la empresa solicite la financiación para realizar inversiones suficientemente rentables, esto es, que compensen el coste de la financiación, la incorporación de deuda a la estructura financiera favorecerá el aprovechamiento de apalancamientos financieros positivos, amplificando la rentabilidad para los propietarios”*²⁷³.

Debemos poner también de manifiesto otro de los problemas que, en el terreno económico, presenta la empresa familiar: las dificultades a la hora de conjugar la necesidad de liquidez de la familia y de capitalización de la empresa. Si tenemos en cuenta que la mayor fuente de ingresos estrictamente propios de la sociedad, a lo largo de su existencia, será la reinversión del beneficio (es decir, la capitalización de ese beneficio), no resulta nada difícil comprender que dotar de recursos a la empresa chocará frontalmente con el que, a priori, debemos presuponer que será el interés económico principal de los socios, que será, como en cualquier sociedad, el reparto de dividendos.

Es común que en algunos estatutos sociales y en casi todos los protocolos familiares (como veremos en su momento) se establezca la obligación del reparto de un dividendo mínimo, así como también algún tipo de retribución vitalicia para los fundadores o los miembros de la familia que, al alcanzar una determinada edad, dejan de prestar sus servicios como administradores de la sociedad. Puede señalarse, en definitiva, que las empresas familiares tienen, como objetivo último, el de asegurar un flujo regular de dividendos a sus propietarios, lo cual entra en colisión con el interés de

vinculadas (LUCHENA MOZO, G. M.: *Fiscalidad de la...*, ob. cit., pág. 279; VAQUERA GARCÍA, A.: *Régimen tributario de...*, ob. cit., págs. 179-182).

²⁷² Entienden algunos autores que el empresario familiar es adverso al riesgo, lo que lleva a hablar de un *“conservadurismo financiero que caracteriza a la empresa familiar y que hace preferir la financiación propia frente a la ajena aun a costa de obtener un menor crecimiento o rentabilidad, siempre que permita asegurar la continuidad de la misma”* (GARCÍA PÉREZ DE LEMA, D./MADRID GUIJARRO, A./DURÉNDEZ GÓMEZ-GUILLAMÓN, A.: “Financiación y sistemas de control de gestión en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., pág. 216).

²⁷³ MENÉNDEZ REQUEJO, S.: “Estrategia financiera de la empresa familiar”, en CORONA, J.: *Manual de la...*, ob. cit., pág. 152.

la sociedad, que sería el de reinvertir los beneficios para asegurar su crecimiento a largo plazo²⁷⁴.

Esta política de dividendos que excluya la reinversión es para la mayor parte de la doctrina²⁷⁵ uno de los principales problemas económicos de las empresas familiares, junto con la anteriormente comentada confusión de patrimonios (que lleva no sólo a destinar fondos sociales a sufragar gastos particulares sino, también, como reverso de la moneda, a afectar patrimonios particulares a la actividad social) y la retribución para los miembros de la familia que trabajen en la empresa cuando no está fijada según criterios organizativos y de mercado (cuestión que abordaremos más adelante). Pero cabe otra interpretación, para aquellos casos en que la empresa familiar no reparta dividendos: es la de considerar que los beneficios no distribuidos son la fuente de financiación preferida por las empresas familiares, seguida –por este orden– por la financiación bancaria²⁷⁶ a largo plazo, las aportaciones de socios y ampliaciones de capital, la financiación bancaria a corto plazo y la financiación comercial negociada con sus proveedores/acreadores²⁷⁷.

Finalmente, es preciso cerrar este apartado dejando claro que no podemos considerar que la empresa familiar, desde la vertiente económica, presente unas dificultades extremadamente superiores a las que presenta cualquier otra empresa que opere en el mercado. En este sentido, debe señalarse que los riesgos de una empresa familiar serán los propios de cualquier otra sociedad y, si bien es cierto que se deberán añadir a éstos los específicos de su condición familiar, *“todo ello aparece oportunamente compensado porque, en caso de una buena gestión, la empresa familiar no sólo se beneficia de la misma sino también de los factores adicionales que le reporta su carácter familiar”*²⁷⁸. En particular, debemos observar que el retorno del beneficio será superior en el caso de una empresa familiar financiada íntegramente con capitales internos, provenientes de sus socios familiares (bien mediante aportaciones a título de socio, bien mediante préstamos participativos) del que se obtendría en caso de estar financiada con capitales de terceros. El motivo es que ese beneficio, ese rendimiento del capital invertido, repercutirá únicamente en el grupo familiar, sin extenderse más allá de éste, como ocurriría en caso de haber captado, por la vía de ampliaciones de capital o de transmisión de acciones y participaciones ya existentes, recursos financieros

²⁷⁴ Citando la obra de CHANDLER, A. D., *Scale and Scope*, GALVE GÓRRIZ, C./SALAS FUMÁS, V.: “Fundamentos económicos de la empresa familiar”, en CORONA, J.: *Manual de la...*, ob. cit., pág. 91.

²⁷⁵ SÁNCHEZ-CRESPO, A.J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 43.

²⁷⁶ Debe tenerse en cuenta que, en la medida en que la empresa familiar sea una pyme, el coste de esta financiación bancaria será más elevado (TAPIA HERMIDA, A.: “Nuevos instrumentos de...”, ob. cit., pág. 289).

²⁷⁷ GARCÍA PÉREZ DE LEMA, D./MADRID GUIJARRO, A./DURÉNDEZ GÓMEZ-GUILLAMÓN, A.: “Financiación y sistemas...”, ob. cit., pág. 227.

²⁷⁸ CORONA RAMÓN, J.: “Introducción al análisis...”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, volumen IV, ob. cit., págs. 36-37.

provinientes de terceros ajenos a la familia que exigieran, como contraprestación, una cesión o dispersión de los derechos políticos y económicos de la sociedad.

2.3. La sucesión en la empresa familiar.

Como hemos venido señalando en las páginas precedentes²⁷⁹, la empresa familiar presenta toda una serie de problemas particulares, específicos, y sufre con una mayor repercusión algunos otros que son comunes a todo tipo de sociedades mercantiles. De entre todos estos problemas, ninguno parece tener tanta entidad como el de la sucesión, es decir, el momento en que la propiedad y, especialmente, la administración de la sociedad deben transmitirse, en el seno de la familia, de los miembros de una generación a los miembros de la generación siguiente. De ahí que dediquemos el presente apartado, específicamente, a hablar de esta cuestión.

No resulta exagerado señalar que el fracaso en la sucesión es el principal problema de la empresa familiar, de modo que algunos autores no duden en calificarlo como su verdadero *talón de Aquiles*²⁸⁰. En España, el 65% de las empresas familiares se encuentran bajo la tutela de la primera generación de la familia empresaria (fundadores), mientras que un 25% se encuentra en la segunda generación, un 9% en la tercera y sólo un 1% en la cuarta o más avanzadas²⁸¹. Esto significa que únicamente un 35% de las empresas familiares españolas sobreviven al relevo de la primera generación hacia la segunda, disminuyendo dicho nivel de éxito hasta el 10% cuando ese relevo debe realizarse entre la segunda y la tercera²⁸².

Por este motivo, es fundamental que las sociedades familiares planifiquen adecuadamente su sucesión, proceso en el cual reviste especial importancia el otorgamiento del protocolo, puesto que la ordenación de la sucesión es, precisamente, uno de los elementos clave que el documento suele contener²⁸³. Su importancia en la cuestión es fundamental y debe intentar conseguir aparecer no sólo como una solución

²⁷⁹ Vid. de forma específica el epígrafe 2.1.2.

²⁸⁰ TÀPIES LLORET, J./FERNÁNDEZ MOYA, M.: “Rompiendo mitos acerca...”, ob. cit., pág. 41: aunque los autores consideran la sucesión generacional como un momento especialmente crítico, señalan que, al tratarse de algo previsible, es posible planificarlo y gestionarlo de manera satisfactoria.

²⁸¹ Estadísticas elaboradas por el Instituto de la Empresa Familiar (IEF), disponibles en su página web, según su versión en mayo de 2013 (http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_familia.html).

²⁸² Estos números no son exclusivos de la empresa familiar española. Señala Poza que sólo el 30% de empresas familiares en el mundo sobreviven al paso de la primera a la segunda generación, mientras que entre un 12 y un 15% alcanza a la tercera (POZA, E.: “El líder frente a la sucesión en la empresa familiar”, en AMAT, J. (coord.): *La sucesión en la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005, pág. 29).

²⁸³ GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 1.000: los protocolos familiares son el documento crucial para asegurar el cambio generacional, junto con los estatutos sociales, los testamentos y las capitulaciones matrimoniales.

a un problema, sino también como una herramienta sobre la que asentar una nueva perspectiva de la cuestión, de modo que la sucesión pase a verse como una oportunidad en lugar de cómo una amenaza²⁸⁴, de modo que el paso de una generación a la siguiente suponga un estímulo en la actividad que permita a la empresa familiar aprovechar al máximo sus beneficios (que los tiene) frente al resto de sociedades mercantiles²⁸⁵. Para ello, evidentemente, es necesario disponer de mecanismos tanto empresariales como jurídicos que permitan conseguirlo, lo que explica que en los sectores económicos y políticos se haya venido trabajando, durante los últimos años, para dotar a las empresas familiares de instrumentos adecuados para ordenar adecuadamente la sucesión²⁸⁶. Es por ello que profundizaremos en esta cuestión cuando hablemos del protocolo en el capítulo siguiente, si bien merece la pena, en este momento, apuntar brevemente algunas notas características de la sucesión en el ámbito de la empresa familiar. Para ello, consideramos oportuno analizar la cuestión desde dos vertientes, la empresarial y la jurídica, por cuanto ambas influirán decisivamente en el éxito o el fracaso de la gestión de la sucesión.

2.3.1. La perspectiva empresarial.

Como ya hemos venido señalando anteriormente, todo lo relacionado con la empresa familiar ha sido objeto de estudio preferente en el terreno de las ciencias empresariales, siendo más tardía la incorporación de los juristas al estudio de este fenómeno. Aunque en algunos aspectos esto puede generar cierta controversia científica o, incluso, puede situar algunos debates en puntos de partida que no son los más idóneos para alcanzar soluciones jurídicas, lo cierto es que la aportación efectuada desde el ámbito de las ciencias empresariales debe ser tenida en cuenta por varias razones: fundamentalmente, por haber sido durante mucho tiempo el único terreno en el que se ha estudiado la empresa familiar, y por la innegable necesidad de que el Derecho mercantil, en tanto que rama vinculada al tráfico del mercado, precisa complementarse y coordinarse con aquellas otras disciplinas que trabajan sobre ese mismo tráfico²⁸⁷.

²⁸⁴ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 55.

²⁸⁵ AMAT, J. M.: “El relevo generacional como estímulo a la renovación estratégica en la empresa familiar”, en AMAT, J. M. (coord.): *La sucesión en...*, ob. cit., págs. 132-134.

²⁸⁶ DÍEZ SOTO, C.: “La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de...*, ob. cit., pág. 141.

²⁸⁷ Para Uría y Menéndez, en la época contemporánea el Derecho mercantil está evolucionando hacia su conversión en “*Derecho del mercado*” (URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: “El Derecho mercantil”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de derecho...*, ob. cit., págs. 42-43). Esta idea la desarrolla el trabajo de EMBID IRUJO, J. M.: “Derecho mercantil, mercado, seguridad jurídica”, en *La Notaría*, núm. 1/2000, págs. 44 y ss.

El objetivo más deseable es que todas las ciencias que estudian el mercado y la empresa puedan dar respuestas conjuntas y satisfactorias a los operadores, aun cuando no sea ésa una tarea a priori fácil, especialmente cuando las reglas y los lenguajes que rigen en cada una de esas disciplinas son diferentes. Consideramos, en todo caso, que la importancia de ese fin perseguido reviste entidad suficiente como para que se deban superar los debates existentes a fin de que el derecho y la gestión no estén en permanente conflicto, sino en sana colaboración.

Centrándonos en el terreno de las ciencias económicas y empresariales, debe señalarse en primer lugar que la clave del proceso –y de su eventual fracaso– tiene menos que ver con las cuestiones jurídicas (régimen societario) y económicas (funcionamiento de la empresa en el mercado) que con las emocionales, puesto que la sucesión no sólo atañe a la sociedad sino, también, a la familia. En este sentido, merece la pena resaltar que la sucesión *“supone la transferencia de la autoridad sobre las decisiones de una empresa del líder a su sucesor. No obstante, en la empresa familiar, la sucesión es entendida generalmente como el proceso de transmisión del poder de decisión en la dirección de la empresa y de la propiedad entre dos generaciones. Además, en la empresa familiar, la sucesión también conlleva la transferencia del liderazgo en la familia”*²⁸⁸.

Ciertamente, esta explicación se aleja mucho del Derecho mercantil, e incluso de las ciencias empresariales, situándonos prácticamente en el terreno de la sociología. Sin embargo, entendemos que contiene tres notas que debemos tener presentes para poder llegar a entender (también posteriormente en el terreno jurídico) toda la magnitud del proceso sucesorio al frente de una empresa familiar. Se trata de las siguientes:

- a. Existencia de un liderazgo que va más allá de la administración de una sociedad: el uso del término “líder” denota que su papel no se limita al de la simple gestión social. Sus habilidades deben ir más allá, hasta *“saber materializar en su persona las características comunes con las que se identifican los familiares”*²⁸⁹.
- b. La transferencia de la dirección conlleva también la transferencia de la propiedad: esta práctica es propia de la empresa familiar, puesto que en cualquier otra sociedad mercantil no tiene por qué estar vinculada la condición de administrador a la participación como socio (con las prevenciones que, en su caso, corresponda en las sociedades comanditarias o en las profesionales). En el caso de la empresa familiar, dirección y propiedad tienden a concentrarse, entre personas con unos mismos vínculos familiares²⁹⁰.
- c. La sucesión al frente de la empresa implica, también, la sucesión al frente de la familia: el miembro de la familia que ha administrado la sociedad ha

²⁸⁸ AMAT, J. (coord.): *La sucesión en...*, ob. cit., pág. 15.

²⁸⁹ NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria ante la gestión de sus procesos sucesorios: problemas y soluciones*, Dossat 2000, Madrid, 2004, pág. 17.

²⁹⁰ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Introducción. Una aproximación...”, ob. cit., pág. 21.

proyectado también una influencia, una suerte de “acción directiva”, sobre la familia, por lo que esta influencia la asumirá ahora su sucesor en la sociedad.

Las dificultades de este proceso se intensifican, además, por la participación en el mismo de distintas personas cuyos intereses son diferentes y a menudo contrapuestos, como revelaba el modelo de los tres círculos al que hemos hecho ya referencia anteriormente. Pueden señalarse en este escenario los roles siguientes²⁹¹:

- a. El/la líder: se resiste al cambio porque, en realidad, no ve razones suficientes para acometerlo.
- b. Los sucesores: están impacientes por acceder al control de la sociedad pero, a la vez, se resisten a asumir esa responsabilidad por la carga de trabajo y sacrificios que va a conllevar para ellos. Además, cuando hay varios, es frecuente que compitan entre sí.
- c. La/el cónyuge del/de la líder: se preocupa por la posible pérdida de posición social en la comunidad, derivada del relevo de su pareja al frente de la sociedad.
- d. Gestores no familiares: los directivos o, incluso, administradores que han sido contratados por la generación a la que se releva se muestran preocupados, ante el temor de que la nueva generación decida apartarlos de sus puestos.

Y aunque el catálogo de participantes en el proceso de sucesión nos haya hecho pasar, prácticamente, del terreno de la sociología al de la psicología, no resulta difícil comprender la importancia de su participación y, en particular, de los distintos intereses que impulsan a cada uno de ellos, así como también de sus distintas posiciones emocionales, siendo éstas la principal explicación para gran parte de los problemas existentes en el seno de las empresas familiares²⁹². Y es que resulta muy difícil abordar desde perspectivas netamente jurídicas o económicas la gestión de la sucesión, puesto que *“la conducta familiar es fundamentalmente emocional y está influenciada por el subconsciente, mientras que el sistema empresarial gira en torno a la realización de tareas, lo que por lo general implica una conducta conscientemente determinada”*

²⁹¹ POZA, E.: “El líder frente...”, ob. cit., pág. 31.

²⁹² Entienden De la Torre García y Juanes Luis que, una vez definidos los parámetros económicos, fiscales y jurídicos, que serían comunes con cualquier otra sociedad mercantil, es preciso abordar distintos aspectos de la familia que tienen connotaciones singulares, particularmente en los procesos de sucesión, para los que es preciso realizar planteamientos propios del ámbito de la psicología (DE LA TORRE GARCÍA, A./JUANES LUIS, R.: “El proceso de sucesión en la empresa familiar: revisión, análisis y propuesta de intervención”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar...*, tomo VI, ob. cit., pág. 112); por su parte, Corona remarca que los conflictos intra-familiares (sobre todo conflictos fraternales) suponen un problema de especial relevancia para el proceso sucesorio (POVEDA BERNAL, M.: “La generación siguiente (I): la sucesión del *management*”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la...*, ob. cit., págs. 368-369).

²⁹³, pudiéndose advertir rápidamente la dificultad de conjugar dos terrenos tan distintos como los señalados.

De los actores participantes en el proceso a los que antes nos referíamos, merece la pena incidir en el administrador (término que, como juristas, preferimos utilizar antes que el de “líder”, al que apelan los estudiosos de las ciencias empresariales), puesto que es generalmente quien debe poner en marcha el proceso y, a pesar de ello, se mostrará a menudo reticente a hacerlo. Esto puede explicarse por el hecho de que el fundador (o, en términos generales, el miembro de la generación que cesa en la gestión de la compañía a favor de la siguiente) disfruta, gracias a su cargo en la empresa, de unos “*beneficios no pecuniarios*” a los que le va a costar mucho renunciar: es el caso, por ejemplo, del disfrute del poder o del prestigio social. Asimismo, y en la misma línea de dar una explicación psicológica a los problemas de sucesión en la sociedad familiar, puede indicarse que “*el hecho de ceder la gestión al familiar sucesor parte de la hipótesis de que éste goza de mayor capacidad que el fundador para dirigir la empresa*”, apreciación que generalmente disgustará al cedente del cargo tener que admitir²⁹⁴.

Junto a los actores ya enumerados en la relación anterior, merece la pena añadir a dos más: el consejo de familia y el consejo de administración. El consejo de familia (órgano *ad hoc* al que nos dedicaremos más adelante) es un elemento clave en los procesos sucesorios²⁹⁵ y, en el seno de los mismos, tiene como principal misión lograr que se alcance el consenso familiar sobre los asuntos vitales para la empresa, entre los que hemos de situar, necesariamente, el proceso de sucesión y, en particular, la elección del sucesor que deberá tomar las riendas de la administración de la sociedad²⁹⁶. A su vez, el consejo de administración (en las sociedades en que éste sea el tipo de órgano elegido) debe servir para aportar criterios más profesionalizados – especialmente, cuando en el seno del mismo, existan los llamados consejeros independientes²⁹⁷, es decir, ajenos a la familia y al capital de la sociedad- y también para mantener la gobernabilidad de la empresa mientras se facilita la incorporación de los sucesores, sirviendo por tanto como una especie de “*escuela de formación de los sucesores*”²⁹⁸.

En realidad, la doctrina de las ciencias empresariales es prácticamente unánime a la hora de recomendar que el proceso de sucesión al frente de una empresa familiar esté tutelado no sólo por la familia sino, también, por un consejo de administración que cuente con la participación de consejeros independientes, cuestión sobre la que

²⁹³ VÉLAZ NEGUERUELA, J.L.: “Especial problemática de...”, ob. cit., pág. 10.

²⁹⁴ RODRÍGUEZ ALCAIDE, J.J./RODRÍGUEZ ZAPATERO, M.: “El relevo generacional en la empresa familiar y el juego de la distribución del beneficio empresarial”, en *La Notaría*, número 27/2006, pág. 16.

²⁹⁵ NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria...*, ob. cit., págs. 33-34.

²⁹⁶ ZUGAZA SALAZAR, J.M.: “El papel del consejo de administración y el consejo de familia durante el proceso de transición generacional”, en AMAT, J. (coord.): *La sucesión en...*, ob. cit., pág. 77.

²⁹⁷ Vid. epígrafe 5.2.1.2.2.

²⁹⁸ ZUGAZA SALAZAR, J.M.: “El papel del...”, ob. cit., pág. 82.

también los juristas han incidido²⁹⁹. Considera Ward³⁰⁰ que las funciones que el consejo puede desempeñar en los procesos de sucesión es doble: por un lado, participando en la elección del sucesor y, a partir de ahí, moderar el proceso y articularlo de forma que se mantenga “sano, deliberado y abierto, y proporcionando apoyo tanto al propietario como a los candidatos a la sucesión”; por el otro, especialmente de cara a los demás familiares y de cara a los trabajadores de la empresa que no tengan condición de familiares, dotando de legitimidad al sucesor escogido, puesto que “los consejeros pueden dar credibilidad y autoridad al proceso ratificando la elección del propietario”, haciendo de este modo que esta decisión deje de tener carácter estrictamente unilateral y se minimice, por tanto, el riesgo de que algunos de los agentes implicados en la sociedad (sobre todo los eventuales candidatos descartados) puedan considerarla arbitraria.

Un elemento clave en el que inciden los expertos del ámbito de las ciencias empresariales es la planificación: se entiende que el proceso sucesorio no puede improvisarse, sino que debe estar planificado desde mucho antes de que pueda llegar a suponer una fuente de conflicto. En este sentido, Leach y Bogod³⁰¹ recomiendan que la planificación se inicie lo más pronto posible y, además, que se desarrolle un plan de sucesión por escrito (sugiriendo, aun sin nombrarlo, que se otorgue un protocolo), así como recabar la participación de agentes externos a la propia familia (por ejemplo, miembros del Consejo de Administración que no sean familiares) y, sobre todo, fijar una fecha para que se produzca la sucesión y respetarla (puesto que no es infrecuente que, llegada dicha fecha, el administrador que debe retirarse se muestre reticente a hacerlo). Por su parte, Lansberg³⁰² señala que las posibilidades de éxito en la transferencia de la empresa por parte de una generación a la siguiente mejoran de forma considerable cuando el proceso se prepara desde una etapa temprana y, de este modo, la familia empresaria se acostumbra a abordar la cuestión, siendo especialmente importante, para este autor, que todo ese trabajo de análisis se refleje, por escrito, en forma de protocolo.

No obstante, a pesar del consenso entre los expertos acerca de la necesidad de planificar la sucesión de forma ordenada y temprana, la realidad de la empresa familiar en España revela que son pocas las sociedades que

²⁹⁹ Todos los documentos sobre buen gobierno corporativo han tratado esta cuestión, recomendando que toda sociedad cuente con consejeros independientes, caracterizados como personas en los que concurran los tres factores siguientes: prestigio profesional, ausencia de conflicto de intereses y elección mediante mecanismos que nada tengan que ver con la proporción del capital (MATEU DE ROS CEREZO, R.: *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 236-23).

³⁰⁰ WARD, J.: *Cómo crear un consejo de administración en empresas familiares*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2004, págs. 46-47.

³⁰¹ LEACH, P./BOGOD, T.: *Claves de la empresa familiar*, edita: Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006, pág. 214.

³⁰² LANSBERG, I.: *Los sucesores en la empresa familiar*, Ediciones Granica, Buenos Aires, 2000, págs. 450-451 y 459.

siguen esa recomendación. Según un estudio realizado en 2005³⁰³, un 41,3% de las empresas familiares de nuestro país no tiene ningún tipo de planificación realizada, resultando que un 12,9% ni siquiera piensa que sea necesario todavía. Por otro lado, de las empresas que sí tienen algún tipo de planificación prevista (el 58,7% del total), sólo un 7,8% aseguran tenerlo todo previsto, mientras que un 36,9% únicamente se ha planteado la cuestión y ha recogido algunas ideas al respecto.

Parece, por tanto, que queda un largo camino a recorrer en la línea de conseguir que las empresas familiares planifiquen de modo adecuado cómo afrontar el reto de la sucesión –tanto en la propiedad como en la administración- entre sus distintas generaciones. A este respecto, el protocolo familiar se presenta como un instrumento muy útil –como expondremos en los capítulos siguientes-, si bien no puede interpretarse como solución en sí mismo³⁰⁴, sino como punto de partida para un mejor diseño de la arquitectura normativa que debe regular toda sociedad familiar, compuesta por reglas societarias (estatutos sociales y pactos extraestatutarios como el propio protocolo) e influenciada por reglas civiles (testamentarias y matrimoniales) que permitan asegurar que la sucesión al frente de la empresa, así como su gestión como tal y la de sus relaciones con la familia empresaria, se lleva a cabo de conformidad con lo consensuado por los socios y familiares³⁰⁵. De ello podemos deducir, en todo caso, que los problemas advertidos por los expertos de las ciencias empresariales, pueden encontrar solución –o un apoyo a la búsqueda de la solución- en herramientas de carácter netamente jurídico.

Todas estas reflexiones de carácter eminentemente empresarial tienen también su trascendencia en el aspecto jurídico. La planificación de la sucesión al frente de la empresa no es más, en definitiva, que un modo particular de ordenar, en sede societaria, una parte de la sucesión civil global del empresario. Por otro lado, el nombramiento de sucesores en el órgano de administración se regirá, *mutatis mutandi*, por las normas societarias y estatutarias procedentes y, en su caso, por las establecidas también por el protocolo. Siendo fundamental, por tanto, la vertiente jurídica, dedicaremos a la misma el epígrafe siguiente.

³⁰³ GIMENO SANDIG, A.(dir.): *Radiografía de la empresa familiar española: fortalezas y riesgos*, Fundación ESADE y FBK, Madrid, 2005, pág. 11.

³⁰⁴ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 669: el protocolo no puede concebirse como una “*solución universal*”, sino como una caja de herramientas con la que articular la regulación de la sociedad mediante los documentos más adecuados para cada cuestión.

³⁰⁵ Vid. apartado 4.2.

2.3.2. La perspectiva jurídica.

Si la sucesión es un problema desde el punto de vista empresarial, lo es también desde el punto de vista jurídico. Y ello es así, en buena medida, porque la normativa que regula la sucesión jurídica al frente de la empresa familiar (hablando generalmente en términos de transmisión *mortis causa*) fue concebida en su momento –y no se ha modificado en este aspecto- partiendo de la base de que el objeto de transmisión sería una comunidad de bienes y no una empresa³⁰⁶. Siendo por tanto la sucesión un problema común, tanto desde la perspectiva empresarial como desde la jurídica, no debe extrañarnos que la solución aportada en ambos terrenos sea igualmente coincidente: la planificación.

Al respecto, es muy importante tener presente que la planificación de la sucesión no es una cuestión que deba abordarse en el momento en que dicha sucesión vaya a tener lugar de una forma más o menos cercana en el tiempo³⁰⁷, sino que debe llevarse a cabo desde la constitución misma de la sociedad, a través de la elección del tipo más adecuado, y continuarse posteriormente tanto dentro como fuera de la misma, mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales o de testamentos concebidos para conseguir ejecutar con éxito esa sucesión³⁰⁸. Todo ello nos permite intuir ya –como más adelante confirmaremos- no sólo la importancia del protocolo familiar como elemento que recoja y aglutine toda esa planificación, sino también la necesidad de que lo que en el mismo se establezca se traslade también a los documentos más adecuados³⁰⁹, tanto en lo societario (estatutos) como en lo familiar (capitulaciones matrimoniales y testamentos).

En el marco de esa planificación, es fundamental la figura del administrador de la sociedad o, en su caso, del consejo al que dicha administración esté encomendada. En este sentido, resulta esencial que el administrador esté convencido de la necesidad de efectuar dicha planificación y, cuando sea el momento, afrontar el proceso de sucesión, siendo dicho convencimiento una *conditio sine qua non* para que el mismo dé comienzo y para

³⁰⁶ REYES LÓPEZ, M. J./FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 145; Vid. a este respecto, en el epígrafe 4.1.3.2 y en el apartado 4.1.3.3, la importancia que los derechos forales han otorgado tradicionalmente a la transmisión de explotaciones agrícolas.

³⁰⁷ Díez SOTO, C.: “La sucesión en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., págs. 312-313.

³⁰⁸ Vid. apartado 4.2.

³⁰⁹ Díez SOTO, C.: “El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica”, en SÁNCHEZ RUIZ, M.: *Régimen jurídico de...*, ob. cit., pág. 180; GALEOTE MUÑOZ, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.004; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 145-146; SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y...”, ob. cit., pág. 69.

que lo haga con unas mínimas garantías de éxito³¹⁰. Una vez sentada esta premisa, entiende que deben valorarse otras cuestiones, como por ejemplo decidir si se quiere realizar la sucesión o se prefiere vender la empresa, si conviene reorganizarla (mediante la creación de un holding o la escisión en distintas ramas de actividad) y, especialmente, como ya anticipábamos, disponer de un protocolo que organice todo el proceso y sirva de nexo entre empresa y familia.

El protocolo familiar es la respuesta, no única pero sí básica, que el Derecho puede ofrecer a los problemas de sucesión en la empresa familiar. Habiendo coincidido expertos en empresa y juristas en que la planificación es básica para gestionar estos procesos sucesorios, la aportación que el Derecho puede efectuar es la conversión de esa planificación en reglas, el establecimiento de mecanismos imperativos *inter partes* que permitan ejecutar lo planificado, siempre que así sea posible por su contenido y por su eficacia³¹¹.

Debemos advertir, sin embargo, que aunque el protocolo familiar y los demás documentos que lo desarrollen son en su conjunto, como normas regulatorias de la sociedad, la respuesta que el Derecho ofrece a las necesidades de la empresa familiar en lo relativo a sus procesos sucesorios, lo cierto es que la planificación estratégica y la planificación jurídica ni son elementos extraños el uno al otro ni, tampoco, uno sólo de ellos puede aportar verdaderas soluciones. Teniendo el problema una doble vertiente, debe tenerla también la solución, de modo que la planificación empresarial y la arquitectura normativa de la sociedad deben mantener en su gestación y aplicación una relación absolutamente simbiótica, de modo que los avances que se produzcan en un terreno beneficien también al otro³¹². No obstante, es preciso remarcar la absoluta necesidad de incorporar a la gestión de los procesos sucesorios de la empresa familiar los aspectos jurídicos pertinentes, ya que no siempre han estado presentes y, aún hoy, su incidencia no es todavía la que debería ser.

³¹⁰ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Empresa familiar y régimen sucesorio”, en CUADRADO, J.: *Empresa familiar y...*, ob. cit., págs. 90-91.

³¹¹ Vid. epígrafe 7.4.1.

³¹² Una interesante visión sobre el modo en que deben interrelacionarse los dos ámbitos lo encontramos en AMAT, J. M.: “El proceso de la...”, ob. cit., págs. 171-181.

3. El protocolo familiar: concepto y contenido

3.1. Concepto de protocolo familiar en la legislación española.

El legislador ha introducido en nuestro ordenamiento, a través del artículo 2.1 del RD 171/2007 la primera definición legal que del protocolo familiar se contiene en nuestro derecho positivo: “A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

La relevancia de esta definición casi justificaría por sí sola la promulgación de un Real Decreto que, por otro lado, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina³¹³, que considera que no ha cubierto satisfactoriamente las expectativas en su día generadas o que, por lo menos, no ha cumplido de forma suficiente el encargo que el poder legislativo efectuó al ejecutivo en la Disposición Final Segunda de la LSLNE³¹⁴, de la que cabía deducir precisamente la importancia que se le daba al protocolo familiar³¹⁵. Sea como fuere, y sin perjuicio del mayor análisis que del impacto del citado RD 171/2007 efectuaremos en el capítulo octavo, debemos destacar –a los efectos de lo que ahora tratamos– la importancia que ha tenido contar, por vez primera en el ordenamiento español, con una definición legal del concepto.

Y esta importancia ha sido doble, como seguidamente analizaremos. Por un lado, porque ha convertido el protocolo familiar en una figura *jurídica*, en tanto que lo ha reconocido como tal en nuestro derecho positivo, señalando de forma más o menos clara a qué nos estamos refiriendo cuando utilizamos este término, de modo que ha dotado de seguridad jurídica a un concepto que los operadores veían con el lógico recelo que siempre despierta aquello que se encuentra al margen de las normas legales vigentes. Por el otro, porque ha venido a definir esta figura en términos jurídicos, algo que no había sucedido con anterioridad³¹⁶, y rompiendo de este modo el monopolio de

³¹³ Especialmente severo se muestra FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 11-12.

³¹⁴ El ejecutivo tardó casi cuatro años en cumplir el mandato de las Cortes y, aun así, no satisfizo las expectativas depositadas por la doctrina y por los operadores. Vázquez de Sola Galindo ya advertía a finales de 2004, en plena tramitación del RD, cuando éste era tan sólo un borrador, que los mecanismos de “*publicidad restringida*” que preveía no parecían suficientes (VÁZQUEZ DE SOLA GALINDO, F. A.: “La pequeña reforma...”, ob. cit., págs. 312-316).

³¹⁵ La doctrina considera que el protocolo familiar ha adquirido una “*creciente importancia*” desde la promulgación de la LSLNE (GALAPERO FLORES, R./ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Régimen Jurídico...*, ob. cit., pág. 51).

³¹⁶ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., págs. 91-92.

otras ciencias que estudian este fenómeno y que lo habían revestido de unos tintes que poco o nada tenían que ver con sus características en términos de derecho.

Precisamente, analizaremos en este capítulo cuáles podríamos considerar los antecedentes de la figura, a través de las experiencias que otros ordenamientos han vivido al respecto con carácter previo a su introducción en España, destacando además –por su peculiaridad normativa- el tratamiento que el protocolo familiar recibe en el Principado de Andorra.

Veremos también cómo, debido al hecho antes apuntado de que el protocolo no nace como instrumento jurídico, sino como instrumento propio de las ciencias empresariales, se ha vivido un intenso debate conceptual acerca de su naturaleza, su utilidad y el modo en que debe realizarse. Debate que, sin estar todavía cerrado, ha ido avanzando paulatinamente hacia la convicción –detectada por los propios operadores destinatarios del protocolo- de que este documento debe revestir carácter jurídico³¹⁷ o, de lo contrario, adolecerá de una absoluta falta de eficacia.

3.1.1. Antecedentes de la figura.

El protocolo familiar es una figura jurídica relativamente reciente en nuestro ordenamiento (la primera norma que lo regula de forma expresa es el antes citado RD 171/2007). Nacido durante las dos últimas décadas del siglo XX en Estados Unidos, donde regula principalmente aspectos relacionados con la familia, se extendió posteriormente a Europa, donde se ha intentado vincularlo más a la empresa³¹⁸ y alejarlo un poco, de este modo, de la visión anglosajona de “*constitución de la familia*” a la que se refieren los estudiosos norteamericanos³¹⁹, quienes entienden que la planificación estratégica que la familia empresaria realiza mediante este documento merece esta calificación –ciertamente un tanto rimbombante- que establece, a su vez,

³¹⁷ Frente al hecho de que la empresa familiar es una realidad multidisciplinar, el protocolo familiar es mucho más limitado, porque “*parece que tiene una vocación de ser un acuerdo o compromiso como medio para organizar la empresa familiar y lograr que supere las generaciones; y ello se aproxima mucho a lo jurídico*” (GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 655).

³¹⁸ PÉREZ-FADÓN, J.J.: *La empresa familiar*..., ob.cit., pág. 41.

³¹⁹ LEACH, P./BOGOD, T.: *Claves de la empresa*...,ob. cit., pág. 116. También usa esta nomenclatura Hughes, que realiza una comparación entre la constitución familiar y la constitución política, especialmente la norteamericana (HUGUES, J. E.: *La riqueza de la familia empresaria*, Deusto, Barcelona, 2005, págs. 41-46). Otros autores que se refieren a la constitución familiar hablan, incluso, de “*proceso constituyente*” en la elaboración del protocolo (RODRÍGUEZ ZAPATERO, M./RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, M./RODRÍGUEZ ALCAIDE, J. J.: *Interpretación de la familia empresaria*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2010 pág. 228).

un paralelismo con la calificación de “*constitución de la sociedad*” que otros autores³²⁰, otorgan a su vez a los estatutos sociales.

Sin embargo, a pesar de que acabamos de situar el nacimiento del protocolo en un lugar y momento determinados, lo cierto es que resulta difícil desligar la figura en la forma en que hoy la conocemos de todos los antecedentes que, durante siglos, había sido ya objeto de estudio y debate en todo el mundo, por lo que difícilmente pueda atribuirse la paternidad de la idea ni a un periodo histórico concreto ni, tampoco, a una cultura jurídico-empresarial particular. Y es que, de igual modo que la empresa familiar es una realidad que ha estado presente en el tráfico mercantil desde tiempos muy remotos, la preocupación por resolver algunos de sus problemas particulares a través de normas reguladoras específicas es igualmente antigua.

A pesar de ello, lo que sí debe señalarse es que la plasmación de estas normas reguladoras en un documento que se asemeje a los estándares actuales de protocolo familiar sí aparece por primera vez, como se ha señalado, en las décadas finales del siglo pasado en Estados Unidos, donde se le dio el nombre de *Family Agreement* o *Family Constitution*³²¹, que puede definirse del modo siguiente: cuando una familia empresaria integra en un mismo documento exhaustivo los tres ámbitos principales que necesita regular –familia, dirección y propiedad- está creando una constitución familiar³²². Constitución familiar que se ocupa, por tanto, de los tres ámbitos a los que se refiere el modelo de los tres círculos³²³. Y es precisamente de la fuente de ese tipo de documentos de donde bebió nuestro ordenamiento para elaborar un modelo de protocolo familiar que equivale, a grandes rasgos, al *Shareholders Agreement*³²⁴ propio de la *Close Corporation* norteamericana³²⁵.

No obstante, dejando de lado la documentación de carácter más marcadamente jurídico-mercantil, el protocolo familiar llegó a España a través de las nuevas corrientes de las ciencias económicas y empresariales, importada por las firmas norteamericanas de consultoría, las cuales lo trajeron a Europa empezando por Francia, plataforma

³²⁰ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 348; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./VIGUERA RUBIO, J. M./DÍAZ MORENO, A.: “Constitución de la sociedad”, ob. cit., pág. 380.

³²¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 17-18.

³²² MONTEMERLO, D./WARD, J.: *The Family Constitution. Agreements to secure and perpetuate your family and your business*, Family Enterprise Publishers, Marietta (Estados Unidos), 2005, pág. 53.

³²³ TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of...”, ob. cit., pág. 201.

³²⁴ VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 38.

³²⁵ La *Close Corporation* responde al modelo de sociedad mercantil cerrada, por lo que se correspondería, *mutatis mutandi*, con nuestra sociedad de responsabilidad limitada: se caracteriza por un número reducido de socios, una ubicación geográfica determinada y las restricciones a la transmisión de sus participaciones (GÓMEZ MENDOZA, M.: “Cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las participaciones sociales en la sociedad cerrada estadounidense”, en IGLESIAS PRADA, J. L.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, ob. cit., págs. 1.884-1.885).

desde donde la trasladaron posteriormente a Italia y a nuestro país³²⁶. El hecho de llegar a Europa de la mano de las referidas firmas ha tenido sobre la génesis del concepto de protocolo una doble consecuencia: por un lado, ha llevado a que el mismo se concibiera de una forma muy poco jurídica; por el otro, ha determinado que el modelo de documento esté muy marcado por los criterios norteamericanos de gestión y organización de la empresa. Cabe destacar, además, que esta influencia norteamericana y, sobre todo, esta influencia de las ciencias empresariales, no se aprecia sólo en los momentos iniciales de implantación del protocolo en nuestro país, sino que aún a día de hoy sigue poniéndose de manifiesto, propiciando un debate conceptual que sigue vigente y que será objeto de análisis más adelante³²⁷.

Por ello, antes de entrar a abordar el referido debate, merece la pena detenerse en las distintas figuras de otros ordenamientos que han sido fundamentales para la configuración del protocolo que hoy conocemos, figuras que lo han marcado en ese recorrido que antes señalábamos que ha seguido hasta llegar al ordenamiento español.

3.1.1.1. Derecho anglosajón.

La importancia de la cultura jurídica y económica anglosajona es fundamental para entender el protocolo familiar y, en general, los estudios acerca de la empresa familiar. Y es que la literatura sobre la cuestión es esencialmente anglosajona, proveniente sobre todo de Estados Unidos, si bien en el terreno jurídico es en el que mayor influencia van teniendo los trabajos elaborados en otros países, cosa que no ocurre en el ámbito de las ciencias empresariales³²⁸.

Retomando la idea de que el protocolo ha nacido en el seno de la cultura jurídica anglosajona, es fundamental para su comprensión referirse al *trust*³²⁹, como figura clave en la rúbrica y regulación de acuerdos entre accionistas de una sociedad de capital. La importancia de esta figura se debe a que el *trust* –cuya utilidad preferente en el derecho anglosajón se halla en la ordenación de las sucesiones– constituye también un tipo especial de acuerdo entre socios, una forma particular de sindicato de voto.

³²⁶ GARRIDO DE PALMA, V. et al.: *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Cizur Menor, 1995, pág. 296.

³²⁷ Vid. apartado 3.1.3.

³²⁸ BIRHASHIRWA, A.: *L'entreprise familiale et son capital social*, Presses Universitaires de Louvain, Louvaine-la-Neuve (Bélgica), 2009, pág. 50.

³²⁹ El *trust* puede entenderse como una relación fiduciaria sobre la propiedad en la que quien tiene el título sobre esa propiedad tiene, a su vez, obligaciones para con una persona beneficiaria (CHECA MARTÍNEZ, M.: *El trust angloamericano en el derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pág. 7). La base de la figura es la fiducia, aplicable en sede de sociedades mercantiles a la agrupación de acciones en las manos del fiduciario.

Se trata de los llamados *Voting trusts*, mediante los cuales varios accionistas entregan sus certificados de acciones –y, con éstos, sus correspondientes derechos de voto- a un fiduciario, conocido como *trustee*, a fin de que se encargue éste de ejercer todos esos derechos de voto, para lo cual se le puede dar total libertad o, por el contrario, se le puede señalar el sentido del voto según la voluntad expresada por los constituyentes del *trust*³³⁰. Estos *Voting trusts* son, además, oponibles también a los terceros que adquieran acciones afectas a los mismos. Por este motivo, debe existir una copia de los mismos en el domicilio social y, consecuentemente, disponen de la publicidad suficiente como para vincular a esos nuevos adquirentes, cuyos derechos de voto quedarán sometidos a los designios del *trust*, no pudiendo el nuevo titular de las acciones apartarse de los mismos ni ejercer, por tanto, sus derechos de voto de forma personal y directa³³¹.

Cabe destacar por tanto la fuerza que estos *trusts* tienen en el derecho de sociedades anglosajón, mucho más intensa que la que el protocolo familiar, a día de hoy, tiene en el nuestro, en el que la oponibilidad a terceros adquirentes (e incluso frente a la propia sociedad) genera muchas dudas y en que la publicidad del documento no queda suficientemente garantizada, cuestiones que abordaremos ampliamente en el capítulo sexto y en el octavo, respectivamente.

Frente a esta figura puramente jurídica –no en vano el *trust* es una pieza clave del derecho anglosajón-, se yergue en la cultura empresarial norteamericana otra figura, de carácter más económico (o al menos más difícil de insertar en el plano jurídico) conocido como “declaración de misión de la empresa”. Se trata de un documento nada formalista que “define el negocio de la empresa y expresa la visión de la dirección sobre sus objetivos, fuerzas competitivas y estrategias de crecimiento”³³². Hay que dejar claro que la declaración de misión no es, por sí misma, un protocolo, si bien puede incluirlo, vinculando la consecución de los objetivos que se ha marcado a un conjunto de normas o criterios que definan la estructura de la propiedad de la sociedad (o composición de su capital social), la regulación del consejo de familia, la política de aplicación del resultado o las condiciones que los miembros de la familia deberán reunir para acceder a puestos de trabajo en la empresa.

En consecuencia, la declaración de misión será en algunos casos una mera declaración de principios recogida en unas pocas líneas, será en otros casos un documento financiero y, en algunos otros (que son los que más nos interesan a los efectos del presente estudio), será una exposición de objetivos cuya consecución quedará ligada al establecimiento y observancia de unas reglas del juego, de un

³³⁰ CHEESEMAN, H.: *Business Law*, Pearson Education, New Jersey, 2004, pág. 702.

³³¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 26-27.

³³² WARD, J.: *Cómo crear un consejo...* ob. cit., págs. 68 y 251-252.

protocolo de carácter contractual y obligacional, lo cual nos llevará por tanto a un documento de marcado carácter jurídico.

Esta declaración de misión se mantiene en el actual modelo de protocolo familiar y lo hace en los que se elaboran en España, aunque las declaraciones de principios que suele contener se configuran generalmente como una especie de preámbulo, como una parte expositiva que algunos autores llaman la *“axiología familiar”*³³³. Sin embargo –como veremos más adelante– no es ésta la parte fundamental ni imprescindible del protocolo, si bien haber constituido su génesis ha fomentado que haya resultado especialmente difícil convertir en un instrumento jurídico aquello que la cultura empresarial norteamericana no concibió inicialmente con ese carácter.

Pero el camino del protocolo familiar hacia nuestro ordenamiento difícilmente podría entenderse sin analizar las influencias previas que ha recibido en Europa. Al respecto, es interesante señalar que la cultura del protocolo familiar encajó muy bien con un derecho de sociedades como el norteamericano, *“caracterizado por un fuerte componente contractualista y de configuración judicial”*, pero necesitaba, para dar el salto a Europa, adaptarse a unos ordenamientos distintos, adecuándose al *“perfil institucional y normativo característico del régimen societario propio de los países europeos”*³³⁴. De ahí que sea preciso hacer un breve repaso de las influencias que la figura ha recibido de los ordenamientos francés e italiano, por cuanto éstas han resultado determinantes de cara a moldear el modelo de protocolo familiar que ha llegado al derecho español.

3.1.1.2. Derecho francés.

Aparte de los antecedentes en el ordenamiento anglosajón, es menester destacar también el importante papel que, en la evolución del protocolo, ha jugado la doctrina francesa, a la que cabe atribuir el mérito *“de haber sido la primera en advertir la posible diversidad negocial, la heterogeneidad, de lo-extraestatutario”*³³⁵, sin perjuicio de las notables aportaciones que la doctrina italiana ha efectuado también al respecto. De este modo, los juristas franceses rompían la tendencia, generalmente aceptada en los ordenamientos europeos³³⁶, de otorgar un valor muy residual, marginal incluso, a los pactos extraestatutarios, cuyo tratamiento ha sido siempre muy distinto del concedido a los estatutos sociales, aun cuando ambos acaban siendo en definitiva la recopilación de los acuerdos nacidos de la voluntad de los titulares del capital social.

³³³ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 666.

³³⁴ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 167.

³³⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 29-31.

³³⁶ Vid. epígrafe 6.2.2.

Dentro de este tipo de pactos, cabe destacar dos figuras. En primer lugar, el llamado *protocole d'accord*, mediante el cual los futuros accionistas establecen los acuerdos básicos preliminares para la constitución de la sociedad, acuerdos que acaban decayendo a favor de los estatutos sociales tras la constitución de dicha sociedad: *mutatis mutandi*, por tanto, nos encontraríamos ante un precontrato de sociedad. En segundo lugar, podemos referirnos al *pacte de famille*, que resulta ya la versión francesa de los protocolos familiares, fruto de la aplicación de los referidos estudios propios en el ámbito de lo parasocial a la figura de *Family Agreement* que en su momento fue importado del ordenamiento norteamericano. El *pacte de famille*, también conocido como *accord familial*, se concibe en la cultura francesa como un mecanismo para asegurar la sucesión al frente de la empresa familiar, a través del convenio entre una generación y la siguiente, si bien se entiende que “*tiene esencialmente un fundamento moral*”, en tanto que supone establecer a los hijos unas reglas de carácter ético para con la empresa³³⁷.

Asimismo, la empresa familiar francesa ha encontrado un modo particular de regular los procesos de sucesión, a través del llamado *contrat de fiducie* o contrato de fiducia, mediante el cual la generación saliente confía la gestión de la empresa durante un tiempo determinado, en forma de fiducia, a profesionales externos que, transcurrido ese plazo, la dejarán en manos de los sucesores. Este mecanismo permite “*paliar la ausencia de directivos familiares entre dos generaciones, o durante un periodo de fragilidad*”, evitando que la empresa se vea perjudicada –o incluso desaparezca– como consecuencia de la falta de sucesores preparados en el momento en que la generación precedente cede la administración social³³⁸, teniendo en cuenta además que los consejos de administración de las sociedades familiares francesas han venido siendo, en términos generales, órganos tradicionalmente cerrados, con una presencia casi unánime de miembros de la familia³³⁹, sin perjuicio de la eventual evolución que esto pueda experimentar como consecuencia de los avances en materia de buen gobierno auspiciados por la Unión Europea³⁴⁰.

Desde este punto de vista, la contribución francesa –recordemos que Francia fue el punto de penetración en Europa de la moderna cultura norteamericana del protocolo familiar– resulta esencial, puesto que ha permitido empezar a ver los pactos parasociales como un complemento útil (y no como un obstáculo o una amenaza) para la regulación de las sociedades y, más aún, para la regulación de un tipo peculiar de éstas, las de carácter familiar, cuyos elementos particulares no encuentran respuestas suficientes ni en las leyes ni, tampoco, en las posibilidades de pacto que se les permite adoptar en los estatutos sociales. Y es que las posibilidades que se les ofrecen en ambos

³³⁷ COLASSON, F.: *Le patrimoine professionnel*, Pulim, Limoges, 2006, pág. 353.

³³⁸ MELLERIO, O.: *Transmettre une entreprise familiale*, Eyrolles, París, 2011, pág. 27.

³³⁹ DUCHÉNEAUT, B.: *Les dirigeants de PME*, Maxima, París, 1996, pág. 177.

³⁴⁰ Vid. epígrafe 5.2.1.2.2.

campos acaban siendo, en definitiva, tasadas y reducidas, dejando en consecuencia un ámbito de autonomía de la voluntad demasiado limitado como para que permita cubrir las necesidades específicas de regulación de la empresa familiar.

Debe destacarse, en todo caso, que la legislación societaria francesa permite los órganos de administración de carácter dual, algo que no se ha introducido en nuestro ordenamiento sino de manera residual³⁴¹ y que podría revestir gran importancia en las empresas familiares, donde pueden coexistir –y es aconsejable que lo hagan– órganos societarios al uso y órganos *ad hoc* cuya función tendría carácter consultivo³⁴². Al respecto, cabe señalar que Francia introdujo mediante una Ley de 24 de julio de 1966, por influencia germánica, un sistema de administración de las sociedades anónimas de carácter dual, sobre la base de un Directorio (al que se encomendarían la gestión y representación de la sociedad) y un Consejo de vigilancia (con facultades de control y supervisión sobre el Directorio). Y aunque este modelo dual es de uso residual en el mercado francés, claramente dominado todavía por la tradición monista ³⁴³, entendemos que supone una habilitación normativa para que, al menos las empresas que así lo deseen, se acojan a un régimen que, a día de hoy, sólo puede utilizarse en España revistiendo forma de sociedad anónima europea (artículo 476 de la LSC).

Con todo, al igual que ocurre en nuestro país, la transmisión de las empresas familiares sigue viéndose en Francia como un problema no resuelto, existiendo un claro consenso entre la doctrina en el sentido de considerar que dicha transmisión se hace en proporciones mucho menores a la del resto de sociedades mercantiles, lo cual supone una grave amenaza para la economía gala, puesto que el 83% de sus empresas son familiares y su actividad representa el 60% de su PIB³⁴⁴.

3.1.1.3. Derecho italiano.

Al igual que el ordenamiento francés, el italiano ha concedido tradicionalmente una gran importancia al estudio de los fenómenos parasociales o extraestatutarios. De hecho, los estudiosos de la materia – a la que dedicaremos el capítulo sexto– señalan que el término de pacto parasocial lo acuñó el italiano Giorgio Oppo³⁴⁵ en su obra *I*

³⁴¹ Vid. epígrafe 2.1.2.4 respecto al estado actual de la cuestión en nuestro Derecho, así como el 5.2.3 respecto a posibles mejoras en sede de empresas familiares.

³⁴² Vid. apartado 5.2.2.

³⁴³ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “Una aproximación al modelo de administración de la sociedad anónima francesa”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del...*, tomo I, ob. cit., págs. 782-784.

³⁴⁴ MELLERIO, O.: *Transmettre une entreprise familiale*, ob. cit., págs. 17-18.

³⁴⁵ Así lo indican muchos autores: ALBELLA AMIGO, S.: “Régimen de publicidad de los pactos parasociales”, en URÍA, F. (coord.): *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones*

contratti parasociali, ya en 1942. Por lo tanto, siendo el protocolo familiar un tipo particular de pacto parasocial, como más adelante veremos, es evidente que la influencia del Derecho italiano es especialmente importante.

Y debe sumarse a ello, además, que el Código Civil italiano ha venido incorporando distintas reglas relativas a la empresa familiar y, también, al protocolo (*patto di famiglia*). Así, el referido Código tiene ya, desde el año 1975, una mención expresa a la empresa familiar, a la que su artículo 230 bis concede un tratamiento específico a la figura, tratamiento que no es suficientemente amplio a juicio de la doctrina³⁴⁶, pero que aborda cuestiones fundamentales como el régimen de transmisión *mortis causa* de la empresa, asegurando un derecho preferente para los miembros de la familia. El objetivo de esta figura es “*permitir la sucesión generacional en el vértice de la empresa familiar*”, evitando de este modo la fragmentación de los bienes o de las unidades productivas³⁴⁷.

Precisamente es en el ámbito de la sucesión en el que encontramos una definición de protocolo familiar efectuada por el legislador italiano respecto. Es la que se contiene en el artículo 768-bis de su Código Civil (dentro del Título IV del Libro II, dedicado a la división en materia sucesoria), precepto incorporado por la Ley 55/2006, de 14 de febrero): es un *patto di famiglia* el contrato con el que, en conjunción con las disposiciones de empresa familiar y respetando las distintas tipologías societarias, el emprendedor transfiere, en su totalidad o en parte, la empresa o las participaciones sociales a uno o más de sus descendientes³⁴⁸.

Interesa destacar del régimen legal italiano de protocolo familiar varios elementos que, a nuestro juicio, revisten gran trascendencia. Por un lado, los que derivan de la propia definición legal que acabamos de exponer; por otro, los que derivan de distintas reglas adicionales contenidas en el Código italiano; por otro más, los que derivan de su ubicación sistemática.

Por lo que respecta a la definición legal, debe destacarse por encima de todo que el legislador italiano no ha tenido reparo alguno en calificar a ese pacto familiar (o protocolo) de contrato (*contratto*), algo que el legislador español, pudorosamente, no se ha atrevido a hacer³⁴⁹, lo cual obliga necesariamente a estudiar su naturaleza jurídica,

de inversión colectiva, La Ley, Madrid, 2007, pág. 855; PAZ-ARES, C.: “El *enforcement* de...”, ob. cit., pág. 20.

³⁴⁶ AULETTA, G./SALANITRO, N.: *Diritto commerciale*, 18ª edic., Giuffrè Editore, Milán, 2010, pág. 16.

³⁴⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 1.036.

³⁴⁸ Como la traducción es propia, incorporamos a continuación la versión original del citado artículo 768 bis: “*È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolari di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti*”.

³⁴⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 12.

como haremos en el capítulo séptimo. En todo caso, se aprecia que el *patto di famiglia* se configura así como “una categoría negocial típica, nueva y nominada”³⁵⁰, sin perjuicio de la utilidad que para su estudio pueda tener analizarla en relación con otros negocios jurídicos con los que pueda guardar cierta relación, como la donación o el testamento.

Es importante igualmente advertir la mención al emprendedor (*imprenditore*), término que podríamos asimilar al de fundador, figura que se entiende que justifica la previsión legal respecto al pacto³⁵¹. Debe señalarse, por otro lado, que aunque la dicción del precepto se refiera a la transmisión de participaciones, debe entenderse que va mucho más allá, por cuanto al fundador no sólo interesa transmitir esas participaciones sino, también, “transmitir ideología y valores, es decir los bienes inmateriales, que determinaron las decisiones de la empresa y su éxito económico”³⁵².

Asimismo, es fundamental destacar que este tipo de contrato está sujeto a unos límites que no puede traspasar: el necesario respeto a las normas legales del tipo social que corresponda. Así lo remarca la doctrina, para la que resulta evidente que el *patto di famiglia* no sólo no puede contravenir la legalidad del tipo sino, tampoco, el contrato de sociedad³⁵³. Por tanto, podemos deducir de ello que no sólo es necesaria la observancia de las normas legales tipológicas, sino también la configuración consensual propia de la sociedad.

Por lo que respecta a las reglas adicionales, es preciso destacar en primer lugar que se exige que el pacto conste en escritura pública (artículo 768 ter), cuestión relevante de cara a garantizar su exactitud y generar por tanto garantías entre sus firmantes. El incumplimiento de esta obligación se sanciona con la nulidad del pacto.

En segundo lugar, el artículo 768 *sexies* regula el efecto del *patto di famiglia* frente a determinados terceros, al establecer un derecho de adquisición preferente a favor de los legitimarios del empresario transmitente que no fueran partícipes del protocolo: dichos legitimarios tendrán derecho, frente a los firmantes del pacto, a hacer suyas las participaciones sociales pagando su precio³⁵⁴. Se trata de una regla curiosa que, aun estableciendo una prioridad de la regulación sucesoria sobre la contractual del protocolo, la establece a favor de los legitimarios, de lo que se deduce que, en

³⁵⁰ VARCHETTA, G.: “Successione dell’impresa e successione dell’imprenditore”, en VARCHETTA, G./MAZZALI, F./FIANDRI, M.: *La successione de l’imprenditore. Patto di famiglia tra conferme ed alternative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010, pág. 131.

³⁵¹ GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, A.: *La successione per causa di morte*, UTET Giuridica, Milán, 2009, pág. 41.

³⁵² CAFARO, R.: *Il patto di famiglia. Teoria, prassi, normativa*, Haley, Matelica, 2007, pág. 8.

³⁵³ PALAZZO, A./MAZZARESE, S.: *I contratti gratuiti*, UTET Giuridica, Milanofiori, 2008, págs. 296-297.

³⁵⁴ La doctrina echa en falta, para este tipo de situaciones, la existencia de métodos valorativos de las participaciones en la propia regulación legal (BALDUCCI, D.: *La valutazione dell’azienda*, 9ª edic., Edizioni Fag, Milán, 2006, pág. 502).

definitiva, permite que la empresa siga en manos de la familia³⁵⁵. Asimismo, el objetivo del legislador con esta medida ha sido conjugar una cuestión de derecho sucesorio con la salvaguarda de los intereses del *imprenditore* de asegurar una continuidad al frente de la compañía que no resultase aleatoria y, por tanto, peligrosa para su futuro³⁵⁶.

En tercer lugar, en lo relativo a cuestiones meramente operativas, se prevé ya legalmente un mecanismo de modificación del protocolo, que deberá efectuarse por todos sus firmantes y ante notario (artículo 768 *septies*), así como un sistema de resolución de controversias de carácter arbitral (artículo 768 *octies*), por entender que las especiales particularidades de la empresa familiar justifican y aconsejan acudir a un procedimiento que permita resolver los conflictos en el plazo de tiempo más breve posible³⁵⁷.

Finalmente, por lo que respecta a su ubicación sistemática, cabe destacar que el legislador italiano no ha situado las referencias al protocolo familiar en normas mercantiles, sino en el Código Civil y, dentro de éste, en el apartado concreto de derecho sucesorio, tal y como antes hemos indicado. Para un sector de la doctrina³⁵⁸, esta ubicación es incorrecta, por cuanto el *patto di famiglia* no puede entenderse como una mera ordenación sucesoria de carácter contractual, sino que debe ser objeto de un tratamiento más amplio, como más amplio también es su objeto. Sin embargo, otro sector³⁵⁹ asemeja este pacto a una donación, por cuanto entiende que es éste el tipo de negocio jurídico celebrado entre el *imprenditore* y el sucesor que recibe las participaciones sociales³⁶⁰, razón por la cual entiende que la operación debería completarse con otras previsiones legales acerca de dicho negocio, como por ejemplo la presencia de testigos en el momento de su otorgamiento. Y hay incluso otros autores³⁶¹ que apuntan una diferencia esencial entre donación y *patto di famiglia*, como es el carácter más reducido de los posibles beneficiarios del segundo, que deben ser descendientes del transmitente, frente a la mayor ductilidad del primero, a través del cual la sociedad podría pasar a manos de cualquier tercero. Y eso hace que el *patto di famiglia*, por su carácter restringido, resulte especialmente interesante en el seno de las empresas familiares.

³⁵⁵ El mecanismo a seguir se describe en IMPROTA, D.: *Manuale giuridico dell'imprenditore*, Halley, Matelica, 2007, pág. 152.

³⁵⁶ CAFARO, R.: *Il patto di famiglia...*, ob. cit., pág. 78.

³⁵⁷ BUONFRATE, A.: "Conciliazione nelle controversia del patto di famiglia", en BUONFRATE, A./GIOVANNUCCI ORLANDI, C.: *Codice degli arbitrate delle conciliazioni e di alter ADR*, UTET Giuridica, Milán, 2006, pág. 329.

³⁵⁸ GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, A.: *La successione per...*, ob. cit., pág. 41.

³⁵⁹ CAFARO, R.: *Il patto di famiglia...*, ob. cit., pág. 94.

³⁶⁰ En la misma línea, Volpe apunta que ambos negocios coinciden en lo esencial: la gratuidad de la atribución y el carácter libre del acto (VOLPE, F.: *Patto di famiglia. Artt. 768 bis-768 octies*, Giuffrè Editore, Milán, 2012, pág. 117.

³⁶¹ VARCHETTA, G.: "Successione dell'impresa...", ob. cit., pág. 79.

No obstante, a diferencia por ejemplo de la idea extensiva de miembros de la familia a la que se refiere nuestra legislación (RD 171/2007), la italiana reduce mucho esa idea, de modo que sólo alcance a los descendientes directos del transmitente: esto significa que no pueden transmitirse las participaciones, por esta vía, ni a cónyuges, ni a ascendientes, ni a hermanos, lo cual conlleva que, en caso de no tener descendientes, no se puede recurrir a esta figura³⁶².

3.1.2. El protocolo familiar en otros ordenamientos.

Al margen de las influencias anglosajonas, francesas e italianas a las que nos hemos referido en los epígrafes anteriores, puede resultar interesante también analizar qué tratamiento reciben las figuras afines a nuestro protocolo familiar en distintas legislaciones de nuestro entorno. Nos fijaremos en dos de ellas: por un lado, en el marco normativo de la Unión Europea; por el otro, en la legislación andorrana.

El primero de estos ordenamientos, el comunitario, adolece como veremos de una absoluta falta de regulación del protocolo familiar, como resulta lógico si se tiene en cuenta que apenas hay normas específicas destinadas a la empresa familiar como tal. Aun así, merece la pena analizarlo por dos motivos. En primer lugar, por su importancia como marco legislativo común en el que se halla inserto el español, que acabará por tanto, algún día, trasponiendo las normas que, en forma de Directivas, adopte el legislador comunitario, así como aplicando directamente aquellas otras que se formulen como Reglamentos. Y en segundo lugar porque, a pesar de la falta de regulación positiva, existen varios documentos orientativos, elaborados en el ámbito de la Comisión Europea que pueden resultar interesantes de cara a ilustrar nuestro objeto de estudio.

Por lo que respecta al segundo de los ordenamientos que analizaremos, el andorrano, su inserción en este trabajo puede a priori resultar extraña, pero está del todo justificada: como veremos, contiene una regulación del protocolo familiar y, de modo más amplio, de los pactos parasociales, que bien merece un breve análisis.

³⁶² VOLPE, F.: *Patto di famiglia...*, ob. cit., pág. 32.

3.1.2.1. El marco de la Unión Europea.

La Unión Europea no ha regulado de forma específica las cuestiones que afectan a la empresa familiar como tal, sino que ha tendido más bien a elaborar normativas y recomendaciones para las pequeñas y medianas empresas, documentos que, a falta de directrices más específicas, son los que deben servir de guía para las sociedades familiares, teniendo en cuenta además que la mayoría de los problemas con los que topan las pymes son, en definitiva, los mismos que deben afrontar las empresas familiares, especialmente en lo que se refiere a la sucesión al frente de las mismas³⁶³.

Esta vinculación que la Unión Europea realiza entre pymes y empresas familiares se manifiesta, en el Derecho Comunitario, en el hecho de realizar las primeras menciones legales al concepto de protocolo familiar en el ámbito de la regulación de las pymes, concretamente, en la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, y en la Comunicación de la Comisión sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas de 28 de marzo de 1998.

Dicha Comunicación considera a los protocolos familiares como una forma de favorecer la continuidad de la empresa, resolviendo en parte los problemas derivados del proceso de sucesión en la misma, señalando que *“se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado número de normas de gestión de una generación a otra”*. A pesar de ello, la Comunicación lamenta que se trate de una solución menor para evitar las consecuencias derivadas de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión que se mantienen vigentes en varios estados miembros, concretamente Italia, Francia, España, Bélgica y Luxemburgo. Aun cuando la Comunicación reconoce la utilidad del protocolo en esta línea (haciendo mención expresa a su uso en Francia y en España), recomienda a los estados en cuestión que se planteen decididamente la posibilidad de autorizar los pactos sobre la herencia futura, por cuanto *“esta prohibición complica innecesariamente la gestión del patrimonio”* y el protocolo familiar, por lo tanto, acaba resultando una solución menor que no resuelve enteramente el problema de la referida prohibición³⁶⁴, cuyos efectos se advierten de manera expresa en el caso de las empresas familiares³⁶⁵. No obstante, en el caso de Cataluña, como veremos en el epígrafe más adelante³⁶⁶, la reforma de la legislación sucesoria operada en 2008 ha abierto la puerta a ese pacto sucesorio al que siguen resistiéndose todavía otros ordenamientos.

Por otro lado, aun no siendo un texto legislativo, debe resaltarse por su importancia el Informe del grupo de expertos de la Comisión Europea acerca de las

³⁶³ LÓPEZ-MEDEL, M.: “Política de PYME y empresa familiar en la Unión Europea”, en CUADRADO, J. et al: *Empresa familiar y...*, ob. cit., págs. 24-25.

³⁶⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 35.

³⁶⁵ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “Notas sobre el...”, ob. cit., pág. 1.058.

³⁶⁶ Vid. epígrafe 4.1.3.1.

cuestiones relevantes en sede de empresas familiares: *Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, networks, policy measures and existing studies*³⁶⁷. En lo relativo al protocolo familiar, merece la pena destacar la mención que efectúa a distintos países, entre ellos España: “Un ejemplo notable es el “Contrato Familiar” publicado por la Cámara de Industria de Ankara (Turquía), el cual claramente describe los potenciales problemas que las empresas familiares pueden tener que afrontar y propone soluciones para mitigar el impacto negativo de estos problemas en la continuidad del negocio. Otros países con prácticas relevantes en el terreno son Italia, Austria, Bélgica y España. Otro ejemplo interesante se encontró en España: algunas regiones (por ejemplo el gobierno autonómico de Valencia) proporciona apoyo financiero (para cubrir los costes de consultores especializados) a las compañías que quieran desarrollar protocolos familiares”.

Estas cuestiones las había abordado ya un estudio anterior, elaborado en el año 2008 por el Instituto Austríaco de Investigación de Pequeña y Mediana Empresa a instancias de la Comisión Europea, el *Overview of Family Business Relevant Issues*³⁶⁸. Entre las cuestiones apuntadas por dicho estudio, destacaban las novedades que venían introduciéndose en distintos ordenamientos de la Unión para dar respuesta a algunas de las necesidades de las empresas familiares. A modo de ejemplo, destacaba los siguientes: la Ley de Regulación de Comercio de Austria de 1994, que facilitaba la continuidad de un negocio –sin exigir determinados requisitos generales- en caso de que fueran la esposa o los hijos de su fundador quienes lo continuasen; también en Austria, la legislación comercial de 1997 permitió un horario más amplio para aquellas tiendas en las que sólo trabajasen tres personas de una misma familia; en Luxemburgo se permitía la continuidad del negocio por parte de la cónyuge o un ascendiente por 3 años sin contratar a una persona cualificada, elevando hasta 5 años el plazo en caso de que los sucesores fueran descendientes o hermanos, con la condición de adquirir la cualificación profesional necesaria durante ese periodo; en Francia, la reforma de la legislación de sucesiones introducida por la Ley de 23 de junio de 2006 introducía la posibilidad –hasta ese momento vedada- de alcanzar pactos sobre la herencia. De forma indirecta, el estudio consideraba también medidas favorecedoras de la empresa familiar la Ley de Compañías de Noruega de 1997 y la LSRL española, en su modificación de 2003, en el sentido ambas normas de permitir la creación de participaciones sin derecho a voto.

Pero sin perjuicio de los estudios analizados y de la importancia que los mismos puedan tener de cara a orientar a los legisladores de los distintos estados miembros, lo cierto es que tanto la empresa familiar como, sobre todo, su protocolo, no

³⁶⁷ El estudio se encuentra disponible en versión electrónica en el enlace siguiente: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/family_business_expert_group_report_en.pdf.

³⁶⁸ El estudio está disponible en versión electrónica en el enlace siguiente: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/craft/family_business/doc/familybusiness_study_en.pdf.

han sido por el momento objeto de tratamiento específico en términos de creación de normas por parte del legislador comunitario, teniendo en cuenta sobre todo que la Unión Europea se ha distinguido por recomendar especialmente a las empresas familiares preparar adecuadamente sus procesos de sucesión³⁶⁹. Por este motivo, se echa especialmente en falta una directiva de armonización de las distintas disposiciones mercantiles de los diversos estados miembros sobre la empresa familiar, armonización que sin duda favorecería a este tipo de sociedades³⁷⁰.

Debe señalarse que ya hubo un intento en este sentido, al encargar la Asociación Europea de Sociedades Familiares un documento de trabajo que se acabó plasmando en un *Borrador de Propuesta de Directiva sobre armonización de disposiciones legales en materia de Sociedad Familiar*, si bien dicho borrador no acabó plasmándose en la aprobación de Directiva alguna³⁷¹, de modo que se mantiene la carencia de una regulación comunitaria de la empresa familiar y sus particularidades.

3.1.2.2. El caso particular del Principado de Andorra.

El Principado de Andorra es uno de los estados que ha incorporado en su legislación una mención específica al protocolo familiar. Lo hizo con la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 18 de octubre, de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, que venía a sustituir la normativa societaria hasta ese momento vigente, que era el Reglamento de Sociedades Mercantiles de 19 de mayo de 1983. La introducción del concepto de protocolo familiar en la legislación andorrana, por tanto, llegó pocos meses después de que el mismo se introdujera en la española a través del RD 171/2007 y se contiene en el artículo 10 de la citada Ley 20/2007, cuyo tenor literal es el siguiente: *“Los socios que tengan vínculos familiares entre sí pueden otorgar un protocolo familiar. Sin perjuicio de los demás pactos y otorgamientos que pueda contener el protocolo familiar, aquellos que regulen las relaciones entre los socios familiares y una o varias sociedades tendrán la consideración de pacto parasocial. Su alcance no tendrá ninguna otra limitación que las que se deriven de la legislación vigente”*³⁷².

³⁶⁹ SÁNCHEZ-CRESPO, A.J. / BELLVER SÁNCHEZ, A./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.: *La empresa familiar...*, ob. cit., pág.22.

³⁷⁰ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Protocolo familiar y pactos sucesorios”, en *Indret*, nº 3/2007, pág. 9.

³⁷¹ DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Pecvnia*, nº 12/2011, pág. 5.

³⁷² Como la traducción es propia, transcribimos a continuación el precepto en su lengua original: *“Els socis que tinguin vincles familiars entre ells poden atorgar un protocol familiar. Sense perjudici dels restants pactes i atorgaments que pugui contenir el protocol familiar, aquells que regulin les relacions entre els socis familiars i una o vàries societats tindran la consideració de pacte parasocial. El seu abast no tindrà cap més limitació que les que es derivin de la legislació vigent”*.

La definición no es aparentemente muy clara, si la comparamos con la contenida en el RD 171/2007, en el que nuestro legislador lleva a cabo una descripción más clara de los sujetos y del objeto del protocolo. Sin embargo, entendemos que el citado precepto de la Ley 20/2007 reviste gran importancia por distintas razones.

En primer lugar, porque califica de forma clara al protocolo como un tipo específico de pacto parasocial. Esta mención expresa, contenida en una norma legal positiva, no existe en nuestro ordenamiento, razón por la cual ha sido una cuestión que ha precisado del análisis de la doctrina y a la que dedicaremos el capítulo sexto del presente trabajo.

En segundo lugar, debe destacarse la ubicación sistemática del precepto, que se enmarca en la norma básica de derecho societario andorrano, situación muy distinta a la que se produce en España (donde se encuentra en un RD destinado a una cuestión muy específica y no en la LSC, que vendría a ser nuestro equivalente a la Ley 20/2007) o en Italia (donde se encuentra en el Código Civil en relación al derecho de sucesiones). Esta ubicación no es además casual, sino que obedece a la firme voluntad del legislador andorrano –que se aprecia en ésta y en otras normas³⁷³- de dar respuesta a la problemática específica de la empresa familiar³⁷⁴. Se trata de una preocupación lógica por parte del legislador, debido a la idiosincrasia propia del Principado, por cuanto *“la influencia que la empresa familiar tiene en un Estado de pequeñas dimensiones como el Principado de Andorra es todavía más importante, pues los efectos, en positivo o en negativo, son más inmediatos y trascendentales”*³⁷⁵.

En tercer lugar, aunque sea la cuestión seguramente más trascendente, la regulación del protocolo familiar en Andorra es importante porque la dota de mayor eficacia de la que tiene en otros ordenamientos, al permitir que alcance cierta oponibilidad frente a terceros y, en particular, frente a la sociedad. Es necesario para ello acudir al artículo 11 de la Ley 20/2007, referido a los pactos parasociales, en el que se contiene la siguiente regla: *“Los pactos parasociales sólo serán oponibles a la sociedad o a terceras personas si les han sido notificados y los han aceptado expresamente”*³⁷⁶.

El problema de la inoponibilidad de los pactos parasociales a la mercantil sobre la que pretenden proyectar sus efectos será ampliamente abordado en el capítulo sexto

³⁷³ Es el caso de la Ley 15/2004, de 3 de noviembre, de incapacitación y organismos tutelares, cuyo artículo 31.1 prevé que se pueda constituir un consejo de tutela para la gestión de aquella empresa familiar de la que forme parte el tutelado.

³⁷⁴ BARTUMEU MARTÍNEZ, I.: *Empresa familiar i successió en l'ordenament jurídic del Principat d'Andorra*, Empresa Familiar Andorrana, Andorra la Vella, 2008, pág. 14.

³⁷⁵ TÀPIES, J./ROMANCES, J. M./UKOLOVA, E./TOMÀS I REIG, J./DESTRÉE, R.: *“Internacionalización de la empresa familiar andorrana”*, Working Paper, Estudio-83, IESE Business School – Universidad de Navarra, Barcelona, 2006, pág. 6.

³⁷⁶ Transcribimos a continuación el fragmento reproducido del precepto en su lengua original: *“Els pactes parasocials només seran oposables a la societat o a terceres persones si els han estat notificats i els han acceptat expressament”*.

y, sin duda, es uno de los principales problemas de eficacia jurídica del protocolo tanto en España como en otros países. Sin perjuicio de que profundizaremos en ello más adelante, puede apuntarse ya desde este momento que un pacto parasocial, debido a su naturaleza contractual, sólo goza de eficacia *inter partes* y nunca será oponible a la sociedad³⁷⁷. Por lo tanto, no existe modo alguno de que un pacto parasocial se haga valer en España para sustentar, por ejemplo, la impugnación de acuerdos sociales adoptados en contravención del mismo, por cuanto no tiene dicho pacto el mismo rango que los estatutos sociales.

Ahora bien, en el caso andorrano, la Ley 20/2007 introduce un avance significativo respecto a otros ordenamientos por cuanto, aun existiendo todavía en Andorra problemas de eficacia de los pactos parasociales, la comunicación de los mismos a la sociedad (interpretación *sensu contrario* del precepto citado), así como su aceptación por parte de ésta, les permiten serle oponibles, siempre que tanto la comunicación como la aceptación sean expresas³⁷⁸.

Consideramos, por tanto, que el legislador andorrano ha establecido un mecanismo de eficacia intermedio entre los dos ámbitos que clásicamente se han venido barajando, entre la eficacia *inter partes* del mero contrato y la eficacia *erga omnes* de los estatutos sociales (derivada de su publicidad registral). Se trata de una eficacia que sólo alcanzará a determinados terceros –los que reciban notificación del protocolo y lo acepten-, pero que alcanzará a un tercero muy relevante: la sociedad. Y esta eficacia frente a la sociedad es, precisamente, uno de los grandes retos del protocolo en ordenamientos como el español, en el que se echa en falta por tanto una regla similar a la que se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 10 y 11 de la Ley 20/2007 del Principado de Andorra.

3.1.3. Debate conceptual.

Hemos realizado un breve repaso por las distintas culturas jurídicas que han tenido una influencia más notable sobre el protocolo familiar, tal y como lo concibe hoy nuestro ordenamiento. Sin embargo, es preciso reiterar que el protocolo (como la empresa familiar en su conjunto) no ha recibido únicamente influencias jurídicas, sino también de otras disciplinas. Y es que, tal y como señalábamos al principio de este

³⁷⁷ CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales mercantiles*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, pág. 342.

³⁷⁸ BARTUMEU MARTÍNEZ, I.: *Empresa familiar i...*, ob. cit., págs. 87 y 89.

capítulo, no nació de hecho en el seno de las ciencias jurídicas, sino en el de las empresariales³⁷⁹.

Esta marca de nacimiento se ha seguido apreciando en el resto de la andadura del protocolo y, así, cabe destacar que la introducción de la figura en nuestro ordenamiento no se ha realizado por la vía de la doctrina legal, sino por la vía de las ciencias económicas y empresariales. Por este motivo, aun cuando podemos definir el protocolo familiar desde el punto de vista jurídico, y aun cuando disponemos incluso de una definición legal –la del RD 171/2007 que encabezaba este capítulo y que más adelante analizaremos–, es importante abordar inicialmente el concepto desde el punto de vista de las ciencias empresariales. En primer lugar, porque fueron éstas las que lo introdujeron en España y, en segundo, porque esta primera aproximación de carácter económico es la base sobre la que se ha construido después el concepto jurídico. Además, esta visión de los aspectos más empresariales o económicos del protocolo nos servirá, con posterioridad, cuando hayamos estudiado la figura desde el punto de vista estrictamente jurídico, para apreciar el debate que existe alrededor de qué debemos entender, en definitiva, por protocolo familiar.

Este debate hace que algunos autores se planteen, de entrada, la existencia de dos grandes categorías de protocolos familiares, dicotomía que es fruto de un doble enfoque: el jurídico, por un lado, y el familiar-empresarial, por el otro, según la distinción que de los mismos establece Amat³⁸⁰ en el caso de España. Para este autor, cuya disciplina son las ciencias empresariales, hay un tipo de protocolo familiar determinado, el jurídico, que se encuentra muy influenciado por la tradición jurídica normativa española, como consecuencia de lo cual se trata de un documento de estructura similar a los estatutos sociales, teniendo como objetivo que la empresa pueda *“contar con un documento que regule y controle las conductas familiares, tratando de evitar con cláusulas legales conductas de riesgo que pueden producirse en una familia empresaria”*.

Naturalmente, este tipo de protocolo es el que más se ajusta a la noción legal del mismo con la que más adelante trabajaremos. Sin embargo, denuncia Amat el riesgo de que se quede en *“papel mojado”* y parece por ello preferir apostar por el segundo tipo de protocolo, el derivado del enfoque familiar-empresarial, en el que hay poca incidencia de los aspectos normativos y jurídicos, abogando más por *“el diálogo, y la construcción de la unidad y el compromiso familiar”*. Como resulta evidente, este segundo enfoque está muy alejado del primero, del jurídico, al introducir en su formulación conceptos más

³⁷⁹ A pesar de que empezó a desarrollarse en Estados Unidos en los años 80 del pasado siglo (nos remitimos a lo expuesto en el apartado 3.1.1), es a partir de los años 90 cuando penetra al ámbito jurídico español (DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 315).

³⁸⁰ AMAT, J.: “Modelos de protocolos familiares (I). El protocolo familiar-empresarial”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 105-106.

éticos o morales que no legalmente obligacionales, como es el caso de “diálogo”, “unidad” o “compromiso”³⁸¹.

Desde nuestro punto de vista, el riesgo y la solución a los que se refiere Amat deben interpretarse precisamente en el sentido inverso al que este autor los plantea. Al respecto, la existencia de “cláusulas legales” es precisamente el único modo de evitar que el protocolo acabe siendo un “papel mojado”, riesgo que resultará mucho mayor si, como sugiere Amat, el documento se centra en los aspectos más morales y los menos jurídicos, debido precisamente a la imposibilidad de perseguir o forzar su cumplimiento.

También Vicent Chulià³⁸², desde la doctrina jurídica, incide en la existencia de varios tipos de protocolos según cuál sea su grado de obligatoriedad, de fuerza ejecutiva, yendo desde aquél que tiene un mero carácter moral de pacto de caballeros hasta aquel otro que constituye un verdadero contrato, cuya capacidad vinculante afectará a todos sus firmantes (efecto *inter partes*) y, mediante la oportuna publicidad registral, resultará plenamente oponible a terceros (efecto *erga omnes*)³⁸³.

Por ello, para sentar las bases del debate entre ambas concepciones, podemos partir en primer lugar de aquellas definiciones de protocolo familiar que resultan más alejadas del lenguaje jurídico para ir, posteriormente, aproximándonos a formulaciones que tengan más que ver con la definición legal de esta figura, contenida en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula su publicidad, y que más adelante analizaremos con detenimiento, en el capítulo octavo.

3.1.3.1. El protocolo moral o no jurídico.

Una de las definiciones de protocolo familiar más alejada del lenguaje jurídico que podemos encontrar es la que nos ofrece Gallo³⁸⁴, para quien se trata de “un conjunto de principios orientados a desarrollar el “amor” de los miembros de la familia por el proyecto empresarial común, y un conjunto de reglas destinadas a desarrollar la “confianza” de unos en otros y en la forma como se está gobernando y dirigiendo la empresa familiar”. Si bien es cierto que el propio Gallo manifiesta la necesidad de que el protocolo contenga reglas cuyo cumplimiento, en tanto que tales, debe ser obligatorio, resulta evidente que la referencia a conceptos como el “amor” o la “confianza” nos sitúa en un plano muy

³⁸¹ Términos al que la doctrina de las ciencias empresariales recurre a menudo al hablar del protocolo. Vid. GALLO, M. A./TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido de los protocolos familiares”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 81-82.

³⁸² VICENT CHULIÀ, F.: “Organización jurídica de...”, pág. 38.

³⁸³ Vid. apartado 8.1.2 en relación a los efectos de la publicidad registral sobre el protocolo.

³⁸⁴ GALLO, M.A./TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido...”, ob. cit., págs. 81-82.

alejado del propio del Derecho, sin perjuicio de determinadas excepciones³⁸⁵. Difícilmente en el protocolo se van a poder vincular las normas concretas con estos objetivos y, menos aún, la eventual comprobación de que el seguimiento de las primeras ha permitido alcanzar los segundos, por ser éstos unos conceptos totalmente indeterminados e indeterminables en el campo del Derecho, si es que lo son en algún otro.

Se deduce, de las palabras de Gallo, la apuesta por un documento de buenas intenciones antes que por un documento con eficacia jurídica plena. Apuesta el citado autor por un protocolo en el que se oriente, se eduque, se apele al sentimiento familiar, pero sin que ello se traduzca en unas normas directamente exigibles que contengan, además, como necesario refuerzo a su capacidad coercitiva, las necesarias consecuencias sancionadoras que se deberían derivar de su incumplimiento. Es por ello que, siguiendo esta misma línea argumental, algunos otros autores consideran que *“el Protocolo tiene, sobre todo, un carácter moral”*, como destaca Martínez³⁸⁶, para quien este documento refleja *“el compromiso que asumen los familiares en pos de la armonía de la familia y el buen gobierno de la empresa familiar”*. Observamos, por tanto, que la dialéctica sigue teniendo un carácter moral y hasta moralizante, si se nos permite la expresión, carácter que está, en todo caso, completamente alejado del lenguaje habitual de las ciencias jurídicas, mucho más basado en la estructura axiomática del sentido de las normas y de las consecuencias de su aplicación.

También en una línea de pensamiento muy poco jurídica todavía, Zugaza Salazar³⁸⁷ se refiere al protocolo familiar como un *“acuerdo de voluntades consensuado y unánime desarrollado entre los miembros de una familia y la empresa familiar que haga posible la aparición de un código de conducta que regule las relaciones entre ambas”*. Como podemos advertir, alude el autor a la necesidad de un *“acuerdo de voluntades”* –elemento básico para el establecimiento de un contrato (categoría jurídica que muchos autores otorgan al protocolo)³⁸⁸- y también al concepto de *“código”*, como conjunto vinculante de normas. A pesar de ello, sigue sin profundizar en la vertiente jurídica de estos elementos, por cuanto considera que el objetivo que persigue el protocolo tiene un carácter más bien educacional sobre los miembros de la familia empresaria, reduciendo

³⁸⁵ El concepto de amor aparece en contadas excepciones en el mundo del Derecho, como por ejemplo el *affectio maritalis* entre cónyuges. La confianza es un concepto más extendido, como consecuencia de su importancia en el tráfico mercantil.

³⁸⁶ MARTÍNEZ, J.: “Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 62.

³⁸⁷ ZUGAZA SALAZAR, J.M.: “Orientaciones para elaborar un protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 72.

³⁸⁸ Aunque nos referiremos a ello de forma específica en el apartado 7.1, podemos adelantar ya que compartimos la opinión de que el protocolo es, jurídicamente, un contrato. Al respecto, el *acuerdo de voluntades* es un elemento esencial para apreciar su existencia (PUIG FERRIOL, L.: voz “Contrato”, en MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, Civitas, Madrid, 1995, pág.1.548).

por tanto el mismo a una especie de conjunto de premisas de buena voluntad cuya translación al plano enteramente obligacional resultará complicado.

Es evidente que no podemos compartir el punto de vista de aquéllos que conciben el protocolo sólo como un pacto de caballeros de contenido esencialmente moral. Hacerlo resultaría incongruente en el marco de un estudio que se preocupa, precisamente, por el modo de dotar de fuerza vinculante, de eficacia jurídica, al referido protocolo. Por ello, es preciso analizar el protocolo desde el seno de las ciencias jurídicas para ir avanzando hacia el modelo de documento que, a nuestro juicio, resultará verdaderamente útil y eficaz para la empresa familiar.

Profundizando un poco más en la vertiente jurídica de la figura, Blasi Pujol³⁸⁹ incide también en el protocolo como suma de voluntades al que ya nos hemos referido, pero lo hace introduciendo en el mismo reglas de carácter vinculante, al considerarlo *“un acuerdo de voluntades entre un sistema de personas compuesto por los propietarios de la empresa familiar y los miembros de la familia (extensible también a los directivos y mandos de la misma) que tiene como finalidad “fijar las metas y las reglas de actuación a seguir entre las personas de los sistemas citados”³⁹⁰”*.

Debe destacarse que, aun cuando puede apreciarse en muchos casos la dicotomía antes apuntada, en el sentido de que podemos encontrar definiciones más jurídicas y definiciones más empresariales-familiares del protocolo, lo cierto es que la mayor parte de los autores, incluso los más alejados del campo del Derecho, deben acabar tarde o temprano acudiendo al carácter normativo que precisa tener el protocolo, carácter sin el cual difícilmente el documento irá más allá de una simple declaración de intenciones. Así, Leach y Bogod³⁹¹, parten de afirmar que el protocolo se define como *“un informe de intenciones que explique los valores compartidos y la política de la familia con relación a la empresa”*, lo cual se enmarca dentro de la línea de pensamiento según la cual el protocolo es un documento más bien moral, como señalaban Martínez o Gallo. Sin embargo, al detallar cuáles deben ser los puntos básicos que todo protocolo debe recoger (y sobre los que nos detendremos más adelante), deben acudir necesariamente a la formulación de reglas: exigencia a cualquier familiar que opte a un puesto de trabajo en la empresa de que acredite su experiencia o capacitación, adopción de sistemas de control del sentido de los votos en las juntas, presencia en el Consejo de Administración de consejeros externos, etcétera.

³⁸⁹ BLASI PUJOL, R.: “El protocolo familiar como instrumento apto para pactar la compensación económica por razón de trabajo del artículo 41 del Codi de Família”, en *RJC*, número 3/2006, pág. 714.

³⁹⁰ Cabe destacar que, curiosamente, Blasi Pujol cita como parte de su definición la que Miguel Ángel Gallo recoge en su obra *Empresa familiar, texto y casos*, en la que éste autor –cuya definición anteriormente comentada pecaba de excesivamente alejada de la realidad jurídica– apuesta por una concepción bastante legalista del protocolo.

³⁹¹ LEACH, P./BOGOD, T.: *Claves de la...*, ob. cit., págs. 118-119.

En consecuencia, podemos llegar a la conclusión de que el protocolo familiar *puede* contener aspectos de carácter moral, pero *debe* contener aspectos de carácter jurídico si se pretende que el mismo resulte útil y adecuado para solucionar los problemas a los que se enfrenta la empresa familiar. Este carácter ecléctico del documento lo resumen Corona, Martí Picó y Roca Junyent³⁹², para quienes el protocolo *“es el resultado de la combinación de muchos aspectos –psicológicos, económicos, jurídicos, sucesorios– que se viven y se plantean en cada caso de manera diferente. No es sólo una cuestión de derecho: son otras muchas cuestiones las que deben ser conocidas y examinadas con carácter previo. En este caso, el derecho no crea, sino que va a remolque de la realidad familiar”*. Podríamos apuntar, al respecto, que no es propio del Derecho crear realidades, sino sencillamente regular las ya existentes, por lo que el protocolo no sería en este caso distinto de ninguna otra norma positiva. En todo caso, consideramos especialmente importante tener claro que el debate conceptual está abierto y que difícilmente va a cerrarse, por cuanto las dos esferas (la del protocolo moral y la del protocolo jurídico) parecen necesitarse y complementarse recíprocamente, aun cuando sea cierto que hablar de cuestiones morales o éticas en el mercado y en los negocios acostumbra a causar extrañeza³⁹³.

3.1.3.2. El protocolo jurídico.

Habiendo estudiado ya el concepto de protocolo familiar desde una aproximación más propia de las ciencias económicas y empresariales e, incluso, habiendo visto cómo algunos autores dotan a la figura de un carácter más ético o moral que vinculante o práctico, desde el punto de vista jurídico y organizativo, realizaremos ahora una aproximación conceptual en el ámbito del Derecho, con el fin de determinar el tipo de figura jurídica ante la que nos encontramos, aun cuando la definitiva calificación de su naturaleza jurídica la dejemos para el capítulo séptimo.

Llevando al ámbito del Derecho mercantil la expresión “acuerdo de voluntades”, a la que Zugaza Salazar³⁹⁴ se refería, Rodríguez Aparicio y Agustín Tormos³⁹⁵ nos delimitan más concretamente el concepto de protocolo en función de sus

³⁹² CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 467.

³⁹³ BELLOSO MARTÍN, N: “Ética y valores en la empresa y en los negocios: del código de conducta empresarial al distintivo de confianza”, en PÉREZ GIL, J./DE ROMÁN PÉREZ, R. (coords.): *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Burgos, Burgos, 2011, pág. 465.

³⁹⁴ ZUGAZA SALAZAR, J.M.: “Orientaciones para elaborar...”, ob. cit., pág. 72.

³⁹⁵ RODRÍGUEZ APARICIO, J.A./AGUSTÍN TORMOS, C.: “La empresa familiar y el derecho civil”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, número 12/1999, citado en GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 195-196.

firmantes y de sus objetivos, al definirlo como *“un acuerdo entre accionistas y familiares, titulares de bienes y derechos, que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar”*.

La alusión a accionistas y familiares, por un lado, y al objeto de establecer una regulación concreta de aspectos fundamentales de la organización social de la empresa, por otro, nos llevan a observar que el concepto es ya plenamente jurídico, como ocurre también con la definición de protocolo que elabora Bosch Carrera³⁹⁶: *“un documento o un conjunto de documentos otorgados por un empresario o varios empresarios titulares de una empresa familiar y toda o parte de la familia de los mismos, donde se regula un negocio jurídico complejo que contempla los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones entre familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular”*.

De esta definición, interesa especialmente destacar dos aspectos. El primero de ellos, que será objeto posteriormente de un análisis más detallado, la posibilidad de que el protocolo no sea un único documento, sino una pluralidad de los mismos³⁹⁷. El segundo, la referencia a aspectos más morales, como la conducta, pero vinculados siempre a la obligatoriedad que desarrollarán las normas jurídicas contenidas en el protocolo. Es decir, la aproximación legalista al concepto de protocolo no va a suponer la absoluta proscripción de los elementos morales del mismo, sino únicamente el sometimiento de éstos a la posibilidad de alcanzarlos a través del juego de las reglas que el documento pueda establecer, siendo preciso partir de los primeros (valores y objetivos de la empresa familiar) para llegar a los segundos (normas vinculantes que permitan alcanzarlos)³⁹⁸.

Esta consideración dota de trascendente relevancia a los actos preparatorios para el otorgamiento del protocolo familiar, de modo que el camino que necesariamente deberá recorrerse hasta su suscripción pueda resultar más importante, incluso, que su forma definitiva, tal y como mucha doctrina sostiene *“en la elaboración del protocolo es más importante el proceso que el resultado. Es decir, que las reuniones de trabajo, análisis de borradores, discusión de puntos conflictivos, y propuestas de consenso que van delimitando la estructura final del protocolo son de hecho más importantes para la familia que el protocolo en sí”*³⁹⁹.

³⁹⁶ BOSCH CARRERA, A.: “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 235.

³⁹⁷ En este sentido, podemos referirnos al mismo como “contrato marco” (GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 71).

³⁹⁸ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ PICÓ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., págs. 216-217.

³⁹⁹ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la...*, ob. cit., pág. 484.

Pero, sin perjuicio de lo expuesto, es preciso –y cabe insistir en ello– que el contenido de ese acuerdo, de ese compromiso, debe convertirse en un conjunto de normas vinculantes que obliguen a sus firmantes y, en la medida de lo posible, también a aquéllos que, aun sin haberlo firmado, deban verse afectados por el mismo, debido a la relación que mantengan con la empresa y la familia. Es por ello que afirma Corona⁴⁰⁰ que *“el protocolo familiar es un documento que contiene un acuerdo obligacional que no tendrá más límites para su eficacia que los que se derivan de su legalidad. Lo acordado por la familia será válido en la medida que no sea contrario a las leyes”*. En consecuencia, será preciso reforzar el carácter obligacional que tiene el protocolo mediante las pertinentes modificaciones estatutarias que garanticen su efectividad, como señala Corona al referirse al ámbito de la sociedad mercantil, a lo que debe sumarse también la oportuna modificación de documentos familiares, principalmente testamentos y capitulaciones matrimoniales, con el fin de que sigan todos ellos las líneas maestras trazadas por el protocolo. Dicho de un modo sencillo, *“el Protocolo Familiar es un reglamento”*⁴⁰¹. Asimismo, en cuanto a su modo de incidir sobre la empresa familiar, se puede señalar que el protocolo funcionará como una *“sociedad interna”*⁴⁰², mediante la que los firmantes configurarán sus relaciones entre sí y con la sociedad mercantil.

3.1.4. Recepción en España.

Aun reconociendo los riesgos derivados de la reiteración, debemos señalar una vez más que la recepción del protocolo familiar en España (tanto en lo que se refiere a su inserción en nuestro ordenamiento jurídico como, también, en el tráfico mercantil) no se hizo por la vía de las ciencias jurídicas, sino por la de las ciencias empresariales. Tener presente este hecho es fundamental para entender el modo en que este documento se ha ido configurando, influenciado más por la moderna literatura anglosajona de la gestión empresarial y del *management* que por la literatura clásica del Derecho, a pesar de la notable aportación jurídica de las doctrinas francesa e italiana y, ya en nuestro país, de los prestigiosos estudiosos que la han analizado.

Pero es por ese origen ajeno al Derecho por lo que cabe lamentar que se tienda, en muchas ocasiones, al estudio del protocolo familiar *“más como una técnica del management que como un instrumento jurídico; incluso siendo impartida muchas veces la*

⁴⁰⁰ CORONA, J.: “Introducción a los aspectos legales del protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 191-192.

⁴⁰¹ GIMENO, A./BAULENAS, G.: “Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española”, en AMAT, J./CORONA, J. (eds.): *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 91.

⁴⁰² VELAYOS LLUÍS, C.: *Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pág. 243.

*materia por profesores que no son juristas, sino economistas o ingenieros*⁴⁰³. La consecuencia lógica de ello es que el protocolo se haya entendido en España como un documento propio de la gestión, de la organización de la empresa, orientado a su resultado financiero, pero sin incidir en sus aspectos más legales, aun cuando son éstos los únicos que pueden garantizar el efectivo éxito en la búsqueda de los objetivos señalados. De ahí que pueda afirmarse que, todavía en este momento, el protocolo tiene más que ver con las técnicas de *management* que con un auténtico fundamento jurídico⁴⁰⁴.

Debe además ponerse de manifiesto que incluso el legislador –que era, obviamente, quien podía y hasta debía invertir esta tendencia inicial- se ha visto igualmente imbuido por la dialéctica del *management*, dejándose llevar por la misma. Sólo de este modo se explica que en la Exposición de Motivos del RD 171/2007, puedan leerse expresiones tales como la que encomienda al protocolo familiar la tarea, más moral o metafísica que no jurídica, de “lograr un modelo de comunicación y consenso”⁴⁰⁵. Y aun reconociendo que la Exposición de Motivos es el espacio en el que el legislador puede permitirse mayores licencias literarias, no debemos dejar de lamentar que incluso en ese espacio del Real Decreto no se aprovecharan las líneas para incidir más en el carácter jurídico del documento, obviando las cuestiones moralizantes a las que sobradas páginas se habían dedicado en otros textos que, sin duda, resultaban más adecuados para esta finalidad.

A mayor abundamiento, esta referencia al objetivo del protocolo se repite también dentro ya del articulado del Real Decreto, concretamente como parte de la definición de protocolo que se ofrece en su artículo 2 (sobre la que posteriormente realizaremos un análisis más detallado), lo cual resulta más grave todavía, por cuanto debemos entender que es un espacio en el que –a diferencia de la Exposición de Motivos- no caben ya licencias literarias, sino que el legislador debe limitar las palabras a la finalidad de crear normas de obligado cumplimiento, ciñéndose por tanto a un lenguaje claro, directo y, en la medida de lo posible, unívoco.

Pero, por otro lado, los problemas no acaban con el simple debate –alentado incluso, como hemos señalado, por el legislador- acerca de si el protocolo familiar tiene carácter moral o jurídico. Incluso aceptando que se trate de un documento jurídico, nos encontraremos con un segundo nivel del problema: el juego entre disciplinas del Derecho que poco o nada tienen que ver entre sí. Lo resume de forma muy clara Nieto⁴⁰⁶, al afirmar que el protocolo pretende “la fusión de dos disciplinas jurídicas

⁴⁰³ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 655.

⁴⁰⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”, en *RdS*, número 19/2002, pág. 90.

⁴⁰⁵ Esta idea la recoge también la doctrina, como puede verse en SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 34: el protocolo es un “proceso de comunicación intrafamiliar”.

⁴⁰⁶ NIETO, J.: “Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar”, en *La Notaría*, número 5/2003, pág. 88.

aparentemente contrapuestas: el Derecho mercantil, basado en el lucro, la celeridad, el tráfico, y el Derecho de familia, basado en la protección de intereses superiores, en la solidaridad, en la tuición". Una fusión problemática porque, aparte de las cuestiones que apunta Nieto, debemos señalar que se trata de dos disciplinas totalmente alejadas en un hecho fundamental: el Derecho Mercantil concede una importante autonomía a la voluntad de las partes, mientras que el Derecho de Familia es la rama en la que encontramos más cuestiones de derecho necesario y, en consecuencia, un ámbito más reducido para la libre disposición de los sujetos. Naturalmente, el protocolo familiar, al estar a caballo entre ambas disciplinas, tendrá el problema de reconducir todo aquello que libremente las partes pacten en relación a la sociedad a los cauces de aquello que tenga que ver con la familia, lo cual no siempre resultará posible⁴⁰⁷ y, en todo caso, casi nunca resultará sencillo.

3.1.4.1. La contraposición al modelo original anglosajón.

Cabe preguntarse también, habiendo visto en el apartado anterior cuál es la evolución que el protocolo familiar ha seguido hasta llegar a España, si una vez en nuestro país se ha incorporado a nuestro tráfico mercantil (entendiendo dentro del mismo tanto la vertiente jurídica como la empresarial) de la misma forma en que se había concebido en sus inicios. Parte de la doctrina⁴⁰⁸ no tiene ninguna duda al respecto y responde a esta pregunta con un "no" rotundo, considerando que aquello que nosotros llamamos protocolo familiar *"es un documento de estructura y lenguaje jurídicos y cuya expectativa de eficacia está puesta en su juridicidad"*, lo cual aleja la definición de nuestro protocolo de la definición del mismo que se defendía en Estados Unidos, donde resultaba un documento esencialmente económico-empresarial. Dicha doctrina ve este alejamiento respecto a sus orígenes como algo negativo para el protocolo, al entender que no sería *"nada acertado dar alas a la judicialización de las relaciones familiares"*. Se infiere de ello que, en definitiva, firmar un pacto escrito no es en realidad una garantía absoluta de que la sociedad vaya a mantener su continuidad pero, aun admitiendo esta realidad, debemos discrepar abiertamente de esta línea doctrinal.

En primer lugar, hay que señalar que el protocolo sólo podrá resultar verdaderamente eficaz mediante la cobertura jurídica de su contenido y la oportuna conversión de su contenido en reglas de obligado cumplimiento. Naturalmente, la regla escrita en negro sobre blanco no garantiza *per se* su cumplimiento, no sólo en lo

⁴⁰⁷ La prohibición del pacto sucesorio ha sido tradicionalmente uno de los principales obstáculos para la eficacia del protocolo, en cuestiones sucesorias, en ordenamientos como el francés, el italiano o el sistema común de derecho civil español (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 33).

⁴⁰⁸ SOLÉ-TRISTÁN, J.: "Un protocolo familiar ¿para qué?", en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 115-118).

que se refiere a los pactos particulares, sino también incluso en lo que respecta a las leyes. Sin embargo, es el único mecanismo que conocemos para forzar el comportamiento humano en un determinado sentido y nos permite, en todo caso, el establecimiento de toda una suerte de consecuencias penales en caso de incumplimiento. Por otro lado, en segundo lugar, cabe matizar que el protocolo no judicializa las relaciones familiares, en el sentido de someterlas al arbitrio de un tercero (un juez). Lo único que hace es convertir en reglas el consenso alcanzado sobre dichas relaciones, por lo que las relaciones familiares seguirán rigiéndose en definitiva por la voluntad de sus miembros, sin perjuicio de que dicha voluntad esté plasmada en un documento y que, en consecuencia, pueda ser necesaria la tutela judicial para el cumplimiento de sus disposiciones.

Por contraposición a lo comentado, hay otros autores que aprecian un gran paralelismo entre el modelo inicial de protocolo en la cultura anglosajona y el que actualmente se baraja en nuestro país⁴⁰⁹. Así, puede destacarse que el protocolo se ha acogido en España con la misma filosofía con la que en Estados Unidos se trata al *Shareholders Agreement*, en el sentido de que este documento tiene por objetivo “*precisar muchos de los aspectos que quedan sin regular en los generalmente lacónicos títulos de constitución de las sociedades (los llamados Articles of Incorporation)*”⁴¹⁰. En este sentido, acostumbran los *Shareholders Agreements* a regular los conflictos entre empresa y accionistas (no necesariamente familiares, por cuanto es un documento válido para todo tipo de sociedades), tratando de prevenir los efectos que sobre la composición del capital social puedan tener hechos como la muerte o el divorcio de alguno de los accionistas o las posibles restricciones a la transmisibilidad de las *shares*, aspectos todos ellos que pueden revestir especial trascendencia en el caso de las sociedades familiares y que, como señalábamos antes, se entienden de modo muy similar en nuestro ordenamiento.

Así pues, de igual modo que en Estados Unidos el *Shareholders Agreement* sirve para delimitar aquellas cuestiones que no hayan sido delimitadas por los *Bylaws*⁴¹¹, en España es el protocolo familiar, en el caso de sociedades familiares (o el pacto parasocial en cualquier otra, como veremos en el capítulo sexto), el que viene a definir los elementos que no se han incorporado a los estatutos sociales.

⁴⁰⁹ DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, en *Pevnia*, nº 12/2011, pág. 98.

⁴¹⁰ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 675.

⁴¹¹ *Bylaws* es el equivalente, en terminología norteamericana, a los *Articles of Incorporation*, en terminología británica. En nuestro ordenamiento, la figura análoga serían los estatutos sociales.

3.1.4.2. Evolución normativa.

Resulta curioso apreciar que la antes referida Comunicación de la Comisión Europea sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas, de 28 de marzo de 1998, indicaba ya en aquel momento que en España (y también en otros países como Francia) se estaba haciendo uso del protocolo familiar⁴¹². Sin embargo, no fue hasta el año 2003 cuando encontramos la primera referencia al mismo en nuestro Derecho positivo. Es en la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada de Nueva Empresa (LSLNE), y de un modo igualmente curioso: siendo una figura sobre la que no hay regulación anterior, no se ofrece definición alguna de la misma, señalando únicamente en el apartado 3 de la Disposición Final Segunda de la citada Ley lo siguiente: *“Reglamentariamente, se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras que contengan cláusulas susceptibles de inscripción”*.

Es decir, se encomendaba al ejecutivo reglamentar⁴¹³ la publicidad de una figura que, en nuestro ordenamiento, no estaba explícitamente definida. Y es que no fue hasta la llegada del RD 171/2007 –precisamente el que viene a cumplir la función encomendada por la referida Disposición Final Segunda– cuando se realizó en nuestro Derecho la primera definición de protocolo familiar, definición que ha venido a rellenar una peculiar laguna normativa en la que, reconociendo la LSLNE la existencia y práctica del protocolo, no existía definición legal de éste. Se anticipa, por tanto, la necesidad de determinar en nuestro ordenamiento qué debe entenderse por protocolo, aunque se trata de una mera alusión que remite a un futuro desarrollo reglamentario⁴¹⁴.

Tampoco puede considerarse que la definición que brinda el RD 171/2007 resuelva completamente la laguna, puesto que se trata de una definición sucinta y que adolece de algunos problemas⁴¹⁵. La definición en cuestión, que encontramos en el artículo 2.1 del Real Decreto, señala que se entenderá por protocolo familiar, a los efectos de lo dispuesto en la citada norma, lo siguiente: *“aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*.

⁴¹² En España e Italia se generalizaron los pactos de familia –todavía sin esa nomenclatura– durante los años 90 del pasado siglo, importados probablemente de Francia (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 28).

⁴¹³ Para un análisis del camino seguido en la reglamentación de la materia, vid. apartado 8.1.1.

⁴¹⁴ GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.001.

⁴¹⁵ Buena parte de la doctrina se ha mostrado crítica con los términos en que el RD 171/2007 define al protocolo: DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el...”, ob. cit., pág. 115; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 11 y 246.

Para realizar un análisis correcto de esta definición, debemos desmenuzarla y estudiarla pormenorizadamente, lo cual nos permitirá advertir que tiene dos grandes partes: la primera, que es de carácter formal, nos indica qué tipo de documento es el protocolo (aunque sin manifestarlo abiertamente); la segunda, que es de carácter funcional, nos indica qué objetivos persigue.

Por lo que respecta a la primera parte, el Real Decreto nos define el protocolo, en su aspecto formal, como un “conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros”. Esta definición entronca con el concepto de “pacto parasocial” que nos ofrece el artículo 518 de la LSC (en 2007, era el 112 de la LMV), que define este tipo de acuerdos como “aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas”. Como vemos, hay notables diferencias entre el protocolo y el pacto parasocial, pero también importantes coincidencias y, de hecho, como veremos más adelante⁴¹⁶, el protocolo es un tipo particular de acuerdo extraestatutario⁴¹⁷.

En referencia a estas coincidencias, cabe destacar que el protocolo pretende garantizar un determinado modelo de dirección de la empresa (que podría conseguirse también con la regulación del derecho de voto) y asegurar que la propiedad de la sociedad se mantenga en manos de los miembros de la familia (condicionando por lo general la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales), todo ello mediante una planificación coherente y eficaz de las relaciones entre familia y empresa⁴¹⁸. Es decir, el protocolo, como el pacto parasocial, busca una influencia decisiva sobre el devenir de una determinada sociedad mercantil, razón por la cual interesa tanto, precisamente, asegurar su *enforcement*, esto es, su oponibilidad frente a dicha sociedad⁴¹⁹.

Vemos, sin embargo, por lo que respecta a las diferencias, que mientras el artículo 518 de la LSC se circunscribe únicamente a las sociedades cotizadas, el Real Decreto limita el concepto de protocolo familiar a aquél que se refiera a una sociedad no cotizada. Cabe destacar, por tanto, que ni en una sociedad no cotizada existirá obligación alguna de publicar los pactos parasociales –porque no será de aplicación el citado precepto de la LSC- ni tampoco en una sociedad cotizada podrá publicarse (de hecho, ni siquiera otorgarse) un protocolo familiar. Esta última prevención legal no parece estar justificada, puesto que deja a un tipo de sociedades, las que cotizan en mercados secundarios, al margen de la posible regulación mediante el protocolo de determinados aspectos de su gestión.

⁴¹⁶ Vid. epígrafe 6.1.

⁴¹⁷ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., págs. 690-695.

⁴¹⁸ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 335.

⁴¹⁹ PAZ-ARES, C.: “Los pactos parasociales. Su eficacia”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., págs.745-749.

Que las sociedades cotizadas deban publicar sus pactos parasociales es una regla lógica desde el punto de vista de la transparencia de estas sociedades y, por tanto, de la necesidad de que el mercado conozca todo aquello que afecta a su regulación interna⁴²⁰. Y que esta obligación no se extienda a las no cotizadas se justifica porque, a criterio del legislador, el acceso a su capital no será tan masivo como en el caso de aquéllas cuyos valores sí cotizan. En cambio, excluir a las sociedades cotizadas del ámbito de utilización del protocolo no consideramos que esté justificado, por cuanto nada debería impedir que, del mismo modo que pueden contar con pactos parasociales de carácter general, los tuvieran también de tipo particular, como es el protocolo. Entiende parte de la doctrina⁴²¹ que este tratamiento distinto de pacto y protocolo en relación a sociedades cotizadas y no cotizadas obedece, en realidad, a la distinta finalidad que cada una de estas figuras persigue, de modo que la publicidad de los pactos en sociedades cotizadas persigue mejorar su transparencia y, en cambio, la de los protocolos en sociedades no cotizadas busca incentivar políticas de buena práctica de gobierno corporativo.

Debe señalarse además que otros autores consideran que la exclusión que el RD realiza respecto a las sociedades cotizadas no es verdadera, sino que es tan sólo una *“aparente exclusión”*, como pone de manifiesto Fernández del Pozo⁴²², para quien tiene un carácter más formal que sustancial. Al respecto, aun admitiendo la obvia imposibilidad de que una sociedad cotizada estuviera sometida a un protocolo en el que se estableciera un régimen de restricción a la libre transmisibilidad de las acciones⁴²³, entiende el autor que la distinción que efectúa el legislador busca únicamente evitar solaparse con la forma específica de dar publicidad a los pactos parasociales de sociedades cotizadas previsto por el artículo 518 de la LSC⁴²⁴. Esta diferencia de procedimiento, sin embargo, no podría comportar la negación absoluta de la posibilidad de elaborar un protocolo familiar para sociedades cotizadas, porque no sólo muchas de las principales sociedades que integran el IBEX 35 podrían calificarse de familiares sino, también, porque *“aunque el grupo familiar no llegare a controlar la cotizada, el grupo familiar podría estar no obstante interesado en constituir un sindicato de defensa de la posición de minoritario mediante la “agrupación de acciones”;*

⁴²⁰ La publicidad del pacto resulta imprescindible para que los eventuales inversores conozcan la influencia de dicho acuerdo en la estructura de titularidad y control de la sociedad cotizada LEÓN, F.: “Artículo 519. Publicidad de los pactos parasociales”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo II, ob. cit., pág. 3.377).

⁴²¹ DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el...”, ob. cit., pág. 96.

⁴²² FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar...*, ob. cit., págs. 177-180.

⁴²³ El artículo 25.5 de la LMV exige que los valores sean libremente transmisibles, lo cual resultaría por definición contrario a una de las finalidades propias del protocolo. Además, en tanto que cotizada, la sociedad debería revestir forma de anónima, por lo que sería imposible una restricción a la transmisibilidad demasiado severa, en virtud del artículo 123.2 de la LSC.

⁴²⁴ Para un estudio del régimen de publicidad de estos pactos en las sociedades cotizadas, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Cuestiones sobre el régimen de transparencia de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas”, en GÓMEZ SEGADE, J. A./GARCÍA VIDAL, A. (eds.): *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 163-173.

agrupación que bien puede sustentarse en un protocolo familiar". Sin embargo, aun cuando compartimos el razonamiento de esta reflexión, lo cierto es que el RD es claro al ceñirse en la definición de protocolo, exclusivamente, a un documento otorgado en sociedades no cotizadas.

Debemos destacar también, dentro de la definición que ofrece el Real Decreto, el hecho de que los protocolos sean pactos "*suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares*", lo cual resulta una diferencia significativa con los pactos parasociales o extraestatutarios. Y es que, por su propia esencia, estos pactos sólo pueden firmarlos personas que tengan la condición de socios y nunca terceros ajenos a la sociedad⁴²⁵. En el caso del protocolo familiar, por el contrario, nos encontraremos a menudo con terceros ajenos a la sociedad que firman el documento y se obligan a su cumplimiento porque, aun no ostentando la condición de socios, sí ostentan la de familiares, por lo que la regulación establecida mediante el protocolo puede afectarles en muchos aspectos, razón por la cual debe entenderse que la definición de protocolo que se contiene en el Real Decreto consagra el célebre modelo de los tres círculos de la empresa familiar de Tagiuri y Davis⁴²⁶, si bien debemos matizar al respecto que el Real Decreto presupone un "*interés común*" en todos los firmantes del protocolo, interés que el modelo de los tres círculos indica que no siempre es tan coincidente, puesto que cada miembro de la familia, de la sociedad, o de ambas, tendrá un interés concreto que no necesariamente coincidirá con el de los otros y, de hecho, no es fácil que sea así⁴²⁷.

La segunda parte de la definición del protocolo familiar que se recoge en el Real Decreto, la parte funcional, nos dice que el objetivo de este documento va a ser el de "*lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad*". Esta parte funcional, a su vez, podemos dividirla en dos apartados: el de búsqueda de un modelo de comunicación y consenso, por un lado, y el de regulación de las relaciones entre familia y empresa, por el otro.

El primer apartado nos devuelve al antes comentado debate acerca del aspecto moral del protocolo⁴²⁸, mientras que el segundo apartado ofrece seguramente menos dudas y, en el fondo, es el netamente jurídico: nos conmina a regular (es decir, a crear normas) que permitan establecer un *modus operandi* que garantice el correcto funcionamiento de la sociedad, sin injerencias negativas por parte de la familia, así como también la correcta sucesión al frente de la misma y la restricción a la libre

⁴²⁵ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: "La sociedad anónima. Fundación", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 836-837.

⁴²⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 42.

⁴²⁷ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 40.

⁴²⁸ Los términos "comunicación" y "consenso" son habituales al tratar el protocolo desde su vertiente más moral o menos jurídica (AMAT, J.: "El proceso de...", ob. cit., pág. 177.

transmisión de las acciones o participaciones (de ahí la referencia a la propiedad). El protocolo obedece, por lo tanto, según esta definición, a tres objetivos:

- a. Fomentar el consenso entre los miembros de la familia y la sociedad.
- b. Regular el funcionamiento de la sociedad.
- c. Asegurar el mantenimiento de la propiedad de la sociedad.

La primera de estas cuestiones, la búsqueda del consenso, es sin duda la que tiene un carácter menos jurídico y más moral. No debe negarse que este consenso es la base para el posterior acuerdo –siendo éste jurídico–, pero es preciso tener en cuenta que el consenso (como otros conceptos antes referidos, tales como el compromiso o el amor a la empresa) no puede tener efectos legales directos. En este sentido, la búsqueda de ese consenso entronca con la idea de que el proceso que culmina en la firma del protocolo es, en sí mismo, un elemento tan importante para la regulación de las relaciones entre familia y empresa como pueda serlo el protocolo escrito resultante⁴²⁹. Todas las reuniones, los borradores, los acuerdos parciales y todo lo que sea, en definitiva, el camino hasta el documento definitivo reviste gran trascendencia, por cuanto implica un “*proceso de comunicación intrafamiliar*” que permite favorecer las relaciones entre los familiares, resolver sus controversias y fijar los principios que deberán regir las relaciones entre familia y empresa ⁴³⁰, siendo especialmente importante contar con el apoyo de un profesional externo (un *consejero*) que ayude a la familia a tutelar este proceso⁴³¹.

Las otras dos cuestiones sí tienen un claro carácter jurídico, interesando especialmente el objetivo de asegurar el mantenimiento de la propiedad de la sociedad en manos de los miembros de la familia, ya que es la búsqueda de este objetivo la que manifiesta la “*vocación de continuidad de la empresa familiar*”, que la doctrina considera pacíficamente como uno de los elementos fundamentales de la misma⁴³². Y este objetivo sólo podrá alcanzarse con reglas jurídicas: básicamente, mediante restricciones a la transmisión de acciones y participaciones en cualquiera de sus formas, como modo de asegurar mantener la “*base subjetiva*” de la sociedad⁴³³.

En cualquier caso, la definición que nos ofrece el Real Decreto, por lo que acabamos de apuntar, incide tanto en los aspectos jurídicos como en los morales del

⁴²⁹ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 467; GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., págs. 662-663.

⁴³⁰ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 67; DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, ob. cit., págs. 318-319.

⁴³¹ Sobre la incidencia de esta figura, vid. RODRÍGUEZ ZAPATERO, M./RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, M./RODRÍGUEZ ALCAIDE, J. J.: “El consejero en la empresa familiar”, en *REF*, vol. 2, nº 1/2012, págs. 46-54.

⁴³² ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 30; GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 66.

⁴³³ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y...”, ob. cit., págs. 57-62.

protocolo, lo cual contribuye sin duda a fomentar el debate acerca de su naturaleza y a subrayar que, en definitiva, dicha naturaleza es necesariamente dual, debate y conclusión que Gomá Lanzón⁴³⁴ resume al afirmar que *“su eficacia jurídica [la del protocolo] despierta el escepticismo entre algunos juristas, pero también se dice que su finalidad es más amplia que la estrictamente jurídica, en cuanto puede contribuir a la armonía familiar y a la continuidad de la empresa por medio del compromiso moral”*.

Se deduce, por lo tanto, de todo lo expuesto, que el legislador ha querido recoger en su definición de protocolo familiar las dos vertientes que se le quieren dar, tanto desde el ámbito del Derecho como desde el de la gestión empresarial, aunando en consecuencia tanto los aspectos morales como los jurídicos. En este sentido, aun cuando es preciso reconocer que el protocolo familiar es algo más que un instrumento meramente jurídico, pudiendo por ello contener aspectos que escapan a los que habitualmente encontraríamos en un documento de carácter estrictamente legal, no es menos cierto que la opción escogida por el legislador ha contribuido a generar más confusión que no a aclarar algunas de las grandes dudas planteadas respecto al protocolo familiar y a su naturaleza jurídica, cuestión sobre la que vamos a detenernos en el apartado siguiente. En todo caso, el RD 171/2007 es la primera norma de nuestro ordenamiento que recoge lo que el legislador entiende como protocolo familiar y, por tanto, la única regulación sobre sus características que encontramos en nuestro Derecho.

3.2. Contenido típico del protocolo familiar.

Resulta difícil establecer un contenido más o menos estándar, un contenido típico, para el protocolo familiar. Se trata de una dificultad lógica por diversas razones, entre las que debe resaltarse especialmente su carácter ecléctico, al que es posible referirnos desde muchos prismas: por ejemplo, el de las ramas del Derecho (contiene elementos propios del Derecho civil sucesorio y matrimonial, así como del mercantil societario)⁴³⁵; el de su eficacia jurídica (desde el mero pacto entre caballeros hasta el protocolo institucional)⁴³⁶; o el de su objeto de regulación (una única sociedad, un grupo de sociedades, una empresa en manos de una sola familia o de varias, etc.). Además de todo ello, cada empresa familiar tiene su propia idiosincrasia y ello hace

⁴³⁴ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 655.

⁴³⁵ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., pág. 215.

⁴³⁶ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 93; GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 197.

recomendable huir de los modelos estandarizados y concebir cada protocolo familiar “como si de un traje a medida se tratara”⁴³⁷.

En definitiva, por tanto, pueden existir muchos tipos distintos de protocolo, con contenidos significativamente diferentes, para atender a cada una de las necesidades planteadas. Con todo, es posible establecer unos cánones que permitan señalar una serie de contenidos que acostumbrarán a estar presentes de manera habitual en el protocolo. Dedicaremos el último epígrafe de este capítulo a su análisis, tras analizar previamente qué contenidos formarán parte del protocolo más moral y qué otros tendrán más que ver con el protocolo jurídico, cuestión a la que dedicamos el epígrafe que abrimos a continuación.

3.2.1. Naturaleza dual de su contenido.

Entroncando con lo expuesto ya anteriormente⁴³⁸, la existencia de un debate conceptual acerca de qué es el protocolo familiar ha generado que podamos analizar la figura desde un punto de vista más moral y, en paralelo, desde un punto de vista más jurídico. Asimismo, el hecho de que ninguna de las dos visiones se haya impuesto definitivamente sobre la otra ha provocado que, en la actualidad, el protocolo aúne contenidos propios de ambas esferas⁴³⁹. Por ello, el protocolo será generalmente un documento mixto o híbrido, una suma de las dos vertientes comentadas: “*al contener compromisos morales junto con pactos vinculantes y cláusulas con voluntad de que, una vez debidamente desarrolladas y complementadas por otros instrumentos, trasciendan a terceros*”⁴⁴⁰. Coexisten así distintos tipos de contenidos que van desde lo más moral hasta lo más jurídico, pudiendo señalar por ejemplo hasta tres categorías⁴⁴¹:

- Los pactos sin fuerza legal (o sólo con fuerza moral): no tendrán ninguna trascendencia jurídica. Serán los elementos descriptivos o las meras recomendaciones.
- Los pactos con fuerza contractual simple: tendrán la eficacia *inter partes* propia del artículo 1.091 del CC.
- Los pactos con fuerza o eficacia frente a terceros: serán aquéllos que alcancen eficacia *erga omnes* gracias a su publicidad registral, que deberá ser fruto

⁴³⁷ CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de la empresa familiar*, Thomson, Madrid, 2005, pág. 136.

⁴³⁸ Vid. epígrafe 3.1.3.

⁴³⁹ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 177.

⁴⁴⁰ GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., págs. 197-198.

⁴⁴¹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 92-93.

necesariamente de su traspaso a los estatutos sociales⁴⁴². Es lo que podemos llamar el “*protocolo institucional*”⁴⁴³.

Por otro lado, aun siendo cierto que cualquier protocolo familiar acostumbrará a tener unos cuantos contenidos morales y unos cuantos contenidos jurídicos, la mayor presencia de los primeros o de los segundos hará que podamos hablar, respectivamente, de protocolos de carácter empresarial-familiar, por un lado, y protocolos de carácter propiamente legal, por el otro⁴⁴⁴.

En cualquier caso, tanto si distinguimos entre un tipo y otro de protocolo como si, sencillamente, admitimos que dentro de cada protocolo encontraremos contenidos tanto morales como jurídicos, consideramos preciso remarcar una vez más que serán estos últimos los que verdaderamente generarán efectos directos, mediante normas coercitivas y vinculantes, en el seno de la sociedad mercantil. La doctrina ha ido perfilando el modelo de protocolo y, sobre todo, ha ido evolucionando en el discurso sobre su estudio⁴⁴⁵ hasta reconocer abiertamente la necesidad de que el documento contenga normas. Sin renunciar a la presencia de otros tipos de contenidos, las reglas jurídicas deben ser elemento central del protocolo: “*con independencia de que algunas de sus cláusulas [...] se refieran a cuestiones en apariencia tan metajurídicas como las relativas a la filosofía de la familia [...], el resto posee naturaleza jurídica y vincula (jurídicamente) a quienes lo suscriben y a sus herederos*”⁴⁴⁶. Y es que, de no hacerlo así, nos encontraremos ante un “*simple apunte de compromiso genérico, condicionado o de futuro*”⁴⁴⁷ carente de aplicabilidad y exigibilidad jurídicas directas.

De la coexistencia de este doble tipo de contenidos, los morales y los jurídicos, podemos concluir que el protocolo acabará respondiendo al esquema clásico que presentan las normas legales: por un lado, un preámbulo o exposición de motivos en que se razonan el origen, la pertinencia, los objetivos y las características de la norma; por el otro, un conjunto de normas que buscan regular una determinada situación acorde con los objetivos antes señalados. Este esquema formal lo recoge Fernández del Pozo⁴⁴⁸ al indicar que el protocolo acostumbrará a comenzar generalmente con un

⁴⁴² Deberá escogerse muy bien el modo en que se pretende obtener la eficacia registral del protocolo. Como advierte Fernández del Pozo, la redacción del RD 171/2007 genera confusión, por cuanto establece algunas vías que sólo permiten mera publicidad noticia y no publicidad material (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 200).

⁴⁴³ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 682.

⁴⁴⁴ AMAT, J.: “Modelos de protocolos...”, ob. cit., pág. 249.

⁴⁴⁵ Los primeros autores que fueron referentes en nuestro país a la hora de estudiar el protocolo utilizaron un lenguaje muy alejado de lo jurídico. Gallo y Tomaselli se referían a los contenidos más morales como “*los cimientos del amor*” y a los vinculantes (los más jurídicos) como “*el edificio de reglas para la confianza*” (GALLO, M. A./TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido...”, ob. cit., págs. 82-84).

⁴⁴⁶ BADENAS CARPIO, J. M.: “Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar”, en AC, núm. 3/2001, pág. 782.

⁴⁴⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 89.

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 79.

preámbulo “*más o menos barroco*” –con una parte por tanto más literaria que sustantiva- que dará paso a un “*articulado dividido en diversos capítulos*”.

A ello cabrá añadir un contenido híbrido también, en el sentido de estar a medio camino entre lo moral y lo normativo, como es un apartado –cada vez más frecuente en los protocolos- relativo a las políticas de buen gobierno corporativo, en el que tendrán cabida cuestiones tan diversas como el compromiso de no realizar publicidad engañosa, proscribir cualquier tipo de discriminación en el ámbito laboral o asumir determinados compromisos con clientes, proveedores y, en general, con la comunidad, haciendo hincapié con todo ello en la llamada “*función social de la empresa*”⁴⁴⁹. No está de más hacer notar, al respecto, que todo el protocolo en sí mismo – incluso en los aspectos más directamente relacionados con regular las relaciones entre empresa y familia- es en buena medida un documento de gobierno corporativo, del mismo modo que muchas de sus reglas, de una forma directa o por lo menos indirecta, conseguirán aplicar a la empresa familiar toda una serie de criterios que, en definitiva, redundarán en una gestión socialmente más responsable.

3.2.2. Elementos típicos.

Aun cuando resulta difícil consensuar un esquema típico de contenidos del protocolo familiar, como ya apuntábamos, sí puede señalarse la existencia de diversos elementos que acostumbran a estar presentes en el mismo. Corona, Martí Picó y Roca Junyent⁴⁵⁰ nos ofrecen un esquema de protocolo basado en las cuatro áreas que necesariamente deberá tratar el protocolo, que serían las siguientes⁴⁵¹:

1. Políticas de decisión y gobierno: consejo de familia, consejo de administración, estatutos sociales.
2. Políticas de rentas: dividendos mínimos, sindicación de acciones, *bolsing* familiar.
3. Políticas de empresa: jubilaciones, empleo de familiares, deontología.
4. Políticas sociales y familiares: formación de jóvenes, solidaridad familiar, tradiciones familiares.

⁴⁴⁹ AMAT, J.: “Modelos de protocolos familiares (II): presentación de un ejemplo de protocolo legal”, en AMAT, J./CORONA, J. (eds.): *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 260-261.

⁴⁵⁰ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., págs. 473-474.

⁴⁵¹ Estas cuatro áreas las consideran también la base de todo protocolo familiar GALLO, M. A./TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido...”, ob. cit., pág. 83.

Sin embargo, otra forma de aproximarse al contenido típico del protocolo sería, integrando las áreas antes descritas, a través de los apartados en que generalmente suele dividirse. Podríamos señalar como tales los siguientes⁴⁵²:

1. Preámbulo:
 - a. Historia de la empresa familiar.
 - b. Valores de la empresa familiar.
2. Ámbito de aplicación del protocolo.
3. Gobierno de la empresa familiar:
 - a. Órganos sociales.
 - b. Órganos familiares.
4. Régimen del trabajo en la empresa:
 - a. Criterios de acceso.
 - b. Criterios de promoción.
5. Propiedad de la empresa familiar.
6. Cláusulas de orden:
 - a. Cláusulas penales.
 - b. Resolución de conflictos.
 - c. Normas de actualización.
7. Adhesiones y publicidad.

El citado esquema es tan válido como cualquier otro y, de hecho, pueden encontrarse muchos, tanto elaborados por la doctrina como fruto de la experiencia de particulares⁴⁵³. En todo caso, sirve como aproximación a los distintos contenidos

⁴⁵² Este esquema obedece a la integración de distintos modelos propuestos por la doctrina: AMAT, J.: “Modelos de protocolos...”, ob. cit., pág. 250; DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el...”, ob. cit., págs. 104-109; DIEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., págs. 171-174; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 79-82; PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar...*, ob. cit., págs. 207-220; PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., págs. 220-222; 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 *RDM*, núm. 266/2007, págs.1.137-1.146; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, págs. 94-103; VELAYOS LLUÍS, C.: *Los Órganos de...*, ob. cit., págs. 266-269; VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., págs. 39-42.

⁴⁵³ La Asociación Madrileña de la Empresa Familiar tiene en su página web un modelo de protocolo que, según se indica en dicha web, fue cedido por una familia empresaria de la Comunidad de Madrid. Está disponible en <http://www.efamiliar.org/articulo/16/6>.

habituales en un protocolo y, por este motivo, lo seguiremos para hacer un breve análisis de cada uno de ellos en los epígrafes siguientes.

3.2.2.1. Preámbulo.

Realizaremos una referencia especialmente rápida al preámbulo del protocolo, por cuanto representa la parte sin duda menos jurídica del mismo y, por tanto, la más alejada de los objetivos de nuestro estudio. Se trata de un apartado de carácter introductorio, en el que va a ser importante consignar dos elementos: el punto de partida (explicación de la historia de la empresa familiar y de los motivos que han llevado a la elaboración de un protocolo) y también el punto al que se desea llegar (las propuestas que planteará el protocolo para resolver los eventuales problemas en el seno de la sociedad o en las relaciones de ésta con la familia)⁴⁵⁴. Y todo ello, lógicamente, en aras a la voluntad de la empresa familiar de reafirmarse como tal y, sobre todo, de seguir manteniendo ese carácter en el futuro⁴⁵⁵.

El preámbulo se configura así como el espacio idóneo donde justificar las distintas reglas que, posteriormente, figurarán en el articulado. Partiendo de la base de la historia de la empresa, de las circunstancias de su fundador, de los valores de la misma⁴⁵⁶ se podrá explicar por qué las normas del protocolo se emiten en un determinado sentido o en otro. En el preámbulo se relacionarán las reglas con los dos planos que deben tenerse presentes en la elaboración del protocolo: el objetivo y el subjetivo⁴⁵⁷. En el primero de ellos, se incluirán elementos como la generación en que se encuentre la empresa, las relaciones entre los familiares, la actitud de éstos frente a la empresa y los objetivos perseguidos con el otorgamiento del protocolo. En el plano subjetivo, se encontrarán la tradición familiar, las necesidades de los miembros de la familia, los planteamientos individuales que se hace cada uno de ellos y la disposición que muestren a trabajar en conjunto. Como es lógico, toda la información que se deduzca de todas las cuestiones señaladas configurará el apartado normativo del protocolo de una forma u otra. Asimismo, el Preámbulo es el espacio idóneo en el que incorporar un agradecimiento al fundador y a las eventuales generaciones predecesoras a la de los firmantes la labor realizada, lo cual puede hacerse también en

⁴⁵⁴ GALLO, M. A./TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido...”, ob. cit., pág. 84.

⁴⁵⁵ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 30.

⁴⁵⁶ Es importante que los valores de la empresa queden recogidos por escrito, para que no pierda la impronta que le dio su fundador y pueda, de este modo, mantener su carácter de empresa familiar (SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 99). El preámbulo es el espacio más idóneo para este tipo de contenido.

⁴⁵⁷ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., págs. 282-283.

otros espacios del protocolo, como por ejemplo a través de la llamada *Cláusula “con gratitud”*⁴⁵⁸.

Con todo, aun cuando es la parte menos jurídica y no contendrá normas vinculantes, no debe desmerecerse el papel que juega el preámbulo en el conjunto del protocolo. A pesar de su *“ausencia de juridicidad”*⁴⁵⁹, puede resultar muy útil para ayudar a la interpretación de las normas que se encuentren en el articulado⁴⁶⁰ y, a la vez, puede contener recomendaciones –más o menos directas- en aquellos terrenos en los que jurídicamente no sea posible establecer normas de obligado cumplimiento.

3.2.2.2. **Ámbito de aplicación.**

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación, podemos distinguir tres elementos importantes: el ámbito de aplicación objetivo, el subjetivo y el temporal. Desde el punto de vista subjetivo, es habitual que participen en el proceso de elaboración del protocolo y lo acaben suscribiendo aquellos miembros de la familia que ya sean socios y/o trabajadores de la empresa; mientras que en el ámbito objetivo, será necesario determinar la sociedad sobre la que quiere proyectar sus efectos el protocolo o, en su caso, el grupo de sociedades relacionadas con la familia, siendo preciso que el protocolo se refiera a la totalidad del grupo si verdaderamente quiere desplegar plenos efectos⁴⁶¹. Por lo que respecta al ámbito temporal, es frecuente que el protocolo no contenga mención alguna al respecto, por cuanto nace con una voluntad de permanencia en el tiempo, de modo que será generalmente por periodo indefinido, sin perjuicio de los eventuales mecanismos de revisión que en su caso se establezcan.

Atendiendo a la naturaleza jurídica del protocolo como contrato (como comentaremos en el capítulo séptimo), su ámbito subjetivo lo constituyen sus firmantes, que serán a priori, como antes señalábamos, los miembros de la familia titulares de capital en la compañía. No obstante, es posible que puedan adherirse al mismo terceras personas, ajenas a la familia, que suscriban acciones o participaciones de la empresa familiar, si bien será frecuente en estos casos que se requiera la autorización previa del Consejo de Familia⁴⁶².

⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 1.146.

⁴⁵⁹ BADENAS CARPIO, J. M.: “Notas sobre el...”, ob. cit., págs. 784-785.

⁴⁶⁰ Para esa finalidad interpretativa puede ser recomendable que el preámbulo incorpore definiciones, a fin de dejar claro por ejemplo qué alcance tiene el concepto “familia empresaria”, cuál es cada “rama familiar”, etc. (AMAT, J.: “Modelos de protocolos...”, ob. cit., pág. 252).

⁴⁶¹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 99-100.

⁴⁶² GALEOTE, M.P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.004.

A su vez, en el ámbito objetivo, nos encontraremos con protocolos que pretendan establecer una regulación global de las relaciones entre empresa y familia (aunque debiendo tener presente el riesgo de pretender soluciones universales que devendrán imposibles)⁴⁶³, así como con otros protocolos que únicamente persiguen una finalidad determinada: por ejemplo, el mantenimiento de la propiedad mediante el establecimiento de determinadas restricciones a la libre transmisión de acciones y participaciones. Por otro lado, habrá ocasiones en que el protocolo sólo proyectará sus efectos en una sociedad y otros en que lo hará sobre todo un grupo de sociedades, en función de cómo esté organizado el negocio de la familia empresaria, así como también casos en que el protocolo se referirá sólo a una sociedad pero, siendo ésta la cabecera de su grupo, tendrá un efecto indirecto sobre las demás sociedades que lo integren⁴⁶⁴.

En cualquier caso, asumiendo un carácter más global o apostando por regular cuestiones más concretas, podemos señalar que todos los protocolos obedecerán, con sus particularidades, al objeto de *“ordenar y planificar de manera coherente y eficaz las relaciones entre familia y empresa con el fin de garantizar la continuidad de ésta y su permanencia en el ámbito de control de la familia”*⁴⁶⁵.

Con todo lo expuesto, se advierte que la definición de protocolo familiar contenida en el artículo 2 del RD 171/2007 viene a recoger los distintos ámbitos subjetivos y objetivos a los que nos hemos referido. En particular, interesa destacar que se refiere el citado precepto a pactos *“suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares”*, es decir, que no se limitan a quienes ya ostentan participación en el capital, sino también a familiares que no participen –al menos por el momento- en la propiedad de la empresa. Asimismo, debe señalarse también que define su objeto como la regulación de las relaciones entre familia, propiedad y empresa y que, en su apartado 2, menciona expresamente la posibilidad de que un protocolo afecte a varias sociedades, es decir, a un grupo.

3.2.2.3. Gobierno de la empresa familiar.

Dedicaremos más adelante un apartado específico⁴⁶⁶ a analizar los órganos de la empresa familiar y el modo en que el protocolo incide en los mismos, por lo que será en aquel apartado en el que más profundizaremos sobre esta cuestión. Con todo, es

⁴⁶³ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 669.

⁴⁶⁴ Las familias empresarias que organizan su negocio en grupos de sociedades suelen hacerlo con los denominados “peines”, es decir, con una sociedad *holding* o cabecera de la que cuelgan todas las demás, estando el capital de la *holding* en manos de los familiares (GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 200).

⁴⁶⁵ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., págs. 170-171.

⁴⁶⁶ Vid. apartado 5.2.

importante también hacer una referencia a la misma al hablar del contenido del protocolo, por cuanto las referencias al gobierno de la sociedad son un elemento inexcusable en el mismo⁴⁶⁷.

El protocolo será el punto de partida lógico para regular dos elementos importantes en relación a los órganos de gobierno de la empresa familiar. Por un lado, servirá para crear y regular los órganos *ad hoc* de la empresa familiar, como son la Asamblea Familiar, el Consejo de Familia y los distintos comités⁴⁶⁸. Por el otro, servirá para regular de un modo específico, dándoles los tintes propios de la empresa familiar, los órganos societarios comunes⁴⁶⁹. De nuevo, en este caso, será necesario que las reglas que el protocolo contenga al respecto se trasladen a los documentos oportunos. Las referidas a la junta, en cuanto a régimen de mayorías, por ejemplo, o normas específicas asistencia y de representación –en aras a evitar el acceso a la junta de personas ajenas a la familia-, deberán trasladarse a los estatutos sociales. Las referidas al órgano de administración, a los propios estatutos o a documentos más específicos como, por ejemplo, el reglamento del consejo de administración⁴⁷⁰.

Esta coexistencia entre órganos de ambas tipologías, familiares y societarios, puede dar lugar incluso a fórmulas mixtas en las que se entremezclen los dos ámbitos: por ejemplo, con reuniones de familiares que no sean socios con otros que sí lo sean para, conjuntamente, preparar una junta general en la que defender los intereses de una determinada rama de la familia⁴⁷¹, lo cual vendría a ser, con mayores o menores formalismos, una especie de sindicato de voto.

Cabe destacar, en relación a esta cuestión, que la autonomía de la voluntad de los firmantes del protocolo estará sujeta a una doble medida. En relación a los órganos *ad hoc*, dicha libertad será absoluta: no existiendo ninguna norma legal a la que sujetarse, podrán configurar esos órganos según estimen más pertinente. Por el contrario, en relación a los órganos societarios, esa libertad estará condicionada: no podrán adoptarse configuraciones que resulten contrarias a la legislación vigente.

⁴⁶⁷ La importancia de contemplar este apartado nos remite al modelo de los tres círculos, en que encontramos uno referido a la empresa, en el que prima el aspecto directivo de la misma (TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of...”, ob. cit., pág. 201).

⁴⁶⁸ La importancia de disponer de estos órganos es tan grande que, para algunos autores, su existencia indica que la empresa familiar ha alcanzado la madurez como tal (SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, V.: “El gobierno de...”, ob. cit., pág. 165).

⁴⁶⁹ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los Órganos de...*, ob. cit., pág. 268.

⁴⁷⁰ La existencia de un reglamento que organice el funcionamiento del consejo es especialmente necesaria por lo “*parca en exceso*” que resulta la regulación legal del mismo (POLO, E.: “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima” en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Civitas, Madrid, 1992, pág. 389). La facultad de elaborar el reglamento corresponde al propio consejo, si bien es frecuente que el protocolo contenga normas al respecto (GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., págs. 206-207). Estos reglamentos permiten una regulación más flexible de la sociedad mercantil (VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 349).

⁴⁷¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 52.

3.2.2.4. Régimen del trabajo en la empresa.

La regulación del régimen del trabajo de los miembros de la familia en la empresa es otro de los contenidos habituales en todo protocolo, siendo frecuente que se establezcan criterios y reglas en relación con dos aspectos: el acceso a un puesto en la empresa y la promoción dentro de la misma. Se trata con ello de incidir en la profesionalización de la empresa familiar, rompiendo presunciones no siempre justificadas acerca de la realidad laboral de los familiares en la misma⁴⁷², de modo que los familiares que trabajen en ella lo hagan con el mismo régimen con el que lo haría cualquier tercero. Se trata de aplicar al modelo tradicional de capitalismo familiar un modelo basado en la meritocracia⁴⁷³.

Por lo que respecta a los criterios de acceso, es fundamental que el protocolo establezca unas normas que permitan someter a los familiares a idénticos procesos de selección a los que se sometería a cualquier otro profesional, con el objetivo de *“aceptar en la empresa sólo a aquellos familiares que, por razones empresariales, se considera que tienen las aptitudes necesarias para desempeñar eficazmente el trabajo”*⁴⁷⁴. El interés que debe primar, por tanto, es el de la eficiencia en la gestión de la sociedad mercantil y no el de ofrecer empleo a todos los miembros de la familia, con independencia de sus capacidades técnicas. Y este criterio, aun cuando es especialmente importante en el caso de la selección de los directivos de la empresa, debe aplicarse en realidad a la totalidad de los puestos de trabajo en la misma⁴⁷⁵.

En cuanto a los criterios de promoción, que servirán para determinar qué méritos debe acreditar un miembro de la familia para ascender a puestos de mayor responsabilidad en el seno de la empresa, es igualmente imprescindible que sean los mismos que se aplicarían con terceros. Se trata de una cuestión crítica, puesto que es frecuente que el desarrollo de la carrera en una empresa familiar esté *“sesgado”*, de modo que se generen en el mercado externalidades negativas: *“empleados válidos, actuales o potenciales pueden rechazar su vinculación con la empresa al no ver clara su futura*

⁴⁷² El artículo 1.3.e del ET parte de la presunción de que, salvo que se demuestre la condición de asalariado, el familiar que trabaja en la empresa hasta el segundo grado no está incorporado al régimen laboral. Por otro lado, los sucesivos programas de fomento de empleo han ido excluyendo a los familiares de los beneficios que ofrecían, tal y como puede verse en el artículo 6 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (LUJÁN ALCARAZ, J.: “La empresa familiar desde una perspectiva jurídico-laboral”, en MONREAL MARTÍNEZ J. et al. (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., págs. 279 y 286).

⁴⁷³ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 78.

⁴⁷⁴ LANSBERG, I. S.: “Managing Human in Family Firms: The problem of institutional overlap”, en *Organizational Dynamics*, 1983, págs. 39-46 (citado en LEACH, P./BOGOD, T.: *Claves de la...*, ob. cit., pág. 152).

⁴⁷⁵ CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., págs. 80-82.

*promoción en el negocio*⁴⁷⁶. De nuevo es necesario, por tanto, priorizar los intereses de la sociedad mercantil por encima de los intereses particulares de los familiares.

El desarrollo de los dos conjuntos de criterios y reglas, los de acceso y promoción, debe quedar muy bien reflejado en el protocolo familiar, sin perjuicio de que determinados órganos *ad hoc* de la empresa familiar –como el consejo de familia o un posible comité específico- puedan reflexionar sobre los mismos y, sobre todo, controlar que se apliquen correctamente a cada caso individual. Se trata de analizar conjuntamente todos aquellos aspectos que inciden en la decisión de contratar o promocionar a un determinado individuo para un puesto concreto: “*las condiciones de trabajo en cuanto a funciones, dependencia jerárquica, retribución, formación, evaluación, elaboración del plan de carrera y promoción de los familiares que trabajen en la empresa*”⁴⁷⁷. Todo ello con el objetivo claro de que las reglas del protocolo “*eviten la confusión entre propiedad y capacidad*”⁴⁷⁸, de modo que sólo los familiares válidos para trabajar en la empresa acaben haciéndolo.

De los elementos señalados, puede resultar especialmente interesante referirse a la política retributiva, por cuanto es también uno de los puntos en que las empresas familiares pueden presentar particularidades y, con éstas, adolecer de determinados problemas. En concreto, las retribuciones a los familiares se establecen en ocasiones por criterios más emocionales que por criterios de eficiencia en el trabajo⁴⁷⁹. De nuevo, el criterio a aplicar debe ser el de equiparar el trato a los familiares al que se brindaría a cualquier tercero, puesto que cualquier política retributiva que conlleve establecer una diferenciación entre familiares y no familiares, generaría en todos los casos situaciones de tensión: si se les paga por encima del precio de mercado, se crearán tensiones con los otros trabajadores, que se sentirán agraviados; si se les paga por debajo, por entender que tienen cierta obligación (de carácter moral) de contribuir a levantar o mantener la empresa, los más competentes pueden acabar marchándose a otras terceras sociedades donde se les retribuya según su verdadera valía⁴⁸⁰.

Es evidente que, retomando la idea del modelo de los tres círculos⁴⁸¹ a la que nos hemos ido ya refiriendo en diversos apartados, sólo unos pocos miembros del círculo “familia” estarán presentes también en “propiedad” y “trabajo”. Por ello, en caso de que se quiera utilizar la sociedad mercantil como forma de asegurar a todos los miembros del grupo “familia” unos determinados ingresos, debe hacerse por la vía de la “propiedad” y no exclusivamente (o no fundamentalmente) por la vía del “trabajo”.

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ MARÍN, G./CARRASCO HERNÁNDEZ, A. J.: “Capital humano en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., pág. 178,

⁴⁷⁷ AMAT, J.: “Modelos de protocolos...”, ob. cit., págs. 112-113.

⁴⁷⁸ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar...*, ob. cit., pág. 42.

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ MARÍN, G./CARRASCO HERNÁNDEZ, A. J.: “Capital humano en...”, ob. cit., pág. 177.

⁴⁸⁰ LEACH, P./BOGOD, T.: *Claves de la...*, ob. cit., págs. 154-155.

⁴⁸¹ TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of...”, ob. cit., pág. 201.

Así, puede establecerse por ejemplo una política de dividendos que permita mantener una escala salarial acorde con el mercado y, a la vez, retribuir a los familiares en función de su participación en el capital social, adoptando así una doble fórmula que *“reconoce los privilegios de la propiedad, pero mantiene un sistema de recompensa basado en los méritos en la empresa”*⁴⁸².

Por otro lado, directamente vinculado al acceso de unos familiares a la empresa, debe pensarse en la salida de otros, es decir, en las jubilaciones. Esta cuestión tiene una triple incidencia en relación a la mercantil: la sucesión al frente de la misma (cuando el relevo se produzca en el órgano de administración), los cambios en los puestos laborales de la compañía y la habitual voluntad de establecer determinadas concesiones retributivas para los familiares que se jubilan y dejan sus puestos. La retribución para dichos familiares puede venir por la antes comentada vía de los dividendos –pudiendo establecerse en el protocolo y también en los estatutos la obligación de repartir un dividendo mínimo, siempre que los beneficios de la sociedad así lo permitan- y, también, mediante retribuciones específicas. Lo más adecuado es optar por el llamado *“mix financiero”*, que conjuga diversos elementos en el que, además de las retribuciones que el propio familiar que deja la empresa se haya preparado por sus propios medios (plan de jubilación, inversiones patrimoniales, etc.) y otros vinculados a la sociedad, que deben estar *“negociados con los órganos de gobierno de la empresa y articulados en su protocolo familiar con bastante antelación”*, como los trabajos remunerados por seguir con ciertas actividades vinculadas a la empresa (como consejero, como mentor, como responsable de una eventual fundación), los dividendos o el cobro de una renta vitalicia abonada por la empresa⁴⁸³.

3.2.2.4. Propiedad de la empresa familiar.

Dentro del conjunto de contenidos habituales en el protocolo, el relativo a la propiedad de la empresa familiar es sin duda uno de los más importantes y, por este motivo, le dedicaremos una especial atención en el capítulo quinto. La importancia que el protocolo concede a regular la propiedad de la empresa obedece a la voluntad de que ésta permanezca en manos de familiares, cuestión que la doctrina considera fundamental, tal y como destacaba el Informe de la Ponencia de Estudio del Senado⁴⁸⁴: *“Un factor temporal que prácticamente la totalidad de los autores especializados destaca, que es el deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia”*. Efectivamente, como

⁴⁸² LEACH, P./BOGOD, T.: *Claves de la...*, ob. cit., pág. 155.

⁴⁸³ NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria...*, ob. cit., págs. 161-162.

⁴⁸⁴ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 25.

hemos visto ya en el capítulo segundo, la voluntad de mantener el capital en manos de la familia, la vocación de continuidad como empresa familiar, es uno de los elementos configuradores de este tipo de sociedades y, por ello, es esencial regular en el protocolo la tenencia de dicho capital, así como la atribución a los administradores (familiares) de tareas gerenciales indelegables⁴⁸⁵.

Dicha regulación tiene como base fundamental el establecimiento de determinadas restricciones a la transmisión de las acciones o las participaciones de la sociedad, que deberán estar contempladas en el protocolo (porque serán fruto del proceso de su negociación y otorgamiento) y, también, necesariamente incorporadas a los estatutos sociales⁴⁸⁶, a fin de que gocen de la eficacia societaria necesaria. Su inclusión en el protocolo es una cuestión ineludible por cuanto debe admitirse que, en definitiva, *“el mantenimiento del intuitu personae no puede lograrse sin la vía de las limitaciones (y prohibición incluso) a la transmisión de las partes sociales, y en general sin una estructura flexible y una organización interna que sea reflejo fiel de aquel atributo típico que constituye su base”*⁴⁸⁷. Es decir, no podría asegurarse la transmisión de la empresa dentro del seno de la familia si no se contara con un conjunto de reglas, en el protocolo y en los estatutos, que garantizaran que su capital social no se dispersa entre terceros ajenos al círculo familiar. Esto será fruto de la conjugación de dos niveles de restricciones a la libre transmisión del capital: una primera presunción legal acorde con el tipo legal elegido y, en segundo lugar, el diseño concreto de la mercantil que los socios quieran hacer con su libertad convencional⁴⁸⁸.

De ahí que sea especialmente conveniente articular la empresa familiar, en términos generales, como una sociedad de responsabilidad limitada⁴⁸⁹, por ser el tipo cuya regulación legal nos sitúa en el ámbito de una sociedad más cerrada y permite, adicionalmente, que los socios la cierren todavía más mediante determinadas cláusulas a las que nos referiremos específicamente en el capítulo quinto.

3.2.2.6. Cláusulas de orden.

El apartado de cláusulas de orden tiene un carácter marcadamente heterogéneo, incluyéndose en el mismo aquellos contenidos que no hayan sido desarrollados en

⁴⁸⁵ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., págs. 72.

⁴⁸⁶ Para algunos autores, el régimen de titularidad de las acciones o participaciones es de hecho la principal cuestión del protocolo que debe ser trasladada a los estatutos (ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., pág. 221).

⁴⁸⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 71.

⁴⁸⁸ PERDICES HUETOS, A.: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 43.

⁴⁸⁹ Vid. epígrafe 2.1.2.2.

otros apartados del protocolo. Pueden apuntarse como posibles elementos a incorporar a esta parte los siguientes: las cláusulas penales por incumplimiento del protocolo, las reglas para su interpretación, las previsiones de actualización y revisión, el alcance de su publicidad registral y el mecanismo para la resolución de conflictos⁴⁹⁰.

Tanto las cláusulas penales –fundamentales desde el punto de vista de la eficacia contractual del protocolo- como la publicidad registral –importante en cuanto a su eventual eficacia societaria- serán objeto de tratamiento específico en el capítulo octavo. Del resto de cuestiones, puede resultar especialmente importante que el protocolo prevea, ya desde el principio, a qué mecanismos de actualización y revisión va a estar sujeto el documento, a fin de estar adecuado en cada momento a la realidad de la empresa familiar.

Al respecto, retomando la idea de que el protocolo “*debe considerarse como un punto de salida y no como una meta*”⁴⁹¹, el proceso para su implantación no termina con su suscripción ni, tampoco, con la mera aplicación sistemática de sus reglas de una forma automática a lo largo del tiempo. Es preciso que el documento se mantenga vivo, que no se agote en sí mismo⁴⁹² y, como tal, evolucione del mismo modo en que lo hagan la sociedad mercantil y la familia sobre las que pretende desplegar sus efectos: en definitiva, determinadas reglas sobre las mayorías para la adopción de acuerdos pueden ser válidas durante las primeras generaciones (con el capital concentrado) pero no serlo ya para las siguientes (con el capital atomizado). Por lo tanto, el protocolo debe ser necesariamente un “*instrumento flexible*” sujeto a revisiones periódicas, intentando que éstas coincidan con los períodos de transición generacional⁴⁹³. Y es importante, en aras a permitir que esas revisiones periódicas se lleven efectivamente a cabo, que su regulación esté contemplada ya desde el primer momento en el articulado del protocolo.

Por otro lado, la previsión de mecanismos de resolución de conflictos es otro elemento habitual en los protocolos, bien sea para encomendar dicha resolución a los órganos *ad hoc* de la propia empresa familiar, bien sea para encomendarla a terceros ajenos a la misma. Si en cualquier empresa u organización pueden generarse conflictos⁴⁹⁴, la empresa familiar es un espacio especialmente abonado para ello, por cuanto influyen sobre la misma, de una forma más intensa, factores externos o del entorno, como en este caso es la presencia de una familia empresaria con la que se

⁴⁹⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 81-82.

⁴⁹¹ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

⁴⁹² AMAT, J.: “El proceso de...”, ob. cit., pág. 178; en el mismo sentido, ROCA JUNYENT, M.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., pág. 222.

⁴⁹³ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 484.

⁴⁹⁴ A pesar de que la empresa familiar adolezca de una mayor conflictividad por la doble relación entre sus sujetos, como socios y como familiares, “*esto tampoco es algo propio de la familia ya que la eventual conflictividad es inherente a cualquier clase de relación humana*” (ALONSO ESPINOSA, F.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 49).

mantienen relaciones⁴⁹⁵. La coexistencia de dos sistemas (empresa y familia), con sus respectivos intereses, es una fuente potencial de conflictos, por cuanto puede existir incompatibilidad entre los intereses empresariales y los familiares⁴⁹⁶. A mayor abundamiento, debe destacarse que la intensidad de las relaciones familiares es precisamente fuente habitual de conflictos, debido a la importancia que en las mismas tienen los afectos y las pasiones, así como la tendencia a generar tensiones permanentes entre sus miembros, fruto de la intimidad en sus relaciones⁴⁹⁷. De ahí que sea especialmente recomendable planificar ya en el protocolo de qué modo se resolverán los eventuales conflictos, para evitar así que los conflictos ignorados o no debidamente abordados generen situaciones no deseadas⁴⁹⁸.

Puede resultar interesante, a este respecto, traer a colación la distinción entre mediación y arbitraje, debido al distinto papel que juegan los terceros que intervienen en una y otra clase de resolución de conflictos. Así, mientras el mediador sirve de asesor de las partes en un proceso negociador entre éstas, que son las que al final acabarán o no alcanzando un acuerdo, el árbitro tiene plena capacidad decisoria y fuerza vinculante, aun cuando su laudo sea finalmente contrario a la voluntad de todas las partes⁴⁹⁹, sin perjuicio de figuras intermedias como el llamado *med-arb*⁵⁰⁰. Al respecto, entendemos que los procesos de resolución de conflictos encomendados a los órganos *ad hoc* de la propia empresa familiar –por ejemplo al consejo de familia o a un eventual comité específico de resolución de controversias- se asemejan más bien a la figura de la mediación, por cuanto se tratará de fomentar el acuerdo entre los familiares. Por el contrario, cuando se encomienden a un organismo externo al ámbito de la empresa, nos encontraremos generalmente ante un procedimiento arbitral, puesto que la decisión se tomará por dicho organismo o por los árbitros que éste designe. Se opte por el mecanismo que se opte, lo conveniente es que esté determinado ya en el protocolo, por cuanto posteriormente, puestos ya en un escenario de posible conflicto, resultará mucho más difícil aunar las voluntades de las partes para someterse a un determinado mecanismo o a otro.

⁴⁹⁵ LLORENTE MUÑOZ, V.: “Política de dividendos...”, ob. cit., pág. 57.

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M.: “La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de...*, ob. cit., pág. 204.

⁴⁹⁷ MARTÍN CASTEJÓN, J.: “Resolución de conflictos en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de...*, ob. cit., pág. 417.

⁴⁹⁸ BAIXAULI GALLEGÓ, E.: *El conflicto empresarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 26-27.

⁴⁹⁹ LORCA NAVARRETE, A. M.: *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*, IVADP, San Sebastián, 2012, pág. 19.

⁵⁰⁰ VELARDE ARAMAYO, S./SASTRE IBARRECHE, R.: “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR”, en VELARDE ARAMAYO, S. (coord.): *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pág. 59.

Finalmente, en cuanto a las previsiones relativas a la interpretación del protocolo, suele pactarse que sea el consejo de familia el órgano encargado de decidir sobre la misma⁵⁰¹.

3.2.2.7. Adhesiones y publicidad.

El último apartado del protocolo al que nos referiremos es el que tiene que ver con las adhesiones y, en su caso, la publicidad. Debido al carácter eminentemente heterogéneo del protocolo, al que nos hemos referido ya en el epígrafe 3.2, los apartados a los que hemos hecho referencia no deben interpretarse como compartimentos estancos y, por este motivo, una cuestión como el régimen de publicidad del protocolo tanto puede ir vinculada a las adhesiones como, en otros casos, formar parte de las cláusulas de orden o, incluso, no estar siquiera recogida en el protocolo (aunque esta última opción sea, a nuestro juicio, la menos recomendable).

Las adhesiones son una cuestión fundamental de cara a la eficacia obligacional del protocolo. Recordando su naturaleza contractual y, por tanto, su eficacia *inter partes*, identificar a los firmantes es esencial para conocer, *prima facie*, qué sujetos quedarán inmediatamente sometidos al protocolo y a sus reglas⁵⁰². Al respecto, cabe apuntar el amplio espectro de sujetos que pueden someterse al protocolo. Y es que, aunque los primeros llamados a firmar el acuerdo son los titulares de una participación en el capital de la sociedad (accionistas socios) que, generalmente revestirán la condición también de familiares, pueden también suscribirlo aquellos familiares que no tengan todavía participación en el capital pero que, de este modo, quedarán ya vinculados a sus reglas en cuanto lo asuman⁵⁰³. Pero es que, además, es posible incluso que lo haga algún tercero que, siendo ajeno a la familia, suscriba por cualquier razón acciones o participaciones de la empresa⁵⁰⁴. En definitiva, por tanto, el ámbito subjetivo del protocolo puede ser ciertamente amplio.

Asimismo, en relación con lo expuesto acerca de las adhesiones, cabe la posibilidad de regular –en este u otros apartados– posibles prestaciones accesorias que, debidamente incorporadas a los estatutos, permitan exigir a cualquier miembro de la familia (o hasta a cualquier tercero) la suscripción del protocolo como condición necesaria para acceder al capital social de la empresa. Esta cuestión, a la que nos referiremos más ampliamente en el apartado 8.2, puede resultar interesante de cara a

⁵⁰¹ GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.012.

⁵⁰² Los firmantes quedarán vinculados jurídicamente entre sí, pudiéndose reclamar en sede judicial el cumplimiento de lo pactado (GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 197).

⁵⁰³ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., págs. 471-472.

⁵⁰⁴ GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.004.

extender la eficacia del protocolo más allá de sus firmantes iniciales, garantizando que sus efectos recaerán también sobre los nuevos titulares de una participación en el capital, para lo que será necesario, al margen de la correspondiente previsión estatutaria (inexcusable, *ex* artículo 86 de la LSC), dotar al protocolo de una publicidad, como mínimo, notarial, mediante la cual se conservará cierta confidencialidad para el documento pero, en cambio, se tendrá plena fehaciencia de su contenido⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos legales del...”, *ob. cit.*, págs. 238-239.

4. Arquitectura jurídica de la empresa familiar:

inserción del protocolo

4.1. Relación con otros documentos societarios y familiares.

Sin perjuicio del análisis que dentro de los puntos siguientes del presente capítulo realizaremos, podemos señalar de forma apriorística que el protocolo familiar es un documento destinado a organizar determinados aspectos de la empresa familiar y de la familia empresaria⁵⁰⁶. Esta aproximación conceptual, que peca sin duda de simple y generalista, sí que nos permite apreciar dos elementos relativos al protocolo: que es un documento y que regula aspectos familiares y societarios. De la apreciación de estos dos elementos se deriva la coincidencia del protocolo con otras figuras que reúnen estas mismas características. Por un lado, los estatutos sociales, que reúnen el doble carácter de documental (con las salvedades que a continuación abordaremos) y societario, y por el otro los testamentos y capitulaciones matrimoniales, que reúnen también las características de documentales y familiares.

La coincidencia del protocolo con estos otros documentos no tiene por qué suponer un conflicto, aun cuando en algunos momentos se haya podido interpretar de este modo y, decididamente, sea ésta una visión errónea. En este sentido, puede señalarse que uno de los principales males de los que el protocolo familiar ha adolecido desde sus inicios es su voluntad totalizadora, su objetivo de convertirse en un “*remedio universal*” que permita superar todos los obstáculos a los que la empresa familiar debe hacer frente⁵⁰⁷. Esta voluntad de solución única y total supone, como es lógico, que resulte especialmente difícil alcanzar un acuerdo unánime para su aprobación pero, además, conlleva un choque frontal con la realidad jurídica de la familia y de la sociedad, ya que no se puede olvidar que el protocolo, desde el punto de vista jurídico, no es un documento completo, puesto que no puede regular determinados aspectos que será preciso abordar en otros documentos, como testamentos, capitulaciones o actos de la sociedad debidamente elevados a públicos e inscritos en el Registro Mercantil. En definitiva, por tanto, el protocolo es más un comienzo que un fin a la hora de regular la sociedad mercantil familiar⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Al respecto, la Ponencia del Senado sobre empresa familiar lo definió como “*acuerdo documentado que delimite el marco de desarrollo y las reglas de actuación y comportamiento entre la empresa familiar y su propiedad*” (BOCG, Serie I, nº 312, pág.: 37). Para un análisis de la tarea de la Ponencia, vid. apartado 7.3.2.

⁵⁰⁷ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 669.

⁵⁰⁸ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 63.

Y es que no debemos olvidar que muchos de los aspectos que se pretenden regular a través del protocolo familiar –y que serán objeto de estudio detallado más adelante en este capítulo y también en el siguiente- necesitan cumplir con estrictos requisitos formales que no pueden eludirse mediante el pacto entre las partes, habida cuenta de su imperatividad, su carácter *ius cogens*⁵⁰⁹. Es por ello que no sólo no habrá conflicto entre el protocolo y los otros documentos antes citados, sino que deberá existir una gran complementariedad entre ellos, de modo que el protocolo deberá redactarse pensando ya en la necesaria revisión de todos los documentos jurídicos que afectan a la empresa y a la familia, en tanto que será el conjunto de todos ellos el que forme el verdadero régimen jurídico de la empresa familiar, puesto que buena parte de los pactos del protocolo tendrán que ver con elementos como el régimen económico matrimonial de los socios o la ordenación de la sucesión⁵¹⁰. Es por ello que, a la postre, “el protocolo familiar puede –casi siempre- requerir de otras previsiones que complementen su eficacia: modificaciones estatutarias, cláusulas de sindicación, previsiones sucesorias, etc.”⁵¹¹. Es lo que la doctrina germánica conoce como *Doppelgesellschaft*, que podemos llamar “doble negocio” o “doble sociedad”: se articula una doble estructura negocial en que se entremezclan el negocio que recoge o incorpora el protocolo (negocio principal) y distintos contratos societarios relativos a la compañía sobre la que quiere desplegar sus efectos (negocios *per relationem*)⁵¹².

Es preciso, por lo tanto, realizar en este punto un breve estudio –lógicamente sin voluntad exhaustiva, por cuanto escaparía al objeto del presente trabajo- sobre las tres figuras antes citadas, a fin de señalar sus puntos de conexión y sus diferencias principales con el protocolo, así como el modo en que pueden complementarse entre sí para un mejor diseño de la arquitectura jurídica de la empresa familiar. De hecho, puede interpretarse que el protocolo es en realidad la suma de todos ellos: se trataría desde este punto de vista de un negocio jurídico complejo donde se entremezclan

⁵⁰⁹ La autonomía de la libertad en sede societaria está limitada por el necesario respeto a las normas propias del tipo social elegido, existiendo por tanto el límite de las normas imperativas y de los principios configuradores del tipo (PAZ-ARES, C.: “La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., págs. 549-553). Se trata de normas “de naturaleza abiertamente indisponible”, como señalan MENÉNDEZ, A./VAQUERIZO ALONSO, A.: “Disposiciones generales de la Ley de Sociedades Anónimas”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1º A, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 48-49.

⁵¹⁰ PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en ÁLVAREZ GARCÍA, M. D./ZUBIRI DE SALINAS, F.: *Reflexiones sobre materias de derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009, pág. 518. Abordar las cuestiones de planificación sucesoria o familiar (por ejemplo en el aspecto matrimonial) puede ser más importante para el futuro de la empresa que cuestiones como las tributarias, las laborales o las mercantiles pero, a pesar de ello, son las que tradicionalmente han sido objeto de menor asesoramiento jurídico (FERNÁNDEZ-SACHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 290).

⁵¹¹ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., págs. 35-36.

⁵¹² FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho civil catalán”, en *RDM*, nº 284/2012, págs. 62-63.

instituciones diversas, como los estatutos, las capitulaciones o los contratos que se mantienen reservados entre los socios⁵¹³.

Todo ello en el marco de un Derecho de sociedades que, desde ya hace unos cuantos años, viene mostrando una realidad en que coexisten las regulaciones tradicionales (escrituras y estatutos) con las regulaciones que los socios establecen, contractualmente, a través de acuerdos extraestatutarios. Un modo de eludir la rigidez de la normativa societaria y el limitado espacio que ésta deja a la autonomía de la voluntad⁵¹⁴.

4.1.1. Estatutos Sociales.

En primer lugar, nos referiremos a los estatutos sociales, documento social que imperativamente deberán tener las sociedades mercantiles, como se deduce del artículo 121 del CCom y se establece, de forma particular para los tipos capitalistas, en el artículo 23 de la LSC. Cabe destacar, de entrada, que la doctrina mercantilista no considera que los estatutos sociales sean en sí mismos un documento, sino que son en todo caso una parte de otro documento, que es la escritura fundacional⁵¹⁵. Al respecto, recogiendo una idea muy arraigada en la doctrina clásica, puede afirmarse que los estatutos no son en realidad un documento, sino un epígrafe de la escritura fundacional, sin tener, por tanto, carácter de documento por sí mismos de forma autónoma⁵¹⁶.

Esta concepción, que impide a los estatutos sociales tener consideración de documento autónomo, no debe afectar a la consideración que nosotros les damos como elemento con carácter documental, a los meros efectos de señalar la coincidencia que en este aspecto presentan con el protocolo familiar. Por lo tanto, con independencia de que los estatutos puedan considerarse un documento por sí solos o que, por el contrario, los entendamos como parte integrante de otro más amplio (la escritura fundacional), entendemos que tienen una naturaleza similar a la que pueda tener el propio protocolo, por cuanto se configuran en definitiva como un *“conjunto de normas*

⁵¹³ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “Notas sobre el...”, ob. cit., pág. 1.074.

⁵¹⁴ GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad...”, ob. cit., pág. 1.869.

⁵¹⁵ A su vez, la escritura fundacional, el contrato de sociedad, no equivale a la fundación: la fundación de la sociedad incluye dicho contrato, pero también otros elementos, como la inscripción registral precedida la correspondiente calificación en el caso de las sociedades de capital (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 181.

⁵¹⁶ BLANQUER UBEROS, R.: “Escritura y estatutos en la SRL”, en PAZ-ARES, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 227-237; en la misma línea, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, tomo II, ob. cit., pág. 1.337.

que regulan los aspectos básicos de la organización y el funcionamiento social”⁵¹⁷. Es decir, atienden a la voluntad de establecer un conjunto de normas imperativas que configuren de manera consensual el régimen interno –y en algunos aspectos externo– de una determinada mercantil.

Dejando de lado, por tanto, disquisiciones de tipo meramente formal y entrando de lleno en el análisis sustantivo de los estatutos, cabe destacar que éstos “comprenden el ordenamiento corporativo de la sociedad: las reglas básicas de su estructura orgánica y de su funcionamiento”⁵¹⁸. Se trata además de una reglamentación que trasciende más allá de sus firmantes (los socios) para convertirse en Derecho objetivo en el seno de la sociedad, a pesar de su naturaleza inicialmente negocial⁵¹⁹.

Los estatutos, por lo tanto, van a definir de qué modo se organiza la sociedad y qué reglas van a tener que observar las personas relacionadas con la misma, es decir, sus socios y administradores, sobre la base de unos contenidos mínimos necesarios (exigidos por el artículo 23 de la LSC) y otros de carácter facultativo⁵²⁰. A pesar de todo, no está de más reconocer el carácter necesariamente limitado de la tarea reguladora de los estatutos, en los que no podrán preverse de forma exhaustiva todas las posibles vicisitudes por las que atravesará la sociedad mercantil, por lo que buena parte de lo que establecen los estatutos es el modo en que, llegado el caso, deberán tomar las decisiones oportunas los órganos societarios correspondientes⁵²¹.

El paralelismo con el protocolo, en consecuencia, en tanto que conjunto de normas para organizar relaciones y estructura, resulta evidente. Lo que cambia es el objeto a regular, que en el caso del protocolo será la relación entre familia y empresa (sin perjuicio de otros aspectos) y, en el caso de los estatutos, únicamente será la organización interna de la sociedad y la regulación de las relaciones con sus partícipes, sin proyectar efectos más allá de estos sujetos, aspecto en el que difiere del protocolo, que tiene generalmente la voluntad de desplegar sus efectos, también, sobre terceros que no están directamente relacionados con la sociedad (por ejemplo, familiares que no tengan la condición de socios)⁵²².

⁵¹⁷ MOYA, J.: “Artículo 23. Estatutos sociales”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 354.

⁵¹⁸ MENÉNDEZ, A./RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada. Disposiciones generales”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen...* tomo XIV, volumen 1º A, ob. cit., págs. 376-377.

⁵¹⁹ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., págs. 278-279.

⁵²⁰ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 349; BONET, J. I.: “La constitución de la sociedad”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., págs. 105-106.

⁵²¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Los problemas contractuales...”, ob. cit., pág. 3.

⁵²² Algunas normas de los estatutos tienen también efectos sobre terceros: por ejemplo, las restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, que tendrán una incidencia especial en las empresas familiares (PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., págs. 481 y ss.).

Por otro lado, podemos establecer otro punto de conexión entre protocolo y estatutos en base a su origen negocial (congruente con la naturaleza contractual del negocio constitutivo)⁵²³, fruto del acuerdo entre las partes nacido del ámbito que la legislación societaria concede a la autonomía de la voluntad de los socios: los estatutos tienen siempre un origen negocial⁵²⁴, por lo que no son una norma impuesta con carácter heterónomo, como puedan serlo las Leyes, sino que son fruto de la negociación entre las partes, debiendo hacerse su interpretación de conformidad con el modo de interpretar los contratos⁵²⁵. A pesar de ello, al integrar el conjunto normativo que define la estructura orgánica de la sociedad, representan su “*norma constitucional*”⁵²⁶ o básica⁵²⁷. Y aunque no es éste el momento de estudiar la naturaleza contractual del protocolo familiar, sobre la que incidiremos en el capítulo séptimo, sí debemos apuntar que la consideración negocial que se otorga a los estatutos es también plenamente aplicable al protocolo.

Asimismo, debe señalarse que tanto los estatutos como el protocolo están ligados, como comentábamos en el epígrafe anterior, a las normas de derecho necesario que correspondan al tipo legal elegido⁵²⁸, sin que resulte posible establecer convencionalmente normas en sentido contrario⁵²⁹, tal y como viene señalando de forma reiterada la doctrina de la DGRN⁵³⁰. Es cierto que el protocolo puede establecer reglas divergentes con las propias del correspondiente tipo social, pero la eficacia de las mismas será meramente *inter partes* para sus firmantes, sin que puedan tener eficacia alguna sobre la sociedad mercantil. A modo de ejemplo: los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada no pueden exigir la unanimidad para la adopción de acuerdos en la junta general porque lo prohíbe el artículo 200.1 de la LSC, mientras el protocolo sí puede establecer dicha exigencia. Pero esta regla contenida en

⁵²³ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 135.

⁵²⁴ Toda la escritura fundacional reviste, en realidad, carácter negocial: no sólo sirve para decidir el nacimiento de una sociedad sino, también, para integrar “*el ordenamiento jurídico con el fin de individualizar (o personificar, si se quiere) el régimen de la sociedad que se quiere fundar*” (SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, 16ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pág. 210).

⁵²⁵ RDGRN de 11 de febrero de 2013: los estatutos sociales tienen un “*indudable aspecto contractual*”.

⁵²⁶ MENÉNDEZ, A./RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Régimen jurídico de...”, ob. cit., pág. 380.

⁵²⁷ De este modo, los estatutos son en la sociedad mercantil el equivalente de lo que el protocolo se ha considerado en el ámbito de la empresa familiar, con la nomenclatura de *Family Constitution* que le han venido dando autores como LEACH, P./BOGOD, T.: *Claves de la...*, ob. cit., pág. 116.

⁵²⁸ FERNÁNDEZ MAESTU, J. L.: *Reglamento del Registro Mercantil*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 1.213; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, tomo II, ob. cit., págs. 1.338-1.339. Pero a pesar de ello, los estatutos cumplen también, en sentido inverso, un modo de aproximar o de superar las diferencias tipológicas entre anónimas y limitadas (VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de...*, ob. cit., pág. 249).

⁵²⁹ BONET, J. I.: “La constitución de...”, ob. cit., págs. 105-106; es la llamada “*coacción del tipo*” (EIZAGUIRRE, J. M.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 65).

⁵³⁰ A modo de ejemplos de cláusulas estatutarias no inscribibles por ser contrarias a las normas propias del tipo: RDGRN de 4 de mayo de 2005 (nombramiento de consejeros por cooptación en sociedades limitadas); RDGRN de 30 de marzo de 1999 (obligación al socio de asistir a las juntas); RDGRN de 15 de octubre de 1998 (atribución al administrador de la elección del sistema de convocatoria de juntas).

el protocolo, que no podrá ser trasladada en ningún caso a los estatutos, no se aplicará en la sociedad, no al menos de forma directa, aun cuando sí pueda tener un efecto indirecto por la vía de un sindicato de voto que, incluso como tal, tendrá que hacer frente a las dificultades planteadas por nuestro ordenamiento⁵³¹. En consecuencia, por tanto, el protocolo queda vinculado, como los estatutos, aunque sea de forma indirecta, en aras a su mayor eficacia, a las normas societarias.

Establecidos los diversos puntos de conexión entre estatutos y protocolo, resulta interesante apuntar también las diferencias entre ambos instrumentos. En primer lugar, cabe destacar el carácter vinculante del primero y potestativo del segundo. Al respecto, el artículo 22 de la LSC, que mantiene el criterio tradicional⁵³², determina la necesidad de que la escritura fundacional contenga los estatutos, lo cual conlleva la inexcusable adopción de los mismos, como requisito indispensable para poder proceder a la constitución de la sociedad. Por el contrario, no existe ninguna norma que obligue, de forma necesaria, a la adopción de un protocolo familiar. De hecho, el carácter plenamente potestativo impera en la única norma que en nuestro derecho se ocupa actualmente del protocolo familiar, que es el RD 171/2007, por el que se regula su acceso a la publicidad registral. Y es que dicho acceso se establece en todo caso como potestativo (artículo 2.3), lo cual suscita la crítica de una parte de la doctrina especializada⁵³³ y la sorpresa, cuanto menos, en el resto⁵³⁴.

En segundo lugar, existe una notable diferencia entre el contenido admisible en los estatutos y el que se puede incorporar al protocolo, siendo el segundo mucho más amplio que el primero. El artículo 23 de la LSC establece qué contenidos deben incorporarse necesariamente a los estatutos sociales, si bien debe advertirse que no se trata en ningún caso de una relación de *numerus clausus*⁵³⁵, coexistiendo como decíamos antes las menciones legales obligatorias con aquellas otras que los socios estimen pertinente incorporar⁵³⁶. Asimismo, podemos apuntar que existe una limitación de mínimos (si faltara alguna de las cláusulas legalmente exigibles se podría instar la

⁵³¹ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: *Sindicatos de voto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 193.

⁵³² Este criterio constaba ya en las leyes tipológicas anteriores (LSA de 1989 y 1951 y LSRL de 1995 y 1953), que es también el que impera en el derecho comunitario (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J et al.: “Constitución de la sociedad”, ob. cit., págs. 340-341).

⁵³³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 12; la publicación de protocolos, tanto por la vía del depósito como por la de la inscripción, está siendo muy limitada (CASADO JUAN, F.: “Los protocolos familiares...”, ob. cit., pág. 149).

⁵³⁴ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 112.

⁵³⁵ El precepto, que recoge las disposiciones de los derogados artículos 9 de la LSA y 13 de la LSRL, se inclina por una regulación más similar a la de la LSRL, en que el listado de elementos necesarios era menor que el contenido en la LSA. Aun así, la doctrina considera que siguen existiendo menciones superfluas, como la relativa al modo de adoptar los acuerdos en los órganos colegiados de la sociedad (MOYA, J.: “Artículo 23. Estatutos sociales”, ob. cit., pág. 353).

⁵³⁶ Se habla por ello del perfil “*bifronte*” de los estatutos, debido a la coexistencia de cláusulas de origen negocial y cláusulas de origen legal (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. et al.: “Constitución de la...”, ob. cit., pág. 381).

nulidad de la sociedad)⁵³⁷ y una limitación de máximos (el antes comentado necesario respeto a los principios configuradores del tipo). Deducimos de todo ello, por tanto, que el contenido de los estatutos sociales, aun permitiendo un margen más o menos amplio a la autonomía de la voluntad, tiene un carácter “parcialmente tasado”⁵³⁸.

El contenido del protocolo familiar, por el contrario, es totalmente libre⁵³⁹, lo cual redundará en su carácter heterogéneo, al que nos hemos referido ya anteriormente⁵⁴⁰. No existen menciones específicas necesarias, como ocurre con los estatutos, ni está sujeto como antes señalábamos al marco de la legislación societaria. Ahora bien, debe remarcarse que, a medida que se aleje de lo dispuesto por ésta, se rebajará su eficacia sobre la sociedad mercantil. A este respecto, resulta interesante distinguir entre dos tipos de contenidos en el protocolo, en cuanto a su posible acceso al Registro Mercantil:

- a. Los contenidos inscribibles: son aquéllos que pueden inscribirse en el Registro Mercantil, según se deduce de las normas contenidas al respecto en el RRM. Debe señalarse que la enumeración de los actos inscribibles tiene carácter de *numerus clausus*⁵⁴¹, por lo que no podrá inscribirse en el Registro ningún otro contenido que los expresamente previstos por la LSC y el RRM⁵⁴².
- b. Los contenidos no inscribibles: son aquéllos que no pueden inscribirse en el Registro, bien porque sean meros pactos entre los socios, bien porque no guarden relación directa con la sociedad mercantil, sino que se refieran a cuestiones propias de la familia. En este ámbito podemos encontrar tanto las recomendaciones acerca de capitulaciones matrimoniales –que no alcanzarían siquiera la categoría de reglas vinculantes- como los eventuales pactos acerca de la sucesión –que podrían tener eficacia en los algunos ordenamientos forales pero no en el común- o las reglas para definir las

⁵³⁷ MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Artículo 9º. Estatutos sociales”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentarios a la...*, volumen I, ob. cit., pág. 125.

⁵³⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J./PEÑAS MOYANO, M. J.: “La empresa familiar como empresa mercantil”, en NOGALES LOZANO, F.: *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Fundación EOI, Madrid, 2007, págs. 169-170.

⁵³⁹ Cada empresa familiar elabora el protocolo según sus propias necesidades y objetivos. En un estudio realizado sobre protocolos otorgados por empresas familiares españolas, se encontraron 36 tipos distintos de protocolos según sus contenidos (GIMENO, A./BAULENAS, G.: “Contenido y tipos...”, ob. cit., pág. 102).

⁵⁴⁰ Vid. apartado 3.2.

⁵⁴¹ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 149-150.

⁵⁴² Hay cuestiones, en relación a la empresa familiar, que suscitan dudas en torno a su carácter inscribible o no. Es el caso de la creación de órganos *ad hoc*, como el consejo de familia. La RDGRN de 4 de mayo de 2005 señaló que la posible inclusión de los mismos en los estatutos –y con ello su inscripción registral- quedará vinculada al modo en que se haya previsto: “que dentro del mismo marco dispositivo se creen órganos específicos al margen de los legalmente previstos no puede descartarse a priori, pero en todo caso la incorporación de tales órganos a la estructura de la sociedad requiere la adecuada regulación de su composición, nombramiento, funciones, etc... y todo ello dentro del margen que aquella norma legal permite, el respeto a las Leyes y a los principios configuradores del tipo social. Pero una previsión estatutaria referida simplemente a la posibilidad de su existencia, totalmente indeterminada en cuanto a esos elementos básicos, tan sólo contribuiría a crear confusión”.

condiciones que debe reunir una persona que quiera acceder al órgano de administración de la sociedad⁵⁴³.

Los contenidos inscribibles no requieren mayor análisis: bastará con trasladarlos a los estatutos sociales y, de este modo, gozarán ya de publicidad material y, por tanto, de plena oponibilidad frente a terceros⁵⁴⁴. Mayor interés reviste el estudio de los contenidos no inscribibles, por cuanto podemos distinguir dentro de éstos, a su vez, dos tipos distintos de cláusulas, en función de cuál sea su fuerza vinculante:

- a. Cláusulas con pleno contenido obligacional: su eficacia será *inter partes* sobre los firmantes del protocolo, por cuanto se tratará de normas vinculantes en atención al contrato suscrito⁵⁴⁵.
- b. Meras recomendaciones o declaraciones de intenciones: no tienen ninguna fuerza vinculante, ni siquiera *inter partes*, por lo que no tendrán contenido obligacional alguno. Son aquéllas que conciernen a cuestiones como el régimen matrimonial de los socios, por cuanto se trata de ámbitos que quedan fuera del ámbito del comercio y del posible establecimiento de pactos⁵⁴⁶.

Combinando las dos clasificaciones que acabamos de ofrecer, podríamos convenir que el protocolo acaba teniendo tres categorías de contenidos: las cláusulas inscribibles, las no inscribibles con eficacia contractual y las no inscribibles sin eficacia jurídica de ningún tipo. Estas tres categorías son las que pueden definirse define, respectivamente, como “*protocolo institucional*”, “*protocolo contractual*” y “*pacto entre caballeros*”⁵⁴⁷.

Esta tríada de categorías de contenidos es la que provoca que el protocolo familiar tenga un ámbito mayor de libertad en su configuración que los estatutos sociales. Evidentemente, en los estatutos sólo tendrán cabida las cláusulas inscribibles, rechazando el registrador mercantil, por la vía de la calificación⁵⁴⁸, cualquier cláusula que no tenga esa condición⁵⁴⁹, como resulta inexcusable en aras a dar cumplimiento al

⁵⁴³ BOSCH CARRERA, A.: “Publicidad y acceso...”, ob. cit., págs. 244-245.

⁵⁴⁴ La inscripción registral de las cláusulas que puedan acceder a la misma genera plena oponibilidad y, por este motivo, puede entenderse que sobre dichas cláusulas el carácter potestativo del RD 171/2007 se resquebraja (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 172-174).

⁵⁴⁵ LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pág. 493.

⁵⁴⁶ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., págs. 220-221

⁵⁴⁷ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 93; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 291; GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 197; GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 682.

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *El Registro Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 115-119. La calificación se puede definir como la determinación, por parte del registrador, de que el título presentado es válido tanto desde el punto de vista formal como en su aspecto material, siendo por tanto un trámite indispensable para llevar a cabo el asiento registral (GARCÍA GARCÍA, L.: *La nota de calificación*, CRPME, Madrid, 2008, págs. 18-20).

⁵⁴⁹ Un interesante estudio de la difícil delimitación de las cláusulas inscribibles o no lo encontramos en el comentario a la RDGRN de 4 de mayo de 2005 que efectúa NAVARRO MATAMOROS, L.: “El juego de...”, ob. cit., págs. 599-618.

principio de legalidad que impera en el examen registral⁵⁵⁰. El protocolo, por el contrario, podrá incorporar también las cláusulas no inscribibles, aun cuando su inclusión en el articulado quedará sometida, finalmente, al distinto grado de eficacia jurídica que por su propia naturaleza tengan atribuida. En términos societarios, por tanto, nada impedirá que se establezcan pactos contractualmente vinculantes en sentido contrario incluso a los principios configuradores del tipo, cosa que no ocurrirá, en cambio, cuando se pretendan pactos contrarios a cuestiones *ius cogens* en materia civil (matrimonial y sucesoria).

Analizada, pues, la relación entre protocolo y estatutos, pasemos ahora al estudio de la relación del primero con los documentos familiares antes señalados, es decir, las capitulaciones matrimoniales y los testamentos o demás figuras sucesorias, instrumentos propios del Derecho Civil, particularmente de la rama del Derecho de Familia, que poco tienen que ver, *a priori*, con el Derecho Mercantil.

4.1.2. Capitulaciones matrimoniales.

Reguladas en los artículos 1.315 y 1.325-1.335 del CC, las capitulaciones matrimoniales son un típico negocio jurídico de familia, teniendo naturaleza contractual⁵⁵¹, pudiendo afirmarse que se presentan como un instrumento esencial en la planificación de la empresa familiar⁵⁵², en la que es muy recomendable instaurar una auténtica *cultura capitular*⁵⁵³ que, precisamente, choca con la dinámica actual de abandono de la figura⁵⁵⁴. Permiten básicamente determinar cuál será el régimen económico matrimonial y, también, establecer cuantas disposiciones particulares estimen convenientes los cónyuges, con el fin de moldear, de forma acorde con sus intereses concretos, el régimen general que hayan escogido o que, a falta de elección

⁵⁵⁰ ESTURILLO LÓPEZ, A.: “Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria”, en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (ed.): *La calificación registral*, 2ª edic., tomo III, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 2.459; GARRIDO CERDÁ, E.: “La calificación registral mercantil”, en *AAMN*, tomo XXXI, 1992, pág. 30: “*el principio de legalidad impone que los títulos que acceden al Registro sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación, a fin de que al Registro sólo tengan acceso los títulos válidos y perfectos*”, sirviendo la función del Registrador (unida a la previa del Notario) de garante de la seguridad jurídica.

⁵⁵¹ La doctrina italiana ha considerado tradicionalmente que el matrimonio es un negocio jurídico, pero no un contrato (GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*, Giuffrè Editore, Milán, 1988, págs. 487-488). Las capitulaciones, sin embargo sí resultan en puridad un contrato, por contener elementos claramente patrimoniales.

⁵⁵² DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.: “Regímenes económico matrimoniales...”, ob. cit., pág. 125.

⁵⁵³ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 1.025.

⁵⁵⁴ SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Nuevos posibles cauces para la transmisión de la empresa familiar en el derecho sucesorio catalán”, en SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.): *La empresa familiar...*, ob. cit., pág. 64.

expresa, les sea aplicable según su vecindad civil⁵⁵⁵, así como cualquier otra disposición que los cónyuges o futuros contrayentes estimen oportuno incorporar⁵⁵⁶.

Al respecto, debe señalarse que la elección de un régimen económico matrimonial, que el artículo 1.315 del CC ⁵⁵⁷ señala que deberá hacerse en las capitulaciones, no presenta grandes particularidades, puesto que dicha elección se realizará entre un listado tasado de regímenes –sociedad de gananciales, participación y separación de bienes, que son los regulados en los Capítulos IV, V y VI, respectivamente, del Título III del Libro IV del referido Código- y, a falta de elección expresa (dicho de otro modo, en el frecuentísimo caso de que los contrayentes no otorguen capitulaciones), el régimen por defecto será, en el conjunto de España, el de sociedad de gananciales⁵⁵⁸, como establece el artículo 1.316 del CC, y sin perjuicio de las diferencias que los derechos civiles catalán y balear determinan sobre esta materia⁵⁵⁹.

Se trata, por tanto, en cuanto a su naturaleza jurídica, de un “*negocio jurídico familiar de contenido económico o, más precisamente, de contenido “básicamente” económico, habida cuenta de que pueden existir capitulaciones con disposiciones de carácter exclusivamente personal*”⁵⁶⁰. No obstante, en lo que concierne a nuestro objeto de estudio, la vertiente patrimonial es la única que interesa analizar, por cuanto es en ésta en la que se circunscribe la eventual regulación de la tenencia de capital social de una empresa familiar. Es un negocio jurídico que puede celebrarse, además, antes de contraer matrimonio, en el momento mismo de su celebración, o una vez contraído ya, desde que una reforma del CC en 1975 estableciera esta última posibilidad, quedando

⁵⁵⁵ GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: “El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.): *Compendio de derecho civil. Derecho de familia*, tomo IV, 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2005, págs. 157-158.

⁵⁵⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia y de la persona*, tomo 5, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 32.

⁵⁵⁷ El precepto parte de la idea de primar el principio de libertad de estipulación capitular, si bien dicha libertad quedará sujeta a las limitaciones del propio CC (MONFORT FERRERO, M. J.: “Artículo 1.315”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs): *Código Civil comentado*, volumen III, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 818). De este modo, el CC hace prevalecer la configuración del matrimonio como acto jurídico de la esfera privada de las personas (CUADRADO PÉREZ, C.: “El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 138).

⁵⁵⁸ La razón para esta elección es la consideración histórica de que debía compensarse económicamente a uno de los cónyuges, generalmente la esposa, que no obtenía ingresos durante la vigencia del matrimonio y dedicaba todos sus esfuerzos al cuidado del hogar familiar. Este criterio histórico, sin embargo, debería revisarse atendiendo a lo distintas que son las circunstancias actuales (RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La sociedad de gananciales (1)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen III, ob. cit., págs. 660-661).

⁵⁵⁹ En el caso de Cataluña, los regímenes económicos matrimoniales están regulados en los artículos 232-1 a 232-8 y ss. del CCCat, desde que entrara en vigor el 1 de enero de 2011, sustituyendo así a la regulación anterior, establecida por los artículos 37 a 75 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. A su vez, las capitulaciones matrimoniales están reguladas en los artículos 231-19 a 231-26 del CCCat.

⁵⁶⁰ CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *Las Capitulaciones Matrimoniales*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1992, pág. 13.

sometido en el primer caso, a modo de lógica condición suspensiva a que efectivamente se contraigan nupcias⁵⁶¹.

Mayores posibilidades de elección se les confieren a las partes, en este caso los cónyuges, en lo que se refiere a la asunción de pactos expresos que regulen el régimen seleccionado. En este sentido, en las capitulaciones se va a poder establecer cualquier disposición entre los cónyuges, como por ejemplo las donaciones a efectuarse entre sí o incluso estipulaciones de carácter sucesorio, como por ejemplo mejoras, con la característica particular en este último caso de que serán irrevocables, de conformidad con el artículo 827 del CC. En todo caso, merece la pena destacar que la libertad es casi absoluta, como señala el artículo 1.325 del CC, en virtud del cual podrán los otorgantes no sólo estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial que deberá regirles sino, también, cualquier otra disposición particular que quieran aplicar al mismo⁵⁶². El único límite será, eso sí, el que establece el artículo 1.328 del CC: “Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

Es decir, se proscriben tanto las disposiciones contrarias a la legalidad vigente en la materia como, también todas aquéllas que pudieran considerarse contrarias a la buena fe y, en consecuencia, generasen un desequilibrio entre los derechos de los cónyuges⁵⁶³, lo cual rompe el principio de amplia autonomía de la voluntad que inicialmente concede el CC a los cónyuges para pactar sus capitulaciones, tal y como advierte la doctrina⁵⁶⁴, resultando nulas aquellas capitulaciones que excedan los límites establecidos por el propio CC⁵⁶⁵. Pero estas limitaciones resultan congruentes con lo que se entiende que es el matrimonio, especialmente tras las reformas de la institución

⁵⁶¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, F./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dirs.): *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 727-728; PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 30-31; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia...*, tomo 5, ob. cit., pág. 34.

⁵⁶² Las capitulaciones pueden tener un contenido típico (el relativo a la elección del régimen económico matrimonial) y un contenido atípico, en el que cabe cualquier pacto que no contravenga las disposiciones del CC (CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Artículo 1.325”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 869.

⁵⁶³ La concepción de igualdad/desigualdad entre los cónyuges ha ido evolucionando: se entiende que las prevenciones sobre este particular no deben entorpecer el tráfico ni la seguridad jurídica (LLOPIS GINER, J. M.: “Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad”, en AAVV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 4.737).

⁵⁶⁴ Díez-Picazo, L./Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil*, 9ª edic., volumen IV, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 154-155.

⁵⁶⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, F./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dirs.): *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 729; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. et al.: “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho de la familia*, volumen III, ob. cit., págs. 536-539.

en 2005, que lo han devuelto a su esencia inicial: *“un asunto privado para el cual el Estado manifiesta tener un interés limitado a lo meramente formal”*⁵⁶⁶.

Por otro lado, cabe precisar que la existencia de un contenido típico (la elección del régimen matrimonial) y otro atípico (las demás disposiciones que libremente pacten los cónyuges) no implica que sea imprescindible que las capitulaciones recojan en todos los casos el contenido típico, resultando perfectamente posible que se otorguen únicamente para pactar elementos de carácter atípico⁵⁶⁷. Al fin y al cabo, entendemos que la elección del régimen que el artículo 1.315 del CC permite es únicamente una posibilidad que se ofrece a los cónyuges y nunca una obligación, sobre todo por cuanto el artículo 1.316 contempla ya qué régimen será el que se aplicará por defecto a falta de acuerdo entre las partes. En los casos en los que no se produzca, por tanto, una sumisión expresa a uno de los regímenes, operará el que corresponda en función de la vecindad civil y, en su caso, se añadirán a dicho régimen cuantos pactos y disposiciones hayan tenido por conveniente introducir los cónyuges.

Es preciso hacer un breve apunte acerca de las uniones de hecho, por cuanto se trata de una realidad social más frecuente cada día y que, sin embargo, sigue sin estar regulada legalmente en nuestro ordenamiento común, a pesar de estarlo en varias comunidades autónomas. En todo caso, interesa destacar acerca de esta figura que, en el ámbito patrimonial, se rige plenamente por la autonomía de la voluntad de las partes, sin que sean aplicables de ningún modo, ni siquiera por analogía, las reglas del matrimonio⁵⁶⁸. Por lo tanto, la posible trascendencia que sobre la empresa familiar tendrá la unión estable de pareja será aquella que sus integrantes hayan querido darle, en función de los pactos entre ellos alcanzados. A tal efecto –y en la misma línea de lo comentado respecto a las capitulaciones-, es importante que sigan las directrices establecidas por el protocolo, seguimiento que hará siempre de forma totalmente libre.

4.1.2.1. Regímenes económicos matrimoniales y empresa familiar.

Trasladando la cuestión al objeto del presente estudio, la elección de un determinado régimen matrimonial tendrá importantes efectos sobre la participación de los cónyuges en la empresa familiar, como resulta obvio por la trascendencia

⁵⁶⁶ RAMS ALBESA, J.: “La autonomía de...”, ob. cit., pág. 68.

⁵⁶⁷ O’CALLAGHAN, X.: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 1.345.

⁵⁶⁸ Para un estudio de la cuestión, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Empresa familiar y liquidación de los efectos económicos derivados de la ruptura de las uniones de hecho”, en REYES LÓPEZ, M. J. (coord.): *La Empresa Familiar...*, ob. cit., págs. 227-260.

patrimonial del matrimonio⁵⁶⁹, con independencia de su origen⁵⁷⁰, tanto si dicha elección se realiza de forma expresa –mediante capitulaciones– como si se hace de forma tácita –es decir, aceptando el régimen legal correspondiente a falta de pronunciamiento de los cónyuges al respecto–. De ahí que resulte especialmente interesante que los *empresarios familiares* (entendiendo como tales a las personas físicas, casadas y con descendientes, titulares de una empresa) otorguen capitulaciones, por cuanto supondrá aprovechar un instrumento preventivo de conflicto en casos de posterior crisis matrimonial⁵⁷¹.

En el régimen de separación de bienes⁵⁷², la titularidad de las acciones o participaciones sociales corresponderá al cónyuge que las haya adquirido –por cualquier título, oneroso o gratuito–, con independencia de que dicha adquisición se haya producido antes del matrimonio o durante el mismo, como se deduce de lo dispuesto por el artículo 1.437 del CC, que consagra el principio de separación de titularidades de cada cónyuge⁵⁷³. Dicha separación no es óbice, por supuesto, para la existencia de bienes comunes entre los cónyuges, si bien la titularidad sobre los mismos será la comunidad ordinaria del artículo 392 y ss. del CC⁵⁷⁴.

Podemos apuntar en términos generales que el régimen de separación de bienes puede ser, por su propia idiosincrasia, el más adecuado para cualquier empresario, de modo que una parte importante de los bienes del matrimonio quede bajo la titularidad del cónyuge que no asume riesgos empresariales, de modo que los eventuales “*reveses de fortuna*” en lo empresarial no afecten a lo doméstico⁵⁷⁵. Y en adición a esta consideración, aplicable a cualquier empresario que esté al frente de cualquier compañía mercantil (máxime si es su administrador), en el terreno de la empresa familiar hay mayores motivos todavía para considerar especialmente adecuado este régimen económico.

Si la titularidad de las acciones o participaciones de la empresa se mantiene únicamente en el patrimonio privativo del cónyuge familiar, existirán mayores

⁵⁶⁹ Vid. BARRAL VIÑALS, I.: “Las relaciones patrimoniales entre cónyuges”, en MALUQUER DE MOTES BERNAL, C. J. (coord.): *Derecho de familia*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2005, págs. 111-136.

⁵⁷⁰ CUADRADO PÉREZ, C.: “El régimen económico...”, ob. cit., págs. 80-81.

⁵⁷¹ POVEDA BERNAL, M. I.: “Aspectos jurídico-familiares de la empresa familiar”, en NOGALES LOZANO, F. (coord.): *La empresa familiar y...*, ob. cit., pág. 115.

⁵⁷² Nuestro derecho regula hasta cuatro formas distintas bajo esta misma denominación: el régimen de separación de bienes del derecho común, el del CCCat, el de la Compilación Balear y el aragonés, teniendo cada uno de ellos sus propias especificidades (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia...*, tomo 5, ob. cit., pág. 443).

⁵⁷³ GUILLEM CARRAU, J.: “Artículo 1.437”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 1.288.

⁵⁷⁴ ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “El régimen de separación de bienes”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, ob. cit., pág. 40.

⁵⁷⁵ GARRIDO DE PALMA, V.: “Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión mortis causa y Estatutos sociales. Armonización con el protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, ob. cit., págs. 635-636.

garantías de que, en caso de disolución del vínculo, pueden mantenerse las mismas en manos de ese familiar, evitando así que su excónyuge –que, como tal, deja de pertenecer al ámbito de la familia- pueda mantener su presencia en el capital de la sociedad mercantil familiar. No es una garantía plena, por cuanto incluso en un régimen de separación de bienes es necesario llevar a cabo la oportuna liquidación⁵⁷⁶ y, en el marco de ésta, dicho capital puede acabar en manos del otro cónyuge como consecuencia de compensaciones de cualquier tipo⁵⁷⁷. Sin embargo, es evidente que la separación de bienes es, en todo caso, el régimen que mejor parece encajar con la voluntad de mantenimiento del capital social en el ámbito de la familia, aun cuando no cabe olvidar que, en definitiva, *“ninguno de los regímenes previstos en el Código Civil permite armonizar de forma satisfactoria los intereses de los matrimonios de empresarios”*⁵⁷⁸.

En caso de que el régimen económico del matrimonio sea el de sociedad de gananciales, deberá tenerse muy en cuenta cuál ha sido el modo en que se han adquirido las acciones o participaciones, por cuanto de dicho origen se derivará la inclusión de las mismas en alguna de las tres masas patrimoniales independientes del matrimonio: los bienes gananciales, los privativos de un cónyuge y los privativos del otro cónyuge⁵⁷⁹. De modo general, puede indicarse que *“integran el patrimonio ganancial los bienes y derechos adquiridos por los cónyuges con su trabajo o profesión durante la vigencia del régimen, mientras que forman parte de los patrimonios privativos los bienes que tuviesen los cónyuges antes del establecimiento de la sociedad de gananciales entre ellos y los que adquieran después a título gratuito”*⁵⁸⁰. Así lo establecen los artículos 1.346 y 1.347 del CC, que regulan –respectivamente- qué bienes son privativos de cada cónyuge y qué otros bienes son gananciales.

Interesa especialmente destacar que el artículo 1.346 del CC, cuando establece que unos determinados bienes se mantengan con carácter privativo –incluso cuando la sociedad de gananciales ya está constituida-, lo hace entendiendo que en dichos bienes *“resplandece que la razón de su existencia atributiva es el intuitu personae”*⁵⁸¹. En relación a la empresa familiar, debemos señalar que esta concepción personalista resulta muy adecuada: las acciones o participaciones que un cónyuge recibe a título gratuito (herencia, donación o legado), nunca se integrarán a la sociedad de gananciales. Es cierto que el precepto en cuestión incluye muchas más vías para mantener el carácter

⁵⁷⁶ ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “El régimen de...”, ob. cit., págs. 110-112.

⁵⁷⁷ Llegados a esta situación, sin embargo, deberían operar cláusulas estatutarias que permitieran a la propia sociedad y a todos los socios (incluso en sociedades anónimas) derechos de preferente adquisición.

⁵⁷⁸ REYES LÓPEZ, M. J.: “Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar”, en AAVV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, ob. cit., pág. 5.484.

⁵⁷⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La sociedad de gananciales (2). El activo de la sociedad”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho...*, volumen III, ob. cit., pág. 716.

⁵⁸⁰ ANDERSON, M.: “El régimen económico matrimonial”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.): *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 192.

⁵⁸¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “Artículo 1.346”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, volumen 7, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2006, pág. 139.

privativo, pero entendemos que la adquisición a título gratuito es la que más interesa a los efectos del presente estudio.

El caso contrario es aquél en que los bienes se integran a la sociedad de gananciales porque su origen, *grosso modo* y como regla general, se ha producido durante la vigencia de la sociedad y a título oneroso a costa del caudal común⁵⁸², tal y como establece el artículo 1.347 del CC o, incluso, porque así lo han pactado libremente los cónyuges con arreglo al artículo 1.355 del citado Código, prevaleciendo esta atribución convencional sobre cualquier norma legal⁵⁸³.

Es decir, si el socio de la empresa familiar ha adquirido dicha condición porque ha adquirido las acciones o participaciones durante el matrimonio, con cargo a la sociedad de gananciales, dicha participación en el capital se integraría en la misma y, en consecuencia, ambos cónyuges tendrían la condición de socios, puesto que ambos serían titulares de las acciones o participaciones, como indica el artículo 1.347.3º del CC⁵⁸⁴. Especialmente relevante resulta tener en cuenta que, en caso de disolución de la sociedad de gananciales, esa participación en el capital social de la empresa familiar es susceptible de división por mitades. Y es que, más allá de los pactos particulares que en el momento de dicha disolución se pudieran alcanzar respecto a éste y otros bienes, el artículo 1.344 del CC prevé inicialmente la atribución por mitades de todos ellos, que deberá ser objeto de la correspondiente partición o, en su caso, liquidación⁵⁸⁵, por cuanto todos ellos se atribuyen también inicialmente por mitades en virtud del principio de igualdad⁵⁸⁶, aunque deberá tenerse presente en estos casos cómo operan los eventuales pactos restrictivos⁵⁸⁷. Al margen de los supuestos de crisis matrimonial, estos riesgos se advierten también en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges – que puede por ejemplo ser el fundador de la empresa-, debiendo entonces procederse a la atribución al cónyuge supérstite de la parte del fallecido en el patrimonio ganancial⁵⁸⁸.

⁵⁸² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia...*, tomo5, ob. cit., pág. 197.

⁵⁸³ RDGRN de 31 de marzo de 2010: “*se proyecta el principio de la autonomía de la voluntad sobre el ámbito de las reglas de calificación o adscripción de los bienes a los respectivos patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, pudiendo éstos excepcionar la regla de la subrogación real haciendo que el bien adquirido, aun habiendo sido satisfecho con fondos privativos, se integre en el patrimonio consorcial*”.

⁵⁸⁴ Lo relevante a estos efectos es el carácter del costo, que se carga contra el caudal común, con independencia de la referencia subjetiva del nuevo titular o adquirente (MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: “Artículo 1.347”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código...*, volumen 7, ob. cit., pág. 151).

⁵⁸⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L F.: “La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad de gananciales”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho...*, volumen III, ob. cit., págs. 1.314-1-316.

⁵⁸⁶ SERRANO PÉREZ, M.: “Artículo 1.344”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 953.

⁵⁸⁷ BEAUS CODES, A.: “Sociedad de gananciales...”, ob. cit., pág. 252.

⁵⁸⁸ DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.: “Regímenes económico matrimoniales...”, ob. cit., pág. 127.

Por este motivo, precisamente, para evitar fugas del capital social en eventuales disoluciones de sociedades de gananciales⁵⁸⁹, es frecuente que los protocolos familiares contengan previsiones acerca del régimen económico matrimonial, recomendando generalmente que no se opte por el régimen de gananciales y se escoja el de separación de bienes⁵⁹⁰. Aun pudiendo ser una contradicción con los antecedentes históricos de este régimen⁵⁹¹, resulta una previsión lógica, por cuanto la empresa familiar –en tanto que sociedad de carácter cerrado- estará generalmente interesada en limitar las posibilidades de acceso de los familiares políticos al capital social por un doble motivo: en primer lugar, para evitar que las participaciones se les puedan atribuir –ni siquiera por mitad- en el momento de la eventual disolución de la sociedad de gananciales; en segundo, para evitar que, vigente el matrimonio, puedan ejercer derechos políticos como socios. Sin embargo, dichas previsiones protocolarias nunca podrán exceder del ámbito de las meras recomendaciones, al no ser posible imponer a ninguna persona el modo en que debe regular, ni siquiera en el ámbito patrimonial, las características propias de su matrimonio⁵⁹².

En todo caso, dentro de la dinámica de atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos onerosamente estando vigente este régimen, es interesante resaltar la excepción que establece el artículo 1.352 del CC, según el cual las acciones o participaciones que adquiera un cónyuge, en virtud de un derecho de suscripción preferente generado por otras acciones o participaciones de titularidad privativa tendrán también carácter privativo, aun cuando la adquisición se haga a expensas de la sociedad de gananciales (rompiendo así el criterio de atribución según el costo contra el caudal común).

Esta excepción, que reviste evidente importancia en la empresa familiar, por cuanto permite que esa mayor participación en el capital sea privativa y no ganancial, tiene su razón de ser en la consideración de los derechos de suscripción como “*cualidad y no fruto de la cuota social*”⁵⁹³, resolviéndose de este modo un debate acerca de su naturaleza: de ser fruto, tendrá carácter ganancial (*ex* artículo 1.247.2º del CC), pero siendo una cualidad, puede perfectamente ser privativo. Esta consideración no sólo operará cuando las acciones o participaciones se suscriban como consecuencia de una

⁵⁸⁹ Para un estudio de este problema, vid. PERDICES HUETOS, A.: “Sociedad de gananciales y titularidad de participaciones sociales”, en IGLESIAS PRADA, J. L.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, ob. cit., págs. 2.262-2.264.

⁵⁹⁰ DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.: “Regímenes económico matrimoniales...”, ob. cit., págs. 132-133; POVEDA BERNAL, M. I.: “Aspectos jurídico-familiares...”, ob. cit., pág. 112; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 148.

⁵⁹¹ El régimen de gananciales halla su razón de ser histórica en la concepción de la familia como unidad productiva agraria, primero, y como familia del comerciante, después, tutelando con este régimen la realidad social en que uno de los cónyuges se dedicaba a una actividad mercantil o industrial y el otro participaba en la misma (BISBAL, J.: “Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio”, en *RJC*, núm. 2/1982, pág. 98).

⁵⁹² CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 481.

⁵⁹³ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil. Comentado...*, ob. cit., pág. 1.374.

adquisición, sino que lo hará también cuando se hubieran emitido aquéllas con cargo a los beneficios, lo cual ha generado dudas en la doctrina debido al carácter de esos beneficios, que serían gananciales si adoptasen forma de dividendos y son privativos, en cambio, cuando se convierten en capitalización⁵⁹⁴.

Cerraremos este epígrafe refiriéndonos al tercer régimen económico matrimonial previsto en nuestro ordenamiento, el de participación, considerado por la doctrina como “*el gran desconocido en el Derecho español*”, donde tiene escasa implantación desde que, importado de Alemania, lo implantase la Ley 11/1981, de 13 de mayo⁵⁹⁵. La gran particularidad de este régimen es que sólo opera, en la práctica, en el momento en que se produzca la disolución del régimen, ya sea porque se cambie capitularmente a otro o porque se disuelva el vínculo matrimonial. Así lo prevé el artículo 1.411 del CC, que lo configura como un régimen de carácter mixto, situado en un plano intermedio entre la sociedad de gananciales y el régimen de separación de bienes, ya que combina elementos de ambos, lo cual ha generado cierto debate doctrinal acerca de si tiene o no entidad propia, decantándose varios autores⁵⁹⁶ cuyo criterio compartimos a favor de entender que sí la tiene, por cuanto tiene sus propios caracteres esenciales, distintos de los propios de los regímenes comunitarios y separatistas.

El régimen de participación termina con el reparto de las ganancias obtenidas durante su vigencia, a través del llamado *crédito de participación*, que se genera a favor del cónyuge que menos haya ganado durante ese tiempo y que deberá abonar su consorte⁵⁹⁷ o bien, en caso de que no hubiera diferencia, con un reparto por mitades de esas ganancias, que sería la regla general a aplicar⁵⁹⁸, de acuerdo con los artículos 1.427 y 1.428 del CC.

En relación a la empresa familiar o, en términos generales, a la sociedad mercantil, podemos apreciar que se produce una situación particular con respecto a la tenencia de participaciones en el capital. La propiedad de dichas participaciones será del cónyuge que la tuviera antes del matrimonio (artículo 1.412 del CC) o de ambos si la adquieren durante el mismo (artículo 1.414 del CC). No obstante, se produce una división de los derechos políticos y económicos de dicha participación. Por un lado, debemos tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1.411 del CC, el cual señala que

⁵⁹⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Artículo 1.352”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 982.

⁵⁹⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia...*, tomo 5, ob. cit., págs. 425-426.

⁵⁹⁶ ALGARRA PRATS, E.: “El régimen de participación”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho...*, volumen IV, ob. cit., págs. 126-127; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “Artículo 1.411”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código...*, tomo 7, ob. cit., pág. 383.

⁵⁹⁷ ARANA DE LA FUENTE, I.: “Artículo 1.411”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 982.

⁵⁹⁸ ALGARRA PRATS, E.: “El régimen de participación”, ob. cit., pág. 275.

ambos cónyuges tendrán derecho “a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”, si bien dicho derecho no se hará efectivo hasta el momento de la disolución.

Es decir, el cónyuge no titular de la participación social tendrá derecho a los dividendos que la misma genere durante el matrimonio, que serán debidamente integrados al cómputo general de la disolución, en que se compararán los patrimonios de cada cónyuge en el momento inicial y en el final del régimen, a fin de establecer las eventuales diferencias y, con ello, efectuar el correspondiente reparto⁵⁹⁹.

Pero, por otro lado, el artículo 1.412 del CC indica que corresponde a cada cónyuge la administración de sus propios bienes, que tienen carácter privativo y en donde cabría englobar la participación en el capital social a la que nos estamos refiriendo, habida cuenta de la plena independencia de patrimonios que preside este régimen⁶⁰⁰. Es decir, los derechos políticos de la participación social son siempre para el cónyuge titular de la participación en la empresa familiar, sin que pueda interferir en modo alguno el otro cónyuge en el ejercicio de estos derechos, salvo que exista un pacto entre las partes en sentido contrario (pacto que carecería de sentido en una empresa familiar). Es más, siendo la propiedad únicamente de uno de los cónyuges, su libertad de administración no sólo se proyectaría sobre el ejercicio de sus derechos políticos, que sería la forma ordinaria de administración, sino también sobre la posibilidad de enajenar su participación en el capital, por cuanto se le permite también plena autonomía en cuanto a los actos extraordinarios de administración⁶⁰¹.

Naturalmente, el elemento político es el que reviste mayor trascendencia frente a la sociedad y, también, frente al resto de sus socios. Al fin y al cabo, una vez aprobada la aplicación del resultado, poco importará a la sociedad que los dividendos a entregar vayan destinados a uno de los cónyuges o a ambos⁶⁰². Cuestión muy distinta es, en cambio, el ejercicio de derechos políticos por uno de los miembros del matrimonio o por los dos, puesto que uno de ellos será el miembro de la familia por naturaleza y el otro lo será por afinidad, es decir, habrá llegado a la familia de forma sobrevenida y siempre existirá la posibilidad de que, en caso de ruptura del vínculo, vuelva a dejarla.

En consecuencia, por tanto, el hecho de que el matrimonio de alguno de los socios o accionistas de la empresa familiar tenga como régimen económico el de participación no tendrá impacto sobre la sociedad. El único impacto lo tendrá, en su

⁵⁹⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia...*, tomo 5, ob. cit., pág. 435.

⁶⁰⁰ ALGARRA PRATS, E.: “El régimen de participación”, ob. cit., pág. 201.

⁶⁰¹ ARANA DE LA FUENTE, I.: “Artículo 1.412”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado...*, volumen III, ob. cit., pág. 1.175.

⁶⁰² Con todo, la cuestión del reparto de los dividendos en las empresas familiares ha generado muchos estudios en la doctrina, que ha llegado a calificarlo de “rompecabezas” (LLORENTE MUÑOZ, V.: “Política de dividendos...”, ob. cit., págs. 56-57).

caso, cuando dicho régimen vaya a disolverse y sea preciso incorporar al reparto el resultado obtenido de la empresa. Pero ésa es una cuestión que atañe y afecta únicamente al cónyuge socio o accionista, no a la sociedad, razón por la cual no existen razones para considerar que el protocolo, como ocurre con el régimen de gananciales, deba desaconsejar esta opción.

4.1.2.2. Eficacia de los pactos protocolarios sobre capitulaciones matrimoniales.

Todo lo expuesto en el epígrafe anterior nos permite concluir que el régimen económico matrimonial más adecuado para preservar la empresa familiar es el de separación de bienes, por lo que será ésta la opción que deba recomendarse en los protocolos familiares que adopten los familiares titulares del capital⁶⁰³. En aquellos territorios en que éste sea el régimen de aplicación directa (Cataluña y Baleares), no será preciso hacer ninguna otra recomendación que la de adoptar el régimen supletorio, es decir, no hacer capitulaciones matrimoniales o, si se hicieran, que se refieran a cuestiones distintas a la de la elección del régimen. Por el contrario, en el resto del Estado español, sí será preciso elegir expresamente el régimen de separación de bienes por la vía capitular, para evitar la aplicación del régimen supletorio del CC o de cualquiera de las formas previstas en los distintos ordenamientos forales que, de un modo u otro, tienen carácter comunitario⁶⁰⁴.

Esta primacía de los regímenes comunitarios, unida a la voluntad de la empresa familiar de mantener cerrado el capital, hace que las capitulaciones matrimoniales resulten un elemento importante en la regulación de esta cuestión. Al fin y al cabo, de su otorgamiento dependerá que personas que no sean familiares naturales, sino que lo resulten en virtud de su vínculo matrimonial (familiares políticos), puedan tener o no capacidad, como socios, de decidir sobre la gestión y futuro de la empresa. Incluso, en previsión de una eventual ruptura del vínculo familiar, que puedan acceder o no a la titularidad de parte del capital.

Será en este punto en el que protocolo familiar y capitulaciones serán documentos complementarios. El primero de ellos será el que determine, con carácter general, qué tipo de relaciones quiere establecer la sociedad con los familiares por afinidad, mientras que el segundo será el que instrumente jurídicamente esas relaciones. Pero el traslado de un documento al otro no siempre resultará fácil, por lo que el protocolo se encontrará en este punto con una dificultad importante en lo

⁶⁰³ Respecto al modo en que el protocolo puede recoger estas recomendaciones, vid. epígrafe 7.4.2.

⁶⁰⁴ Es el caso del consorcio conyugal en Aragón, la sociedad de conquistas en Navarra, la comunicación foral de bienes en el País Vasco o la compañía familiar en Galicia (ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia...*”, tomo 5 ob. cit., págs. 469, 565, 590 y 603).

relativo a su eficacia obligacional por dos razones: las limitaciones de la normativa societaria, por un lado, y las de la normativa civil, por el otro.

Respecto a las primeras, podemos apuntar como ejemplo la voluntad de la familia empresaria de regular qué personas tendrán derecho de asistencia a la junta general y, en este sentido, establecer que no se permita el acceso a la misma a los familiares políticos. Debe señalarse a priori que la asistencia a la junta es un derecho que tiene cualquier socio en una sociedad de responsabilidad limitada y que sólo en las anónimas puede condicionarse a la tenencia de una determinada proporción de capital⁶⁰⁵. No puede limitarse de ningún modo –ni siquiera estatutariamente– más allá de la previsión indicada para sociedades anónimas, por cuanto es uno de los derechos esenciales de los socios⁶⁰⁶. El artículo 179 de la LSC consagra este derecho en la junta general, por lo que las previsiones del protocolo en el sentido de limitar la asistencia de familiares políticos cuando éstos fueran socios porque, con arreglo a su título de adquisición, las acciones o participaciones sociales se integraran en la sociedad de gananciales⁶⁰⁷. En ese caso, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 126 de la LSC, correspondería a los propios socios-cónyuges determinar cuál de ellos ejerce los derechos como socio, contándose entre éstos el de asistencia a la junta. Y sólo esos socios –sin interferencia alguna por parte de la sociedad⁶⁰⁸– pueden decidir quién va a ser el representante. En consecuencia, por tanto, no podrá el protocolo (no al menos con capacidad coercitiva) señalar quién puede asistir a la junta como representante de la sociedad de gananciales y quién no puede hacerlo. Sí pueden establecerse normas en sentido contrario, es decir, en el de permitir que todos los familiares (incluso los que no sean socios) puedan asistir a la junta, lo cual está perfectamente permitido por el artículo 181 de la LSC y es además lógico en las empresas familiares, en las que interesará que todos puedan participar en los debates de la junta⁶⁰⁹.

Respecto a las limitaciones de carácter civil, debemos remarcar que el protocolo no puede obligar a ningún miembro de la familia ni a ningún socio a adoptar en su matrimonio un determinado régimen económico. Y es que *“debe entenderse el régimen económico-matrimonial como parte consustancial al matrimonio, lo que quiere decir que el mismo no puede ser objeto de contrato por cuanto queda al margen del ámbito susceptible de comercio, no pudiendo existir pactos que condicionen un determinado régimen económico-*

⁶⁰⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general...*, ob. cit., págs. 528-529. El artículo 179 de la LSC consagra este derecho en la junta general, por lo que las previsiones del protocolo en el sentido de limitar la asistencia de familiares políticos cuando éstos fueran socios –si las participaciones formaran parte de la sociedad de gananciales–

⁶⁰⁶ CAMPUZANO, A. B.: “Artículo 93. Derechos del socio”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., págs. 795-796.

⁶⁰⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia...*, ob. cit., págs. 197-200.

⁶⁰⁸ GARCÍA VICENTE, J. R.: “Artículo 126. Copropiedad de participaciones sociales o de acciones”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 1.013.

⁶⁰⁹ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los Órganos de...*, ob. cit., pág. 112.

matrimonial”⁶¹⁰. Es decir, no habrá modo alguno de que el protocolo *fuere* a los cónyuges a adoptar un determinado régimen matrimonial, sino que será preciso el acuerdo voluntario de éstos con las líneas generales del protocolo y una actuación consecuente con las mismas a la hora de otorgar unas eventuales capitulaciones matrimoniales que, como antes hemos expuesto, deben tender a adoptar el régimen de separación de bienes. Lo contrario, la fuerza vinculante plena del protocolo, sería contrario a la esencia misma de nuestro Derecho, que considera que familia y sucesiones son lo que más afecta a la llamada “*conciencia social*”, por lo que no deben extrañar las limitaciones que operan en cuanto a su incidencia sobre la empresa familiar⁶¹¹.

Por lo tanto, lo único que podrá establecer el protocolo familiar serán meras *recomendaciones* respecto a las capitulaciones matrimoniales de los socios, aunque no es imposible dotar a dichas recomendaciones de una verdadera eficacia obligacional. El RD 171/2007 ha venido a introducir cierta confusión en esta materia, por cuanto sí parece admitir la posibilidad de que el protocolo contenga *normas* y no sólo *recomendaciones* sobre este particular. Así se desprende de la calificación que, en la Exposición de Motivos, el legislador le da a cuestiones como, precisamente, “*casarse en régimen de separación de bienes*”, previsión que califica como “*prohibiciones u obligaciones personales*”. Advierte únicamente sobre los riesgos que de ello se derivarían en materia de protección de datos personales, aunque parece dar por sentado que el protocolo podrá contener regulaciones sobre cuestiones como las capitulaciones matrimoniales a otorgar. Sin embargo, consideramos que esta mención puede deberse a carencias de la técnica legislativa utilizada, como ha criticado abiertamente la doctrina en relación a este RD, sin ninguna relevancia sustantiva, por cuanto de ningún modo se puede romper el carácter absolutamente disponible que para los propios cónyuges tendrá esta materia⁶¹².

En definitiva, aun siendo muy habitual que el protocolo haga referencia al régimen económico matrimonial de los socios, no es posible que se establezca ninguna cláusula con carácter contractual sobre la cuestión, lo cual resulta natural por dos motivos: en primer lugar, porque el referido régimen es una cuestión que, como parte sustancial del matrimonio, queda fuera del ámbito susceptible de comercio; en segundo, porque el cumplimiento o incumplimiento de la obligación no sólo

⁶¹⁰ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., págs. 220-221.

⁶¹¹ LLOPIS GINER, J. M.: “La libertad del testador, su facultad de partir, su comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en en REYES LÓPEZ, M J. (coord.): *La Empresa Familiar...*, ob. cit., pág. 51.

⁶¹² No cabe admitir, en general, el establecimiento de obligaciones que, eventualmente, pudieran ser contrarias al orden público. Así lo determinó la DGRN, en su Resolución de 15 de marzo de 1974, al anular una cláusula que obligaba a la viuda de un accionista a transmitir todas las acciones heredadas de su marido si contraía un nuevo matrimonio, en lo que sería una forma de cláusula de obligación de enajenación (a la que nos referiremos en el capítulo quinto).

dependería del socio cónyuge firmante del protocolo, sino también del otro cónyuge, por lo que devendría imposible igualmente forzar a éste a su ejecución⁶¹³.

Por ello, sin perjuicio de abordar posteriormente la publicidad registral del protocolo (a la que nos referiremos en el capítulo octavo), los eventuales mecanismos con los que va a poder reforzarse la eficacia jurídica del mismo son básicamente las cláusulas restrictivas de la libre transmisión de acciones y participaciones (a las que nos referiremos en el capítulo quinto) y, por su eventual carácter disuasorio, las cláusulas penales aplicables en caso de incumplimiento (a las que nos referiremos también en el capítulo octavo). Con dichas cláusulas –perfectamente válidas y eficaces– se evitarán los efectos no deseados de regímenes económicos matrimoniales que el protocolo no habrá podido condicionar.

4.1.3. Testamentos y otras disposiciones hereditarias.

Las cuestiones hereditarias, que resultan muy importantes en cualquier sociedad mercantil⁶¹⁴, tanto por lo que respecta a la sucesión en la posición como socio como también a las vicisitudes que el propio relevo ocasionará⁶¹⁵, lo resultan especialmente en el caso de la empresa familiar. Y es que su transmisión intergeneracional es, como ya hemos indicado en distintos puntos del presente trabajo, un momento especialmente crítico, siendo muy elevada la tasa de mortalidad de dichas empresas al afrontar estos procedimientos. La explicación para ello se encuentra en la ausencia de instrumentos jurídicos adecuados para afrontar dicha sucesión, consecuencia de lo cual se ha tenido que soportar la falta de verdadera eficacia de las medidas adoptadas: *“La carencia de estructuras jurídicas apropiadas ha conllevado hasta ahora que los acuerdos sobre la transmisión de las empresas plasmadas en los protocolos familiares no pasaran, las más de las veces, de ser un programa de (buenas) intenciones, con*

⁶¹³ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 481.

⁶¹⁴ La comunidad patrimonial que se formaba a la muerte del *pater familias* es considerada por los romanistas como la forma primigenia de *societas*, antes de que ésta adoptara carácter contractual (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 147). La comunidad de los hijos que continúan unidos tras la muerte del padre se considera el punto de arranque que culminará con la primera sociedad en el Derecho romano clásico (GARCÍA VILLAVARDE, R.: *La exclusión de...*, ob. cit., pág. 29).

⁶¹⁵ La transmisión *mortis causa* de títulos sociales da lugar a distintas situaciones que pueden resultar problemáticas: herencia yacente, herencia no dividida, transmisión mediante legados, etc. Para un estudio de todas ellas, vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: “Fallecimiento del socio: ejercicio de derechos y transmisión de participaciones”, en GARRIDO DE PALMA, V.: *Estudios sobre la...*, ob. cit., págs. 297-350.

*cierto valor desde el punto de vista de las técnicas empresariales, pero, en muchos casos, sin la menor trascendencia jurídica en sí mismo*⁶¹⁶.

Es evidente, por tanto, la importancia que las disposiciones sucesorias adoptadas en el seno de la familia empresaria van a tener para el mantenimiento del carácter de la empresa familiar como tal, debido al peso que en ello va a tener la transmisión *mortis causa* de la propiedad del capital social. Esto nos lleva a señalar, en primer lugar, que no existe una incompatibilidad entre la regulación societaria y la regulación contractual, si bien sí se aprecia una falta de armonía entre la una y la otra a la hora de regular la transmisión de ese capital social⁶¹⁷.

En segundo lugar, debemos remarcar la misma necesidad que hemos apuntado ya en epígrafes anteriores del presente capítulo, en el sentido de trasladar las normas del protocolo a los documentos que resulten más adecuados, se aprecia también cuando, dejando de lado la regulación matrimonial, entramos en el otro gran ámbito de regulación de las relaciones jurídico-patrimoniales familiares, es decir, en el plano de las sucesiones: el contenido del protocolo debe trasladarse a los cauces previstos por el derecho civil, bien sea a través de un testamento o de una donación (si se quiere que la transmisión se haga en vida del causante)⁶¹⁸. El problema es el mismo: por un lado, tenemos la conveniencia de que el protocolo establezca unas determinadas directrices a seguir y, por el otro, la imposibilidad jurídica de forzar al cumplimiento de dichas directrices en un tipo de documento (el testamentario) que, al fin y al cabo, por su propia naturaleza, no puede ser objeto de interferencias⁶¹⁹, por cuanto debe respetarse la *“sagrada libertad del testador”* a la hora de determinar el futuro de sus bienes⁶²⁰. Una libertad que la doctrina tradicional ha defendido sobre la base de una premisa sencilla (*“tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en*

⁶¹⁶ GINÉS CASTELLET, N.: “Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación”, en AC, núm. 5, 3/2011, págs. 508-509.

⁶¹⁷ TRIGO GARCÍA, B.: “La transmisión de la condición de socio, ¿convivencia del derecho contractual y del derecho sucesorio, o diferencias irreconciliables?”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.): *Estudios de derecho de familia y de sucesiones*, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009, pág. 324.

⁶¹⁸ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 145.

⁶¹⁹ A diferencia de la elección del régimen económico matrimonial antes comentada, el RD 171/2007 no hace referencia alguna a influencias del protocolo sobre la voluntad del testador, voluntad que nuestro Derecho siempre se ha mostrado reacio a limitar más allá de lo que lo hacen ya el CC y, en el caso de Cataluña, el Libro Cuarto del CCCat (aunque con matices si se manifiesta la finalidad, como veremos más adelante), proscribiendo la posibilidad de que un tercero influya sobre la misma. Además, existirían en todo caso dificultades para garantizar el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, habida cuenta del carácter esencialmente revocable que las mismas revisten.

⁶²⁰ CORONA, J./MARTÍ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 479; esta libertad máxima del testador se concibe como *“corolario del derecho de dominio”*, por cuanto el testador debe poder disponer de sus bienes tras su muerte del mismo modo que pudo hacerlo en vida (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, volumen 1º, 10ª edic., Editorial Reus, Madrid, 2010, pág. 457).

*vida y que se restrinjan para después de la muerte*⁶²¹) y que se halla expresamente recogida en el artículo 10 de la CE, que entiende que debe garantizarse la libertad de testar como una forma de afirmación de la libertad de la persona, a quien se permite no sólo ordenar el estado material de los bienes tras la muerte sino, también, realizar las últimas manifestaciones de sentimiento por parte de su otorgante⁶²².

Por este motivo, nuestro estudio se basará en la sucesión testamentaria, que resulta la más conveniente para la continuidad de la empresa familiar con esa misma condición⁶²³, así como también en la contractual. Y en este marco, el testamento – negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, con efectos jurídicos, para regular el destino de los bienes del otorgante tras su muerte o para otras finalidades (como el reconocimiento de un hijo no matrimonial)⁶²⁴– se erige como el documento fundamental, siendo básico que tanto el empresario como su cónyuge ordenen la transmisión de la empresa familiar en sus testamentos⁶²⁵. Así, podemos señalar que *“se ha visto en el testamento del empresario el instrumento adecuado para garantizar precisamente dicha continuidad; para asegurar que el control y la gestión de la empresa queda en manos de la familia y no de extraños, ajenos, por tanto, a los vínculos familiares”*⁶²⁶. Al margen de su importancia para garantizar el mantenimiento del control de la empresa familiar, la sucesión testamentaria resulta también interesante para nuestro estudio por otro motivo: estando regulada documentalmente mediante criterios establecidos por el causante y por los establecidos por la Ley, es aquélla que puede verse condicionada (aunque no de forma coercitiva) por las previsiones que al respecto se hayan establecido en el protocolo familiar.

Nuestro ordenamiento civil común es muy claro a la hora de calificar el testamento como un acto unilateral (artículo 669 del CC⁶²⁷) y con carácter personalísimo (artículo 670 del CC), así como esencialmente revocable⁶²⁸, característica que lo distingue de otros negocios jurídicos y que obedece a una razón política evidente: *“como se quiere disponer para después de la muerte y la voluntad no debe tener efecto antes de ese momento, no hay razón para impedir que la voluntad ya manifestada pueda ser*

⁶²¹ MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, en MAGARIÑOS BLANCO, V.: *Estudios jurídicos*, tomo I, CGN, Madrid, 2010, pág. 230.

⁶²² LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 361.

⁶²³ Díez Soto, C.: “La sucesión hereditaria...”, ob. cit., pág. 145.

⁶²⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “El testamento”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 376.

⁶²⁵ ARRIOLA ARANA, J. M.: “Titularidad sucesoria en la Empresa Familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., pág. 768.

⁶²⁶ REYES LÓPEZ, M. J.: “Retomando las ideas...”, ob. cit., págs. 5.488-5.489.

⁶²⁷ Se prohíbe expresamente en dicho pretexto la mancomunidad, prohibición que persigue evitar *“la violación de la esencial característica unipersonal que debe presidir la testamentifacción activa”* (BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, G.: “Artículo 669”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del...*, págs. 378-379.

⁶²⁸ ROMERO PAREJA, A.: *El testamento en España*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, pág. 25.

*cambiada*⁶²⁹. Existen algunas diferencias con los ordenamientos forales, como veremos en los epígrafes siguientes pero, en líneas generales, nuestro derecho otorga al testamento las tres características descritas y, además, la formal (necesidad de revestir forma *ad solemnitatem*, como exige el artículo 687 del CC).

La consecuencia más importante del carácter unilateral y personalísimo del testamento es la tradicional proscripción de la herencia contractual o de los pactos sobre la herencia futura⁶³⁰, que no sólo encontramos en nuestro derecho sino también en otros ordenamientos de nuestro entorno como el francés, el italiano o el belga⁶³¹. En este sentido, conviene la doctrina⁶³² que es imprescindible que sea el testador quien decida, libremente, las disposiciones a consignar, quedando totalmente prohibido que el nombramiento de herederos o legatarios quede al arbitrio de un tercero e, incluso, sometido al pacto con terceros (léase, en nuestro caso, el protocolo familiar). Y es que, de hecho, podríamos considerar que la influencia de un tercero –en este caso la influencia la ejercería el protocolo, tras el cual habrá generalmente una pluralidad de terceros- podría constituir una causa de nulidad del testamento, según el artículo 673 del CC, por cuanto podría resultar un vicio del consentimiento, al reputar dicho precepto que “*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*”.

Al respecto, no podemos quedarnos en la simple lectura literal y restrictiva del precepto, sino que debemos ir más allá, con el fin de determinar qué tipo de situaciones podrían estar incursas dentro de las referidas causas de nulidad. En este sentido, las medidas de *enforcement* (ciertamente limitadas, como enseguida veremos) que puede contener el protocolo pueden resultar un supuesto de violencia (artículo 1.267 del CC), mientras que someter la voluntad del testado a lo dispuesto por otros –el conjunto de los socios y/o familiares que han aprobado el protocolo- puede suponer una situación de fraude, ya que el testamento perdería los antes apuntados caracteres necesarios de documento unilateral y personalísimo, caracteres que le son totalmente inherentes e irrenunciables. Esta interpretación precisa que el precepto se entienda de forma extensiva, considerando como violencia “*no sólo la física, sino también la moral o intimidación*”, a la vez que debe considerarse que el artículo debería ir incluso más allá e introducir también, como vicio del consentimiento o voluntad testamentaria, el llamado *error espontáneo*⁶³³.

⁶²⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Los testamentos*, 2ª edic, Comares, Granada, 2005, pág. 21.

⁶³⁰ Los pactos sucesorios son “*los convenios unilateralmente irrevocables formalizados en escritura pública por el causante y un tercero que recaen sobre una sucesión todavía no abierta, en virtud de los cuales el causante puede ordenar su sucesión mediante la institución de uno o más herederos, otorgar atribuciones por causa de muerte, así como acordar con las personas que tienen derechos en su futura sucesión la renuncia de éstos a título oneroso o gratuito*” (LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: *El nuevo derecho sucesorio catalán*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 145).

⁶³¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 32-33.

⁶³² Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho...*, ob. cit., págs. 332-333.

⁶³³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, segunda edición, pág. 282.

A mayor abundamiento, el carácter esencialmente revocable del testamento choca también con la sucesión contractual, que se concibe como un negocio jurídico *mortis causa* “*en principio irrevocable*”, tal y como apunta la doctrina⁶³⁴ y como resulta del todo lógico de conformidad con el criterio general –que podemos trasladar a este escenario- del artículo 1.295 del CC y que nos llega ya de la tradición romanista⁶³⁵ y del Código de Napoleón⁶³⁶. Al respecto, existen también opiniones doctrinales que consideran positivo este choque: siendo necesario distinguir al contrato sucesorio del testamento, otorgar carácter irrevocable al primero, siendo indiscutiblemente revocable el segundo, sería un claro elemento de diferenciación⁶³⁷, como lo es también el carácter bilateral del pacto sucesorio⁶³⁸.

Sobre todas estas cuestiones incidiremos en el epígrafe siguiente, al analizar la prohibición general que el artículo 1.271 del CC introduce en nuestro Derecho civil común⁶³⁹ respecto a los pactos sucesorios.

4.1.3.1. La prohibición de la sucesión contractual.

Resulta necesario iniciar este epígrafe con una pequeña precisión terminológica, por cuanto nos referimos tanto a “pactos sucesorios” como a “sucesión contractual”, sin establecer una especial distinción al respecto, por cuanto el impacto que ambos términos tendrán en relación al protocolo familiar es el mismo. Con todo, conviene recordar que la doctrina⁶⁴⁰ ha distinguido claramente el “pacto o contrato sucesorio” de

⁶³⁴ FONT SEGURA, A.: “La Ley aplicable a los pactos sucesorios”, en *Indret*, núm. 2/2009, pág. 6; ROMERO COLOMA, A.: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 143.

⁶³⁵ La tesis romanista entiende que “*la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte, por lo que no puede vincularse en el nombramiento de un heredero. La libertad de testar es incompatible con la sucesión contractual, puesto que la vinculación resultante del contrato impediría la manifestación posterior de una nueva voluntad testamentaria*” (RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, tomo III, 4ª edic., Dykinson, Madrid, 2009, pág. 2.763).

⁶³⁶ LUQUIN BERGARECHE, R.: “Pactos sucesorios en Navarra”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, ob. cit., pág. 1.432).

⁶³⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La Sucesión Contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pág. 31.

⁶³⁸ Estos pactos son verdaderos contratos, diferenciados de los contratos ordinarios porque al menos alguna de sus disposiciones produce efecto *mortis causa*, pero con carácter obligatorio para las dos partes (CELAYA IBARRA, A.: *Curso de Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, págs. 83-84).

⁶³⁹ Esta prohibición será la norma imperante en el Derecho común español. Sin embargo, existen varias figuras en los derechos forales que permiten el contrato sobre la herencia futura. Es el caso de la sucesión paccionada en Aragón (Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón), del pacto sucesorio en Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia) y, en Cataluña, del *heretament* (presente ya en el anterior Código de Sucesiones) y del pacto sucesorio (introducido por el Libro IV del CCCat).

⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y contractual*, Comares, Granada, 2007, págs. 443-444; GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.433; MOLINA PORCEL, M.: *Derecho de sucesiones*, Dijusa, Madrid, 2007, págs. 575-576.

la “sucesión contractual”, en el sentido de apuntar que el primero es más amplio que el segundo, por cuanto “*comprende a todo pacto o contrato que se refiera a la materia sucesoria y abarca las tres variantes típicas de contrato de institución o legado, contrato de renuncia y contrato sobre la herencia de un tercero*”, mientras la “sucesión contractual” sólo encajaría con la primera de dichas modalidades. Asimismo, es preciso también apuntar que los estudiosos de la problemática jurídica de la empresa familiar vienen destacando desde siempre el interés que determinados contratos sucesorios, en particular los que tuvieran como finalidad acordar que una persona sucediera a otra o que, por el contrario, se estipulase una prohibición de suceder, tendrían a los efectos de transmisión *mortis causa* de la empresa⁶⁴¹. Por ello, se considera que la prohibición de los pactos sucesorios de nuestro Derecho civil común (que no se aprecia en algunos Derechos forales ni tampoco en ordenamientos de otros países)⁶⁴² entraña serias dificultades a la hora de preparar una ordenada sucesión en la empresa familiar⁶⁴³, al impedir el establecimiento de pactos o contratos que garanticen su conservación y continuidad y que puedan tener verdadera trascendencia sucesoria⁶⁴⁴. Asimismo, cabe también precisar que la sucesión ordenada a través del protocolo no encajaría exactamente dentro de la categoría de pactos sucesorios propiamente dichos, sino que tendría en ocasiones carácter de *pactum hereditate tertii*, es decir, de pacto formalizado entre dos o más sujetos respecto a la herencia de un tercero que no concurre al otorgamiento, si bien lo más habitual será que ese tercero concorra, aunque no para establecer en ese acto una disposición *mortis causa*⁶⁴⁵.

Señalado lo anterior, el artículo 1.271 del CC prohíbe expresamente, como decíamos, los pactos sucesorios, prohibición que tiene su razón de ser en la tradición romanista⁶⁴⁶ y en “*el prejuicio existente acerca de los negocios que versan sobre la herencia,*

⁶⁴¹ REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., págs. 149-150.

⁶⁴² DÍEZ SOTO, C.: “La sucesión hereditaria...”, ob. cit., pág. 147. Por el contrario, ordenamientos como el italiano prohíben también la sucesión contractual, apuntando que ni siquiera el testamento otorgado recíprocamente en el seno de un matrimonio puede considerarse un contrato (GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*, ob. cit., pág. 515).

⁶⁴³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., pág. 73.

⁶⁴⁴ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “Notas sobre el...”, ob. cit., pág. 1.058.

⁶⁴⁵ GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la sucesión contractual “*mortis causa*” (y II)”, en *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*, volumen V, 2003, pág. 285.

⁶⁴⁶ SAP Granada 1025/2002, de 16 de diciembre: nuestro Código Civil ordena la cuestión sobre la base del sistema romanista, siendo el Derecho Romano, “*en esencia, contrario a la sucesión contractual, pues estimaba que atentaba contra la libertad de testar*”. Así lo apunta también buena parte de la doctrina: ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*, tomo I, ob. cit., pág. 533; ROMERO COLOMA, A.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 143. Por el contrario, otros autores entienden que esta cuestión debe ser revisada porque el Derecho Romano no conocía los pactos sucesorios como tales y sólo prohibía determinados acuerdos concretos (CERDÁ GIMENO, J.: *Pactos sucesorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 68-69; por esa misma falta de regulación de la figura, se advierte que el Derecho Romano no contenía ninguna prohibición expresa del pacto sucesorio con carácter general (GARCÍA RUBIO, M. P./HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, ob. cit., págs. 1.261-1.262). Especialmente importante destacar en este punto la opinión de Molina Porcel quien destaca que “*una de las más antiguas formas de testamento romano, el*

sobre los que ha pesado en demasía la sospecha de falta de libertad de las personas que intervienen, dada la influencia que las relaciones de familia tienen entre sus miembros”⁶⁴⁷, si bien se trata de un prejuicio que los derechos forales, como comentaremos en los epígrafes siguientes, han ido paulatinamente superando. Y es necesario destacar, en todo caso, que cuando hablamos de protocolo familiar no sólo no escondemos la influencia de las relaciones de familia, sino que hacemos de las mismas el eje central sobre el que pivotará –o se pretenderá al menos que pivote- buena parte de la regulación de la sociedad mercantil⁶⁴⁸.

No hay lugar a dudas acerca de la prohibición del pacto sucesorio en el Derecho común, siendo pacífica la doctrina sobre la cuestión, aun cuando puede señalarse que la dicción del precepto citado, el artículo 1.271 del CC, no es especialmente clara a la hora de establecer que exista una prohibición absoluta de la sucesión contractual⁶⁴⁹. En todo caso, se excluye así cualquier posibilidad de que se celebren contratos que obliguen al testador a otorgar su testamento en un determinado sentido, lo cual vacía de contenido obligacional las disposiciones que, en este sentido, pudiera contener el protocolo familiar. Prohibición que no sólo alcanza a la herencia futura, sino también a la legítima futura, resultando nulo cualquier pacto acerca de la misma⁶⁵⁰, aunque con un objetivo distinto en un caso que en el otro, según destaca la doctrina⁶⁵¹: así, con la prohibición de pactos sobre la herencia futura se protege la libertad del causante, mientras que con la prohibición de pactos sobre la legítima futura se protege el derecho del legitimario.

Esta prohibición a dotar de obligatoriedad a los pactos en el protocolo sobre las disposiciones testamentarias induce a preguntarse si merece la pena, en consecuencia, que el protocolo haga referencia a dichas disposiciones. Y a pesar de lo expuesto, la respuesta debe ser afirmativa, fundamentalmente porque este contenido protocolario acaba teniendo una eficacia jurídica sobrevenida, que no es otra que la de servir de instrumento de interpretación de la voluntad del testador cuando, eventualmente, surgieran conflictos respecto al sentido de su testamento y, además, en un plano más general, permite “la creación de una cultura empresarial familiar”, a través precisamente

*calatis comitiis, consistió en realidad, en una institución contractual de derecho”, a pesar de que pronto el establecimiento de la libertad de testar como principio del derecho romano sucesorio conllevara la prohibición implícita de los pactos (MOLINA PORCEL, M.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pág. 576).*

⁶⁴⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Artículo 1.271”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 665.

⁶⁴⁸ A mayor abundamiento, la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 (DOCE L 385, de 31 de diciembre de 1994) recomienda abiertamente el recurso a los pactos sucesorios para la transmisión *mortis causa* de empresas familiares (FONT SEGURA, A.: “La Ley aplicable...”, ob. cit., pág. 4).

⁶⁴⁹ CERDÁ GIMENO, J.: *La prohibición de la sucesión contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 460.

⁶⁵⁰ TORRES GARCÍA, T./DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”, en TORRES GARCÍA, T. (coord.): *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 34-35.

⁶⁵¹ BARRÓN ARNICHES, P.: “La legítima y el pacto de *Non Succedendo* en el Derecho Foral de Navarra”, en *RJN*, núm. 22/1996, pág. 224.

de la pretensión de regular los testamentos en el seno de la familia⁶⁵². En definitiva, puede afirmarse que la inclusión en el protocolo de un acuerdo por el que las partes se comprometan a otorgar sus testamentos de una forma determinada, aun no siendo jurídicamente vinculante, sí puede tener un valor indicativo dentro de la calificación de código de conducta que se le atribuye también al documento⁶⁵³.

A pesar de ello, el riesgo de que el protocolo familiar (al menos, en lo que respecta a orientaciones testamentarias) acabe adoleciendo de una absoluta falta de eficacia sobre esta materia resulta evidente, debido a la prohibición de los pactos sucesorios. Algunos autores⁶⁵⁴ intentan quitar trascendencia a este riesgo, señalando que las recomendaciones del protocolo deben tener la voluntad de reflejarse en las disposiciones testamentarias, al ser *“requisitos y exigencias para el sucesor que, constando ya en el Protocolo familiar, pueden e incluso deben plasmarse en el testamento por el disponente”*, si bien esta formulación es, hoy por hoy, más un objetivo deseable que una posibilidad real, al menos mientras el legislador no atienda a la voluntad doctrinal de suprimir la prohibición de los pactos sucesorios en el CC⁶⁵⁵.

Por ello, estos nobles propósitos no resuelven plenamente un problema que se plantea en todos aquellos ordenamientos jurídicos que, como el español, tienen normas análogas al citado artículo 1.271 del CC, prohibiendo el pacto sobre la herencia futura. Puede señalarse al respecto que la vía adecuada para dotar de mayor eficacia jurídica al protocolo familiar pasa por *“flexibilizar la normativa civil, permitiendo o adoptando el pacto sucesorio como instrumento para fijar y dar estabilidad en la sucesión de la empresa familiar”*⁶⁵⁶. Y centrándose igualmente en la empresa familiar, puede añadirse que es preciso abrir el ordenamiento español a una figura que, tradicionalmente reservada para los países de cultura jurídica germánica, puede ser *“un negocio jurídico útil para ordenar la sucesión, señaladamente para la transmisión mortis causa de la empresa familiar”*⁶⁵⁷, entendiéndose que los problemas que acarrea el recurso al testamento y las limitaciones que se le imponen al protocolo familiar, como instrumento de planificación sucesoria, llevan a abogar por fórmulas que se ajusten mejor a las necesidades socioeconómicas generales del momento, tal y como apuntaron algunos de los expertos consultados por el Senado para su Ponencia de 2001⁶⁵⁸.

⁶⁵² ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., pág. 219.

⁶⁵³ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., págs. 1.146-1.147.

⁶⁵⁴ GARRIDO DE PALMA, V.: “Capitulaciones. Régimen matrimonial...”, ob. cit., pág. 648.

⁶⁵⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Protocolo familiar y...”, ob. cit., pág. 19; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La Sucesión Contractual ...*, ob. cit., pág. 77.

⁶⁵⁶ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 705.

⁶⁵⁷ FONT SEGURA, A.: “La ley aplicable...”, pág. 4.

⁶⁵⁸ Los representantes del Instituto Valenciano para el Estudio de la Empresa Familiar manifestaron *“la conveniencia de armonizar el Código Civil, y concretamente su artículo 1.271 que prohíbe los pactos sucesorios, con la legislación de los territorios forales, señalando que la Comunidad Europea ha propuesto tal medida, no sólo para España, sino también para aquellos otros países que, como Italia, Francia o Bélgica, mantienen la misma prohibición”* (“Informe de la ponencia...”, ob. cit., pág. 9).

De todo ello se desprende que el principal problema es la colisión entre normas *ius cogens* (al menos en el derecho común español) como son las que regulan la sucesión testada con el acuerdo privado *inter partes*, colisión que acaba resolviéndose siempre, como no puede ser de otro modo en atención a nuestro actual ordenamiento, a favor de las normas necesarias (sin perjuicio de la aplicabilidad del derecho foral, cuando lo haya, *ex* artículo 9.8 del CC): la autonomía de la voluntad está delimitada por las normas vigentes⁶⁵⁹. Pero no parece que pueda esperarse una solución –al menos a corto o medio plazo- en este sentido, habida cuenta de la actual rigidez normativa del Código Civil en esta materia, rigidez que no sólo corresponde a los artículos que en particular regulan la cuestión sino que, en definitiva, deriva de la esencia misma de nuestro sistema de Derecho Civil a la hora de abordar las sucesiones, a pesar de la progresiva separación de la tradición romanista y su acercamiento al régimen de las distintas legislaciones forales⁶⁶⁰.

No obstante, debemos advertir que la única fórmula que verdaderamente puede resultar útil para dotar de eficacia las *recomendaciones* sucesorias del protocolo pasa precisamente por la vía de reformas legislativas que doten de mayor eficacia a los pactos sucesorios. En este sentido, podría apostarse por permitir algún tipo de pacto especial cuando se tratase de transmitir, por la vía sucesoria, las acciones o participaciones sociales, como tipo particular de contrato sucesorio. Y es que, aun admitiendo que el testamento es probablemente uno de los documentos más íntimos y personales que pueden otorgarse, la flexibilización de su régimen (al menos en el punto señalado) puede ser una buena opción para dotar de validez jurídica real al protocolo familiar en este punto, sin que por ello se resquebraje plenamente nuestro actual sistema de Derecho de Sucesiones.

Y es que, a pesar de que el artículo 1.271 del CC establece con carácter general la prohibición del pacto sobre la herencia futura, hay otros artículos del mismo cuerpo legal en los que se permiten determinadas operaciones que resultan verdaderos contratos sucesorios y que tienen plena validez y eficacia jurídica. Se trata de los artículos 825, 826, 827 y 1.341, relativos a mejoras y a donaciones dentro del matrimonio⁶⁶¹. Especial interés revisten, a estos efectos, dos preceptos del Código.

En primer lugar, debemos referirnos a la actual redacción del artículo 1.056 del CC, dada en 2003 por la LSLNE, que permite que se paguen las legítimas con efectivo extrahereditario y hasta con cinco años de aplazamiento, si con ello pretende el

⁶⁵⁹ ROMERO PAREJA, A.: *El testamento en España*, ob. cit., pág. 116.

⁶⁶⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, ..., ob.cit., pág. 80.

⁶⁶¹ En sentido contrario, debe remarcarse que no son supuestos de sucesión contractual, aunque pudieran parecerlo, las previsiones de los artículos 1.056 (en lo relativo a partición *inter vivos* de herencia efectuada por el testador), 1.057 (encargo a un tercero de distribuir la herencia) y 831 (delegación en el viudo o viuda de la facultad de mejorar a los hijos comunes), todos ellos del CC (MOLINA PORCEL, M.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pág. 579).

testador⁶⁶² preservar la empresa o explotación económica de carácter familiar, si bien el precepto no ha contribuido suficientemente a aclarar las dudas existentes y ha generado incluso algunas de nuevas: parece incluso permitir la atribución de las participaciones sociales a un extraño ajeno a la familia⁶⁶³, aunque esa adjudicación fuera del ámbito de sus descendientes le impedirá lógicamente la posibilidad de acogerse a los beneficios fiscales establecidos para la sucesión en las empresas familiares⁶⁶⁴. En todo caso, la posibilidad de que la empresa acabe adjudicándose a un tercero, por la vía del citado precepto, hace que la doctrina cuestione la reforma como medida verdaderamente útil para la defensa del interés familiar en la empresa⁶⁶⁵. Y ello sobre todo si se contrapone con la redacción del artículo 841 del propio CC, que permite también el pago en metálico de legítimas –se entiende que para garantizar la conservación de determinados bienes de la herencia- pero con la previsión expresa de que los bienes sólo vayan a descendientes: por ello, mientras el artículo 1.056.2 tiende tanto a conservar la integridad de la explotación aun cuando sea adjudicándola a terceros, el 841 pretende que se mantenga en poder de una rama o estirpe de legitimarios, lo que refleja en el fondo un distinto concepto (más amplio o más restringido) de familia⁶⁶⁶.

En segundo lugar, debe destacarse que el artículo 1.704.1 del CC permite sin ambages que, con carácter previo a la muerte de cualquiera de los socios, se establezca que la sociedad continuará entre los sobrevivientes, previa separación de la participación económica del fallecido, que se integrará a su herencia. Este pacto, que halla su razón de ser en el carácter *intuitu personae* del contrato de sociedad⁶⁶⁷, está plenamente admitido por la doctrina, aunque no sin un intenso debate al respecto porque, obviamente, se sitúa en el límite de la prohibición del artículo 1.271.2º del CC,

⁶⁶² La mención a la figura del “testador” nos situaría de hecho fuera del ámbito de la sucesión contractual, puesto que conlleva que el artículo 1.056 del CC se incardine en el de la sucesión testamentaria (GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.434).

⁶⁶³ CARBALLO FIDALGO, M.: “Artículo 1.056”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado...*, volumen II, ob. cit., pág. 1.736; para una comparación entre la redacción previa y la posterior a la reforma introducida por la LSLNE, puede consultarse CORBAL FERÁNDEZ, J.: “Artículo 1.056”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código...*, ob. cit., págs. 664-668; para muchos autores, la reforma no ha sido suficientemente afortunada ni novedosa (LLOPIS GINER, J. M.: “La libertad del...”, ob. cit., pág. 71).

⁶⁶⁴ DÍEZ SOTO, C. M.: “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar”, en *REF*, vol. 1, núm. 1/2012, pág. 29.

⁶⁶⁵ RUEDA ESTEBAN, L.: “La modificación del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo IV, págs. 216-217.

⁶⁶⁶ VATTIER FUENZALIDA, C.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, Madrid, 2012, págs. 44-45.

⁶⁶⁷ HERNÁNDEZ GIL, F.: “Artículo 1.704”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Comentario del Código...*, volumen 8, ob. cit., pág. 425.

aunque haya sido debidamente incorporado a normas societarias como el artículo 15 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales⁶⁶⁸.

Se trataría, por lo tanto, de establecer una nueva categoría de pacto sucesorio admitido, que reuniese por tanto los requisitos que todo contrato de estas características debe tener⁶⁶⁹: bilateralidad, irrevocabilidad y respeto a las facultades dispositivas del futuro causante respecto a los actos de disposición *inter vivos*. El problema, no obstante, es que el pacto debe respetar la autonomía de la voluntad del causante, como acaba de señalarse, por lo que nuevamente nos encontramos con el problema ya apuntado de que el protocolo no pueda forzar al causante a testar en un determinado sentido.

No obstante, debemos señalar que existe una vía –indirecta– de eludir la proscripción de los pactos sucesorios: se trata de las restricciones a la libre transmisibilidad que, como hemos visto⁶⁷⁰, deben trasladarse a los estatutos. En este sentido, se ha debatido mucho si una cláusula restrictiva puede resultar un supuesto de pacto sucesorio, por cuanto puede vulnerar el principio general de revocabilidad del testamento cuando, por ejemplo, se designa nominalmente a un sucesor o se establecen unos requisitos expresos y concretos para adquirir tal condición, cerrándose dicho debate con la consideración final de que resultan plenamente válidas este tipo de cláusulas⁶⁷¹. Y es que, precisamente, ante la posibilidad de que el firmante del protocolo incumpla posteriormente las directrices del mismo en lo relativo a sus disposiciones testamentarias, la única solución que quedará para que el protocolo revista alguna eficacia es el recurso a las cláusulas de restricción de la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales que se contemplen en el mismo y que, para dotarlas de mayor eficacia (*erga omnes*, a través de su publicidad registral), se hayan trasladado también a los estatutos sociales.

En este sentido, deberá haber una remisión expresa al régimen de restricción adoptado (puesto que así lo exige el artículo 124.1 de la LSC) en supuestos de transmisión *mortis causa*, a fin de que las acciones o participaciones se mantengan en manos de los socios, sin pasar a los herederos o legatarios del causante (en el supuesto de que, debido al incumplimiento de las directrices o recomendaciones protocolarias en materia testamentaria, no se quiera que lleguen a manos de éstos).

Esta solución será en todo caso incompleta, puesto que resuelve el problema político (la sociedad continuará estando participada por sus socios actuales) pero no el económico: los socios adquirentes de dichas acciones o participaciones deberán abonar

⁶⁶⁸ GARCÍA RUBIO, M. P./HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., págs. 1.278-1.279.

⁶⁶⁹ GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la sucesión contractual...(I)”, ob. cit., págs. 280-282.

⁶⁷⁰ Epígrafe 4.1.1.

⁶⁷¹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa...*, ob. cit., pág. 143.

el valor de las mismas a los herederos o legatarios cuyo acceso a la sociedad se pretende impedir. A pesar de ello, teniendo en cuenta que resulta imposible acudir a la vía judicial para forzar que se haga testamento en un determinado sentido⁶⁷², la solución apuntada, aunque incompleta, resulta necesaria, al permitir al menos salvaguardar la dispersión en el control y gestión de la sociedad.

Por lo tanto, se trataría de establecer derechos de adquisición preferente que operasen también en supuestos *mortis causa* (lo cual debe constar en los estatutos de forma expresa), obligando así al heredero o legatario receptor de los títulos a su enajenación a favor de los titulares de los referidos derechos, operando éstos como cláusulas totalmente permitidas por nuestro ordenamiento y que permiten trasladar al plano jurídico-obligacional las previsiones que el protocolo había realizado con carácter de meras recomendaciones⁶⁷³.

La solución propuesta de trasladar a los estatutos determinadas reglas que complementasen el régimen de transmisión *mortis causa* es, en definitiva, un modo más de tratar de eludir los efectos que el protocolo tiene como mero contrato privado, cuestión sobre la que incidiremos más adelante⁶⁷⁴. Por ello, *“los pactos o acuerdos que, pudiendo estar, también, materialmente contenidos en el propio protocolo familiar, conviene llevar a otros instrumentos son aquellos que deban tener trascendencia para terceros y los instrumentos donde deben recogerse son: las capitulaciones matrimoniales de los miembros relevantes del grupo familiar, el testamento de estas mismas personas y los estatutos de la sociedad de la sociedad de que se trate”*⁶⁷⁵.

Para cerrar el presente epígrafe, consideramos oportuna una reflexión acerca del modo en que las normas del protocolo se acaban trasladando sobre todo a los estatutos sociales. Nótese que, a pesar de que el espacio natural para algunas de dichas normas sean documentos de carácter civil (capitulaciones y testamentos), la imposibilidad de condicionar coactivamente el otorgamiento de éstos acaba conllevando la adopción de medidas de refuerzo en los estatutos. Esto supone, a la práctica, lo que la doctrina ha venido a calificar de “huída hacia el Derecho de Sociedades”⁶⁷⁶, técnica utilizada para resolver de manera indirecta y un tanto artificiosa una cuestión que, sencillamente, podría resolverse –al menos en lo relativo a sucesiones- derogando los artículos 816 y 1.271.2º del CC⁶⁷⁷. Y ello cuando, además, es cada día más extendida la idea doctrinal de rechazar la oportunidad de mantener el principio general prohibitivo de los contratos sucesorios, especialmente cuando el

⁶⁷² PAZ-ARES, C.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 724.

⁶⁷³ CORONA, J./MARTÍ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 479.

⁶⁷⁴ Vid., de modo particular, los epígrafes 6.2.2, 7.1 y 7.2.

⁶⁷⁵ PÉREZ-FADÓN, J.J.: *La empresa familiar...*, ob. cit., pág. 43.

⁶⁷⁶ Para un estudio profundo de este fenómeno, vid. HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁶⁷⁷ CERDÁ GIMENO, J.: *Pactos sucesorios*, ob. cit., pág. 518.

propio sistema se resquebraja ya tanto por las excepciones al artículo 1.271.2º antes comentadas y, también, las brechas que en dicha prohibición ha ido introduciendo la práctica jurisprudencial y registral⁶⁷⁸.

De ahí que resulte interesante seguir proponiendo una reforma del Derecho civil común sobre esta materia, a fin de que se adecue más a la línea seguida ya por diversos ordenamientos forales a los que dedicaremos un breve repaso en los epígrafes que abordamos a continuación. Una reforma que, eso sí, debe ser de calado y articularse mediante una ley completa y compleja, *“pues implicaría un cambio legislativo de tal profundidad que obligaría a una meditada y ponderada redacción de esa alteración sustancial de las bases y principios en los que está asentado el Derecho Común sucesorio”*, sin que pueda pretenderse efectuar dicha reforma a base de pequeñas modificaciones puntuales como la introducida por la LSLNE⁶⁷⁹. Y una reforma que debe ponderar cuál de los dos valores en conflicto debe imponerse sobre el otro: la libertad de testar o la libertad contractual⁶⁸⁰.

4.1.3.2. El pacto sucesorio en Cataluña.

Dentro de la diversidad que aportan los distintos derechos forales, proclives en su mayoría a admitir la sucesión contractual⁶⁸¹, entendemos especialmente interesantes los pactos sucesorios previstos en Cataluña⁶⁸², razón por la cual le dedicamos un epígrafe propio y diferenciado de los demás ordenamientos similares. Sobre todo porque, además, el derecho sucesorio catalán se ha preocupado históricamente de la empresa familiar, de modo que sus estudiosos han señalado tradicionalmente que la sucesión paccionada por parte de los empresarios *“era un auténtico estatuto de su empresa familiar”*⁶⁸³. Y es que, aunque los pactos sucesorios los regule en este momento el Libro IV del CCCat, aprobado por la Ley 4/2008, de 10 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, debe indicarse en primer lugar que la sucesión paccionada no supone una novedad absoluta en el derecho civil catalán, históricamente proclive a este tipo de

⁶⁷⁸ GARCÍA RUBIO, M. P./HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., pág. 1.283.

⁶⁷⁹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones...*, ob. cit., págs. 2.769-2.770.

⁶⁸⁰ CERDÁ GIMENO, J.: *La prohibición de...*, ob. cit., pág. 555.

⁶⁸¹ GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la sucesión contractual “mortis causa” (I)”, en *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*, volumen V, 2003, pág. 262,

⁶⁸² Para un estudio conjunto de los pactos sucesorios catalanes, vid. DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Pactos sucesorios en Cataluña”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 1.367-1.396.

⁶⁸³ JOU I MIRABENT, L.: “Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., pág. 360.

figuras⁶⁸⁴, lo que ha llevado a un “enfrentamiento casi milenario entre el derecho romano, en principio contrario a la validez de los pactos sucesorios, y el derecho consuetudinario catalán favorable a su admisión”⁶⁸⁵, enfrentamiento que halla su origen en la disposición del Digesto 17,2,52-9 de considerar que no puede limitarse la libertad de manifestar una última voluntad, puesto que dicha limitación implicaría la imposibilidad de revocarla, elemento que el Derecho romano (seguido por el Derecho común español, como hemos visto en el epígrafe anterior) considera consustancial a la facultad de testar. En Cataluña, sin embargo, se ha tenido una voluntad histórica de evitar la disgregación o desaparición de la explotación familiar, lo que desde siempre ha explicado la existencia en su derecho civil de instituciones jurídicas destinadas a la protección de dicha explotación⁶⁸⁶.

Efectivamente, la posibilidad de formalizar pactos sucesorios viene a regular de forma más amplia un tipo de pactos que no eran del todo desconocidos en la legislación sucesoria catalana, en la que se encontraban ya bajo la forma del *heretament*⁶⁸⁷, figura regulada por los artículos 67 a 100 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, que establecía el Código de Sucesiones de Cataluña y cuyo régimen se establece ahora en los artículos 431-18 a 431-28 del CCCat, que recoge en esencia las previsiones de la normativa anterior añadiendo el *heretament* mutuo y el preventivo⁶⁸⁸. Esta figura tenía –en su regulación anterior– el requisito formal ineludible de constar en las capitulaciones matrimoniales y la limitación, por tanto, de poder celebrarse sólo entre contrayentes, aunque permitía tanto la institución recíproca de herederos entre los mismos como, también, que se instituyera heredero a algún hijo o descendiente⁶⁸⁹. En este sentido, lo verdaderamente importante era la limitación de los sujetos (excluyendo esta posibilidad para cualquier otra relación que no fuera la matrimonial,

⁶⁸⁴ BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en VALLE ZAYAS, J./PÉREZ RIVARÉS, J. A./SALELLES, J. R. (dirs.): *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2013, pág.85.

⁶⁸⁵ PUIG FERRIOL, L.: “Present i futur dels pactes successoris catalans”, en *RJC*, núm. 2/2008, pág. 460.

⁶⁸⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Protocolo familiar y...”, ob. cit., pág. 21. Para un repaso de la evolución histórica de las instituciones sucesorias catalanas, puede verse DE BARRÓN ARNICHES, P.: “El pacto de renuncia a la legítima futura en el Derecho Civil de Cataluña”, en *RJC*, núm. 3/1998, págs. 326-329.

⁶⁸⁷ El *heretament* es una institución contractual de heredero otorgada en capítulos matrimoniales que, como tal, no es propiamente un negocio jurídico *mortis causa*, puesto que despliega efectos *inter vivos*, a pesar de lo cual se ha considerado como una institución propia del derecho catalán de sucesiones (LAMARCA MARQUÈS, A.: *El Modo Sucesorio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 88). Su origen se encuentra en la antigua donación universal con reserva de usufructo y disponibilidad de los bienes donados, efectuada por el donante a su hijo, en realidad su heredero, con ocasión del matrimonio de éste (BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Artículo 431-18. Concepto de heredamiento”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, 2011, págs. 876-877). Puede otorgarse mediante representante y tiene en principio carácter irrevocable, salvo que concurran las causas que permitirían la desheredación legitimaria (GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la... (y II)”, ob. cit., págs. 295-297.

⁶⁸⁸ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Article 431-19. Heretament simple i cumulatiu”, en EGEA FERNÁNDEZ, J./FERRER RIBA, J. (dirs.): *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, volumen II, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 1.144.

⁶⁸⁹ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 144.

dentro incluso del ámbito de la propia familia), considerando la doctrina⁶⁹⁰ que el requisito formal no tenía más importancia que la de un mero trámite, justificado por la idea de “*valerse de un negocio jurídico establecido en consideración del matrimonio y, por tanto, como una manifestación concreta del principio del favor matrimonii, que históricamente permitió justificar la admonición de la sucesión paccionada en nuestro derecho, aunque esto implicara contrariar el conocido principio romano contrario a la validez de los pactos sucesorios*”.

Por lo tanto, aun con sus limitaciones, especialmente en lo reducido de los sujetos que podían adoptar el pacto, el *heretament* cumplió la función de permitir la introducción en nuestro ordenamiento de los pactos sobre la herencia futura, encontrando por tanto en esta figura la génesis de la actual sucesión paccionada que el Libro IV del CCCat ha venido a ampliar⁶⁹¹, rompiendo así la “*secular restricción del derecho catalán histórico que limitaba los pactos sucesorios a los de institución de heredero*”, permitiendo un espectro mucho mayor de regulación consensual⁶⁹². Con la entrada en vigor del CCCat, por tanto, ha cambiado plenamente el paradigma de la sucesión contractual catalana, de modo que “*el pacto sucesorio viene a ser el género y el heredamiento una especie*”⁶⁹³, lo cual da una idea de la nueva dimensión de la regulación de esta materia. Asimismo, la ampliación del espectro de pactos previstos ahora en el CCCat – a los que posteriormente dedicaremos un mayor análisis- se aprecia en las distintas clases de pactos que se pueden establecer, pudiendo clasificarlos en distintos grupos⁶⁹⁴:

- Según los sujetos otorgantes: pueden ser bilaterales o multilaterales; pueden intervenir los futuros causantes y los favorecidos, cabiendo también la posibilidad de que existan beneficiarios que sean terceros no otorgantes, así como el caso –menos usual- de otorgantes que no sean futuros causantes ni favorecidos. Con todo, cabe preguntarse por qué se limita el círculo de los otorgantes a los “parientes”, cuando en sede de empresas familiares podría interesar que los pudieran otorgar también socios o administradores no familiares⁶⁹⁵.
- Según el grado de vinculación: existen pactos correspectivos, es decir, con previsiones recíprocas (artículo 422-5); y no correspectivos, es decir, con disposiciones unilaterales.

⁶⁹⁰ PUIG FERRIOL, L./ROCA TRIAS, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, 6ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 459-460.

⁶⁹¹ Para un estudio del régimen actual del *heretament*, vid. BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de...”, ob. cit., págs. 112-121.

⁶⁹² EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Article 431-18. Concepte d’heretament”, en EGEA FERNÁNDEZ, J./FERRER RIBA, J. (dirs.): *Comentari al llibre...*, ob. cit., pág. 1.140. En el mismo sentido, GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.440.

⁶⁹³ MOLL DE ALBA, C./ALONSO HEVIA, M. A.: *Derecho de sucesiones catalán y español. Concordancias y discordancias*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pág. 229.

⁶⁹⁴ BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Artículo 421-1. Concepto de pacto sucesorio”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto...*, ob. cit., págs. 809-810.

⁶⁹⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., pág. 73.

- Según el carácter de sus disposiciones: pueden tener disposiciones de carácter positivo (institución o atribución de herencia) o de carácter negativo (pactos relativos o pactos de exclusión).

La referida ampliación del régimen no es, sin embargo, absoluta, como el propio legislador reconoce en el Preámbulo de la Ley 4/2008, en el que señala que, ante la tesitura de mantener el régimen del Código de Sucesiones –en el que la sucesión contractual estaba vinculada al matrimonio (el artículo 67 del citado Código obligaba a realizar el *heretament* en capitulaciones matrimoniales)- o abrirlo completamente, se opta por lo que se considera “*una solución intermedia prudente*”, consistente en que se puedan establecer estos pactos con el cónyuge o conviviente⁶⁹⁶, con la familia de éste o con la propia familia (art. 431-2 del CCCat). De hecho, no debe olvidarse que los pactos sucesorios permitidos, por más amplios que sean, no dejan de ser excepciones al principio general de prohibición de los mismos contenido en el artículo 411-7 del CCCat⁶⁹⁷.

A los efectos de nuestro estudio, la modificación legislativa resulta ya un avance importante, puesto que el tipo de pactos sucesorios a los que nos interesará dar cobertura son, precisamente, los que se enmarcan dentro de la familia, por cuanto es en este ámbito en el que entendemos que interesará establecer limitaciones que permitan mantener el carácter cerrado de la sociedad mercantil alrededor de la cual se organiza la empresa familiar. Y de hecho, el propio legislador justifica también en el citado Preámbulo que una de las grandes utilidades de la nueva regulación será, precisamente, la de dar cobertura a los pactos en sociedades familiares que, hasta ese momento, no tenían encaje normativo: “*es lo bastante abierta [la nueva regulación] para amparar los pactos que a veces se estipulan con ocasión de la transmisión de empresas familiares, en los cuales pueden llegar a intervenir diversas generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa*”. A mayor abundamiento, en el artículo 431-7.1 se indica expresamente que la escritura de pacto sucesorio podrá contener, también, estipulaciones propias del protocolo familiar, lo que permite unificar en un mismo documento disposiciones sucesorias con las que serían propias de un pacto de socios o accionistas⁶⁹⁸. Se trata de medidas que permiten, en términos generales, afirmar que se ha efectuado una considerable reducción de los obstáculos para la libre atribución de la empresa o negocio familiar, según entienda más conveniente su transmitente⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ El legislador catalán mantiene así su criterio, pionero en el ordenamiento español, de dar cobertura a las relaciones de convivencia análogas a la matrimonial, criterio que arranca con la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, y que se mantiene al incluir ahora al conviviente como sujeto con el que es posible pactar cuestiones sucesorias.

⁶⁹⁷ GINÉS CASTELLET, N.: “Los pactos sucesorios...”, ob. cit., pág. 510.

⁶⁹⁸ BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de...”, ob. cit., págs. 108-109.

⁶⁹⁹ SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Nuevos posibles cauces...”, ob.cit., pág. 71.

No toda la doctrina parece compartir el entusiasmo del legislador en su defensa del carácter renovador introducido sobre la materia, señalando algunas voces⁷⁰⁰ que lo único que se ha hecho a través del Libro IV del CCCat es, en este campo, establecer los pactos sucesorios como una categoría general en la que se pueden situar ahora las distintas modalidades, ya sean de nombramiento de heredero o de atribución particular, pero sin hacer nuevas aportaciones sustanciales al pacto sucesorio, entendido como la sucesión planificada con otras personas y con carácter irrevocable, cuestiones que estaban recogidas ya mediante la regulación del anterior Código de Sucesiones⁷⁰¹. En este sentido, sigue existiendo una importante diferencia entre lo que la doctrina entiende como pactos sucesorios (que deberían llegar a permitir el convenio sobre la herencia de una tercera persona que aún estuviera viva) y lo que permite el CCCat, que contiene un concepto de pacto sucesorio mucho más restringido⁷⁰². Con todo, para otros sectores doctrinales parece que la apertura de los pactos sucesorios a nuevas posibilidades permite que pueda aplicarse esta figura a situaciones como la de la empresa familiar, que requieren soluciones jurídicas más flexibles e imaginativas: es previsible por ello que, durante los próximos años, sea recurrente su uso en la organización y planificación de la sucesión en este tipo de empresas⁷⁰³.

Señalado todo lo anterior, conviene ahora analizar qué novedades aporta la regulación de la sucesión paccionada en el CCCat (artículos 431-1 a 431-30), debiendo destacar de entrada que puede considerarse que hay un avance, por lo menos, en lo relativo a la calificación jurídica de la figura. Y es que el Libro IV del CCCat habla abiertamente de “*sucesión contractual*”, régimen al que atribuye las novedades de que no deba limitarse ya a la institución de heredero y de que pueda realizarse fuera del ámbito matrimonial, refiriéndose así a la figura jurídica del contrato. Esta calificación directa se contrapone al lenguaje del Código de Sucesiones, puesto que en el mismo se habla del *heretament* como institución contractual pero, a pesar de ello, “*se evita calificar la sucesión regida por heredamiento como sucesión contractual. Ésta sólo se puede producir si hay acuerdo de voluntades entre causante y sucesor, entre heredante y heredatario*”⁷⁰⁴, situación que únicamente se producía, en la regulación anterior, en los supuestos de *heretament* mutal entre contrayentes.

⁷⁰⁰ GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones*, tomo I, 2ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 221 y 223-224.

⁷⁰¹ Asimismo, la doctrina ha sido crítica con el modo en que se ha regulado la materia, por entender que el CCCat incorpora muchos preceptos para establecer unas normas que, a pesar de ello, resultan menos claras de lo que lo son en otros ordenamientos, como el aragonés, más sencillos (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 72-73.

⁷⁰² ESCUTIA ABAD, M. M.: “Els pactes successoris”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir): *Dret Civil Català. Dret de Sucessions*, vol. III, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 239.

⁷⁰³ DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 303.

⁷⁰⁴ MARSAL GUIAMET, J.: “Els heretaments”, en BADOSA COLL, F (dir.): *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 730.

Al margen de esa cuestión terminológica referida a la calificación jurídica de los pactos, existen importantes novedades en materia sustantiva. Entre ellas, destaca la amplitud de los pactos regulados en los artículos 431-1 a 431-5 del CCCat, que corresponden al siguiente catálogo⁷⁰⁵:

- A favor de uno o más de sus otorgantes o de forma recíproca.
- A favor de terceros que no sean otorgantes.
- Con carácter preventivo.
- Heredamientos (recogiendo la regulación previa del *heretament*).
- Pactos de atribución particular.
- Renuncia a los derechos sucesorios (siempre que cumplan los requisitos del artículo 451-26.2 del CCCat)⁷⁰⁶.

Del referido catálogo, es especialmente destacable la posibilidad de que se establezcan los llamados pactos sucesorios de atribución particular, es decir, aquéllos en que se atribuyan elementos particulares al margen de que se instituya o no heredero alguno⁷⁰⁷ y que, en todo caso, no deben confundirse con los legados, de los que se distinguen por ser irrevocables⁷⁰⁸, y aun cuando parte de la doctrina destaque las similitudes entre ambas figuras, llegando a entender algunos autores que el CCCat ha introducido el legado en el ámbito de las sucesión contractual a través de este tipo concreto de pacto⁷⁰⁹. Desconocido hasta el momento por la legislación foral catalana, en la que sólo cabían o bien la donación *inter vivos* o bien atribuciones *mortis causa* con carácter necesariamente revocable⁷¹⁰, la introducción de este tipo de pactos en el CCCat es fruto de la evolución del derecho sucesorio catalán, el cual “*no ve inconveniente, antes bien una ventaja, en admitir los pactos sucesorios de atribución particular como una especie de legado contractual*”, con la particularidad de que el disponente conserva la propiedad de

⁷⁰⁵ LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: *El nuevo derecho...*, ob. cit., pág. 149.

⁷⁰⁶ El legislador catalán quiso eliminar las trabas a la renuncia, de modo que se permitieran éstos de forma amplia. El precepto original (437-27) indicaba lo siguiente: “*Serán válidos los pactos de renuncia o de transacción sobre derechos sucesorios de cualquier naturaleza otorgados entre el renunciante o renunciantes y e causante de la sucesión*”. Sin embargo, este precepto fue suprimido (junto con toda la sección en que se encontraba) durante el trámite parlamentario, manteniendo así los requisitos que ya preveía la regulación anterior (DE BARRÓN ARNICHEs, P.: “Article 451-26. Renúncia a la llegítima futura”, en EGEA FERNÁNDEZ, J./FERRER RIBA, J. (dirs.): *Comentari al llibre...*, ob. cit., pág. 1.437).

⁷⁰⁷ NAVAS NAVARRO, S.: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya”, en *Indret*, núm. 2/2009, pág. 7

⁷⁰⁸ ESCUTIA ABAD, M. M.: “Els pactes successoris”, ob. cit., pág. 337.

⁷⁰⁹ MOLL DE ALBA, C./ALONSO HEVIA, M. A.: *Derecho de sucesiones...*, ob. cit., pág. 241.

⁷¹⁰ GINÉS CASTELLET, N.: “Los pactos sucesorios...”, ob. cit., pág. 546.

los bienes hasta su fallecimiento pero sin poder disponer de ellos, por cuanto su enajenación frustraría el pacto⁷¹¹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un negocio jurídico *inter vivos* convenido por causa de muerte, negocio de disposición y de atribución patrimonial a favor de su beneficiario, que puede ser o no uno de los otorgantes del pacto, teniendo carácter irrevocable (artículo 431-12 del CCCat)⁷¹². Debe destacarse, además, que está sometido a determinadas medidas de protección: si el bien atribuido por esta vía se deteriorase por causa imputable al causante o si lo enajenara o gravase en perjuicio del favorecido, podría éste exigir al heredero que le satisficiera su valor⁷¹³.

En el caso concreto de la empresa familiar, es evidente que este tipo de pacto de atribución particular podría consistir en la transmisión del capital social del que fuera titular el causante a un miembro determinado de su familia, con independencia de cuál fuera su heredero o de qué destino se le diera al resto del caudal hereditario. Y es importante destacar que, de la lectura del precepto, en particular de la garantía contenida en su punto 2 –a la que nos hemos referido en el párrafo anterior–, se infiere la necesidad de que la atribución debe efectuarse sobre bienes concretos y no sobre cuotas de valor⁷¹⁴. Por lo tanto, en el caso de transmisión de acciones o participaciones, entendemos que deberán éstas figurar debidamente identificadas, según su numeración, en el pacto sucesorio.

Es interesante destacar, como aspecto curioso, que el artículo 431-6 del CCCat contempla la posibilidad de que se haga constar, en el pacto sucesorio, la finalidad del mismo, cuando tenga alguna. Dicha mención no lo dota de efectos jurídicos distintos a los que tendrá el pacto sucesorio que no obedezca a ninguna finalidad concreta, pero sí que permite identificar cuál es la motivación de los intervinientes. En el caso de la empresa familiar, cuando estos pactos se realicen en ejecución de lo previsto en el protocolo, será interesante hacerlo constar en todos ellos, de modo que pueda apreciarse una unidad en la actuación de los socios y familiares sobre este campo. Para Egea Fernández⁷¹⁵, es importante hacer esta mención, por cuanto es una forma de acreditar el interés directo que los otorgantes tendrán en la ordenación contractual de la sucesión (interés directo que la norma exige), aun cuando entre ellos se cuenten personas distintas al causante y al beneficiario. En este caso, para considerar cumplido el requisito del interés directo, deberá bastar con que los otorgantes manifiesten que la

⁷¹¹ BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Artículo 431-29. Modalidades”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto...*, ob. cit., págs. 918-919.

⁷¹² NAVAS NAVARRO, S.: “Article 431-29. Modalitats”, en EGEEA FERNÁNDEZ, J./FERRER RIBA, J. (dirs.): *Comentari al llibre...*, ob. cit., pág. 1.177.

⁷¹³ LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: *El nuevo derecho...*, ob. cit., pág. 155.

⁷¹⁴ BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Artículo 431-30. Efectos de las atribuciones particulares”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto...*, ob. cit., pág. 923.

⁷¹⁵ EGEEA FERNÁNDEZ, J.: “El nou règim jurídic de la successió contractual”, en *RJC*, número 1/2009, págs. 18-19.

sucesión se ordena, de conformidad con el pacto, para obedecer a la finalidad de continuidad en la empresa familiar. Asimismo, el establecimiento de la finalidad del pacto, tendrá especial importancia a la hora de analizar las posibilidades de su revocación y de una eventual exigencia de su cumplimiento forzoso⁷¹⁶.

Por otro lado, es importante no confundir la donación por causa de muerte⁷¹⁷ con el pacto sucesorio, a pesar de sus evidentes similitudes, como el carácter bilateral⁷¹⁸ y su habilidad para vehicular atribuciones a título particular⁷¹⁹, destacando la doctrina que es más que discutible la pretendida inclusión de dicha donación dentro de la categoría de la sucesión paccionada⁷²⁰. Se trata en cualquier caso de una precisión meramente terminológica, puesto que ambas figuras, como se ha dicho, se reputan igualmente válidas para asegurar la transmisión de la empresa familiar del modo deseado por el causante y, en la medida de lo posible, de lo indicado en el protocolo.

Otra cuestión importante a tener presente es la publicidad que el artículo 431-8 del CCCat prevé que pueda hacerse del pacto sucesorio cuando su finalidad sea la de mantener o continuar una empresa familiar. Señala dicho precepto que “*puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio de que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo*”. Esta posibilidad, novedosa también en el derecho sucesorio catalán, permite “*dejar constancia*” de la existencia del pacto⁷²¹, pero no goza de mayor publicidad registral que la mera publicidad noticia, como indicaremos en el capítulo octavo, por cuanto no es objeto de la calificación registral que sería necesaria para acceder a la publicidad material, calificación que queda prohibida –como lo queda también respecto al protocolo familiar– o que es meramente requisital⁷²². En todo caso, para reforzar la eficacia de los pactos sucesorios, será conveniente en unos casos articularlos como pactos parasociales y, en otros, hacerlos aflorar a los estatutos sociales de la sociedad familiar cuando así lo permita su naturaleza⁷²³.

⁷¹⁶ BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Artículo 431-6. Cargas y finalidad del pacto sucesorio”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto...*, ob. cit., pág. 826.

⁷¹⁷ Figura regulada en los artículos 432-1 a 432-5 que no se halla regulada en el derecho sucesorio común, en el que el testamento es el único negocio jurídico *mortis causa* (MOLL DE ALBA, C./ALONSO HEVIA, M. A.: *Derecho de sucesiones...*, ob. cit., pág. 243).

⁷¹⁸ Aunque son un negocio jurídico *mortis causa*, este tipo de donaciones participan también de la naturaleza jurídica de los negocios *inter vivos*, por cuanto se constituyen mediante el acuerdo entre donante y donatario (LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: *El nuevo derecho...*, ob. cit., pág. 281).

⁷¹⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Article 432-1. Donacions per causa de mort”, en EGEA FERNÁNDEZ, J./FERRER RIBA, J. (dirs.): *Comentari al llibre...*, ob. cit., pág. 1.195.

⁷²⁰ BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Artículo 432-1. Donaciones por causa de muerte”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto...*, ob. cit., pág. 925.

⁷²¹ ESCUTIA ABAD, M. M.: “Els pactes successoris”, ob. cit., pág. 350.

⁷²² BRANCÓS NÚÑEZ, E.: “Artículo 431-8. Publicidad de los pactos sucesorios”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto...*, ob. cit., pág. 838.

⁷²³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 76-77.

Y conviene cerrar el presente epígrafe resaltando que la utilidad de la tradición de la sucesión paccionada catalana es tan importante que, en el momento actual, tal vez sería conveniente apostar más por adecuar sus figuras a las necesidades de la empresa familiar en lugar de dedicar todos los esfuerzos a lo que, críticamente, determinada doctrina califica como “los mal llamados protocolos familiares”, por cuanto se entiende que cabría preguntarse “si las instituciones sucesorias tildadas de históricas del Derecho catalán no son capaces, con las modificaciones legislativas necesarias o simplemente por medio de la interpretación adecuada, de dar respuesta a las necesidades de la transmisión intergeneracional de las empresas con más garantías y menos costes que los que ofrecen los nuevos protocolos familiares que, en ocasiones, no pasan de ser larguísimos documentos de intenciones”⁷²⁴. La afirmación, contundente, es sin duda arriesgada. No consideramos que las instituciones sucesorias y los protocolos sean elementos incompatibles, sino más bien todo lo contrario: deben complementarse. Con todo, la crítica a los protocolos que quedan reducidos a meras declaraciones de intenciones no debe perderse de vista en ningún momento, aunque la solución que entendemos más pertinente no sea dejarlos de lado sino, precisamente, ver de qué modo pueden encajar con las disposiciones sucesorias –como los pactos previstos por el CCCat- para conseguir los objetivos marcados en la transmisión de las empresas familiares⁷²⁵.

4.1.3.3. La sucesión contractual en otros derechos forales.

No sólo el derecho foral catalán se distingue del común en materia de sucesión contractual. Son varios los ordenamientos forales que contemplan figuras que permiten la sucesión paccionada con bastante amplitud⁷²⁶, sobre todo en capitulaciones matrimoniales y con la finalidad tradicionalmente de preservar casas de labradores y explotaciones familiares agrarias⁷²⁷. De ahí que pueda afirmarse sin ambages que los derechos forales ofrezcan un ámbito de autonomía mayor que el ofrecido por el Derecho civil común a la hora de estudiar la problemática que plantea la sucesión del empresario familiar, aun cuando ninguno de ellos disponga de un tratamiento

⁷²⁴ JOU I MIRABENT, L.: “Los heredamientos y...”, ob. cit., pág. 363.

⁷²⁵ Una de las utilidades que la doctrina otorga a los pactos sucesorios es, precisamente, “vincular y comprometer a la familia, así como cerrar la sucesión con el protocolo familiar”, dando de este modo estabilidad al futuro de la empresa (BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de...”, ob. cit., pág. 91).

⁷²⁶ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 143.

⁷²⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones...*, ob. cit., pág. 2.773; FERRER VANRELL, M. P./CARDONA GUASCH, O. P.: “Los pactos sucesorios en la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, ob. cit., pág. 1.398; GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la... (I)”, ob. cit., págs. 268-269.

específico para esta cuestión⁷²⁸. Por ello, cabe plantearse abiertamente la conveniencia de que el legislador de Derecho común pueda tomar como modelo las instituciones forales que, más cercanas y trasladables que las propias del Derecho comparado, para una mejor regulación de esta materia⁷²⁹.

Sin una voluntad exhaustiva, por cuanto se trata de una materia que excede de nuestro objeto de estudio, efectuaremos a continuación un breve repaso de las distintas legislaciones forales sobre la cuestión. En todo caso, sí resulta interesante advertir – como iremos viendo en los epígrafes que abordaremos a continuación– que las regulaciones de los distintos derechos forales tienen su origen en la necesidad de regular la transmisión de explotaciones agrícolas, transmisión cuyas normas son plenamente aplicables hoy a la de una empresa familiar. Con todo, no cabe perder de vista ese origen agrícola, ya que explica el porqué de unas determinadas menciones e, incluso, el porqué de determinadas normas, que han recaído tradicionalmente sobre patrimonios y bienes raíces de especial importancia familiar, por lo que el Derecho civil ha tratado de proteger la estabilidad de las “comunidades funcionales” que la familia ha ido estableciendo sobre las mismas⁷³⁰.

4.1.3.3.1. Aragón.

El Derecho foral aragonés incorpora modalidades de sucesión paccionada desde el siglo XIV, cuando arranca una tradición que se ha mantenido posteriormente con la Compilación de 1967 (artículos 99 a 109) y que se regula ahora por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte y por el Código del Derecho Foral de Aragón, que recogen de este modo lo que el pueblo aragonés ha venido llamando tradicionalmente “*hacer herederos en vida*”⁷³¹.

Las posibilidades de sucesión contractual son actualmente muy amplias en el Derecho aragonés, que ha abierto considerablemente las posibilidades que se contemplaban en la Compilación de 1967, que restringía los pactos al ámbito

⁷²⁸ MARTÍNEZ CORTÉS, J.: “La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo IV, pág. 313.

⁷²⁹ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “El pacto de...”, ob. cit., pág. 348; para un estudio global del estado de esta materia, vid. HERRERO OVIEDO, M.: “El renacer de los pactos sucesorios”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.): *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009.

⁷³⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., pág. 52.

⁷³¹ BAYOD LÓPEZ, M. C.: “Pactos sucesorios en Aragón”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, ob. cit., pág. 1.319.

familiar⁷³². Se parte de la base de la “*libertad total para pactar la sucesión*”, que es la regla general en el Derecho civil de Aragón⁷³³.

Así, el artículo 62 de la Ley 1/1999 establece que son válidos los pactos “*que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto*”. Con el único requisito formal de la escritura pública, prescindiendo por tanto de cualquier vinculación a capitulaciones matrimoniales, se permiten pactos a favor de terceros, sin requerir siquiera relación de parentesco alguna –como exigían normas anteriores– entre el futuro causante y el beneficiario, siendo posible además que estos pactos los otorguen personas de vecindad civil distinta a la aragonesa (siempre que su propia vecindad civil no los prohíba)⁷³⁴. Dentro de esta amplitud de pactos, debe indicarse también que la donación universal de bienes presentes y futuros equivale a la sucesión contractual, mientras que la donación *mortis causa* de bienes singulares se considera también una forma de pacto sucesorio⁷³⁵.

Es menester remarcar el carácter irrevocable de los pactos sucesorios en el derecho aragonés, tal y como establece el artículo 400 del Código Foral, que únicamente permite su revocación mediante “*pacto sucesorio celebrado por las mismas personas o sus herederos*”, es decir, mediante un mutuo disenso que suponga en sí mismo la celebración de un nuevo pacto, con efectos novatorios extintivos del anterior⁷³⁶. La revocación podrá producirse también cuando concurren causas de indignidad y desheredación, cuando se cumpla una causa prevista y pactada en el propio contrato⁷³⁷ o cuando se incumplan gravemente compromisos adquiridos por el beneficiario, en cuyo caso se produciría una revocación unilateral por ineficacia sobrevenida, porque se priva de efectos a un pacto válido como consecuencia de determinadas actuaciones llevadas a cabo por el heredero contractual⁷³⁸. Finalmente, en caso de que los pactos fueran entre cónyuges, podrán quedar sin efecto en caso de nulidad, separación o divorcio⁷³⁹. Fuera de estos casos, lógicamente, no resulta posible la revocación del pacto

⁷³² BAYOD LÓPEZ, C.: “Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero)”, en AAVV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 5.126.

⁷³³ GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la... (y II)”, ob. cit., pág. 287.

⁷³⁴ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones...*, ob. cit., pág. 2.775. Esta cuestión ha generado dudas sobre la constitucionalidad del régimen aragonés en este punto, por cuanto podría estar invadiendo la competencia normativa estatal al regular la actividad de un testador no aragonés que otorgara por ejemplo un testamento mancomunado (con un aragonés) fuera de Aragón (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: “Cuestiones de invalidez testamentaria en la sucesión aragonesa”, en *RDCA*, núm. XVI/2010, pág. 154).

⁷³⁵ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 145.

⁷³⁶ BAYOD LÓPEZ, M. C.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., pág. 1.357.

⁷³⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pág. 2.793.

⁷³⁸ BAYOD LÓPEZ, C.: “Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero)”, en *RDCA*, núm. XI-XII/2005-2006, pág. 29.

⁷³⁹ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.436.

(elemento, recordemos, que distingue esta sucesión de la testamentaria). De cara a la empresa familiar, la sucesión paccionada ofrece una posibilidad muy interesante: permite la incorporación progresiva a la empresa, durante la vida del causante, de quien haya sido designado sucesor, de modo que el primero pueda transmitir mejor al segundo la concepción inicial de la empresa⁷⁴⁰.

Puede destacarse, como elemento especialmente importante de la sucesión contractual el vínculo obligacional que asume el futuro causante, pero sin que ello le prive de su capacidad dispositiva *inter vivos* siempre que con ello no perjudique al beneficiario, lo cual es muy adecuado *“si se piensa en la sucesión en la empresa familiar, bien sea agraria o mercantil o, simplemente, en la sucesión en un pequeño piso que se desea transmitir a uno solo de los varios hijos del instituyente: a ese hijo que atiende el negocio [en el primer caso] o cuida del anciano progenitor [en el segundo]”*⁷⁴¹.

En definitiva, por tanto, puede destacarse que la legislación foral aragonesa dispone de un abanico amplio de pactos sucesorios que, con el único requisito formal de su instrumentalización en escritura pública, permite ordenar la sucesión de forma paccionada. Y todo ello sobre la base de una larga tradición concebida en atención a las explotaciones agrarias familiares que, a día de hoy, encaja adecuadamente con las necesidades de la empresa familiar. Al respecto, puede afirmarse que *“el Derecho aragonés es generoso y flexible con esa voluntad individual del empresario”*⁷⁴² de ordenar su sucesión al frente de su sociedad mercantil, sobre todo por las posibilidades que le ofrece la Ley 1/1999.

4.1.3.3.2. Baleares.

Lo primero que debe destacarse en cuanto a la sucesión paccionada en la legislación foral de las Islas Baleares es la heterogeneidad territorial de su regulación: la isla de Menorca no la admite, las de Ibiza y Formentera la admiten ampliamente y la de Mallorca la admite de forma limitada, únicamente a través de la donación universal de bienes presentes y futuros⁷⁴³. Asimismo, interesa también destacar que la sucesión contractual balear, aunque encuentra su base histórica en la voluntad de mantener la cohesión de la explotación familiar agraria, está ahora en pleno *“renacimiento”* gracias a su utilidad para organizar la sucesión en la empresa familiar y, en particular, por sus ventajas en tal sentido frente a la sucesión testamentaria: *“con el problema que el testamento es un negocio esencialmente revocable, lo que no permite dar firmeza a lo acordado*

⁷⁴⁰ MARTÍNEZ CORTÉS, J.: “La sucesión de...”, ob. cit., pág. 337.

⁷⁴¹ BAYOD LÓPEZ, C.: “Las novedades en...”, pág. 5.123.

⁷⁴² MARTÍNEZ CORTÉS, J.: “La sucesión de...”, ob. cit., pág. 329.

⁷⁴³ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 146.

en el Protocolo Familiar, cuando se ha pactado que debe otorgarse testamento en un determinado sentido, ya que su incumplimiento nunca tendrá reparación *in natura*, porque el acto de otorgamiento de testamento es *personalísimo*⁷⁴⁴. De ahí que, como venimos destacando en el presente capítulo, resulte muy adecuada la sucesión contractual para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar.

Empezaremos el análisis por la donación antes mencionada, que se admite como única forma de pacto sucesorio en Mallorca, regulada actualmente por el artículo 8 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Texto Refundido de 6 de septiembre de 1990), pero con una larga tradición, puesto que existe en Mallorca desde 1.474⁷⁴⁵. Esta donación se concibe como aquélla que reviste carácter irrevocable y que atribuye al donatario la condición de heredero contractual del donante⁷⁴⁶. Su principal problema jurídico es el efecto adquisitivo de los bienes que son objeto de donación, por cuanto ésta incluye tanto los presentes –integrados en el patrimonio del donante y sobre los que, por tanto, tiene poder de disposición–, como también los bienes futuros⁷⁴⁷. De nuevo es importante remarcar la irrevocabilidad de la donación en tanto que negocio bilateral celebrado *inter vivos*, de modo que sólo en determinadas circunstancias excepcionales (como el incumplimiento de cargas o la ingratitud del donatario) podrá revocarse, obligándose incluso al donatario a no repudiarla herencia sino, en todo caso, a aceptarla a beneficio de inventario⁷⁴⁸.

Otra figura interesante dentro de los pactos sucesorios baleares es la llamada *definición*, de larga tradición en las Islas⁷⁴⁹, por la que los descendientes legitimarios y emancipados renuncian a todos sus derechos sucesorios o únicamente a la legítima que les correspondiera de su ascendiente, en atención a alguna donación, atribución o compensación que reciban con anterioridad, por lo que se trata en este caso de un pacto de carácter negativo⁷⁵⁰. Se trata de una figura propia de Mallorca cuyas reglas, de conformidad con el artículo 77 de la Compilación, se aplican también a Ibiza y Formentera para complementar la regulación de los pactos de renuncia. Debe destacarse que la *definición* o *diffinitio* encierra en su configuración una curiosa paradoja jurídica: la de “*ser el régimen foral más profundamente romanizado en sus orígenes y contar,*

⁷⁴⁴ FERRER VANRELL, M. P./CARDONA GUASCH, O. P.: “Los pactos sucesorios...”, ob. cit., págs. 1.398-1.399.

⁷⁴⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Teoría general de...*, ob. cit., pág. 477.

⁷⁴⁶ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pág. 2.796.; GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la... (y II)”, ob. cit., pág. 291.

⁷⁴⁷ FERRER VANRELL, M.P./CARDONA GUASCH, O. P.: “Los pactos sucesorios...”, ob. cit., págs. 1.400-1.401.

⁷⁴⁸ FERRER VANRELL, M. P.: “La sucesión contractual”, en FERRER VANRELL, M. P.: (coord.): *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ª edic., UIB, Palma de Mallorca, 2004, pág. 405.

⁷⁴⁹ Para un estudio de la misma y de su evolución histórica, vid. FERRER VANRELL, M. P.: “Notas sobre el tratamiento legal de la “diffinitio” en el art. 50 de la Compilación Balear y en los arts. 50 y 51 del Proyecto de reforma, a la luz de sus antecedentes históricos”, en *RJC*, núm. 1/1990, págs. 29-53.

⁷⁵⁰ MOLINA PORCEL, M.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pág. 596.

*al mismo tiempo, con el pacto sucesorio de renuncia a la legítima futura más desarrollado, tanto en su regulación legislativa como en su aplicación práctica*⁷⁵¹.

Asimismo, en las citadas islas de Ibiza y Formentera se han admitido tradicionalmente los pactos sucesorios que se otorguen en capitulaciones matrimoniales (llamadas *espòlits*)⁷⁵², pudiendo pactarse tanto para la institución del heredero como para la renuncia o finiquito, que opera como la *definición*⁷⁵³. Pero más allá de esos pactos con base matrimonial, la Compilación ha ido más allá, en el sentido de ampliar el espectro de pactos posibles, que ya no se agotan con los heredamientos y con los *espòlits*, sino que pueden adoptar actualmente multitud de formas (aunque siempre recogidos en escritura pública) y perseguir multitud de finalidades⁷⁵⁴, pudiendo contener cualquier disposición *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes estimen oportunas⁷⁵⁵.

4.1.3.3.3. Galicia.

La regulación actual de los pactos sucesorios en el Derecho foral gallego la encontramos en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que los regula en sus artículos 209 a 227. La existencia de un apartado específico dedicado a estos pactos supone una importante novedad respecto a la anterior regulación, la de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, que no les dedicaba una regulación especial⁷⁵⁶.

Como ocurre de forma generalizada en los demás Derechos forales, la base histórica de los pactos sucesorios está en Galicia íntimamente relacionada con la agricultura y, concretamente, con la voluntad de conservar una explotación agraria⁷⁵⁷. De ahí que el pacto más utilizado históricamente haya sido el llamado “derecho de labrar y poseer”, recogido actualmente en los artículos 219 a 223 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, dentro del apartado que ésta dedica a los pactos

⁷⁵¹ DE BARRÓN ARNICHEs, P.: “La legítima y...”, ob. cit., pág. 226; GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la... (y II)”, ob. cit., pág. 293.

⁷⁵² La doctrina considera los *espòlits* como contratos integrados por distintos pactos, entendiéndose por tanto que exceden, como capitulaciones, de la mera elección de un régimen económico matrimonial. De ahí su importancia como pacto sucesorio (CARDONA GUASCH, O.: “Los *espòlits*”, en FERRER VANRELL, M. P.: (coord.): *Lecciones de Derecho Civil Balear*, ob. cit., 210-211).

⁷⁵³ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 146.

⁷⁵⁴ CARDONA GUASCH, O.: “Los pactos sucesorios en el Libro III de la Compilación”, en FERRER VANRELL, M. P.: *Lecciones de Derecho Civil Balear*, ob. cit., pág. 407.

⁷⁵⁵ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.436.

⁷⁵⁶ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones...*, ob. cit., pág. 2.829.

⁷⁵⁷ La Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia rezaba lo siguiente: “*Estamos ante un derecho vivo de Galicia. Nacido en los campos gallegos, como emanación singular de un rico derecho agrario, desbordado hoy, incluso en la vida cotidiana de sus urbes*”.

sucesorios⁷⁵⁸. Aunque se mantenga la nomenclatura agrícola, se trata en la actualidad de un pacto aplicable a muchos más ámbitos: se trata de aquél por el cual un ascendiente adjudica íntegramente a uno o varios de sus descendientes una explotación agrícola, fabril, industrial o comercial, con la finalidad de evitar su desintegración y abonando a los demás legitimarios el importe de su legítima en dinero o en otros bienes⁷⁵⁹.

Esta misma idea de protección de la explotación familiar impregnaba también la figura del petrucio o casa petrucial⁷⁶⁰, regulada por la Compilación de Galicia de 1963, que permitía al causante la adjudicación de la explotación por actos *mortis causa*, lo cual conllevaba la admisibilidad tácita del pacto sucesorio⁷⁶¹. El petrucio, antecedente del actual “derecho de labrar y poseer”, se basa en una idea que, como rápidamente puede advertirse, resulta muy adecuada para ordenar la sucesión en las empresas familiares: “El petrucio elegía al descendiente mejor preparado para continuar explotando la “casa petrucial”, elección que vendría rubricada a través de un pacto irrevocable que aseguraba al elegido que a la muerte del petrucio sería él el encargado de la jefatura familiar”⁷⁶².

Pero una cuestión a destacar de la regulación gallega en materia de pactos sucesorios es su amplitud, por cuanto se admiten los siguientes⁷⁶³:

- El usufructo voluntario de viudedad: pacto entre los cónyuges que permite concederse de forma unilateral o recíproca el usufructo sobre los bienes de la herencia.
- Pacto de mejora: permite mejorar a cualquiera de los descendientes, siempre que se respeten los derechos de los demás legitimarios.
- Derecho de labrar y poseer (ya comentado).
- “Apartaciones”: pacto entre el futuro causante y alguno de sus legitimarios por el que se acuerda adjudicarle la plena titularidad de determinados bienes a cambio de que renuncie a su legítima con carácter definitivo.

En la misma línea de lo comentado ya respecto al derecho de labrar y poseer – hoy ampliado más allá del ámbito agrícola-, la “apartación” es una figura ciertamente interesante en relación a las empresas familiares, por cuanto permite que la empresa se transmita íntegramente al “apartado”, quien pierde a cambio su legítima respecto al resto de la herencia. Se trata de un pacto peculiar, por cuanto tiene la consideración de

⁷⁵⁸ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.439-3.440.

⁷⁵⁹ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 146.

⁷⁶⁰ Se entendía por casa petrucial la casa propiamente dicha, su era, corrales y huertos unidos, considerándose todo ello una unidad indivisible (GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la... (y II)”, ob. cit., pág. 299).

⁷⁶¹ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Teoría general de...*, ob. cit., pág. 497.

⁷⁶² GARCÍA RUBIO, M. P./HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., pág. 1.303.

⁷⁶³ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., págs. 145-146.

pacto renunciativo y no institutivo⁷⁶⁴, aunque de modo indirecto se instituye sucesor al frente de la empresa a aquél que ha renunciado al resto de sus derechos legitimarios.

Finalmente, es conveniente resaltar que el pacto de labrar y poseer es en realidad una modalidad concreta de pacto de mejora, quedando sujeta su eficacia a una condición importante: el pacto queda sin efecto –aparte de por los motivos habituales que hemos analizado ya en otros supuestos– en caso de que, en vida del adjudicante, el beneficiario abandonara durante dos años consecutivos, de forma total y sin justificación, la explotación de los bienes adjudicados⁷⁶⁵. Evidentemente, se trata de una prevención que puede tener su trascendencia en la transmisión de una empresa familiar, por cuanto se entiende que el objetivo perseguido por el transmitente será en todos los casos, en atención a su necesaria vocación de continuidad⁷⁶⁶, que el sucesor mantenga la explotación de la empresa.

4.1.3.3.4. Navarra.

La doctrina destaca la importancia de la sucesión paccionada en la historia de Navarra, señalando que ha sido un factor decisivo de la evolución socioeconómica de éste y los otros territorios que, con inspiración en los modelos jurídicos germánicos⁷⁶⁷, la adoptaron como válida, porque ha supuesto una *“fórmula de continuidad estable en la explotación de la propiedad inmueble rural a lo largo de las generaciones, mediante convenios matrimoniales entre familias del estamento social popular a través de los cuales se formaron gradualmente patrimonios agropecuarios de dimensiones adecuadas para una explotación rentable, de acuerdo con principios territoriales de base consuetudinaria”*⁷⁶⁸. De nuevo se aprecia, por tanto, que la sucesión contractual halla en este caso su origen en el ámbito de la explotación agrícola familiar.

Actualmente, la Compilación de Navarra (aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo) recoge la sucesión contractual de una forma amplia⁷⁶⁹ al permitirlos para distintas finalidades: para establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos sucesorios, o para cederlos a terceros. Se regulan para ello tres instituciones con carácter principal:

⁷⁶⁴ GARCÍA RUBIO, M. P./HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., pág. 1.313.

⁷⁶⁵ GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.440.

⁷⁶⁶ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 30.

⁷⁶⁷ El derecho foral navarro forma parte, junto con el del País Vasco y el de Aragón, del llamado *grupo germánico*, por su intensa conexión con dicha tradición jurídica (DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La legítima y...”, ob. cit., pág. 227).

⁷⁶⁸ LUQUIN BERGARECHE, R.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., pág. 1.433.

⁷⁶⁹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones...*, ob. cit., págs. 2.810-2.811; 2.815.

- Las donaciones *propter nuptias* (Leyes 112 a 118)⁷⁷⁰.
- Los pactos o contratos sucesorios (Leyes 172 a 183).
- El acogimiento en casa (Leyes 131 a 132) y la dotación a cargo del heredero donatario o legatario de casa (Leyes 133 a 136).

Los requisitos de forma que exigen estos pactos son los que hemos visto ya en otros ordenamientos forales: principalmente su necesidad de otorgarse en escritura pública (aunque no necesariamente en capitulaciones matrimoniales) y la condición subjetiva de ser sus otorgantes mayores de edad⁷⁷¹, con la excepción precisamente de que se hagan en capitulaciones, en cuyo caso la mayoría de edad no es un requisito indispensable⁷⁷². El supuesto más propio del pacto en sede matrimonial es la donación *propter nuptias*, que presenta en el Derecho civil navarro unas características muy diferenciadas de las que tiene en el Derecho común, de modo que se constituye más como una institución sucesoria más que matrimonial, de modo que se convierte así en una modalidad de *pactum de succedendo* con el objetivo principal de instituir contractualmente heredero⁷⁷³.

En el marco de la sucesión paccionada navarra, es especialmente interesante referirse al pacto que permite atribuir la herencia a un tercero (Ley 172), configurado como un negocio jurídico trilateral en el que el heredero presunto dispone, a favor de un tercero, de los derechos de una herencia todavía no abierta, siendo preciso contar con la aceptación del adquirente o beneficiario y también con la del *cuius*, es decir, la persona cuya herencia constituye el objeto del contrato⁷⁷⁴. En el caso de una empresa familiar, esta figura podría aplicarse a supuestos en que los descendientes del fundador decidieran entre sí, con el consentimiento de éste, de qué forma ordenaban la sucesión al frente de la empresa. Y aunque ello pudiera restar protagonismo o capacidad decisoria a ese fundador, es evidente que garantizaría un mejor fin para la sucesión, en la medida en que las personas que deberían llevarla a cabo habrían partido de la base de un consenso común para ordenarla.

Finalmente, es conveniente remarcar la utilización práctica de la sucesión paccionada en Navarra, de tal modo que los pactos sucesorios de institución de heredero llegan a utilizarse de forma más generalizada incluso que los testamentos⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Figura históricamente muy arraigada en Navarra pero cuya utilidad práctica es objeto de debate en este momento (LUQUIN BERGARECHE, R.: “La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social”, en *RJN*, núm. 50/2010, pág. 63).

⁷⁷¹ ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pág. 145.

⁷⁷² GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 3.438.

⁷⁷³ LUQUIN BERGARECHE, R.: “La donación *propter...*”, ob. cit., pág. 64.

⁷⁷⁴ LUQUIN BERGARECHE, R.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., págs. 1.448-1.449.

⁷⁷⁵ DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La legítima y...”, ob. cit., pág. 231.

4.1.3.3.5. País Vasco.

El primer elemento a tener presente al hablar de derecho foral vasco es que, como ocurría en el caso de las Baleares, existe una gran diversidad interterritorial (con distintas regulaciones para Vizcaya, Álava y Guipúzcoa) y hasta una diversidad incluso intraterritorial (sin que exista siquiera plena homogeneidad regulatoria dentro de cada uno los territorios señalados⁷⁷⁶), debido a que no existe un Derecho foral del País Vasco, sino distintos derechos para cada uno de sus territorios. Dicho esto, de nuevo debemos referirnos a los antecedentes históricos del mundo agrícola a la hora de abrir el presente epígrafe: ya en el siglo XVI, se utilizaban los pactos sucesorios –junto con otros instrumentos como las capitulaciones, las donaciones, las dotes o los testamentos- para ordenar una sucesión en que se intentaba atribuir el llamado *caserío* a uno solo de los herederos forzosos o legitimarios. Se recurría así a los *mayorazgos*⁷⁷⁷, por los que se atribuía la mayor parte de los bienes –o cuando menos el *caserío*- a uno solo de los hijos, generalmente el primogénito varón, con objeto de preservar “*la indivisión y continuidad de la explotación agraria familiar por antonomasia; esto es, el caserío*”⁷⁷⁸. Esta atribución del *caserío* acostumbraba a producirse a favor del sucesor elegido con motivo de la celebración de su matrimonio⁷⁷⁹, si bien no se trataba de disposiciones de carácter matrimonial, sino de una donación que se efectuaba en ese momento concreto⁷⁸⁰. La finalidad, como indicábamos, era mantener la unidad de la explotación. *Mutatis mutandi*, lo mismo que pretende el protocolo respecto a la empresa familiar: el transmitente “*no esperaba a sus últimos días para ordenar el futuro de su familia, sino que procuraba elegir a tiempo su sucesor en los bienes familiares, que rara vez dividía entre sus hijos, pues sería antieconómico*”, otorgando a los hijos apartados dotes o donaciones y pactando con el elegido las condiciones en que se explotaría en el futuro la hacienda⁷⁸¹. Y todo ello encaja con lo que se ha venido a denominar el *Derecho pirenaico*, que se aleja de los modelos de corte latino y pretende la transmisión íntegra e indivisa del patrimonio familiar (al menos de la explotación económica) y la protección de intereses

⁷⁷⁶ ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco”, en *RVEA*, núm. 54/2010, pág. 204.

⁷⁷⁷ La institución del mayorazgo fue objeto de profundo estudio por los juristas castellanos de los siglos XVI y XVII, que lo analizaron para hallar el fundamento de la legítima. Entendieron que la legítima era debida por Derecho natural, si bien el Derecho positivo podía reducirla (MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, ob. cit., pág. 223).

⁷⁷⁸ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa”, en *Iura Vasconiae*, núm. 6/2009, págs. 855-857.

⁷⁷⁹ El “*enlace matrimonial entre el instituido y su consorte*” es el momento en que las familias de los contrayentes efectúan el truke en relación al nombramiento del sucesor y la dote entregada (IMAZ ZUBIAUR, L.: “Pactos sucesorios en el País Vasco”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho...*, tomo I, ob. cit., pág. 1.476.

⁷⁸⁰ MONASTERIO ASPIRI, I.: “El pacto sucesorio y la disposición de herencia a favor del sucesor único”, en *Vasconia*, núm. 28/1999, pág. 220.

⁷⁸¹ CELAYA IBARRA, A.: *Curso de Derecho...*, ob. cit., pág. 86.

supraindividuales⁷⁸². Con todo, los pactos sucesorios permitidos en Guipúzcoa para la transmisión del caserío no parece la fórmula más adecuada para regular la sucesión de la empresa familiar, ya que su objeto está constreñido únicamente al referido caserío y no al resto del patrimonio⁷⁸³.

La Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Foral del País Vasco reconoció la importancia histórica de los pactos sucesorios como herramienta para la transmisión del *caserío* y, por ello, les dedicó una completa regulación legal, superando de este modo la laguna que había en la Compilación foral de 1959, que les dedicaba un único precepto (su artículo 11)⁷⁸⁴. La transmisión concreta del *caserío* se regula en un título específico (el III) dentro del Libro III de la Ley 3/1992, dedicado al Fuero Civil de Guipúzcoa, según la modificación que en tal sentido introdujo la Ley 3/1999. Esta regulación en el territorio guipuzcoano difiere de la existente en Álava y Vizcaya: a diferencia de dichas regulaciones, el Fuero de Guipúzcoa no establece un sistema propio de legítimas, sino que modula el común del CC y, como elemento más destacado, permite que el valor del caserío no se compute para el cálculo de las legítimas si se ha atribuido –en aras a esa voluntad de conservación de la explotación– a uno solo de los hijos⁷⁸⁵. En el caso de Vizcaya⁷⁸⁶, es especialmente remarcable la amplitud que se permite a la libertad de testar, por entenderse que el beneficio del conjunto de hijos y descendientes debe priorizarse sobre las normas de carácter legitimario⁷⁸⁷.

Tanto en Vizcaya como en Guipúzcoa, el pacto sucesorio permite que la transmisión pueda efectuarse en dos momentos distintos: en el momento presente en que se suscribe el contrato o, en su caso, diferidamente a la muerte del transmitente⁷⁸⁸. Lo relevante a estos efectos es que el pacto necesariamente tiene que instituir un sucesor, siendo potestativo que esa institución se acompañe, a su vez, de una transmisión de bienes en ese mismo momento⁷⁸⁹. A fin de evitar conflictos posteriores con los demás legitimarios –generalmente hermanos–, se establece en el propio pacto sucesorio el pago en metálico a favor de dichos legitimarios a cambio de que renuncien

⁷⁸² IMAZ ZUBIAUR, L.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., pág. 1.472.

⁷⁸³ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 302.

⁷⁸⁴ MOLINA PORCEL, M.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., pág. 609.

⁷⁸⁵ ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “Situación actual y ...”, ob. cit., pág. 209.

⁷⁸⁶ A efectos de Derecho civil foral, se consideran aplicables sus normas a los llamados *vizcaínos aforados* o *infanzones*, esto es, personas con vecindad civil en el *infanzonado* o Territorio Histórico de Vizcaya, en los municipios de Llodio y Aramayona, en la provincia de Álava, o en los municipios de este territorio que opten pr la aplicación del Fuero Civil de Vizcaya (GARCÍA MEDINA, J.: “Panorama de la... (y II)”, ob. cit., pág. 302).

⁷⁸⁷ ARRIOLA ARANA, J. M.: “Titularidad sucesoria en...”, ob. cit., pág. 776.

⁷⁸⁸ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La regulación sucesoria...”, ob. cit., pág. 888-889.

⁷⁸⁹ IMAZ ZUBIAUR, L.: “Pactos sucesorios en...”, ob. cit., pág. 1.481.

éstos a sus derechos, consolidando así la transmisión del negocio familiar al sucesor elegido⁷⁹⁰.

4.1.3.4. Influencia de la legítima.

Una figura del Derecho sucesorio que puede tener un impacto importante en la transmisión de la empresa familiar es la legítima, definida por el artículo 806 del CC como *“la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”*, siendo éstos los señalados como tales por el artículo 807 del citado Código. Por lo tanto, la legítima supone una excepción legal a la libertad de testar⁷⁹¹ –a la que tanto nos hemos referido en el presente capítulo-, de modo que dicha libertad no es absoluta, sino que queda condicionada a destinar una parte del caudal hereditario a unos sujetos determinados, los legitimarios⁷⁹², de modo que opera como *“freno a las facultades dispositivas del causante”*⁷⁹³. La doctrina conviene además en que la legítima tiene carácter imperativo, de orden público, por lo que el testador no puede disponer de la misma sin resarcir adecuadamente al legitimario⁷⁹⁴. Por su propia idiosincrasia, por tanto, la legítima se configura como una dificultad a la hora de ordenar la unidad patrimonial empresarial de cara a la siguiente generación⁷⁹⁵, como es natural que pretenda el protocolo. Una dificultad que es especialmente remarcable en el Derecho común, donde existe es *“formidable el juego normativo de prohibiciones legales que protegen la intangibilidad legitimaria tanto cualitativa como cuantitativa”*, y no lo es tanto en derechos forales como el catalán, donde la legítima es menor, susceptible de pago en metálico y de pacto lícito de renuncia preventiva⁷⁹⁶.

A pesar de ello, debe resaltarse que la legítima está siendo en la actualidad objeto de revisión, especialmente porque se considera un *“obstáculo a la transmisión de la titularidad de la empresa”*, sobre todo en sede de empresas familiares, ya que *“la distribución igualitaria en la titularidad y en la gestión a la que conduciría la aplicación de la ley sucesoria [en el supuesto de repartir el capital social de la empresa entre varios*

⁷⁹⁰ MONASTERIO ASPIRI, I.: “El pacto sucesorio...”, págs. 225-226.

⁷⁹¹ Díez Soto, C.: “La sucesión hereditaria...”, ob. cit., pág. 148.

⁷⁹² Con todo, se puede decir que no hay en puridad una parte indisponible para el testador, sino la obligación de que efectúe éste unas determinadas atribuciones patrimoniales a favor del legitimario para satisfacer sus derechos (Díez-Picazo, L./Gullón, A.: *Sistema de Derecho...*, tomo IV, ob. cit., pág. 425).

⁷⁹³ Torres García, T./Domínguez Luelmo, A.: “La legítima en...”, ob. cit., pág. 22.

⁷⁹⁴ Fernández Hierro, J. M.: *La sucesión forzada*, Comares, Granada, 2004, pág. 9.

⁷⁹⁵ Fernández-Tresguerres, A.: *Transmisión Mortis Causa...*, ob. cit., pág. 214.

⁷⁹⁶ Fernández del Pozo, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 77-79; en Cataluña ha existido cierta costumbre de pago anticipado de la legítima con ocasión del matrimonio o de la emancipación de los hijos (De Barrón Arniches, P.: “El pacto de...”, ob. cit., pág. 333).

legitimarios] *puede provocar fácilmente una desintegración de la empresa tras la partición*⁷⁹⁷. Y es precisamente en esa tarea revisora donde deben incardinarse modificaciones legislativas como la introducida por el artículo 1.056 del CC que ya hemos comentado anteriormente⁷⁹⁸, considerada por la doctrina como “*un paso al frente a favor de la libertad de testar sobre la transmisión de una empresa familiar, tratando de solucionar las dificultades derivadas de las legítimas de los herederos forzosos y la necesidad de respetarlas*”⁷⁹⁹ y, también, como un modo de acercar el Derecho común a las tradiciones forales⁸⁰⁰. Además, se entiende que existe un choque entre el sistema acogido por nuestro Derecho civil sobre las legítimas y la realidad social del momento, en que parece demandarse un cambio en el régimen sucesorio en orden a fomentar la máxima libertad posible a la hora de testar⁸⁰¹.

Con esta nueva norma, se busca el tanto objetivo de evitar la indivisión no sólo de una explotación de titularidad individual (como de la redacción del CC) se podría desprender, como también el de mantener el control sobre una sociedad de capital o un grupo de éstas⁸⁰², razón por la cual el CC incorporó en su reforma del año 2003 la referencia a cualquier “*explotación económica*”, a fin precisamente de dar respuesta a la continuidad de las sociedades mercantiles⁸⁰³ sin que ello suponga, en modo alguno, alterar el *quantum* del derecho del legitimario, sino únicamente provocar su conmutación cualitativa⁸⁰⁴.

En definitiva, por tanto, consideramos que la legítima no es a día de hoy un problema jurídico trascendente de cara a la transmisión de la empresa familiar, si bien no podemos obviar que puede llegar a ser un problema económico, por cuanto la transmisión de la empresa a un único heredero puede forzar a éste a un importante desembolso frente a los legitimarios que quedan apartados de la misma⁸⁰⁵. No debe olvidarse, en este sentido, el “*efecto disuasorio de la cautela de compensación legitimaria*”⁸⁰⁶, por lo que resulta adecuado pensar que la decisión de transmitir la empresa familiar a unos y no a otros legitimarios, o incluso a un tercero, será fruto de una profunda

⁷⁹⁷ PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de...”, ob. cit., pág. 471.

⁷⁹⁸ Vid. epígrafe 4.1.3.1.

⁷⁹⁹ MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, en *Pecunia*, núm. 12/2011, pág. 82.

⁸⁰⁰ VATTIER FUENZALIDA, C.: *El pago en...*, ob. cit., pág. 17.

⁸⁰¹ MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, ob. cit., pág. 236.

⁸⁰² DÍEZ SOTO, C. M.: “El pago de...”, ob. cit., pág. 28.

⁸⁰³ LLOPIS GINER, J. M.: “La libertad del...”, VATTIER FUENZALIDA, C.: *El pago en...*, ob. cit., pág. 18; con todo debe tenerse en cuenta que sólo las empresas que desarrollen una actividad mercantil (que hagan una explotación económica) pueden acogerse a esta posibilidad, quedando excluidas aquéllas de mera tenencia de bienes, las conocidas como patrimoniales (DÍEZ SOTO, C.: “La sucesión hereditaria...”, ob. cit., pág. 151).

⁸⁰⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión Mortis Causa...*, ob. cit., pág. 264.

⁸⁰⁵ Desembolso económico que, además, el causante debe haber previsto que pueda hacerse con efectivo extrahereditario. De lo contrario, cualquier legitimario podría exigir que se le pagara con bienes que, aun siendo distintos a la empresa familiar (si los hubiera), fuesen bienes hereditarios (RUEDA ESTEBAN, I.: “La modificación del...”, ob. cit., págs. 233-234).

⁸⁰⁶ ARRIOLA ARANA, J. M.: “Titularidad sucesoria en...”, ob. cit., pág. 776.

reflexión por parte del transmitente y, de modo conjunto, en el seno de la familia empresaria. Por otro lado, no parece tampoco que sea imprescindible concebir en este momento la transmisión de la empresa familiar –en tanto que sociedad mercantil– con esa misma idea de transmisión de la explotación familiar cuando ésta revestía forma de hacienda agrícola. De ahí que las distintas figuras que hemos analizado al referirnos, en los epígrafes anteriores, a los distintos derechos forales estuvieran enfocadas a la transmisión de la explotación a un único instituido.

La sociedad mercantil, por su propia esencia, está concebida para repartir su titularidad entre un grupo de personas y no para estar concentrada en una sola. De este modo, la sociedad mercantil refleja el progresivo abandono de la forma individual del empresario y su sustitución por el empresario social⁸⁰⁷ que, por tanto, puede desarrollar su negocio colectivamente. Ello redundaría en que no resulte tan necesaria su transmisión unitaria y, por tanto, no resulte tan incómoda la influencia de la legítima. La idea con que se transmitía la explotación agrícola a quien iba a encargarse de su efectiva llevanza puede encajar mejor ahora con la idea de sucesión en la administración de la sociedad, razón por la cual es conveniente regular muy bien los requisitos específicos que los sucesores en dichos puestos van a tener que reunir⁸⁰⁸, pero sin que ello impida que el capital social pueda repartirse entre todos los legitimarios, que bien pueden de este modo asumir la condición de socios a los meros efectos de propiedad y no de gestión.

4.2. Traslación del protocolo a otros documentos.

Hemos venido ya manifestando en distintos puntos del presente capítulo la necesidad de que las cláusulas contenidas en el protocolo familiar se trasladen a los documentos que, jurídicamente, resulten más adecuados para garantizar su eficacia: salvo que conste incorporado a un determinado negocio jurídico (o lo sea por sí mismo, revistiendo forma de contrato), no resultará jurídicamente exigible⁸⁰⁹. El protocolo debe concebirse, con una metáfora cuya autoría corresponde a Gomá Lanzón⁸¹⁰, como una “caja de herramientas”, es decir, un instrumento que pueda servir de base a los demás, que pueda dibujar las líneas maestras que todos los documentos vinculantes relacionados con la empresa familiar deban seguir, pero siendo importante tener en cuenta que el protocolo no es a día de hoy una herramienta en sí mismo, sino la caja que permite contener aquellos documentos que sí lo son (capitulaciones matrimoniales,

⁸⁰⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión Mortis Causa...*, ob. cit., pág. 31.

⁸⁰⁸ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 151.

⁸⁰⁹ DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de...*, ob. cit., pág. 303.

⁸¹⁰ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., págs. 662 y 669-670.

testamentos, estatutos sociales) porque gozan de la eficacia jurídica necesaria. Se destaca por este motivo que el protocolo “*tiene una autosuficiencia relativa*”, necesitando por ello ser desarrollado mediante otros documentos que doten de mayor eficacia a lo que, en su concepción inicial, es un documento jurídicamente incompleto⁸¹¹. Asimismo, como acuerdo marco, será la norma de referencia a la que deberán ajustarse todos los demás pactos o negocios jurídicos que tengan una finalidad mucho más concreta⁸¹².

El protocolo familiar, por su condición de contrato, tendrá la eficacia propia de su naturaleza jurídica, que será la mera eficacia *inter partes*⁸¹³. Y por su carácter de pacto parasocial, no será oponible a la sociedad ni a ningún tercero⁸¹⁴. La idea básica, en definitiva, es que el protocolo requiere, para su plena eficacia, ser desarrollado en otros documentos tipificados por nuestro ordenamiento, por lo que “*la suscripción del protocolo no es por sí sola suficiente para su total eficacia, sino que se erige como un acuerdo marco, básico y constituyente, que prevé, coordina e integra otros negocios jurídicos previstos por la legislación, conformando todo ello el edificio jurídico que recoge el Estatuto Familiar*”⁸¹⁵. Por este motivo, es imprescindible que los acuerdos que la familia empresaria ha alcanzado y que se han convertido en las cláusulas estatutarias tengan su reflejo en los demás documentos que afectan a la sociedad mercantil⁸¹⁶ y que, en esencia, son los que hemos venido analizando a través del presente capítulo. En los epígrafes siguientes señalaremos el modo de realizar ese traslado tanto a los documentos mercantiles –los de la sociedad- y a los civiles –los de la familia-, por cuanto tanto unos como otros tienen una influencia directa sobre el régimen jurídico de la empresa familiar y, muy en particular, sobre el modo de planificar la sucesión generacional en la misma.

4.2.1. Del protocolo a los documentos mercantiles.

El otorgamiento de un protocolo familiar genera una regulación compleja de la sociedad mercantil, en la que se cuentan por un lado la estructura comercial articulada del propio protocolo (negocio principal) y los distintos contratos de sociedad a los que dicho protocolo se refiere (negocios *per relationem*)⁸¹⁷. Por ello, es necesario que lo primero y lo segundo se coordinen de forma adecuada, sobre todo con la incorporación de las normas del protocolo a los distintos documentos mercantiles-societarios y civiles-familiares. Es una coordinación necesaria y congruente con el espíritu mismo de

⁸¹¹ DÍAZ GÓMEZ, M.A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el...”, ob. cit., pág. 117.

⁸¹² SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 145.

⁸¹³ Vid. los epígrafes 7.1 y 7.2.

⁸¹⁴ Vid. el capítulo 6.

⁸¹⁵ GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 198.

⁸¹⁶ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.004.

⁸¹⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho civil catalán”, en *RDM*, núm 284/2012, págs. 62-63.

la figura: “si la intención o una de las finalidades del Protocolo es la estabilización y la sucesión pacífica de la empresa familiar, resulta necesario ajustar los estatutos a estos fines, llevando a cabo las modificaciones estatutarias pertinentes dentro de la legalidad vigente”⁸¹⁸.

Al respecto, el traslado fundamental que las normas contenidas en el protocolo deben experimentar en sede mercantil, en relación a la sociedad, es el que tiene como destino su conversión en cláusulas estatutarias. La finalidad de dicho traslado es evidente: otorgar a lo que inicialmente era un pacto privado entre socios en una regulación con efectos *erga omnes*⁸¹⁹, valor que entendemos que debe priorizarse –en aras a la eficacia jurídica– por encima de los motivos que, en su caso, pueden desaconsejar la incorporación a los estatutos de determinadas reglas del protocolo⁸²⁰. En definitiva, evitar las cortapisas de los efectos estrictamente civiles de lo extraestatutario para poder acceder a los cauces societarios⁸²¹. Con la presunción de validez y exactitud que supondrá la inscripción registral de dichas reglas a través de los estatutos, se tendrá plena capacidad para acceder a remedios, en caso de incumplimiento, como la impugnación de acuerdos sociales⁸²².

Esta eficacia *erga omnes* resultará especialmente importante de cara a asegurar el cumplimiento de las medidas que el protocolo haya establecido en materia de control de la propiedad de la empresa, es decir, con la finalidad de mantener el capital dentro del círculo familiar, al menos en una proporción suficiente para mantener la mayoría de los derechos de voto⁸²³. Para ello, los estatutos sociales deberán incorporar cláusulas que, recogiendo los pactos alcanzados en el protocolo, establezcan restricciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales mediante derechos de adquisición preferente a favor de los demás socios y a favor de la sociedad cuando sea posible⁸²⁴; restricciones que deberán operar tanto en los negocios *inter vivos* como en los *mortis causa* y los supuestos de enajenación forzosa.

No debe olvidarse que, como apuntábamos al principio de este capítulo, al analizar los estatutos sociales⁸²⁵, son éstos un documento cuyo contenido no es plenamente libre para sus otorgantes, sino que quedan sometidos a los límites del tipo

⁸¹⁸ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 95.

⁸¹⁹ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., pág. 221.

⁸²⁰ El deseo de los socios de evitar la publicidad de cuestiones que prefieren mantener reservadas, la voluntad de que determinados pactos tengan sólo eficacia contractual y con ello más flexibilidad o la posible implicación de terceros ajenos a la sociedad son los motivos fundamentales para no promover la publicidad registral del protocolo (DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 329).

⁸²¹ TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de acciones”, en *AAMN*, tomo XXXI, 1992, págs. 69-70.

⁸²² VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 42.

⁸²³ VICENT CHULIÁ, F.: “Protocolo familiar, organización...”, ob. cit., pág. 134.

⁸²⁴ Aunque los límites a la autocarera y demás restricciones sobre negocios con las propias acciones y participaciones obliguen posteriormente a la amortización de dicho capital (artículo 134 y ss. de la LSC), es conveniente incorporar a la sociedad en los estatutos como titular de este derecho, para ampliar el espectro de posibles ejercientes (artículos 109.3 y 110.2 de la LSC).

⁸²⁵ Vid. epígrafe 4.1.1

social elegido. Es por ello que, a menudo, el problema con el que se encontrarán determinadas cláusulas protocolarias al intentar su traslado a los estatutos será su posible invalidez, que deberá ser revisada con carácter previo. Pero, *“salvado este aspecto de validez, el mayor grado de eficacia jurídica de un acuerdo en el ámbito familiar se consigue a través de los estatutos que lo convierten en norma vinculante en el ámbito societario”*⁸²⁶, por lo que la necesidad de incorporar lo protocolario en el ámbito de lo estatutario resulta evidente. Los únicos pactos de carácter societario contenidos en el protocolo que deberán mantenerse sólo en éste, sin pasar a los estatutos, serán aquéllos que resulten no inscribibles, como la concesión de un derecho de veto a uno de los socios o el otorgamiento a un tercero dirimente de la facultad de deshacer empates en la junta⁸²⁷. Normas de estas características, en tanto que contrarias a las reglas del tipo, nunca podrán ser inscritas en el Registro y, por tanto, nunca podrán ser recogidas en estatutos, si bien esto no impide que, incorporadas al protocolo, gocen de la eficacia contractual propia de éste. Todo ello se resume en la idea de que *“la inscripción no puede sacralizar el contenido de esos Estatutos, porque no convalida lo que no está bien”*⁸²⁸, razón por la cual dicha inscripción ni siquiera será posible debido a la tarea revisora del Registrador.

El RD 171/2007 ha venido a ampliar el espectro de posibles contenidos de los estatutos de cara la empresa familiar, reconociendo de este modo el legislador las necesidades específicas de ésta, que se concretan por ejemplo en la conveniencia de dotarlas de comités consultivos⁸²⁹. Así, los artículos 124.2.d y 185.3.d del RRM, en una modificación introducida por el referido RD, permiten establecer en los estatutos las características que deberán tener dichos comités. Asimismo, con carácter general, los propios estatutos sociales pueden contener mecanismos que refuercen la eficacia del protocolo, como por ejemplo las prestaciones accesorias que obliguen a su cumplimiento a todo aquél que quiera acceder a la condición de socio, las sanciones societarias o las causas de exclusión⁸³⁰.

Por otro lado, retomando la cuestión de las restricciones a la transmisión de acciones y participaciones, que será objeto de un tratamiento más amplio en el capítulo siguiente⁸³¹, nuestro sistema permite básicamente tres mecanismos restrictivos: la cláusula de autorización, la de derecho de adquisición preferente y la de rescate; alternativas junto a las que resulta posible además establecer prohibiciones absolutas de disponer, con carácter temporal en las sociedades anónimas y permanente en las de

⁸²⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J./PEÑAS MOYANO, M. J.: “La empresa familiar como...”, ob. cit., pág. 170.

⁸²⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., pág. 96.

⁸²⁸ GARRIDO CERDÁ, E.: “La calificación registral mercantil”, ob. cit., pág. 333.

⁸²⁹ DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La empresa familiar y...”, ob. cit., pág. 22.

⁸³⁰ PAZ-ARES, C.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 745.

⁸³¹ Vid. apartado 5.1.

responsabilidad limitada⁸³². En consecuencia, los estatutos deberán aprovechar este margen que nuestra legislación societaria permite para hacer suyas las previsiones que el protocolo contenga acerca de este mecanismo de mantenimiento del capital social. Mecanismo que no es el único que permite nuestro Derecho. Es el caso de las participaciones sin voto, recomendadas ya en su momento por la Ponencia del Senado para la empresa familiar⁸³³, que no son una forma que permita *per se* evitar que el capital social vaya a parar a manos de terceros no familiares pero que, por lo menos, permiten que los socios familiares no pierdan poder de decisión en la junta general. Con ello, por tanto, se puede obtener financiación de esos terceros sin que ello supusiera cederles parcela alguna de poder en la sociedad, a la vez que se consigue distinguir entre los herederos interesados en la gestión y los no interesados en la misma (a los que se garantizaría un dividendo a cambio de que no se inmiscuyeran en la llevanza de la empresa familiar)⁸³⁴.

Todos estos recursos que nuestro ordenamiento permite utilizar en sede societaria deben ser recogidos en los estatutos, a fin de que puedan resultar verdaderamente eficaces y sean, a su vez, la correcta ejecución jurídica de los pactos alcanzados por la familia en el protocolo. De lo contrario, los notarios seguirán sorprendiéndose cuando se les presenten protocolos familiares demasiado genéricos o que, además, contengan cláusulas jurídicamente inviables⁸³⁵ (riesgo que se eliminará cuando se trasladen a los estatutos).

Es preciso apuntar, finalmente, que no sólo los estatutos pueden ser el documento societario de destino de las cláusulas del protocolo. No deben olvidarse los reglamentos de régimen interno, categoría en que resulta paradigmático el reglamento del consejo de administración. Se trata de documentos potestativos pero que son del todo vinculantes para el órgano al que van dirigidos⁸³⁶, razón por la cual las normas que el protocolo exija a sus miembros –que en virtud del mismo tenían un alcance meramente contractual- pasarán a tener eficacia societaria. En sentido inverso, habrá cuestiones de carácter civil –esencialmente, en materia de pactos sucesorios- que necesitarán incorporarse a los estatutos, obligando a la sociedad a adoptar los acuerdos convenientes para que la sociedad familiar obedezca al mandato impuesto en testamento o en pacto sucesorio⁸³⁷.

⁸³² PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 488.

⁸³³ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 40: “*Analizar y reconsiderar el tratamiento legal a las acciones sin voto* [debería referirse a las participaciones, por cuanto las acciones sin voto ya estaban en ese momento previstas por la LSA], *permitiendo que las mismas puedan facilitar la financiación de las empresas familiares sin que ello suponga la pérdida de control por parte de los accionistas miembros de la Familia propietaria*”.

⁸³⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La empresa familiar...”, ob. cit., págs. 401-402.

⁸³⁵ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Capitulaciones. Régimen matrimonial...”, ob. cit., págs. 628-630.

⁸³⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J./PEÑAS MOYANO, M. J.: “La empresa familiar como...”, ob. cit., pág. 170.

⁸³⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 84-85.

4.2.2. Del protocolo a los documentos civiles.

En el aspecto civil, los negocios jurídicos con incidencia sobre la empresa familiar son las capitulaciones matrimoniales, los testamentos y, donde el Derecho foral los permita, los pactos sucesorios. Nos hemos referido ya ampliamente a estas tres figuras y debemos remarcar de nuevo que las tres se encuentran sometidas a una misma limitación de orden público: la de estar fuera del ámbito de comercio, por lo que no es válido ningún pacto por el que sus contratantes se obliguen con terceros a celebrarlos de una determinada manera. La regulación de la materia hace especialmente necesario dotarse de un protocolo, por cuanto *“el estatuto jurídico de la empresa familiar en las reformas-parches del Código Civil no es el idóneo”*⁸³⁸ y, por más que se haya avanzado en algunas cuestiones sigue siendo preciso mejorar muchas otras mediante la correspondiente regulación consensual.

La consecuencia de la limitación a la que nos referíamos es que, como ya hemos señalado, el protocolo familiar no podrá contener normas vinculantes sobre estas materias, sino únicamente simples recomendaciones⁸³⁹ o criterios generales⁸⁴⁰ que, posteriormente, los socios y familiares podrán cumplir o no, en función de su grado de *compromiso*⁸⁴¹ con el pacto protocolario alcanzado. Y precisamente por este motivo es especialmente importante que dichas recomendaciones se trasladen a los documentos adecuados, puesto que, de no constar en éstos, no gozarán de ninguna eficacia.

En relación a las capitulaciones matrimoniales, tienen éstas una importancia crucial de cara a la conservación del patrimonio empresarial en manos de la familia⁸⁴², pensando sobre todo en situaciones de divorcio o de fallecimiento del cónyuge empresario, puesto que tanto una como la otra conllevarían a presencia en el capital de personas que no revestirían la condición de familiar (los ex cónyuges) o ajenas a la línea de sangre del fundador⁸⁴³. Por este motivo, la doctrina conviene en señalar que es muy recomendable que se otorguen capitulaciones matrimoniales en atención a lo

⁸³⁸ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 1.034.

⁸³⁹ CORONA, J./MARTÍ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 479.

⁸⁴⁰ VICENT CHULIÀ, F.: “Protocolo familiar, organización...”, ob. cit., págs. 132-133.

⁸⁴¹ Situados en la esfera de las meras recomendaciones, no nos queda ninguna otra alternativa que acudir a conceptos de carácter moral como el *compromiso*, al que aluden varios autores de disciplinas distintas a la jurídica, como GALLO, M. A./TOMASELLI, A.: “Estructura y contenido...”, ob. cit., pág. 81.

⁸⁴² En su comparecencia ante la Ponencia de Estudio del Senado, el Notario de Madrid Don Gerardo Muñoz de Dios priorizó los efectos del régimen económico matrimonial (y por ello, de las capitulaciones), sobre el tratamiento sucesorio: *“el mayor obstáculo o ataque a la empresa familiar no se encuentra en la herencia, sino en el régimen económico patrimonial [...] Si hay separación de bienes o liquidación de la sociedad conyugal, y el patrimonio consiste básicamente en una empresa, es cuando pueden surgir problemas”* (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 14).

⁸⁴³ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 154.

dispuesto en el protocolo. Y es que, aun cuando los pactos protocolarios al respecto no sean jurídicamente vinculantes, son los que generan el marco empresarial-familiar adecuado en el que ejecutar estos instrumentos particulares de desarrollo⁸⁴⁴. Pero esta opinión doctrinal no halla su reflejo en la realidad: a día de hoy, la inmensa mayoría de los empresarios familiares no han otorgado capitulaciones, por lo que siguen sometidos al régimen de gananciales, tendencia que tal vez sólo podría invertirse si el régimen económico supletorio o legal aplicable en todo el estado fuera, como lo es ya en Cataluña y Baleares, el de separación de bienes⁸⁴⁵.

Lo mismo cabe predicar respecto a los eventuales pactos que se alcancen en el seno de una unión estable de pareja. Estos pactos no están sujetos a formalidad alguna (como la escritura pública exigible a las capitulaciones) y son perfectamente válidos incluso en forma verbal (a pesar de las dificultades en materia de prueba que de ello derivarían), por lo que los integrantes de la pareja pueden celebrarlos como estimen más conveniente⁸⁴⁶. En todo caso, siguiendo el mismo criterio que con las capitulaciones, los socios deberían aplicar a dichos pactos las directrices del protocolo.

En lo relativo a los testamentos, consideramos muy interesante tomar en consideración la aportación de los distintos Derechos forales. No tanto por las normas que introducen en sus respectivos territorios –en los que puede resultar muy útil el recurso a los pactos sucesorios– como, sobre todo, por el modo en que conciben la transmisión de la explotación familiar (originariamente agrícola y hoy generalmente industrial o de servicios). La idea del *caserío* vasco o la del *derecho de labrar y poseer* gallego, junto incluso con la previsión del actual artículo 1.056.2 del CC, se basan en la idea de transmisión unitaria del negocio familiar a aquel sucesor que esté mejor preparado para asumir su llevanza. El protocolo familiar es el documento idóneo en el que reflejar las condiciones de acceso al puesto de administrador (edad mínima o máxima, formación, cualificación profesional, experiencia previa, antigüedad en el capital, etc.)⁸⁴⁷, requisitos que deberán trasladarse a los estatutos sociales –que son el instrumento societario más adecuado–, pero también a los testamentos. En este sentido, el causante puede incorporar como condición suspensiva o incluso resolutoria el cumplimiento de los requisitos que permitan al instituido acceder o no a la gestión de la empresa familiar y hasta a su propiedad⁸⁴⁸.

Cabe precisar, eso sí, que la idea de transmisión unitaria que impera en los derechos forales, cuando la trasladamos al terreno de la empresa familiar, tiene mayor sentido al hablar de administración que al hablar de propiedad. Así, nada impide que la titularidad del capital social se entregue a todos los sucesores del modo que el

⁸⁴⁴ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, ob. cit., pág. 221.

⁸⁴⁵ POVEDA BERNAL, M. I.: “Aspectos jurídico-familiares...”, ob. cit., pág. 114.

⁸⁴⁶ DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Empresa familiar y...”, ob. cit., pág. 235.

⁸⁴⁷ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 332.

⁸⁴⁸ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Capitulaciones. Régimen matrimonial...”, ob. cit., pág. 648.

causante estime más oportuno, distinguiendo en todo caso entre aquellos a quienes únicamente interesa la propiedad (que se convertirán en lo más similar a *accionistas de cupón*) y aquellos otros a quienes interesa la gestión (que serán quienes deberán asumir la administración de la empresa). Pero una condición que se entiende lógico que en ambos casos debe apreciar el causante en sus sucesores, tanto en relación con la administración como con la propiedad, es el carácter de miembro de la familia que deberán revestir dichos sucesores. De lo contrario, el capital se iría a terceros ajenos a la familia y, con ello, la empresa familiar perdería su condición como tal.

En cualquier caso, la doctrina apunta la necesidad de que la sucesión en la empresa familiar se planifique por los cauces jurídicos adecuados, como es el caso del testamento, para evitar los riesgos que una sucesión intestada podría comportar para el futuro de la sociedad⁸⁴⁹. Y todo ello sin perder de vista las posibilidades que los Derechos forales ofrecen en materia de pactos sucesorios y las que se han abierto con la entrada en vigor de la LSLNE en el Derecho común⁸⁵⁰. En definitiva, si el protocolo ha establecido unas guías que deben llevar a conseguir un objetivo –básicamente el mantenimiento de la empresa en manos de los familiares–, dichas guías son las que deben inspirar la documentación civil sucesoria, con independencia de la forma concreta que ésta revista. Asimismo, debe remarcar también la necesidad de permitir una mayor libertad de disponer *mortis causa*, tanto mediante testamentos como pactos sucesorios, a fin de que la regulación resulte más acorde con la realidad social del momento, en que parece “*más necesaria la protección de los que se esforzaron en crear y mantener el patrimonio*”⁸⁵¹, de modo que las reglas sucesorias no pongan en peligro ese objetivo.

Finalmente, es preciso apuntar que no es sólo el protocolo el que no puede concebirse como un elemento autónomo, aislado y autosuficiente en la regulación de la empresa familiar. Siendo ésta la yuxtaposición de dos sistemas tan distintos como el empresarial (regido por lazos mercantiles) y el familiar (regido por lazos de sangre), sistemas regulados además por ramas diferentes del Derecho, es evidente que las normas de cada uno deberán encajarse con las del otro. No basta, por tanto, con trasladar unas determinadas normas del protocolo a los estatutos y otras a los testamentos o a las capitulaciones. Es preciso, además, que todos estos documentos se coordinen entre sí. En primer lugar, porque todos deben obedecer a una misma línea de pensamiento o a un mismo objetivo, que será el pactado por la familia empresaria en el otorgamiento del protocolo. En segundo, porque cada uno de los documentos puede llegar a un punto de eficacia que a los otros les está limitado o, por lo menos,

⁸⁴⁹ DÍEZ SOTO, C.: “La sucesión hereditaria...”, ob. cit., pág. 146.

⁸⁵⁰ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar...*, ob. cit., págs. 44-45. Sobre la SLNE y su aportación respecto a esta cuestión, pueden consultarse HIERRO ANIBARRO, S.: *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, ob. cit., y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *La sociedad nueva empresa*, Bosch, Barcelona, 2004.

⁸⁵¹ MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, ob. cit., pág. 255.

complementar con su propia fuerza vinculante aquellos puntos que en alguno de los otros quede más indeterminado.

A modo de ejemplo, podemos señalar que el mantenimiento del capital social en el círculo familiar puede mantenerse, ante las crisis matrimoniales, a través de distintas posibilidades: preventivamente, con las capitulaciones que impidan que dicho capital llegue a manos del familiar por afinidad pactando el régimen de separación de bienes⁸⁵²; posteriormente, con las cláusulas que obliguen a enajenar las acciones o participaciones sociales (cláusulas de rescate) como consecuencia de la disolución del vínculo o, por expresarlo mejor, por el cambio sustancial en las condiciones del socio⁸⁵³. La solución preventiva no siempre será posible o segura: como ya hemos dicho, nadie puede forzar coercitivamente a un socio o accionista de la empresa familiar a pactar unas determinadas capitulaciones matrimoniales. De ahí que esta opción, sometida siempre a la voluntad última de los otorgantes, no resulte completa y precise, para dotarse de mayor eficacia, la correspondiente opción de rescate de esas acciones o participaciones. En consecuencia, por tanto, será necesario que capitulaciones y estatutos se hagan, como indicábamos, siguiendo un mismo criterio. Un criterio que debe ser –por todo el consenso que arrastrará desde su génesis– el que se haya acordado establecer a través del protocolo familiar.

⁸⁵² DÍEZ SOTO, C.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 298; GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Capitulaciones. Régimen matrimonial...”, ob. cit., pág. 636.

⁸⁵³ La pérdida de la condición de familiar equivaldría a una resolución parcial del contrato de sociedad (PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., págs. 512-513); SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y...”, ob. cit., pág. 62.

5. Protocolo familiar y régimen jurídico de la sociedad mercantil

5.1. Protocolo y restricciones a la transmisión.

Siendo la vocación de continuidad uno de los rasgos característicos de toda empresa familiar⁸⁵⁴, el mantenimiento de su capital social en manos de familiares es evidentemente uno de los elementos que más cabe garantizar. La especial idiosincrasia de este tipo de empresas así lo aconseja, porque *“la confianza y el trabajo desinteresado de todos sus miembros es un elemento aglutinador y útil que se trata de conservar y que, en caso de entrada de un extraño, no familiar, puede verse resquebrajado”*⁸⁵⁵. Se configura de este modo lo que los anglosajones han venido a definir como *familiness* o “capital familiar”, entendido como *“una especial forma de capital social; se trata de la infraestructura moral que dirige las relaciones entre los miembros de la familia”*⁸⁵⁶. Es decir, el capital social debe interpretarse en las empresas familiares como algo más que una mera atribución de títulos de propiedad, debe considerarse el mecanismo para formar parte de algo que trasciende más allá de la sociedad mercantil que, en todo caso, resulta la base esencial de todo el sistema. En consecuencia, se debe proteger el control del capital social de dicha mercantil: el interés común típico de los titulares de la empresa familiar de conservar su propiedad debe conllevar la adopción de los instrumentos jurídicos más adecuados para conseguirlo⁸⁵⁷. Unos instrumentos que son del todo necesarios para combatir la esencia de la sociedad mercantil capitalista (sobre todo la anónima), que tiende a fomentar la libre transmisión de los títulos, como consecuencia de la existencia de una economía de mercado⁸⁵⁸. Y todo ello en el marco de un ordenamiento jurídico que, a diferencia de otros, parte siempre de cierta limitación en las transmisiones que, aun así, ni las imposibilite ni las permita libremente⁸⁵⁹.

De ahí que sea recomendable, de entrada, la elección de un tipo social cerrado, como la sociedad de responsabilidad limitada⁸⁶⁰, dentro del catálogo de

⁸⁵⁴ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 30.

⁸⁵⁵ TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a la...”, ob. cit., pág. 68.

⁸⁵⁶⁸⁵⁶ MARTÍN CASTEJÓN, P./ORTÍN GARCÍA, J./PÉREZ PÉREZ, C.: “Conflictos en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J./SÁNCHEZ MARÍN, G. (coords.): *El éxito de la empresa familiar. La relación entre negocio y familia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 218-219.

⁸⁵⁷ ALONSO ESPINOSA, F.: “La empresa familiar...”, pág. 41.

⁸⁵⁸ BALLARÍN MARCIAL, A.: “Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones. Validez y clases”, en *AAMN*, tomo XXX, volumen II, 1991, pág. 381.

⁸⁵⁹ Frente a esta concepción del ordenamiento español, cabe apuntar que hay otros como el alemán o el italiano que parten de la plena libertad de transmisión (aunque concediendo amplio margen a la autonomía estatutaria para establecer restricciones), así como otros, como el francés o el belga, que parten de una regulación legal que limita mucho más el acceso de extraños a la sociedad (FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Régimen de los...”, ob. cit., pág. 211).

⁸⁶⁰ Vid. epígrafe 2.1.2.2.

los tipos capitalistas⁸⁶¹; y de ahí también que dicha sociedad deba, además, cerrarse más todavía por la vía de su configuración consensual. De este modo, se obtiene una doble gradación en el carácter cerrado de la sociedad: una presunción legal acorde con el tipo, en primer lugar, y otra gradación vinculada al diseño concreto elaborado por sus socios, en segundo⁸⁶². Y todo ello con el fin de conseguir una sociedad que, aun siendo capitalista, resulte lo más personalizada posible⁸⁶³.

El protocolo familiar es el espacio idóneo donde la familia empresaria puede negociar y acordar el tipo de cierre consensual del que quiera dotar a su sociedad mercantil, si bien será necesario que, posteriormente, el régimen pactado en el protocolo se traslade a los estatutos, a fin de dotarlo de la eficacia *erga omnes* que necesita para ser verdaderamente eficaz⁸⁶⁴. Pero aun cuando los estatutos deban ser el destino final de la regulación acerca de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones de la empresa familiar (modo jurídicamente más adecuado de referirse al *cierre* de la sociedad), el protocolo es un espacio en el que generalmente se abordará dicha regulación⁸⁶⁵. Por ello suele incorporarse al protocolo lo que, en sede de sociedades cotizadas, se conoce como restricciones a la libre transmisión de acciones, blindajes estatutarios y cualquier medida que, en definitiva, permita garantizar un determinado *statu quo* dentro del capital de la empresa, lo cual resulta especialmente razonable en empresas de carácter familiar⁸⁶⁶.

Por este motivo, consideramos oportuno analizar el modo en que el protocolo puede restringir –con eficacia contractual- las transmisiones del capital social, en atención al objetivo de mantener éste en manos de familiares, como primer paso hacia una restricción estatutaria –con eficacia societaria- que garantice la consecución del referido objetivo, para el que el establecimiento de restricciones –y hasta de prohibiciones (nunca absolutas)- a la transmisión es del todo imprescindible⁸⁶⁷. Dicho análisis se proyectará tanto sobre la sociedad de responsabilidad limitada como, también, sobre la anónima. Y es que, a pesar de que ésta última sea el paradigma de sociedad abierta, nada impide que una empresa familiar adopte este tipo, en cuyo caso resultará especialmente importante apurar el margen –más bien escaso, *ex* artículo 123.2 de la LSC- que la esencia tipológica ofrece. Al fin y al cabo, como la Exposición de Motivos de la LSC recoge, “*esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades*

⁸⁶¹ GUZMÁN RAMOS, M.: “Criterios prácticos de...”, *ob. cit.*, pág. 1.349.

⁸⁶² PERDICES HUETOS, A.: *Cláusulas restrictivas de...*, *ob. cit.*, pág. 43.

⁸⁶³ VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, *ob. cit.*, pág. 43.

⁸⁶⁴ Vid. epígrafe 4.2.1.

⁸⁶⁵ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, *ob. cit.*, pág. 316.

⁸⁶⁶ OLCESE SANTONJA, A.: “Buen gobierno y transparencia en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar...*, tomo VI, *ob. cit.*, pág. 96.

⁸⁶⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, *ob. cit.*, pág. 71.

cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo, obviamente, las cotizadas– son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones”.

No significa ello, de todos modos, que la diferencia tipológica no resulte importante. La Ponencia del Senado que analizó los problemas de la empresa familiar se pronunció claramente al respecto: *“Como el interés de la familia, que adopta forma societaria, reside en mantener la titularidad de la mayor parte del capital social, resulta que en las sociedades anónimas, la libre transmisibilidad es la conducta natural”* mientras que, en cambio, la regulación de las sociedades limitadas establecía que *“las transmisiones de participaciones sociales que no se ajusten a lo previsto en la Ley o, en su caso, a lo establecido en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad”*⁸⁶⁸. A mayor abundamiento, cabe apuntar una precisión conceptual más: las acciones son el instrumento que permite a una persona acceder a una sociedad anónima, cosa que no ocurre con las participaciones, que son sólo los títulos que se le entregan a alguien una vez la sociedad ha acordado admitir su incorporación⁸⁶⁹. La diferencia de tratamiento de esta cuestión en un tipo social y el otro resulta evidente, aunque ambos pueden ser utilizados.

Por ello, con independencia de cuál sea el tipo social elegido, podrán establecerse siempre –aunque con intensidades distintas– restricciones a la transmisibilidad que permitan mantener el *“interés antidilución de la propiedad familiar sobre la empresa”*⁸⁷⁰, interés que, como decíamos, es consustancial a la empresa familiar. Podemos considerarlo, además, una manifestación del *deber de fidelidad del socio* para con la mercantil, un deber con *“extensa acción moralizadora”* en nuestro Derecho de sociedades y que se aprecia tanto en las sociedades personalistas como hasta en las anónimas de carácter familiar⁸⁷¹: la renuncia expresada por los socios a su libertad de transmisión es, desde este punto de vista, un modo de demostrar su compromiso en la consecución de un interés social común⁸⁷², entendiendo como tal el mantenimiento de la propiedad en el círculo familiar. Con todo, antes de entrar a profundizar en las restricciones a la libre transmisión, es preciso un apunte en el sentido inverso: es posible –y hasta cierto modo conveniente– que la empresa familiar se dote también de pactos de salida para aquellos casos en los que el socio necesite

⁸⁶⁸ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., págs. 36-37.

⁸⁶⁹ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: “La cualidad de socio en la sociedad de responsabilidad limitada”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, volumen I, ob. cit., pág. 462.

⁸⁷⁰ ALONSO ESPINOSA, F.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 69.

⁸⁷¹ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades*, ob. cit., págs. 295-298.

⁸⁷² Ejemplo, por tanto, de la conversión en normas jurídicas de conceptos como el “compromiso” al que alude la doctrina empresarial, como GALLO, M. A./TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido...”, ob. cit., pág. 8.

hacer líquida su participación en el capital, previendo qué trato deberán recibir en ese caso los títulos de los que se quiera desprender⁸⁷³.

5.1.1. Restricciones en sociedades anónimas.

La sociedad anónima es el ejemplo paradigmático de sociedad abierta⁸⁷⁴, entendida como un ente en el que lo relevante no es la condición personal del accionista (*intuitus personae*) sino su aportación al capital (*intuitus pecuniae*)⁸⁷⁵, no teniendo cabida a priori los controles intrasocietarios sobre los cambios en la identidad del accionista⁸⁷⁶. Como consecuencia lógica de ello, no ha entendido el legislador que tenga especial interés proteger la composición identitaria del capital, por considerar que las relaciones internas de la sociedad anónima no tienen su base en las relaciones personales entre sus accionistas. No es éste un criterio absoluto, como ha venido destacando la doctrina tras una notable evolución⁸⁷⁷, que considera que la plena libertad de transmisión de las acciones es “una entelequia, un valor teórico entendido, una declaración doctrinal o una aspiración intelectual, que no opera en el sentido práctico”⁸⁷⁸. Y ello se hace evidente por ejemplo con la existencia de acciones nominativas, cuyo origen cabe buscarlo precisamente en la influencia de las sociedades cerradas de carácter familiar⁸⁷⁹, pero lo cierto es que la existencia de acciones al portador supone un

⁸⁷³ Para un estudio de esta cuestión, vid. JORDÁ GARCÍA, R.: “Autocartera. Pactos de salida y desinversión en la empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de...*, ob. cit., págs. 99-117.

⁸⁷⁴ NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual...*, ob. cit., pág. 58.

⁸⁷⁵ La afirmación, como más adelante se desarrollará, está siendo matizada por la doctrina, que ha llegado a señalar que la sociedad anónima actual, más que abierta, es *no esencialmente cerrada* (VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 27).

⁸⁷⁶ VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de...*, ob. cit., pág. 287.

⁸⁷⁷ La posición inicial la marcaba la doctrina italiana, señalando que la libertad para transmitir las acciones era irrenunciable. La doctrina francesa suavizó esta postura, señalando que la acción no puede ser un fin en sí misma y que, por tanto, su titular debía poder vincularse a las restricciones sobre la transmisión. Ahora se acepta que sea así, pero sin que pueda llegar a entrar en contradicción, por un carácter demasiado férreo, con la esencia del tipo social (VÁZQUEZ GARCÍA, J. R.: “Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Referencia a las que alcanzan a las participaciones sociales”, en GIL DEL MORAL, F. et al. (dir.): *Contratos sobre acciones*, ob. cit., pág. 361).

⁸⁷⁸ CANO RICO, J. R.: “Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones en el derecho de sociedades español”, en AAVV: *Derecho de sociedades*, volumen V, McGraw-Hill, Madrid, 204, págs. 1.012-1.013.

⁸⁷⁹ La acción se ha considerado tradicionalmente como parte alícuota del capital social, como conjunto de derechos y obligaciones que conforman la condición de socio y como título-valor, siendo esta última característica la que raramente se ha tenido presente en empresas familiares (OFRECIO MULET, F.: “La transmisión de acciones nominativas en el derecho de sociedades”, en GIL DEL MORAL, F. et al. (coords.): *Contratos sobre acciones*, ob. cit., pág. 423).

problema a la hora de limitar su transmisión, tal y como los expertos consultados por el Senado en 2001 pusieron ya de manifiesto⁸⁸⁰.

El carácter abierto de la sociedad anónima lo establece en este momento el artículo 123.2 de la LSC, que es fiel reflejo del derogado artículo 63.2 de la LSA: se permite establecer restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones (que es por tanto el criterio legal supletorio a falta de regulación estatutaria) siempre que no *“hagan prácticamente intransmisible la acción”*⁸⁸¹, prohibición que debe interpretarse en un sentido amplio⁸⁸². El objetivo de esta norma, como se aprecia fácilmente, es permitir una fácil inversión y liquidación por parte de los accionistas, a fin de que la sociedad anónima –concebida para la ejecución de actividades empresariales de cierta envergadura- pueda disponer de las masas de capital que se entiende que precisará para su actuación en el mercado⁸⁸³. Por este motivo, de conformidad con la esencia del tipo, se podrá excluir la libre transmisibilidad de la acción pero no su transmisibilidad, que es inderogable⁸⁸⁴.

En consecuencia, los estatutos podrán contener restricciones a la transmisibilidad de acciones siempre que respeten el margen que la regulación de la sociedad anónima les concede⁸⁸⁵, tal y como apuntaba ya la RDGRN de 15 de marzo de 1974: *“han de configurarse con extremo cuidado, de manera que su mecanismo, que ha de ser perfecto y funcional, no exceda de una mera y justificada limitación de la transmisibilidad, ni atente al sistema y a la esencia de la naturaleza capitalista de la sociedad anónima”*. Y es que es importante tener presente que nuestra legislación ha concedido históricamente al accionista el derecho a transmitir su acción, pero en ningún momento le ha concedido un derecho inderogable a hacerlo libremente⁸⁸⁶.

⁸⁸⁰ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 31.

⁸⁸¹ Aunque nos referiremos a ello en el epígrafe 5.1.2, interesa ya en este momento remarcar la plena oposición del régimen del artículo 132.2 de la LSC con su artículo 108.1 (reflejo del derogado 30.1 de la LSRL), que sanciona con la nulidad, en materia de transmisión de participaciones, aquellas cláusulas estatutarias *“que hagan prácticamente libre la transmisión”*. Sociedad anónima y sociedad limitada están sometidas, por tanto, a reglas inversas sobre esta materia.

⁸⁸² No sólo se proscriben las cláusulas expresamente prohibitivas sino, también, las que conduzcan en la práctica al mismo resultado, aunque no prohíban de manera clara la transmisión (BALLARÍN MARCIAL, A.: “Restricciones estatutarias a...”, ob. cit., pág. 390).

⁸⁸³ RECALDE CASTELLS, A.: “Artículo 63. Restricciones a la libre transmisibilidad”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentario a la...*, volumen I, ob. cit., pág. 607.

⁸⁸⁴ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho...*, ob. cit., pág. 394.

⁸⁸⁵ Aparte de la sanción de nulidad prevista por el artículo 123.2 de la LSC, conviene recordar que, con carácter general, el artículo 114.2 del RRM (175.2 en sede de sociedades limitadas), con la nueva redacción que le da precisamente el RD 171/2007, permite la inscripción de los pactos que *“no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad”*. Los pactos que contuvieran restricciones demasiado severas a la transmisión de las acciones no serían, por tanto, inscribibles.

⁸⁸⁶ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1984, pág. 19. La obra es anterior a la LSA de 1989, pero sus postulados son perfectamente aplicables tanto a esa Ley como a la actual LSC.

No debe sorprender que incluso en este tipo de sociedades pueda resultar interesante el establecimiento estatutario de dichas restricciones, atendiendo a una visión romanista del concepto de sociedad que entienda que la concentración de poder en su seno (con el aglutinamiento del capital en manos de familiares, en nuestro caso) pueda resultar positiva para un mejor desarrollo de su actividad mercantil⁸⁸⁷. Este régimen estatutario contrario al espíritu configurador inicial del tipo, que consagra un pleno *ius disponendi* a favor del accionista, es perfectamente válido acorde con nuestra actual legislación societaria y halla su fundamento en distintas fuentes: en la propia CE, que legitima las limitaciones al poder absoluto sobre la propiedad privada a través de la denominada “*función social*” prevista por su artículo 33; la tutela del interés de los accionistas y de la propia sociedad, expresamente recogida por la LSC; y la existencia en la práctica de numerosas empresas familiares constituidas como sociedades anónimas, resultando necesario admitir que en dichas empresas “*la consideración personal de los socios sea mayor de lo que corresponde a la estructura ideal de la S.A.*”⁸⁸⁸. De ahí que deba admitirse que, en la realidad, la sociedad anónima no siempre responde a esa férrea separación entre lo personal y lo pecuniario, sobre todo en el caso de la pequeña y mediana empresa de carácter familia, por lo que incluso en sociedades anónimas han tenido gran tradición las restricciones a la transmisibilidad del capital, como modo de establecer “*un compromiso entre el derecho a la libre transmisibilidad de la acción y el interés social o de un grupo de socios, al que conviene proteger contra la entrada de elementos perturbadores o desconocidos*”⁸⁸⁹. Por ello, una figura nacida en el seno de sociedades de pocos socios (familiares y cerradas) como es la restricción a la transmisibilidad de acciones ha acabado por llegar incluso a las sociedades anónimas, aunque dogmáticamente se considerase que son éstas inadecuadas para este tipo de regulaciones⁸⁹⁰. A día de hoy, “*cada vez queda menos espacio económico y sociológico para una sociedad anónima que, sin estar cotizada, mantenga el tipo legal de sociedad abierta*”⁸⁹¹, por lo que resulta factible y hasta conveniente introducir en sus estatutos restricciones (aunque sean más laxas que en una sociedad de responsabilidad limitada) a la transmisibilidad de acciones. En consecuencia, frente a la idea de que incorporar restricciones a la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas pueda suponer “*cierta desvirtuación de sus principios básicos, en concreto el de la impersonalidad de la posición de socio*”, debe apuntarse que este tipo social atiende, en la actualidad, a

⁸⁸⁷ TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a...”, ob. cit., págs. 67-69.

⁸⁸⁸ BALLARIN MARCIAL, A.: “Restricciones estatutarias a...”, pág. 383.

⁸⁸⁹ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., págs. 26-27.

⁸⁹⁰ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 893.

⁸⁹¹ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 991.

una realidad jurídica polifacética⁸⁹². Por ello, es perfectamente válida la inclusión en estatutos de restricciones a la transmisibilidad siempre que se respete el carácter esencial del tipo⁸⁹³.

En el aspecto formal, finalmente, es preciso remarcar que cualquier acción cuya transmisibilidad quiera someterse a restricciones deberá ser nominativa, como excepción al criterio general de libertad de elección de forma de representación⁸⁹⁴, tal y como exigen el artículo 113.1 de la LSC y el 123.1 del RRM. La LSC ha mantenido de este modo el criterio de la LSA de 1989, que vino a romper con el contrasentido de la regulación anterior, que permitía, con amparo en el artículo 104 del RRM de 1956, la posibilidad de establecer restricciones también en el caso de acciones al portador, lo cual resultaba contradictorio con la naturaleza y función de las mismas⁸⁹⁵.

5.1.2. Restricciones en sociedades de responsabilidad limitada.

La sociedad de responsabilidad limitada, como hemos indicado ya reiteradamente a lo largo de este estudio, obedece al carácter de sociedad cerrada y con tintes personalistas, lo cual ha conllevado que la transmisión de la condición de socio (y por ello, de las participaciones sociales), sea esencialmente restringida⁸⁹⁶, con el fin de evitar o por lo menos dificultar la entrada de extraños en el capital social⁸⁹⁷. Esta concepción se ha reforzado con la reforma del derecho societario de 1995, mediante la LSRL de ese año, y se ha mantenido con el texto refundido de la LSC que derogaba aquella, por cuanto ha reproducido en esencia su misma regulación. Puede señalarse, por tanto, que las sucesivas modificaciones legislativas del tipo han ido configurando cada vez más *“un sistema de Sociedad de responsabilidad limitada cerrada en el que los supuestos de reconocimiento de la libre transmisión se han reconducido normalmente a*

⁸⁹² GALÁN LÓPEZ, C.: “Cláusulas de autorización o consentimiento a la transmisión de acciones”, en ALONSO UREBA, A. et al. (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, volumen 2, Civitas, Madrid, 1994, págs. 1.035-1.036.

⁸⁹³ RDGRN de 2 de diciembre de 1991: *“La esencial transmisibilidad de las acciones de la sociedad anónima es susceptible de limitación estatutaria, es decir, de restricciones o condicionamientos, pero no de su absoluta exclusión”*.

⁸⁹⁴ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo I, ob. cit., págs. 316-317.

⁸⁹⁵ VELASCO SAN PEDRO, L. A.: Voz “Restricción a la libre transmisibilidad de acciones”, en MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, ob. cit., pág. 5.970.

⁸⁹⁶ CAMPUZANO, A. B.: “La sociedad de responsabilidad limitada”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 59; RDGRN de 18 de abril de 2000: *“En nuestro sistema legal, la transmisibilidad “inter vivos” de participaciones sociales es esencialmente limitada, de modo que la transmisión de las mismas está sujeta a las restricciones establecidas por disposición legal o estatutaria”*.

⁸⁹⁷ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 261.

*un ámbito tan marcadamente personal como es el de las relaciones familiares*⁸⁹⁸, junto con el de las relaciones entre socios y sociedades del grupo. Es decir, la libertad de transmisión con que se concibe la sociedad anónima se restringe considerablemente al regular este otro tipo social, que parte ya de unas iniciales limitaciones de carácter legal entre las que, por cierto, revisten especial importancia los lazos familiares.

La configuración de la sociedad limitada como sociedad de carácter cerrado se aprecia tanto en los aspectos formales como en los sustantivos. En relación con los formales, debe destacarse en primer lugar la exigencia de documentar las transmisiones de participaciones en escritura pública (artículo 106 de la LSC), exigencia contraria al carácter espiritualista que impera en nuestro derecho de contratos y que halla su razón de ser en una especial *"vocación formalista"*⁸⁹⁹ a la horade regular estas transmisiones. En segundo lugar, debe apuntarse la obligatoria llevanza de un libro registro de socios (artículo 104 de la LSC), que sirve como manifestación del reconocimiento por parte de la sociedad de esa titularidad y, también, como mecanismo interno de publicidad restringida para los propios socios acerca de la titularidad de todas las participaciones⁹⁰⁰, siendo además el único medio de publicidad que legalmente resulta exigible⁹⁰¹. Y aun cuando la LSRL de 1995 suprimió la obligación de que el adquirente comunicase formalmente a la sociedad su nueva condición de socio, como exigía el artículo 22 de la LSRL de 1953, se sigue manteniendo en la actualidad la obligación de que la sociedad tenga conocimiento fidedigno de la transmisión –lo que se conseguirá con la escritura y la inscripción en el libro registro- para poder ejercer los derechos como socio, por lo que el régimen actual es similar al de 1953 pero más ambiguo en su redacción⁹⁰².

Evidentemente, las acciones no están sometidas a ninguna de estas formalidades a las que nos acabamos de referir –no al menos por exigencia legal-, por cuanto el carácter esencialmente libre de su transmisibilidad hace que no tenga sentido imponer sobre ésta requisitos formales de ningún tipo, ya que ello sería contrario a su *"naturaleza esencialmente circulatoria"*⁹⁰³. Más bien al

⁸⁹⁸ VÉRGEZ, M.: "Régimen de las participaciones sociales en la SRL", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, volumen 1º B, Civitas, Madrid, 1992, págs. 87-88.

⁸⁹⁹ CORRALES, A.: "Las participaciones sociales", en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 233.

⁹⁰⁰ VÉRGEZ, M.: "Régimen de las...", ob. cit., págs. 42-43.

⁹⁰¹ La compraventa de participaciones sociales no tiene acceso al Registro Mercantil. La única posibilidad de publicidad *erga omnes* es su inscripción en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles, creado a instancias del RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En todo caso, se trata de una inscripción totalmente potestativa.

⁹⁰² BARBA DE VEGA; J.: "Régimen de las participaciones sociales", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., págs. 266-267.

⁹⁰³ VELASCO SAN PEDRO, L. A.: Voz "Restricción a la...", ob. cit., pág. 5.971.

contrario: se buscan medios para facilitar su transmisión, como son las anotaciones en cuenta (expresamente previstas para las acciones y prohibidas para las participaciones por el artículo 92 de la LSC), que se registrarán por las normas propias del mercado de valores (artículo 118 de la LSC), en el que lógicamente debe primar la facilidad –incluso formal- a la hora de efectuar transmisiones.

Pero más allá de estos aspectos formales, resultan mucho más destacables los sustantivos. Debe señalarse que la configuración legal del tipo parte de la premisa de que la transmisión de participaciones sólo podrá ser libre en unos supuestos muy determinados, que son los previstos en el artículo 107 de la LSC y que se basan en la afinidad que se presume entre los adquirentes y el resto de los socios. Dicho de otro modo, se permiten únicamente de modo libre aquellas transmisiones que cumplen una determinada “presunción de inocuidad”⁹⁰⁴ respecto a la sociedad, porque se entiende que su celebración no afectará a la esencia personal de la misma. Por ello, las restricciones “se alzan cuando la transmisión se entiende que no supone la entrada de un extraño, sino de personas afines a la sociedad o al grupo familiar o económico”⁹⁰⁵. Pero incluso en esos casos, el propio artículo 107 de la LSC ya prevé que puedan llegar a imponerse restricciones mayores todavía. En el caso de la empresa familiar, por ejemplo, podría mantenerse la libertad de transmisión a familiares y a otros socios (que se puede entender que serán también familiares) pero restringiendo, en cambio, las transmisiones a sociedades del grupo, en las que bien pueden tener participación terceros ajenos a la familia que, por tanto, adquirirían de este modo una participación indirecta en la sociedad mercantil familiar. A mayor abundamiento, podría también limitarse la transmisión a cónyuges para evitar que, como consecuencia de la posterior disolución del matrimonio, las participaciones transmitidas quedasen en manos de personas que devinieran ya ajenas a la familia⁹⁰⁶, por lo que sería conveniente la correspondiente previsión estatutaria restrictiva en sociedades que hayan nacido con un determinado proyecto de estabilidad o con un marcado carácter familiar⁹⁰⁷.

Todo ello justifica la existencia de esa restricción legal básica, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, que establece un derecho de adquisición preferente para los demás socios (artículo 107.2 de la LSC). Una restricción que permite conseguir un doble objetivo en el modo en que está legalmente prevista: “por una parte, la satisfacción del interés económico del socio al asegurarle la transmisión con el precio y condiciones por él pretendidas⁹⁰⁸; y, por otra,

⁹⁰⁴ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 107. Régimen de la transmisión voluntaria por actos *inter vivos*”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 888.

⁹⁰⁵ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 261.

⁹⁰⁶ Vid. epígrafes 4.1.2.1 y 4.2.2.

⁹⁰⁷ CORRALES, A.: “Las participaciones sociales”, ob. cit., págs. 245-246.

⁹⁰⁸ Debe tenerse en cuenta que la subrogación en el adquirente sólo podrá ejercerse respetando la oferta inicial comunicada por el socio transmitente. Así lo establece el artículo 107.2.d de la LSC: “El precio de

*también permite satisfacer el interés de la sociedad, sustituyendo a la persona del adquirente por otra más conforme con el sentir social*⁹⁰⁹. Interés que no únicamente será de la sociedad sino, también, de los demás socios. A mayor abundamiento, debe resaltarse que este tipo social tiene como uno de sus aspectos más significativos, precisamente, el régimen de transmisión de las participaciones, especialmente en aquellas sociedades integradas por personas unidas por vínculos familiares⁹¹⁰, que son las que más nos interesan a los efectos del presente estudio.

Lo expuesto en este epígrafe evidencia la distinta concepción que nuestro ordenamiento concede a las acciones y a las participaciones, si bien respecto de ambas se permite el establecimiento de restricciones a su transmisibilidad. Y ello porque, en definitiva, como hemos venido señalando ya en distintos puntos del presente trabajo, difícilmente el Derecho puede compartimentarse y dividirse en entes plenamente autónomos, por lo que será preciso que normas que tal vez tengan un encaje más natural en una sociedad de carácter cerrado deban poder aplicarse, también, a sociedades a priori más abiertas, cuando así resulte más conveniente al objetivo concreto perseguido por sus socios o accionistas. Con todo, no cabe desconocer que el régimen de restricciones que puede establecerse en una sociedad de responsabilidad limitada es mucho más flexible que el que permite una anónima, con los únicos límites de no convertir la transmisión de las participaciones en prácticamente libre (artículo 108.2 de la LSC) y de conceder a los socios el derecho a separarse en caso de prohibición de dicha transmisión (artículo 108.3 de la LSC)⁹¹¹.

5.1.3. Eficacia de las cláusulas restrictivas.

La eficacia de las restricciones a la transmisibilidad de los títulos no genera dudas en nuestro actual ordenamiento, siempre que se respeten los requisitos formales a los que a continuación nos referiremos. Se han superado así las dudas iniciales, fruto de la influencia de la doctrina italiana, que entendía que la transmisión era válida aunque no se respetara la restricción (con el único efecto de que la sociedad pudiera no reconocer al nuevo socio), entendiéndose

las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente.”

⁹⁰⁹ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J. L.: “La Sociedad de Responsabilidad Limitada. Las participaciones sociales”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 1.196.

⁹¹⁰ MARROQUÍN MOCHALES, F./DE DIEGO MISIEGO, I.: “Cláusula estatutaria sobre restricciones a la transmisibilidad de participaciones sociales”, en *RdS*, núm. 26/2006, pág. 375.

⁹¹¹ ALONSO ESPINOSA, F.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 69; GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 976.

ahora, con una orientación más germanista, que deja al pretendido transmitente privado de capacidad dispositiva si incumple la norma restrictiva⁹¹²: “*la enajenación realizada con desprecio de la cláusula limitativa está afectada por ineficacia absoluta que puede hacerse valer por la sociedad rechazando la inscripción*” del adquirente como socio o accionista⁹¹³. Asimismo, se ha superado también el debate acerca de la posible vulneración de los derechos esenciales del socio que podría suponer imponer trabas a su facultad de disponer de sus títulos y, por ello, su eventual carácter contrario a las leyes de su circulación en el mercado⁹¹⁴: se considera que la potestad de la mayoría, a través de su expresión en junta (que es donde se acordará en su caso modificar los estatutos), es plenamente vigente y efectiva⁹¹⁵.

Retomando lo ya expuesto respecto a la eficacia del protocolo familiar, que necesitará trasladarse a los documentos societarios y familiares que resulten más adecuados para ser plenamente vinculante⁹¹⁶, podemos ser muy contundentes a la hora de hablar de la eficacia de las cláusulas restrictivas: “*la eficacia se obtiene tan sólo cuando las restricciones se incluyen en los estatutos*”⁹¹⁷. Será así como las restricciones alcanzarán el efecto *erga omnes* que les debe resultar inherente, habida cuenta de los tres grupos de intereses sobre los que inciden (sociedad, socios y terceros) y hasta un cuarto elemento a tener también presente (la libertad de mercado)⁹¹⁸, que hacen preciso ese conocimiento y esa eficacia que sólo registralmente se podrá alcanzar.

Este problema de eficacia que afecta a las restricciones, en caso de no constar recogidas en los estatutos, no se proyecta únicamente sobre el protocolo familiar. De modo general, alcanza a cualquier tipo de acuerdo que los socios o accionistas celebren entre ellos de forma privada, los conocidos como “*sindicatos de venta*”, que sólo producirán efecto entre sus firmantes pero que nunca serán válidos frente a la sociedad⁹¹⁹, debido a su consideración de pacto parasocial⁹²⁰. Su incorporación a los estatutos será expresión de la libertad que nuestro ordenamiento concede a los fundadores para incorporar las menciones estatutarias facultativo-necesarias, es decir, aquéllas que no necesariamente deberán constar en los estatutos (*ex* artículo 23 de la LSC) pero que, para ser

⁹¹² URÍA, R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J. L.: “Sociedad de responsabilidad...”, ob. cit., pág. 1.203; un resumen de los postulados de las doctrinas italiana y alemana sobre la cuestión lo encontramos en BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., págs. 135-141.

⁹¹³ BALLARÍN MARCIAL, A.: “Restricciones estatutarias a...”, ob. cit., pág. 407.

⁹¹⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: “Régimen de los...”, ob. cit., pág. 254.

⁹¹⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen I, ob. cit., pág. 507.

⁹¹⁶ Vid. apartado 4.2.

⁹¹⁷ BROSETA PONT, M. *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., pág. 55. En el mismo sentido, PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 123. Restricciones...”, ob. cit., pág. 991.

⁹¹⁸ VÁZQUEZ GARCÍA, J. R.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 359.

⁹¹⁹ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 281.

⁹²⁰ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: la acción...”, ob. cit., pág. 893.

eficaces, deberán estar en éstos⁹²¹. Además, debe destacarse que la propia LSC establece en varios de sus preceptos, la necesidad de que las restricciones estén expresamente recogidas en los estatutos (artículos 107, 110, 123, 124).

Esta necesaria incorporación de las restricciones a los estatutos sociales da lugar a su calificación por parte del registrador mercantil, de lo que se deduce la obvia consecuencia de que deben ser plenamente respetuosas con la Ley y, en particular, no incurrir en ninguno de los supuestos que conllevarían su nulidad: la transmisión prácticamente libre de las participaciones (artículo 108.1 de la LSC) y la práctica intransmisibilidad de las acciones (artículo 123.2 de la LSC). Con todo, en la realidad del tráfico han aflorado cláusulas que no resultan formalmente contrarias al régimen legal –con lo que escapan al control registral- pero sí lo son *de facto*, en cuyo caso no cabrá otra vía para el socio que se considere perjudicado que el recurso a los tribunales⁹²².

Por otro lado, debe señalarse que las restricciones quedan condicionadas a la valoración justa de las participaciones cuando, como consecuencia de su aplicación, el socio o accionista no puede llevar a cabo la transmisión prevista y se ve obligado, en cambio, a transmitir sus títulos a cualquier otro socio o incluso a la propia sociedad en el marco de un derecho de preferente adquisición. Así lo ha señalado la DGRN en múltiples resoluciones⁹²³, de las que merece la pena destacar la de 15 de noviembre de 1995, que recordaba que el interés social no puede defenderse a costa de perjudicar al socio: *“El derecho del socio a obtener el valor real de su participación social no puede ser menoscabado por el derecho de la sociedad y de los socios a impedir la entrada de nuevos miembros no deseados; han de rechazarse aquellos sistemas de tasación que no respondan de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad”*.

5.1.4. Principales cláusulas restrictivas de la transmisibilidad.

Las restricciones a la transmisión surgieron para proteger el interés de la sociedad (tal vez retomando la idea de preservar la unidad de explotación proveniente de la agricultura)⁹²⁴, aunque paulatinamente fueron convirtiéndose

⁹²¹ GALÁN LÓPEZ, C.: “Cláusulas de autorización...”, ob. cit., pág. 1.042.

⁹²² PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 108. Cláusulas estatutarias prohibidas”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., págs. 894-895: es el caso de una cláusula que hacía *de facto* prácticamente libre la transmisión de participaciones sociales, al establecer como requisitos transmisivos todos aquéllos que los socios mayoritarios ya cumplían de antemano. La cuestión fue analizada por la SAP de Navarra de 4 de julio de 2007, que apreció un abuso de la mayoría en la adopción del acuerdo de modificación estatutaria.

⁹²³ RRDGRN de 4 de mayo de 2005, de 1 de diciembre de 2003, de 20 de marzo de 2001, de 9 de enero de 1995, de 30 de junio de 1994.

⁹²⁴ Vid. las referencias a los derechos forales en el apartado 4.1.3.3.

en un instrumento para proteger al grupo de socios o accionistas que ejerce el control en la misma⁹²⁵. El catálogo de cláusulas que pueden obedecer a esa finalidad de mantener el control sobre la sociedad es amplio⁹²⁶, pero podemos establecer distintas categorías de las mismas. Básicamente, son las siguientes:

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

Dedicaremos los epígrafes siguientes a analizar todas estas cláusulas que, como hemos indicado, sólo resultarán eficaces cuando consten recogidas en los estatutos sociales, que son el documento al que necesariamente deberán trasladarse las disposiciones del protocolo familiar que las establezcan. Pero es importante advertir, antes de entrar en el análisis de cada una de las fórmulas restrictivas adoptables, las enormes sinergias que se producen entre ellas, como se deducirá después de describirlas todas. Y es que el ejercicio de un derecho de preferente adquisición bien puede ser un correctivo de la cláusula de autorización⁹²⁷, mientras que las condiciones exigibles a un determinado adquirente exigen fijar estatutariamente una serie de razones que, de modo reflejo, pueden ser motivo de denegación en relación a una cláusula de consentimiento⁹²⁸, resultando además que la pérdida de esas condiciones que en su momento permitieron el consentimiento acaba provocando después la obligación de enajenar.

En definitiva, por tanto, puede resultar interesante establecer estatutariamente una suerte de cláusulas restrictivas diversas que se complementen las unas a las otras o, sencillamente, diseñar una de ellas de modo que se base o aproveche las características de las demás. Con todo, puesto que cada una de ellas presenta unas particularidades propias, merece la pena dedicarles un análisis individualizado.

⁹²⁵ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., págs. 52-53.

⁹²⁶ Esta variedad en la tipología de las cláusulas restrictivas se advierte en el Derecho estadounidense desde hace décadas, llegándose a permitir incluso, en contadas ocasiones, cláusulas de prohibición absoluta de transmitir (GÓMEZ MENDOZA, M.: “Cláusulas restrictivas de...”, ob. cit., pág. 1.887.

⁹²⁷ PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 489.

⁹²⁸ VELASCO SAN PEDRO, L. A.: Voz “Restricción a la...”, ob. cit., pág. 5.972.

5.1.4.1. Derechos de adquisición preferente y de rescate.

Como hemos comentado anteriormente⁹²⁹, la LSC establece ya un derecho de adquisición preferente respecto a las participaciones sociales (artículo 107.2), derecho que no existe en cambio, configurado legalmente, respecto a las acciones. Pero, adicionalmente, al amparo del artículo 188.2 del RRM, resulta posible establecer una restricción mayor a la transmisión mediante una cláusula que suponga *“la atribución directa a determinadas personas de un derecho de adquisición preferente de las participaciones que un socio vaya a transmitir”*⁹³⁰, de modo que éste sólo pueda enajenarlas al adquirente inicialmente ofertante si ninguno de los titulares del derecho de prelación (que pueden ser socios, la propia sociedad o un tercero totalmente ajeno a la misma) decide subrogarse en su posición. Esta cláusula, conocida también como de tanteo o retracto, obliga por tanto a que se informe previamente a la sociedad de la transmisión proyectada, a fin de que pueda ésta garantizar el ejercicio del derecho a quienes sean sus titulares⁹³¹. La restricción puede operar también en sede de sociedades anónimas, por cuanto el artículo 123.3 del RRM permite también la inscripción de las mismas en los estatutos de este tipo de sociedades.

Por lo que respecta a su aspecto operativo, la cláusula puede operar tanto como un derecho de tanteo como un derecho de retracto (o de rescate), de modo que pudiera actuarse en la recuperación para el grupo social existente de aquel capital que se hubiera transmitido a terceros por la vía de ese retracto⁹³². Dicho retracto supondrá una forma rápida de establecer estatutariamente un derecho de exclusión de un socio, el adquirente, que quedará sometido a una obligación de venta respecto al capital que acaba de comprar⁹³³.

Es importante señalar, con todo, que existe una importante particularidad en el ejercicio de este tipo de derecho de adquisición preferente en relación a lo que sería un tanteo ordinario. Y es que, a diferencia de este último, en el que el ejerciente se subrogaría en la posición del pretendido adquirente pagando el mismo precio que éste hubiera ofrecido, en el caso de la transmisión de acciones y participaciones se deberá respetar como mínimo el valor real de las mismas, por imperativo del artículo 126.3 del RRM⁹³⁴. La finalidad de este precepto es evitar que la forma de fijar el precio pueda llevar a valoraciones excesivamente bajas de los títulos que, a la postre, acaben

⁹²⁹ Vid. epígrafe 5.1.2.

⁹³⁰ BARBA DE VEGA, J.: “Régimen de las...”, ob. cit., págs. 286-287.

⁹³¹ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 394-397.

⁹³² VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 371.

⁹³³ PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 490.

⁹³⁴ No garantizar el valor real o impedir obtenerlo equivaldría a convertir en prácticamente intransmisibles las acciones, lo que no sería admisible en sociedades anónimas (TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a...”, ob. cit., pág. 81.

suponiendo impedir su transmisión⁹³⁵, aunque cabe extraer de su aplicación que una oferta recibida por un socio que estuviera por debajo de ese umbral no podría dar lugar a un ejercicio del derecho por el importe ofrecido, debiendo en todo caso elevarse hasta el mínimo que supondría el valor real. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que ya en su Sentencia de 24 de noviembre de 1978 señalaba que *“mientras que en el tanteo común propiamente dicho son los propios contratantes quienes pactan libremente la contraprestación, por el contrario en la cláusula estatutaria a que se alude el precio viene determinado ordinariamente con sujeción a bases preestablecidas y atendiendo a métodos objetivos”*.

Debe tenerse en cuenta también la importancia de conceder el derecho de adquisición preferente no sólo a los socios, sino también a la propia sociedad. De este modo, podrá mantenerse el equilibrio de fuerzas precedente, sin que el ejercicio del derecho por parte de un socio le sitúe en una mejor posición respecto a los demás⁹³⁶.

Por lo que respecta a su aplicación en la empresa familiar, es evidente que el objetivo perseguido será mantener la titularidad del capital en manos de los miembros de la familia, lo cual no presenta ninguna particularidad: al fin y al cabo la configuración de las cláusulas restrictivas no cambia sustancialmente por el hecho de querer preservar una identidad familiar o preservar cualquier otra⁹³⁷. Lo que puede resultar distinto en este caso es la reacción de los socios, que pueden ejercer decididamente sus derechos de adquisición preferente y de rescate frente a terceros ajenos al círculo familiar y, en cambio, omitir el ejercicio de dichos derechos cuando el adquirente sea miembro de ese mismo círculo.

5.1.4.2. Autorización o consentimiento de la sociedad.

Las cláusulas de autorización o consentimiento por parte de la sociedad, conocidas también como *placet*, han sido históricamente poco utilizadas en España, aunque cuentan con una gran tradición en países como Alemania, Suiza e Italia⁹³⁸. En nuestro ordenamiento, tienen su base legal en el artículo 123.3 de la LSC, que recoge una disposición contenida ya en el artículo 63.3 de la LSA, especialmente desarrollada por el artículo 123 del RRM. Se puede señalar respecto a esta cláusula que se configura como un tipo particular de pacto *non cedendo*, siendo *“aquella por la que el socio sólo tiene plena facultad para disponer sobre su acción o participación si cuenta con la autorización del sujeto*

⁹³⁵ LOJENDIO OSBORNE, I.: “La acción. Documentación y transmisión”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, volumen I, ob. cit., págs. 325-326.

⁹³⁶ VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 362.

⁹³⁷ PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 494.

⁹³⁸ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., pág. 117.

*designado en dicha cláusula*⁹³⁹. Esta limitación trae causa, por tanto, de la idea de que a la sociedad no le resulta indiferente quién pueda adquirir la condición de socio, razón por la cual se reserva este control, a través de la autorización preceptiva, de la persona del adquirente⁹⁴⁰.

Por lo que respecta a su configuración, la cláusula contiene dos elementos fundamentales: por un lado, la identificación de la persona que debe conceder la autorización (el beneficiario de la cláusula); por el otro, las razones que justificarían negar dicha autorización. Nos referiremos a ambas cuestiones desde el distinto prisma que ofrece la regulación de las acciones y la de las participaciones.

En cuanto a la identidad del beneficiario, el artículo 123.3 de la LSC presume que, a falta de regulación estatutaria, corresponderá a los administradores conceder o denegar la autorización solicitada. El objetivo de esta norma supletoria es agilizar la transmisión de las participaciones, de modo que no sea preciso convocar a la junta para decidir sobre la cuestión⁹⁴¹. Pero es evidente que, a través de la configuración estatutaria, puede acordarse encomendar esa tarea precisamente a la junta –entendida como órgano soberano de la sociedad-. En sede de empresas familiares, la utilidad de estas cláusulas es evidente: se puede negar la transmisión a personas extrañas al círculo familiar, determinando en los estatutos sociales hasta qué grado de parentesco opera la limitación⁹⁴².

Interesa destacar, eso sí, que el beneficiario no puede ser nadie distinto a los sujetos señalados, lo cual está expresamente excluido por el artículo 123.2 del RRM⁹⁴³, al menos en sede de sociedades anónimas, aunque algún autor considera que se trata de una prohibición que debería eliminarse, por cuanto es *“simplemente el resultado de exacerbar la idea de que el de autorizar es un acto de gestión que tiene por objeto tutelar el interés social”*⁹⁴⁴. Hay que tener en cuenta que el sujeto que finalmente concede o deniega la autorización de transmisión de acciones es la sociedad, como necesariamente se desprende de los artículos 123.3 de la LSC y 123.3 del RRM, por lo que aquello que se estaría discutiendo en todo caso es quién debe representar a la sociedad a la hora de tomar tal decisión. Si se entiende que se trata de un acto ordinario de gestión, resulta natural que esa tarea se encomiende a los administradores, como por defecto hace la LSC; si se entiende que es un acto extraordinario, resultaría más adecuado que lo llevara a cabo la junta general. No obstante, en ningún caso se

⁹³⁹ PERDICES HUETOS, A.: *Cláusulas restrictivas de...*, ob. cit., pág. 55.

⁹⁴⁰ GALÁN LÓPEZ, C.: “Cláusulas de autorización...”, ob. cit., pág. 1.035.

⁹⁴¹ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 278.

⁹⁴² TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos de...”, ob. cit., pág. 72.

⁹⁴³ La exclusión es clara: *“Los estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión”*.

⁹⁴⁴ PERDICES HUETOS, A.: *Cláusulas restrictivas de...*, ob. cit., pág. 58.

prevé que pueda corresponder a ningún otro órgano, cosa que sí consideramos que debería ser objeto cuando menos de revisión en las empresas familiares que revistan forma de sociedad anónima: existiendo órganos *ad hoc* como el consejo de familia o la asamblea familiar, bien podrían éstos tener entre sus funciones la decisión sobre las autorizaciones de transmisión de acciones. Pero más allá de opiniones, lo cierto es que la regulación actual de la materia no permite que los estatutos atribuyan esa facultad representativa a ningún tercero distinto de los administradores o la junta⁹⁴⁵.

Cuestión distinta es la atribución de esta facultad representativa en sociedades de responsabilidad limitada. El artículo 188 del RRM, que se refiere a la inscripción de las cláusulas estatutarias sobre transmisión de participaciones, no contiene una exclusión expresa como la del artículo 123.2 respecto a la transmisión de acciones, de lo que cabría deducir que en este caso sí podría nombrarse beneficiario de la cláusula a cualquier tercero⁹⁴⁶.

En cuanto a la necesidad de establecer las causas que permitirían denegar la autorización, debemos señalar, en primer lugar, que dicha necesidad tiene su causa en la fuerza vinculante de la que goza la propia cláusula, que estaría rayando la prohibición que, en el caso de las acciones, establece el artículo 123.2 de la LSC. Una fuerza que convierte estas cláusulas en especialmente peligrosas, por cuanto permitirían que la sociedad pudiera rechazar la autorización de forma injustificada o arbitraria⁹⁴⁷. Así lo señalaba la RDGRN de 17 de mayo de 1993, para la que esa fuerza de la cláusula debería compensarse con la inclusión en los estatutos de algún mecanismo corrector, como por ejemplo el establecimiento de un derecho (forzoso) de adquisición preferente⁹⁴⁸. De hecho, este difícil equilibrio entre la seguridad jurídica (que aconsejaría establecer estatutariamente unas causas denegatorias muy identificadas y tasadas) y la defensa de la transmisibilidad en caso de acciones (que debería evitar convertir al socio o accionista en “prisionero” de su participación en el capital⁹⁴⁹) ha sido objeto de un amplio debate doctrinal.

⁹⁴⁵ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 278.

⁹⁴⁶ CORRALES, A.: “Las participaciones sociales”, ob. cit., pág. 253.

⁹⁴⁷ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: la acción...”, ob. cit., pág. 894; VELASCO SAN PEDRO, L. A.: Voz “Restricción a la...”, ob. cit., pág. 5.971.

⁹⁴⁸ RDGRN de 17 de mayo de 1993: “*Esta exigencia constituye un límite a la discrecionalidad de la Sociedad para denegar la autorización. Sin embargo, el sistema de predeterminación estatutaria de las causas denegatorias puede presentar, por una parte, la dificultad objetiva de individualizar anticipadamente y de precisar en los Estatutos todas las posibles situaciones que justifiquen la denegación del consentimiento por hallarse objetivamente en conflicto con el interés social; y, por otro lado, no evitará en muchas ocasiones la delicada tarea de dilucidar si esos motivos especificados estatutariamente hacen o no prácticamente intransmisibles las acciones afectadas, por lo que puede constituir un útil remedio para atribuir un mayor grado de eficacia y seguridad a tales cláusulas la previsión estatutaria que para el caso de denegación de la autorización imponga a la Sociedad la obligación de presentar un adquirente de las acciones, de modo que el socio pueda ver satisfecho su interés en realizar el valor económico de sus acciones mediante la transmisión de las mismas.*”

⁹⁴⁹ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 270.

Así, se considera que una mención demasiado genérica, como pudiera ser la simple contrariedad del interés social entendido de modo amplio sólo debería operar si los estatutos contemplan también mecanismos como la antes citada obligación de adquisición por parte de los demás socios⁹⁵⁰. Por ello, en una línea más acorde con el artículo 123.2 del RRM, que exige que en los estatutos “*se expresarán de forma precisa las causas que permitan denegarla*”, la cláusula de autorización debe recoger una exposición más o menos detallada de las causas que conllevarían su no concesión, de modo que la decisión se tome en un marco reglado⁹⁵¹. Ejemplos de ello serían los siguientes: la identificación de unos determinados socios o terceros como únicos posibles adquirentes, que supondría vetar a cualquier otro; las que prohibirían que un socio pudiera alcanzar una determinada cuota del capital que rompiera el equilibrio estimado determinante en la constitución; las que supusieran un trato discriminatorio por razones de nacionalidad, religión o sexo (respecto a las que no operarían normas de derecho público), no estando admitidas en cambio las que implicasen desprecio o denigración de un determinado grupo social⁹⁵². Con todo, algunas resoluciones de la DGRN pondrían en tela de juicio la idoneidad de determinadas restricciones que, a priori, podrían resultar interesantes en el caso de las empresas familiares⁹⁵³.

Es evidente que la línea que separa discrecionalidad de arbitrariedad puede resultar muy fina en muchos supuestos, lo que redundaría en la necesidad de que los estatutos definan bien qué causas permiten denegar la autorización, de modo que el socio transmitente pueda, en su caso, impugnar el acuerdo que resulte contrario a sus intereses, teniendo en cuenta además que la facultad de la sociedad de denegar la operación no puede llegar a suponer una prohibición absoluta de transmisión⁹⁵⁴. En todo caso, debe destacarse que nuestro ordenamiento regula esta materia con un rigor que no opera en el Derecho comparado, por cuanto obliga a establecer estatutariamente de forma clara las causas que permitirían denegar la autorización, como consecuencia de la presión doctrinal ejercida en este sentido⁹⁵⁵ y de la necesidad de adaptarse a la normativa comunitaria⁹⁵⁶.

⁹⁵⁰ PERDICES HUETOS, A.: *Cláusulas restrictivas de...*, ob. cit., pag. 74.

⁹⁵¹ VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 369.

⁹⁵² RECALDE CASTELLS, A.: “Artículo 63. Restricciones...”, ob. cit., págs. 615-616.

⁹⁵³ RDGRN de 15 de marzo de 1974: “*la pretendida cláusula estatutaria es algo más que una cláusula de limitación de transmisibilidad de las acciones, que atenta contra la moral, ya que pone en cuestión la celebración o no de segundas nupcias*”. Se denegó por tanto la inscripción de la cláusula que obligaba a la viuda del accionista que contrajera nuevas nupcias a enajenar las acciones recibidas de su difunto marido.

⁹⁵⁴ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., págs. 118-119.

⁹⁵⁵ VÉRGEZ, M.: “Régimen de las...”, ob. cit., pág. 109.

⁹⁵⁶ De hecho, el legislador español estableció ya en la LSA de 1989, un régimen de determinación estatutaria de las causas más severo que el determinado por la Segunda Directiva, a la que otros ordenamientos como el italiano o el alemán se adaptaron con menos contundencia (GALÁN LÓPEZ, C.: “Cláusulas de autorización...”, ob. cit., págs. 1.091-1.092).

Todos estos problemas han hecho que, a la práctica, este tipo de cláusula o bien haya caído en desuso o bien, cuando se utiliza, acabe operando como pseudo-causa de denegación la presentación de un adquirente alternativo más acorde con la voluntad social, lo cual acaba suponiendo convertirla en una forma peculiar de cláusula de prelación⁹⁵⁷. Interesa destacar, en todo caso, que resulta una cláusula aplicable tanto a la sociedad de responsabilidad limitada como a la anónima y, dentro de esta última categoría, tanto a la pequeña anónima formada por un número reducido de socios como, también, a la de mayor envergadura. Lo único que variará será su finalidad. Así, en la anónima de pocos socios (como en la limitada), su finalidad será para elegir a los nuevos socios en función de sus condiciones personales; en las grandes anónimas, tendrán por objeto la salvaguarda de especulaciones y escaladas de poder que tengan intereses divergentes con los accionistas empresarios o ahorradores⁹⁵⁸.

5.1.4.3. Condiciones del adquirente.

Las cláusulas que exigen unas determinadas condiciones al futuro adquirente, es decir, al futuro socio, se basan en exigir que concurren en éste ciertas cualidades –o que se aprecie la ausencia de otras– para que la transmisión del título pueda realizarse válidamente⁹⁵⁹, siempre que ello no suponga, lógicamente, una cláusula discriminatoria a tenor del artículo 14 de la CE⁹⁶⁰. De este modo, estas cláusulas son el reflejo de la voluntad de los socios de conectar el objeto y dedicación sociales con la procedencia de los socios⁹⁶¹. El supuesto paradigmático en la empresa familiar será exigir la condición de miembro de la familia como cualidad indispensable para acceder a su capital, siendo por ejemplo la condición de socio de una empresa concurrente una exigencia en sentido negativo⁹⁶².

Estas cláusulas pueden fácilmente confundirse con las de autorización a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior. Y es que, en realidad, la autorización o denegación por parte de la sociedad se basaba precisamente en el análisis de las condiciones que reunía el adquirente. Podría considerarse, por tanto, que estas cláusulas que exigen reunir determinadas condiciones son un tipo de cláusulas de autorización pura, aunque desprovistas de la exigencia formal de justificación del consentimiento social, que ha sido prestado

⁹⁵⁷ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 123. Restricciones...”, ob. cit., pág. 993.

⁹⁵⁸ GALÁN LÓPEZ, C.: “Cláusulas de autorización...”, ob. cit., págs. 1.037-1.038.

⁹⁵⁹ LOJENDIO OSBORNE, I.: “La acción. Documentación...”, ob. cit., págs. 325-326.

⁹⁶⁰ BALLARÍN MARCIAL, A.: “Restricciones estatutarias a...”, ob. cit., pág. 385.

⁹⁶¹ VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 369.

⁹⁶² SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 183.

anticipadamente para el caso de que concurren dichas condiciones⁹⁶³. No obstante, unas cláusulas y otras se distinguen porque las que exigen condiciones no precisan el acuerdo de la sociedad, como sí lo precisan las de autorización, bastando con que se aprecie que concurren las circunstancias exigibles⁹⁶⁴. De hecho, en sociedades anónimas, ni siquiera se obliga a los transmitentes a comunicar previamente la enajenación proyectada, si bien la sociedad podrá posteriormente no reconocer como accionista al adquirente si aprecia que no concurren en éste los requisitos establecidos⁹⁶⁵.

La cláusula opera tanto en sentido positivo como en sentido negativo, como es lógico, por lo que se la denomina también “cláusula de restricción del adquirente”. Y es que, del mismo modo que se exigen unos determinados requisitos para que se pueda efectuar la transmisión, la ausencia de los mismos conlleva impedirla. Asimismo, según el modo en que esté elaborada, puede obedecer a dos tipos diferentes de restricción: el retracto convencional propiamente dicho y la prohibición temporal de transmitir. En el primer caso, el mecanismo será idéntico al del retracto civil, puesto que *“la sociedad o los accionistas pueden subrogarse en la posición jurídica contractual del adquirente de las acciones y, por tanto, adquirirlas en las mismas condiciones y por el mismo precio que éste”*⁹⁶⁶, sin perjuicio de lo ya comentado respecto al precio y el valor real de los títulos⁹⁶⁷. En el segundo caso, la prohibición tiene su base legal en el artículo 123.4 del RRM, que expresamente permite que se limite la prohibición de transmitir acciones durante un plazo máximo de dos años a contar desde la constitución de la sociedad, puesto que se entiende que es durante esa etapa inicial cuando más debe limitarse el acceso de extraños a una sociedad no consolidada todavía⁹⁶⁸. En el caso de las participaciones, aunque nada diga el artículo 188 del RRM, debe entenderse que es válida una restricción de este tipo –que exceda incluso de los dos años– debido al carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada.

En el caso de las empresas familiares, como ya apuntábamos, este tipo de cláusula puede resultar muy útil, puesto que permitirá establecer que los eventuales adquirentes de nuevas acciones o participaciones deban reunir condiciones tales como ser miembros de la familia o haber firmado previamente el protocolo familiar, obligándose de este modo por la vía contractual a respetar todos aquellos acuerdos que, por cualquier razón, no se hayan trasladado a los documentos societarios o familiares correspondientes. Las posibilidades de establecer requisitos adicionales quedarán ya a criterio de la familia empresaria,

⁹⁶³ TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a...”, ob. cit., pág. 73.

⁹⁶⁴ VELASCO SAN PEDRO, L. A.: Voz “Restricción a la...”, ob. cit., pág. 5.972.

⁹⁶⁵ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., pág. 132.

⁹⁶⁶ SANCHO, C.: “Control y sucesión en la empresa familiar”, en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 63/2005, pág. 34

⁹⁶⁷ Vid. epígrafe 5.1.4.1.

⁹⁶⁸ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo I, ob. cit., pág. 354.

pudiendo descender al nivel de detalle que se considere más oportuno para sus necesidades. En este sentido, será frecuente no sólo limitar el espectro de futuros adquirentes a la condición de familiares, sino limitarlo más todavía exigiendo que lo sean por consanguinidad y no por afinidad, así como también, llegado el caso exigir que pertenezcan a una determinada rama familiar y no a otra (generalmente para la transmisión de títulos de una determinada clase), a fin de preservar el equilibrio de fuerzas políticas dentro de la sociedad⁹⁶⁹. Y es que es habitual en el tráfico encontrarse con empresas familiares controladas al 50% por dos grupos familiares que, por tanto, estarán interesados no sólo en protegerse frente a la entrada de terceros, sino también en mantener cada uno de ellos su proporción en el capital⁹⁷⁰.

5.1.4.4. Obligación de enajenar.

Otra posibilidad que ofrece nuestro ordenamiento, a través del artículo 188.3 del RRM, es la cláusula que establece la obligación de enajenar por parte de un determinado socio o, de modo reflejo, el derecho de rescate a favor de los demás socios, de la sociedad, o de cualquier tercero al que se le haya atribuido. En el caso de la empresa familiar, nos interesa especialmente la primera de las dos vertientes señaladas, porque el supuesto típico de su utilización será la obligación de enajenar impuesta a la persona que ha perdido su condición de familiar, en cuyo caso pasa a tener una importancia trascendente el hecho de que la participación se hubiera configurado en todo momento con criterios *intuitu personae*, a pesar incluso de su posible inclusión en una sociedad de gananciales⁹⁷¹.

Esta situación se producirá generalmente por la pérdida de la condición de familiar político, consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, realidad a la que cada día se enfrentan más las empresas familiares, por cuanto *“es evidente que la tasa cada vez más alta de fracaso matrimonial y lo –en ocasiones– efímero del vínculo conyugal hacen que la salida de la familia de uno de los cónyuges deba lógicamente ir acompañada de su salida de la sociedad”*⁹⁷².

Por el modo en que está configurada, esta cláusula tiene un doble efecto: protege a la sociedad de cambios indeseados (bloqueando la entrada de adquirentes) y permite al socio efectuar la venta de sus participaciones (aunque no se las venda al adquirente inicial, podrá transmitir las a quien ejercite el

⁹⁶⁹ GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 195.

⁹⁷⁰ MARROQUÍN MOCHALES, F./DE DIEGO MISIEGO, I.: “Cláusula estatutaria sobre...”, ob. cit., pág. 375; RDGRN de 1 de octubre de 1993.

⁹⁷¹ PERDICES HUETOS, A.: “Sociedad de gananciales...”, ob. cit., pág. 2.265.

⁹⁷² PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 495.

derecho). Por este motivo, la doctrina ha resaltado el paralelismo y hasta la equivalencia entre este tipo de cláusulas y el derecho de separación del socio⁹⁷³. Por otro lado, puede considerarse también que esta cláusula genera un tipo particular de derecho de rescate a favor de los demás socios, que bien puede establecerse cuando se produzca la pérdida de la condición de familiar por uno de ellos⁹⁷⁴.

5.1.4.5. Prohibición de transmitir.

Como ya hemos apuntado anteriormente⁹⁷⁵, la prohibición de transmitir las acciones está expresamente regulada en el RRM, cosa que no ocurre en relación con las participaciones. Sin embargo, la ausencia en sociedades de responsabilidad limitada de una norma que opere del mismo modo en que lo hace, respecto a las anónimas, el artículo 123.4 del RRM, no significa que la transmisión de las participaciones no pueda prohibirse. De hecho, acaba suponiendo que, en la práctica, resulte posible establecer una prohibición atemporal, cosa que no ocurre con las acciones, puesto que la prohibición en tal caso debe estar limitada a sólo dos años desde la constitución de la sociedad.

Esta prohibición, con todo, está sujeta a dos requisitos fundamentales: precisa el consentimiento de todos los socios y debe permitir en los estatutos sociales el derecho de cualquiera de ellos a separarse en cualquier momento⁹⁷⁶. Por lo tanto, el derecho de separación en caso de intransmisibilidad plena es el modo de sortear la prohibición de vinculación perpetua prevista por el artículo 1.705 del CC⁹⁷⁷. Con ello se garantiza el cierre absoluto de la sociedad pero sin que ello suponga tener al socio cautivo, puesto que podrá éste desvincularse en cualquier momento de su participación en el capital ejerciendo el referido derecho de separación. El hecho de que la legislación societaria pretenda el equilibrio entre ambos elementos ha planteado problemas en su concepción, debiendo distinguirse entre lo que se permite (un derecho de separación ejercitable *ad nutum*) y lo que no se permite (un derecho de separación al antojo del socio), de modo que la separación quedará siempre sujeta a las reglas que se establezcan en los estatutos sociales⁹⁷⁸ y dentro de los límites de la buena fe, entendidos como un deber de fidelidad por parte del socio⁹⁷⁹.

⁹⁷³ CORRALES, A.: “Las participaciones sociales”, ob. cit., págs. 254-255.

⁹⁷⁴ PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 513.

⁹⁷⁵ Vid. epígrafe 5.1.4.3.

⁹⁷⁶ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 184.

⁹⁷⁷ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 108. Cláusulas...”, ob. cit., pág. 897.

⁹⁷⁸ La doctrina ha criticado el modo en que el legislador ha tratado desde la LSC de 2010 el derecho de separación, por entender que se ha restado capacidad negocial a los estatutos y se han introducido nuevas

En conclusión, tanto en sociedades anónimas como en sociedades de responsabilidad limitada será posible prohibir la transmisión, si bien en el primer caso por plazo máximo de dos años, y siempre concediendo al socio la posibilidad de separarse de la sociedad, cosa que deberá poder hacer por los mismos mecanismos previstos para la separación por cualquier otra causa legal o estatutaria que en su caso esté contemplada⁹⁸⁰. En el caso de la empresa familiar, supondrá el modo más contundente de cerrar el acceso de terceros al capital social –consecuencia lógica de la previsión estatutaria que impida de forma prohibitiva la salida de sus titulares actuales-, por lo que puede suponer un mecanismo de cierre muy interesante siempre que las condiciones de la sociedad permitan utilizarlo.

5.1.5. Efectos de las restricciones en los distintos regímenes de transmisión.

Las distintas restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y participaciones que hemos estado analizando pueden funcionar sobre cualquier tipo de negocio, ya sea *inter vivos*, *mortis causa* o, en su caso, algún tipo de transmisión forzosa. Sin embargo, según cuál sea el tipo de negocio sobre el que pretendan proyectar sus efectos, las cláusulas restrictivas estarán sujetas a unas particularidades distintas, razón por la cual dedicaremos los epígrafes siguientes a destacar de qué modo funcionan esas cláusulas en cada uno de esos tipos de negocios jurídicos. Asimismo, por su propia idiosincrasia, no todas las restricciones operarán igual sobre un tipo de transmisión que sobre otro, pudiendo incluso ser imposible la aplicación de alguna de ellas en determinados casos.

Especial atención merecen las transmisiones involuntarias, categoría en que cabe englobar tanto las efectuadas *mortis causa* como las que son fruto de una ejecución forzosa. En ambos casos, la transmisión no es fruto de una decisión libre del socio transmitente⁹⁸¹, por lo que revisten importantes particularidades: en el caso de la sucesión *mortis causa*, porque es precisa la continuidad en las relaciones jurídicas, siendo necesario por tanto transmitir la titularidad del capital; en el de las ejecuciones forzosas, porque se debe evitar que los pactos restrictivos supongan una disminución de la garantía patrimonial del acreedor⁹⁸². Nuestro Derecho previene ambas situaciones y aporta las soluciones que serán objeto de análisis en los siguientes epígrafes,

causas legales cuya regulación no ha resultado afortunada (ALONSO LEDESMA, C.: “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”, en *RDM*, núm. 287/2013, págs. 90-93).

⁹⁷⁹ VÉRGEZ, M.: “Régimen de las...”, ob. cit., pág. 121.

⁹⁸⁰ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R.: “Separación y exclusión...”, ob. cit., pág. 798.

⁹⁸¹ VÉRGEZ, M.: “Régimen de las...”, ob. cit., pág. 135.

⁹⁸² PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 496.

siendo preciso en todo caso que se produzcan menciones estatutarias expresas para que las restricciones que operan *inter vivos* lo hagan también sobre las transmisiones involuntarias⁹⁸³.

5.1.5.1. Transmisiones *inter vivos*.

Los negocios *inter vivos* son el espacio donde, a priori, resultan más adecuadas las restricciones a la libre transmisibilidad, ya que operan de este modo sobre la voluntad consensuada de los sujetos que quieren celebrar la operación, particularmente sobre quien quiere vender sus títulos y se ve, por tanto, condicionado por dichas restricciones.

La operativa de estas restricciones sobre negocios *inter vivos* reviste poco interés científico y, en definitiva, es la que hemos venido abordando en los epígrafes precedentes: debidamente trasladadas del protocolo familiar a los estatutos⁹⁸⁴, resultarán del todo exigibles para la sociedad y para todos los sujetos que pretendan intervenir en la operación. Mayor interés revisten, en cambio, las consecuencias de su incumplimiento: el negocio causal sería a priori válido, por lo que generaría plenos efectos *inter partes* entre enajenante y adquirente, aunque no así frente a la sociedad, que no tendría por qué admitir como socio a dicho adquirente⁹⁸⁵, tal y como tiene declarado la DGRN⁹⁸⁶.

En transmisiones *inter vivos* de acciones se parte de un marco legal de libertad absoluta por parte de los eventuales enajenantes, mientras que en las transmisiones de participaciones se debe respetar ya inicialmente un régimen legal que sólo considera libres aquéllas que se realicen a favor de unos determinados sujetos, basando la norma en la infungibilidad y el personalismo de la sociedad de responsabilidad limitada⁹⁸⁷. En consecuencia, en el primer caso sólo mediante restricciones consensuales (bien con carácter societario en los estatutos, bien con carácter contractual en el protocolo) podrá limitarse la capacidad de celebración de negocios *inter vivos*; en el segundo, dichas restricciones tendrán como objetivo reforzar más todavía –sobre todo en el caso de empresas familiares– el régimen legal preestablecido.

⁹⁸³ YANES YANES, P.: “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones”, en ALONSO UREBA, A. et al. (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, volumen 2, Civitas, Madrid, 1994, pág. 1.175.

⁹⁸⁴ Vid. epígrafe 5.1.3.

⁹⁸⁵ VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 375.

⁹⁸⁶ RDGRN de 11 de febrero de 1986: el efecto del incumplimiento de las cláusulas estatutarias de restricción “es el de entender que cuando aquellas transmisiones no se ajusten a lo establecido, la Sociedad puede desconocer la transmisión y no reconocer al adquirente el carácter de socio y el ejercicio de los derechos sociales”.

⁹⁸⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa...*, ob. cit., págs. 58-59.

5.1.5.2. Transmisiones *mortis causa*.

La muerte del socio determina de forma automática la transmisión de sus participaciones mediante la sucesión hereditaria en las sociedades de capital, en las que ningún efecto estructural produce esa muerte del socio⁹⁸⁸. Los efectos son en todo caso el cambio de identidades –y/o de proporciones– en la composición del capital social. La transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones se regula, respectivamente, en los artículos 124 y 110 de la LSC, que reproducen las previsiones de los artículos 64.1 de la LSA de 1989 y 32.2 de la LSRL de 1995⁹⁸⁹, con los que se habían venido ya a resolver las dudas que había ocasionado la aplicación de la regulación anterior, contenida en el artículo 46 de la LSA de 1951⁹⁹⁰. Pero es menester remarcar una particularidad de estas transmisiones: el riesgo de dejar una “*absurda participación social sin titular*” en caso de que se entendiera violado el régimen restrictivo y se pretendiera impedir al socio causante la transmisión de su capital⁹⁹¹. En consecuencia, la restricción nunca podrá limitarse a prever el efecto impeditivo de una determinada transmisión según la haya proyectado el causante, sino que necesariamente deberá prever una alternativa que permita atribuir ese capital a un determinado sujeto. Dicho de otro modo, la negativa de la sociedad (en términos similares al *placet*) a reconocer al nuevo socio debe venir acompañada de una contrapartida al heredero o legatario que, a su vez, permita encontrar un destinatario a esos títulos⁹⁹².

Por lo que se refiere a la transmisión *mortis causa* de las acciones, debe señalarse en primer lugar la necesidad de que los estatutos indiquen expresamente que dicha transmisión queda sujeta a las cláusulas restrictivas previstas en los mismos, tal y como se desprende claramente del artículo 124.1 de la LSC: si no consta dicha mención, las cláusulas restrictivas no operarán en este ámbito⁹⁹³. Ello se debe a dos elementos: por un lado, el principio general de nuestro Derecho de sociedades que establece la libre transmisibilidad de los

⁹⁸⁸ ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Artículo 32. Régimen de la transmisión *mortis causa*”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentarios a la...*, ob. cit., pág. 367.

⁹⁸⁹ Se permitía con estos preceptos establecer restricciones estatutarias en adquisiciones *mortis causa*, restricciones que estaban proscritas en ese momento en otros ordenamientos como el francés (TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a...”, ob. cit., pág. 95).

⁹⁹⁰ VELASCO SAN PEDRO, L. A.: Voz “Restricción a la...”, ob. cit., pág. 5.972.

⁹⁹¹ YANES YANES, P.: “Restricciones estatutarias a...”, ob. cit., pág. 1.160.

⁹⁹² VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.: “Restricciones a la...”, ob. cit., págs. 373-374.

⁹⁹³ La doctrina italiana y la alemana han dudado históricamente de la posibilidad de que las restricciones surtan efecto en transmisiones *mortis causa*. La española, en cambio, la ha venido admitiendo incluso con la regulación de 1951, que era menos clara que la actual, siempre que constara expresamente en los estatutos (BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., págs. 170-171).

títulos por fallecimiento del socio⁹⁹⁴; por el otro, el carácter a priori indisponible de la voluntad expresada por el causante en el momento de ordenar su sucesión, por lo que será preciso que de la voluntad de los socios “*se desprenda inequívocamente su deseo de restringir el tráfico sucesorio de las participaciones vinculadas*”⁹⁹⁵, cosa que sólo será posible mediante la correspondiente mención estatutaria. Esta previsión se contenía ya en el artículo 64.1 de la derogada LSA de 1989, aunque algún sector de la doctrina defendió en su momento que, si de las restricciones estatutarias *inter vivos* se deducía de modo inequívoco la voluntad de los socios de restringir las transmisiones, se debía entender que no era precisa una expresa referencia a las que tuvieran carácter *mortis causa*⁹⁹⁶. En todo caso, con la actual regulación, es evidente que la restricción a las transmisiones *mortis causa* debe constar expresamente en los estatutos para ser eficaz⁹⁹⁷.

Por lo que se refiere a la regulación de la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales, se establece en el artículo 110 de la LSC una presunción de libre transmisibilidad en estos supuestos, cuya razón de ser es “*considerar que los sucesores del socio compartirán en gran medida los caracteres de su causante, de modo que la intimidación social no resultará excesivamente perturbada por su entrada*”⁹⁹⁸. No obstante, la doctrina ha sido crítica con el modo en que se reguló ya esta cuestión en la LSRL de 1995, cuyo artículo 32 ha visto cómo su contenido se transcribía casi literalmente al 110 de la LSC. La crítica doctrinal se basaba en considerar incongruente permitir un régimen de libre transmisión *inter vivos* (como el previsto en el actual artículo 107 de la LSC) a favor del núcleo familiar que pueda limitarse plenamente en los estatutos y, por el contrario, prever que estatutariamente se pueda impedir el acceso a la sociedad a personas de ese mismo núcleo cuando el negocio transmisivo sea *mortis causa* sólo de un determinado modo y, por otro lado, que no se extienda la apriorística libertad transmisiva *mortis causa* a los negocios *inter vivos*⁹⁹⁹. Este régimen parte de la base de que “*la admisión incontrolada de cualquier heredero o legatario supone también un serio peligro de permitir la entrada en la sociedad a un indeseable*”¹⁰⁰⁰, pero ello no justifica por qué no se contempla en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada una extensión de las restricciones estatutarias totalmente libre, como ocurre con el caso de las anónimas, sino que únicamente

⁹⁹⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: “Fallecimiento del socio...”, ob. cit., pág. 297; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de...*, ob. cit., pág. 184.

⁹⁹⁵ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 124. Transmisiones *mortis causa*”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 997.

⁹⁹⁶ RECALDE CASTELLS, A.: “Artículo 64. Supuestos especiales”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentarios a la...*, volumen I, ob. cit., pág. 628.

⁹⁹⁷ DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 18.

⁹⁹⁸ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 110. Régimen de la transmisión *mortis causa*”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 906.

⁹⁹⁹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa...*, ob. cit., pág. 59.

¹⁰⁰⁰ VÉRGEZ, M.: “Régimen de las...”, ob. cit., pág. 152.

se permite la limitación del artículo 110.2 de la LSC: “los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, a favor de la sociedad¹⁰⁰¹, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas al valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio”.

No resultaría posible a priori, por tanto, una cláusula que determine las condiciones del adquirente¹⁰⁰² que permita atribuir las a sujetos distintos a los socios o la propia sociedad. Nos encontraríamos, en consecuencia, ante el que sería tal vez el único punto de la regulación de esta materia en que las posibilidades de libre configuración de la sociedad de responsabilidad limitada resultasen más reducidas que las de la anónima, lo que podría obedecer a un propósito “no suficientemente justificado a juicio de un sector de la doctrina y en todo caso no fácilmente realizable, de marcar una frontera tipológica con la sociedad anónima”¹⁰⁰³. En todo caso, la medida parece difícilmente justificable, porque conlleva la imposibilidad de ampliar el espectro de sujetos –voluntariamente aceptados por la sociedad y los socios- a los que destinar ese capital que, por la razón que fuere, interesa que no llegue a manos de los designados por el causante y así lo ha ido modulando la doctrina: a pesar de que el precepto antes citado se refiera a “socios sobrevivientes”, se entiende que es válida una cláusula que establezca estatutariamente que las participaciones se destinen a personas ciertas y determinadas (en atención a sus circunstancias personales) aunque no revistan la condición de socios¹⁰⁰⁴.

Entrando de lleno en la configuración de las distintas restricciones estatutarias a la transmisibilidad de los títulos, las que supongan un derecho de adquisición preferente para los demás socios no plantean ningún problema, puesto que no implican un pacto sobre la herencia futura ni perjudican los derechos de los legitimarios del causante¹⁰⁰⁵. El referido derecho se ejercerá a modo de rescate¹⁰⁰⁶, viéndose todos los causahabientes afectados por el mismo y siendo muy amplio el abanico de posibles beneficiarios: los socios y la sociedad lo serán generalmente, si bien nada impide que pueda nombrarse como tal a cualquier tercero a quien así se haya previsto facultar¹⁰⁰⁷. Y si ninguno de los beneficiarios ejerce el derecho, el heredero o legatario adquirirá lógicamente la condición de socio¹⁰⁰⁸. De ejercerse el derecho, se producirá una “dualidad de

¹⁰⁰¹ Inicialmente, la LSRL de 1995 no preveía que la sociedad pudiera ser titular de este derecho ni siquiera por mención estatutaria. Esta posibilidad la introdujo la LSLNE en 2003 (BARBA DE VEGA, J.: “Régimen de las...”, ob. cit., pág. 288).

¹⁰⁰² Vid. epígrafe 5.1.4.3.

¹⁰⁰³ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J. L.: “La sociedad de...”, ob. cit., pág. 1.198.

¹⁰⁰⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa...*, ob. cit., pág. 92.

¹⁰⁰⁵ YANES YANES, P.: “Restricciones estatutarias a...”, ob. cit., pág. 1.157.

¹⁰⁰⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: “Fallecimiento del socio...”, ob. cit., pág. 349.

¹⁰⁰⁷ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 124. Transmisiones...”, ob. cit., pág. 1.000.

¹⁰⁰⁸ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., pág. 172.

transmisiones”: la que se produce del causante a su heredero o legatario y, posteriormente, la de éste al adquirente propuesto o a la sociedad¹⁰⁰⁹.

Otras opciones, en cambio, se antojan jurídicamente más difíciles o fácticamente imposibles. En la primera categoría debemos enmarcar, en cuanto a las participaciones, cláusulas como las de establecimiento de condiciones del adquirente porque, como hemos dicho, podrían contravenir lo previsto por el artículo 110.2 de la LSC, sin perjuicio de que la doctrina haya hecho una lectura extensiva del precepto. Como fácticamente imposibles, podemos calificar las cláusulas de obligación de enajenar: no podrían imponerse anticipadamente porque supondrían eludir la prohibición de pactos sobre la herencia futura¹⁰¹⁰, no pudiendo tampoco operar, por razones obvias, cuando el socio al que se le quisieran imponer, el causante, hubiera ya fallecido. Sí interesa advertir, con todo, que una restricción a la transmisión *mortis causa* supone en definitiva una forma singular de obligación de enajenar, si bien la persona gravada con esa obligación no será el causante, sino el heredero o legatario que se convierte, por la vía sucesoria, en titular de unos títulos que los estatutos le obligan a enajenar¹⁰¹¹. Asimismo, por lo que se refiere a las cláusulas de consentimiento, cuya inclusión en los estatutos fue también en su momento objeto de debate en relación a los supuestos *mortis causa*, se admite a día de hoy sin ningún problema, aunque con una configuración particular, de modo que “no consistan en un “*placet*” absoluto sino en un sistema mixto de adquisición que para el caso de que la autorización sea denegada contemple la posibilidad de un destinatario de las acciones”¹⁰¹².

El hecho de que los efectos de la restricción se proyecten sobre el sucesor más que sobre el causante, al margen del tratamiento específico de la obligación de enajenar a la que nos acabamos de referir, nos lleva a una interesante reflexión: el establecimiento de restricciones a la transmisión no es en realidad una disposición *mortis causa*, sino una premisa sobre la que llevar a cabo negocios *inter vivos* como el rescate o la obligación de enajenar¹⁰¹³. Y es que serán siempre el heredero o legatario y los demás socios o beneficiarios de las restricciones los que, en la modalidad de negocio *inter vivos* que proceda, se encargarán de ejecutar en su caso la previsión estatutaria correspondiente.

¹⁰⁰⁹ TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a...”, ob. cit., págs. 96-97.

¹⁰¹⁰ Vid. epígrafe 4.1.3.1, teniendo en cuenta los matices de los distintos derechos forales (epígrafe 4.1.3.2 y apartado 4.1.3.3).

¹⁰¹¹ ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Artículo 32. Régimen...”, ob. cit., pág. 369; BALLARÍN MARCIAL, A.: “Restricciones estatutarias a...”, ob. cit., pág. 403.

¹⁰¹² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: “Fallecimiento del socio: ejercicio de derechos y transmisión de participaciones”, en GARRIDO DE PALMA, V.: *Estudios sobre la....*, ob. cit., pág. 339.

¹⁰¹³ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *Transmisión mortis causa....*, ob. cit., pág. 93.

5.1.5.3. Transmisiones forzosas.

Como en el caso de las transmisiones *mortis causa*, también en los supuestos de ejecución forzosa de acciones y participaciones, fruto de los correspondientes embargos judicialmente acordados, es imprescindible extender estatutariamente el efecto de las restricciones (exigencia contenida en el artículo 125 de la LSC, mediante la remisión que realiza al 124). Debidamente efectuada esta extensión, dichas restricciones resultarán de obligado cumplimiento para el pretendido adquirente, por cuanto las mismas le serán cognoscibles gracias a su publicidad registral¹⁰¹⁴. La finalidad de la restricción en este ámbito es clara: “*extiende a la ejecución forzosa la eficacia del principio vigente para las sociedades personalistas, en virtud del cual la condición de socio no puede transmitirse sin el consentimiento unánime de todos los demás componentes de la sociedad*”¹⁰¹⁵, principio que deberá ser obviamente moderado en el caso de las sociedades capitalistas, si bien las empresas familiares articuladas como tales siguen precisando mantener una importante atención hacia los aspectos personales del socio.

Es preciso destacar que se produce en estos supuestos una colisión de intereses que no se pueden omitir: por un lado, el interés de la sociedad de mantener la composición subjetiva de su capital; por el otro, el interés del acreedor de resarcirse de una prestación debida y no satisfecha¹⁰¹⁶, interés protegido además por el carácter imperativo que reviste el apremio¹⁰¹⁷. Ambos intereses, plenamente legítimos, deben conjugarse de modo que la defensa de uno no conlleve el perjuicio del otro y, en lo relativo a nuestro objeto de estudio, el problema que se plantea es el impacto que una transmisión forzosa podría tener sobre la composición del capital, por cuanto la inclusión como socio del rematante o adjudicatario iría en contra del carácter *intuitus personae* del que la mercantil¹⁰¹⁸ se habrá dotado en atención a su carácter familiar. Y esa defensa del carácter personalista de la sociedad va en contra, lógicamente, del interés objetivo del ordenamiento de garantizar el cumplimiento de las obligaciones mediante la ejecución patrimonial del deudor, sin que convencionalmente pueda éste sustraer bien alguno¹⁰¹⁹. Por este motivo, las restricciones a la transmisión forzosa quedan sometidas a los condicionantes que a continuación señalaremos y que pivotan sobre dos grandes elementos que, *mutatis mutandi*, son los mismos que en el caso de las restricciones a la transmisión *mortis causa*: la garantía de su publicidad y la satisfacción (sustitutiva) del ejecutante. Esta

¹⁰¹⁴ VÁZQUEZ GARCÍA, R. J.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 374.

¹⁰¹⁵ BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a...*, ob. cit., pág. 188.

¹⁰¹⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen I, ob. cit., pág. 521.

¹⁰¹⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Régimen de los...”, ob. cit., pág. 199.

¹⁰¹⁸ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “Las cláusulas estatutarias...”, ob. cit., págs. 10.226-10-228.

¹⁰¹⁹ RECALDE CASTELLS, A.: “Artículo 64. Supuestos especiales”, ob. cit., pág. 631.

necesaria satisfacción del ejecutante puede llegar además por dos vías: la del rescate o la de la amortización, a las que nos referiremos a continuación.

El régimen de transmisión forzosa de las acciones está recogido en el artículo 125 de la LSC, que reproduce *grosso modo* lo previsto ya en el artículo 64.2 de la derogada LSA y que, como dicho precepto, se limita a remitirse al régimen previsto para las transmisiones *mortis causa*. En consecuencia, no presenta particularidad alguna respecto a lo expuesto ya en el epígrafe anterior en relación a sociedades anónimas. Se establece de este modo un mecanismo de doble transmisión en estos supuestos: la primera, la que verifica el rematante o adjudicatario; la segunda, el derecho de rescate frente a dicho rematante o adjudicatario¹⁰²⁰.

La regulación de la transmisión forzosa de las participaciones lo encontramos en el artículo 109 de la LSC, que reproduce sin modificación alguna las normas previstas ya en el derogado artículo 31 de la LSRL, que introdujo un mecanismo minuciosamente regulado y totalmente nuevo en nuestro Derecho, rompiendo lo establecido en la LSRL de 1953 y en la LSA de 1989¹⁰²¹. A diferencia del citado artículo 125 de la LSC, que se remite sin más a la regulación de los supuestos *mortis causa*, en el caso del 109 encontramos una regulación precisa de un mecanismo que, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, no puede reproducir el previsto para las transmisiones *mortis causa*, en las que el heredero o legatario es a priori socio, pudiéndosele impedir serlo si existen ciertas previsiones estatutarias y si hay socios o terceros dispuestos a ejecutarlas. Un sistema que resulta además más simple que el seguido en sociedades anónimas y que permite, por tanto, el ahorro de costes¹⁰²².

En el caso del artículo 109, el mecanismo no es a posteriori –como ocurre con las acciones- sino a priori, de modo que se interrumpe el trámite procesal¹⁰²³: antes de la adjudicación, se deja en suspenso la aprobación del remate y la adjudicación de las participaciones embargadas, de modo que cualquier socio y también la sociedad –aunque en su caso, sólo si así está previsto en los estatutos-, puedan ejercer un derecho de adquisición preferente frente al rematante o adjudicatario. Es preciso remarcar, además, que ni siquiera el hecho de que el rematante fuera ya socio le permitiría eludir el régimen legal, puesto que los derechos de los demás socios deberían ser igualmente respetados, por lo

¹⁰²⁰ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 125. Transmisiones forzosas”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 1.004.

¹⁰²¹ BARBA DE VEGA, J.: “Régimen de las...”, ob. cit., pág. 290.

¹⁰²² ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Artículo 31. Régimen de la transmisión forzosa”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentarios a la...*, ob. cit., pág. 362.

¹⁰²³ PERDICES HUETOS, A.: “Artículo 109. Régimen de la transmisión forzosa”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 901.

que también en este caso se produciría la suspensión de la aprobación del remate o de la adjudicación de esas participaciones¹⁰²⁴.

Al margen de estas opciones de rescate o de derechos de adquisición preferente, cabe también la posibilidad de amortizar las acciones o participaciones sujetas a embargo, consecuencia de lo cual se sustituyen en la ejecución los títulos embargados por su valor líquido, lo cual no supone una sustitución del objeto de embargo (cosa que requeriría el consentimiento del acreedor ejecutante), sino una realización –si se quiere particular- de los títulos embargados¹⁰²⁵. La consecuencia lógica sobre la sociedad será que, en estos casos, se producirá una reducción del capital social por el importe de las participaciones amortizadas.

Asimismo, cabría incluso la incorporación a los estatutos de un modo peculiar de cláusula restrictiva que, a modo de cláusula de obligación de enajenar¹⁰²⁶, obligase al socio a transmitir sus acciones o participaciones en el momento en que éstas fueran embargadas. Esta transmisión no incumpliría la garantía que supone el embargo porque el nuevo titular de la participación debería satisfacer en la adquisición el valor del crédito del ejecutante, con lo que éste obtendría el pago¹⁰²⁷ y el enajenante percibiría, si existiera, el resto del precio que excediera del importe de la ejecución.

Finalmente, es preciso hacer una breve mención al precio de las acciones o participaciones en caso de ejecución forzosa. A diferencia de los supuestos *inter vivos* o *mortis causa*, en que el precio guarda relación con el valor real de los títulos, en el caso de estas transmisiones se está al importe del remate. Esta opción legislativa de 1995¹⁰²⁸ fue criticada en su momento, al señalar que las ejecuciones no acostumbra a permitir obtener el valor más equitativo por los bienes ejecutados, si bien se entendió finalmente que el socio ejecutado tuvo durante todo el proceso la opción de rescatar sus títulos¹⁰²⁹ y, si no la ejerció, no corresponde al Derecho de sociedades ofrecerle una protección que él mismo no se preocupó de asegurarse para sí. Por otro lado, entiende la doctrina que el valor del remate no tiene por qué estar alejado del valor real y, sobre todo, remarca que cualquier cláusula estatutaria que estableciera otro modo de

¹⁰²⁴ BARBA DE VEGA, J.: “Régimen de las...”, ob. cit., pág. 291.

¹⁰²⁵ PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 505.

¹⁰²⁶ Vid. epígrafe 5.1.4.4.

¹⁰²⁷ PERDICES HUETOS, A.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 505.

¹⁰²⁸ El artículo 31.3 de la LSRL de 1995 introdujo la mención expresa al valor del remate, mención que no se contenía en el 64.2 de la LSA de 1989. La LSC ha reproducido el esquema de las normas que derogó: así, el artículo 109.3 prevé que el valor de las participaciones sea el del remate, mientras que el 125 prevé que el de las acciones sea, por remisión al artículo 124.2, el valor razonable determinado por un auditor. La práctica, sin embargo, ha hecho extender el régimen previsto para las participaciones a la ejecución forzosa de acciones.

¹⁰²⁹ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo I, ob. cit., pág. 370.

valorar el título iría en contra del principio de responsabilidad universal, toda vez que vulneraría normas procesales de carácter imperativo¹⁰³⁰.

5.2. Protocolo y órganos de gobierno de la empresa familiar.

El gobierno de la empresa familiar supone el mayor reto que se plantea a los estudiosos del *Corporate Governance*, por cuanto es una cuestión que no puede resolver el legislador por sí solo: no basta con la promulgación de reglas de obligado cumplimiento, sino que “*es necesaria una concepción integral del Derecho, que obliga a tener en cuenta hechos, normas y valores*”¹⁰³¹. Esto hace que figuras como el protocolo, en tanto que ejemplos de autorregulación basada en elementos personales y relaciones familiares, resulten especialmente importantes.

La empresa familiar, como ya se ha expuesto en el presente estudio¹⁰³², es el resultado de aunar dos dimensiones, empresa y familia, consecuencia de lo cual se trata de una realidad específica que necesitará, por tanto, un régimen de gobierno particular. Fruto de ello, el gobierno de la empresa familiar tiene como objetivo principal “*limitar y resolver los problemas ocasionados por el conflicto de intereses que surge entre los diferentes colectivos implicados directa o indirectamente en la actividad de la empresa*”¹⁰³³, es decir, articular un mecanismo en que se conjuguen adecuadamente los intereses no siempre coincidentes –y en ocasiones hasta divergentes- de todos aquéllos que participan en la sociedad mercantil y en la familia¹⁰³⁴.

Por este motivo, será frecuente encontrar empresas familiares cuyo gobierno está encomendado a un doble conjunto de órganos: los societarios (junta y administración) y los familiares (órganos *ad hoc* como el consejo de familia, la asamblea familiar y los distintos comités específicos). Precisamente, la existencia de estos últimos de los órganos *ad hoc* de la empresa familiar, son un indicador de que ésta ha alcanzado su madurez¹⁰³⁵ como tal, de modo que se establece “*una doble estructura –societaria y extrasocietaria- que responde al ámbito*

¹⁰³⁰ RECALDE CASTELLS, A.: “Artículo 64. Supuestos especiales”, ob. cit., pág. 633.

¹⁰³¹ VICENT CHULIÀ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 35.

¹⁰³² Vid. apartado 2.1.

¹⁰³³ MOLINA MANCHÓN, H./RIENDA GARCÍA, L.: “Órganos de gobierno de la empresa familiar (I)”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la...*, ob. cit., págs. 230-231.

¹⁰³⁴ Conviene traer a colación, a este respecto, el modelo de los tres círculos de TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of...”, ob. cit., pág. 201.

¹⁰³⁵ Para un análisis del proceso de madurez en la empresa familiar, vid. TÀPIES LLORET, J.: “De empresa familiar a familia empresaria”, en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 63/2005, págs. 18-25.

dual –familiar y empresarial- que es específico de la empresa familiar”¹⁰³⁶. En relación, precisamente, a ese mayor grado de madurez que se observa en una sociedad mercantil de carácter familiar que disponga de órganos propios de gobierno, podemos situar a dicha sociedad en el estadio más avanzado de la siguiente división en categorías, según el grado de participación de la familia empresaria en su gestión¹⁰³⁷:

- Empresa de trabajo familiar: aquélla en que los miembros de la familia ocupan puestos de trabajo en todos sus niveles, desarrollando en la misma cualquier tipo de tarea.
- Empresa de dirección familiar: aquélla en que los miembros de la familia ocupan únicamente puestos de administración o alta dirección.
- Empresa de gobierno familiar: aquélla en que los miembros de la familia sólo llevan a cabo tareas de gobierno (más supervisoras que ejecutivas), dejando la gestión y dirección cotidiana en manos de profesionales ajenos al círculo familiar.

Evidentemente, a los efectos del presente estudio, interesan especialmente la segunda y la tercera categorías, que son aquéllas en que la cultura de empresa familiar parece más desarrollada y en las que, por tanto, es previsible que el protocolo haya establecido reglas concretas en lo relativo al gobierno de la sociedad.

Dedicaremos los epígrafes siguientes a analizar brevemente cómo operan los órganos societarios ordinarios en el seno de las empresas familiares y, también, cómo lo hacen los órganos *ad hoc*. Sin embargo, antes de entrar de lleno en cada una de estas dos categorías, consideramos oportuno hacer un comentario acerca del modo en que pueden coordinarse una y otra.

Podemos señalar que la compatibilización o coordinación de dos tipos distintos de órganos de gobierno al frente de una misma sociedad mercantil nos sitúa en el ámbito de la administración dual¹⁰³⁸, es decir, la que presenta una estructura bicéfala al frente de dicha sociedad. Estructura de gran tradición en Alemania¹⁰³⁹ y apenas existente en nuestro ordenamiento (de tradición monista), donde ha llegado sólo a través de un tipo social concreto como es la sociedad anónima europea.

¹⁰³⁶ SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, V.: “El gobierno de...”, ob. cit., pág. 165.

¹⁰³⁷ TÀPIES LLORET, J.: “De empresa familiar a familia empresaria”, en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 63/2005, pág. 21.

¹⁰³⁸ Vid. epígrafe 2.1.2.4.

¹⁰³⁹ La bicefalia en las sociedades alemanas se ha estructurado tradicionalmente en torno a un órgano ejecutivo, la Dirección, y un órgano supervisor, el Consejo de Vigilancia (ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno y...”, ob. cit., pág. 563).

El sistema dual se diferencia del monista en la coexistencia de órganos distintos que, además, tienen encomendadas funciones distintas y que no pueden intercambiarse: así, mientras en un modelo monista el órgano de administración concentra toda la responsabilidad de dirección de la empresa, en el dual se atribuye al consejo de control la tarea de supervisión y se le prohíbe acceder a la gestión, haciendo la atribución inversa al órgano de dirección¹⁰⁴⁰.

El artículo 478 de la LSC, que introduce en nuestra legislación societaria la opción del órgano dual para la sociedad anónima europea, utiliza la terminología de “consejo de control” y de “dirección” para referirse a los dos tipos de órganos que coexistirán al frente de la mercantil, siendo importante no confundir a los miembros de ese órgano de “dirección” con “directores” dependientes de la administración, por cuanto en este caso son ellos los administradores¹⁰⁴¹. Por su ubicación sistemática (Capítulo IV del Título XIII de la LSC), este precepto, que permite la elección entre cualquiera de los dos sistemas –monista o dual- a la hora de configurar la administración de una sociedad anónima europea, sólo es aplicable a ésta, aun cuando la doctrina ha destacado que podemos encontrarnos ante una introducción de carácter experimental en nuestro Derecho de un modelo dual que, a medio o largo plazo, se haga extensible al resto de tipos sociales, como está ocurriendo en otros países de nuestro entorno como Francia, Italia o Portugal¹⁰⁴².

Al referirnos a esta norma, no pretendemos señalar que se deban articular todas las empresas familiares como sociedades anónimas europeas –opción que no estaría justificada por el mero hecho de optar al sistema dual de administración-, sino que nos interesa resaltar dos cuestiones: por un lado, el paralelismo entre la administración dual de este tipo social y la coexistencia de órganos societarios ordinarios y órganos *ad hoc* en las empresas familiares; por el otro, la conveniencia de que un mecanismo como el que ahora se reserva para la anónima europea pueda extenderse, en una futura codificación mercantil o societaria a los restantes tipos existentes en nuestro Derecho.

En este sentido, las funciones que pueden llevar a cabo órganos *ad hoc* de la empresa familiar como, por ejemplo, el consejo de familia, bien pueden encajar con el modelo de consejo de vigilancia que tan implantado se encuentra en ordenamientos como el alemán, en el que es constante el esfuerzo legislativo por ampliar las competencias y responsabilidades de un organismo llamado a

¹⁰⁴⁰ ESTEBAN VELASCO, G.: “Administración y control. Sección primera: El sistema dual”, en ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coords.): *La sociedad anónima europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 533.

¹⁰⁴¹ ESTEBAN VELASCO, G.: “Artículo 478. Órganos del sistema dual”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo II, ob. cit., págs. 3.185-3.186.

¹⁰⁴² RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 49-50.

tener gran trascendencia en términos de buen gobierno¹⁰⁴³. De hecho, no cabe olvidar que es en el marco de los estudios y trabajos desarrollados en la Unión Europea en materia de gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa donde encuentra su génesis el estatuto de la sociedad anónima europea¹⁰⁴⁴, aunque no puede omitirse que el sistema monista puede presentar también sus ventajas: cuando un único órgano tiene la responsabilidad sobre la gestión, resulta lógico que aplique las medidas pertinentes de control¹⁰⁴⁵. En todo caso, la consideración que los órganos propios de la empresa familiar pueden tener como comités consultivos y/o supervisores resulta evidente para la doctrina¹⁰⁴⁶, aun cuando el legislador se resista a exponerlo claramente¹⁰⁴⁷.

5.2.1. Particularidades de los órganos sociales.

Los órganos sociales de una empresa familiar comparten la misma naturaleza que los órganos sociales de cualquier otra sociedad mercantil. Con las particularidades que correspondan según el tipo elegido, se articulan de idéntico modo al que lo harían en empresas que no revistieran la condición de familiar. Por lo tanto, necesariamente deberán contar con los dos órganos que nuestra legislación societaria señala como inexcusables: la junta general (artículo 159 y ss. de la LSC) y el órgano de administración (artículo 209 y ss. de la LSC). No cabe desconocer, con todo, que la realidad de las empresas familiares de reducida dimensión está presidida por un antiformalismo que, a la práctica, supondrá una actuación indiferenciada entre junta y administración, sobre todo cuando la totalidad de los socios sean también administradores¹⁰⁴⁸, lo cual dará lugar a situaciones en que la estructura organizativa prevista por nuestra LSC no sea en realidad más que una mera apariencia formal. En todo caso, debe tenerse presente que el gobierno de una sociedad mercantil es el resultado de la distribución de poder en su seno, así como de las influencias,

¹⁰⁴³ ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno y...”, ob. cit., pág. 566.

¹⁰⁴⁴ ESTEBAN VELASCO, G.: “Administración y control...”, ob. cit., págs. 526-527.

¹⁰⁴⁵ PAZ-ARES, C.: “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en AAVV: *Derecho de sociedades*, volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1.810.

¹⁰⁴⁶ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 79.

¹⁰⁴⁷ En la Exposición de Motivos del RD 171/2007, se advierte que la regulación de los comités consultivos “*en nada inciden en el binomio monista-dual*”, introducido en España de forma limitada para la sociedad anónima europea.

¹⁰⁴⁸ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Algunas reflexiones sobre la crisis de la junta de las sociedades de capital”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de derecho...*, ob. cit., pág. 474.

recomendaciones o imposiciones externas (en nuestro caso, por ejemplo, de la familia empresaria) a las que se ve sometida¹⁰⁴⁹.

Adicionalmente, podrán contar también con los órganos potestativos que permite nuestro ordenamiento, como el consejero delegado (artículo 249 de la LSC), y muy especialmente el comité consultivo que prevén los artículos 124.2.d y 185.3.d del RRM, que fueron introducidos precisamente mediante el RD 171/2007. Estos comités pueden definirse como *“verdaderos órganos estatutarios autónomos, distintos de la junta general y del consejo de administración pudiendo estar integrados, por ejemplo, por vocales independientes no miembros del consejo de administración”*¹⁰⁵⁰. Los citados preceptos del RRM contemplan incluso que dichos comités consultivos puedan denominarse específicamente como *“familiares”*, posibilidad sin duda tributaria de su origen en el seno del RD 171/2007.

La existencia de este tipo de comités será muy recomendable en las sociedades de carácter familiar, donde deberán estar configurados en los estatutos y orientados a proteger los intereses sociales¹⁰⁵¹. Operarán así como un tipo peculiar de órgano de asesoramiento –y hasta cierto punto de control- que, sin tener la condición de órgano supervisor que tendrían en un sistema de administración dual, se sitúan un eslabón por encima de los órganos *ad hoc* de la empresa familiar, por cuanto tienen (a diferencia de estos últimos) configuración estatutaria y, por ello, reconocimiento como órganos societarios.

Y adicionalmente aún a todo lo expuesto, la empresa familiar podrá contar también con órganos propios como la asamblea familiar o el consejo de familia, los llamados órganos *ad hoc* a los que nos referiremos más adelante. Todo ello es consecuencia de la necesidad de diseñar una estructura que permita el control y la toma de decisiones en la empresa desde el doble prisma del negocio mercantil y del interés familiar, lo cual da lugar a estructuras con mayor complejidad organizativa de las que presentaría una sociedad mercantil no familiar¹⁰⁵². De todo ello podemos concluir que *“el gobierno de la empresa familiar tiene una constitución dual”*, al agrupar los órganos tradicionales societarios y los propios o *ad hoc*¹⁰⁵³.

Pero al margen de la posibilidad de que la empresa familiar se dote de estos órganos –generales para todas las mercantiles, pero concebidos en el marco concreto de la preocupación por la empresa familiar-, así como al margen

¹⁰⁴⁹ PÉREZ CARRILLO, E.: “Simplificación en la organización y funcionamiento de los órganos sociales: junta general de socios y consejo de administración”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho...*, ob. cit., pág. 351.

¹⁰⁵⁰ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 78.

¹⁰⁵¹ DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 22.

¹⁰⁵² MEROÑO CERDÁN, A. L./JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D.: “El negocio familiar...”, ob. cit., pág. 129.

¹⁰⁵³ OLCESE SANTONJA, A.: “Buen gobierno y...”, ob. cit., pág. 95.

de que se dote de órganos específicos por la vía del protocolo, los órganos societarios ordinarios (junta y administración) presentan diversas particularidades también cuando operan en las sociedades que son objeto del presente estudio. Por este motivo, dedicaremos los epígrafes siguientes a analizar dichas particularidades.

Antes de ello, sin embargo, resulta conveniente apuntar que uno de los principales problemas con que se enfrentan las empresas familiares en este terreno, sobre todo cuando se encuentran en sus momentos iniciales, es la inexistencia de una verdadera estructura de gobierno articulada mediante los órganos pertinentes. A menudo, la existencia de los órganos sociales acaba siendo una mera formalidad, mientras en la práctica *“se confunden los papeles de propietario y gestor de la empresa, es decir, gobierno y dirección, y se perjudica el buen gobierno de la misma”*¹⁰⁵⁴. Es decir, la familia empresaria se acaba convirtiendo en un ente que controla gestión y propiedad (lo que podríamos equiparar a órgano de administración y junta general) de una forma omnicompreensiva que, a la práctica, impide que cada una de estas esferas sea tratada como resultaría más conveniente.

Para evitar este tipo de situaciones, es preciso que la empresa familiar se dote de los órganos sociales (e incluso de los órganos *ad hoc*) y respete las funciones de cada uno de ellos, por cuanto todos ellos podrán jugar en su conjunto, cada uno desde la vertiente que le corresponda, un importante papel en la ordenación de la sucesión al frente de la sociedad cuando llegue el momento de abordarla¹⁰⁵⁵.

5.2.1.1. La junta general.

La junta general se ha venido considerando tradicionalmente el órgano soberano¹⁰⁵⁶ de la sociedad mercantil, definido siempre con cierta solemnidad por parte de la doctrina, que lo describe como *“el máximo instrumento de formación y expresión de la voluntad social, el órgano encarnador del poder supremo, cuyos acuerdos, tomados por simple mayoría, obligan a todos, administradores y accionistas, incluso a los ausentes y a los que hayan votado en contra”*¹⁰⁵⁷. Esta

¹⁰⁵⁴ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, J. A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 180.

¹⁰⁵⁵ MOLINA MANCHÓN, H./RIENDA GARCÍA, L.: “Órganos de gobierno...”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la...*, ob. cit., pág. 247.

¹⁰⁵⁶ En estos términos lo expresa la STS 1123/2002, de 22 de noviembre: *“El órgano soberano de la sociedad anónima es la Junta de accionistas; ésta, que no tiene enumeradas en la Ley sus concretas funciones, puede afirmarse que es el órgano máximo de gobierno”*.

¹⁰⁵⁷ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J.M.: “La junta general de accionistas”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen general de las sociedades mercantiles*, tomo V, Civitas, Madrid, 1992, pág. 19.

conceptualización de la junta como máximo foro de expresión de la voluntad social¹⁰⁵⁸ ha generado desde antiguo un debate doctrinal acerca de la jerarquía de los órganos sociales, entre quienes sostienen que la junta general goza de soberanía total, siendo los administradores sus meros mandatarios, y quienes consideran que existe un ámbito de autonomía de los administradores que la junta no puede invadir¹⁰⁵⁹. Se trata de una discusión más teórica que práctica, aunque es preciso remarcar que el legislador no ha ayudado a esclarecer al compatibilizar normas que impiden limitar las facultades de los administradores¹⁰⁶⁰, por un lado, y normas que les someten a la voluntad de la junta, por el otro¹⁰⁶¹. Pero, además, junto a este debate doctrinal sobre la organización jerárquica de los órganos sociales, ha surgido más recientemente otro acerca de la conveniencia de mantener, en nuestro sistema actual, un órgano como la junta general: para unos, un elemento indispensable en la sociedad mercantil; para otros, sólo un vestigio del pasado¹⁰⁶². Las sociedades unipersonales, sin duda, han venido a poner especialmente de manifiesto la posible crisis del modelo tradicional de la junta como órgano social¹⁰⁶³.

En todo caso, no puede discutirse, *lege lata*, que la junta sea el órgano al que compete tomar las decisiones estructurales fundamentales para la sociedad mercantil, dentro de su determinado marco de competencias, del que establece una relación expresa (aunque no limitativa) el artículo 160 de la LSC. La junta, por tanto, toma las decisiones que marcarán el substrato organizativo de la sociedad mercantil como máxima expresión de la autonomía de la voluntad consensuada entre los socios, bien sean éstos una pluralidad, bien exista un socio único o, incluso, un socio preponderante, entendido como aquél que dispone de derechos de voto suficientes para, por sí solo, adoptar acuerdos aunque no cuente con el apoyo de los demás socios¹⁰⁶⁴. Y ello porque los votos van vinculados al capital, como establece el artículo 188 de la LSC (con mayores posibilidades de alteración en la sociedad de responsabilidad limitada que en la

¹⁰⁵⁸ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Sindicatos de accionistas”, en *AAMN*, tomo IX, 1957, pág. 65.

¹⁰⁵⁹ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo III, ob. cit., pág. 479.

¹⁰⁶⁰ El artículo 234 de la LSC declara la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación, incluso si se halla inscrita en el Registro Mercantil. Precisamente, para evitar este tipo de situaciones, el artículo 185.6 del RRM proscribía la inscripción de enumeraciones de sus facultades, para evitar que la omisión de alguna facultad conllevara la creencia –errónea– de que no la tienen.

¹⁰⁶¹ El artículo 161 de la LSC establece la facultad de la junta para impartir instrucciones a los administradores. La doctrina resalta el carácter plenamente vinculante de estas instrucciones, que los administradores no podrán incumplir (GARCÍA VIDAL, A.: *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 37-38).

¹⁰⁶² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Algunas reflexiones sobre...”, ob. cit., págs. 471-472; VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 72.

¹⁰⁶³ PÉREZ CARRILLO, E.: “Simplificación en la...”, ob. cit.,; pág. 358; SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general...*, ob. cit., págs. 38-39.

¹⁰⁶⁴ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J. L.: “La Sociedad de responsabilidad limitada. Órganos sociales: I. La junta general de socios”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, ob. cit., pág. 1.220.

anónima), sin perjuicio de la posibilidad de establecer dobles mayorías por cómputo de capital y de personas en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, *ex* artículo 200.2 de la LSC, cuando así se recoja en sus estatutos¹⁰⁶⁵.

La toma de decisiones se rige, pues, por el principio mayoritario, en virtud del cual todos los socios aceptan “*la emanación normativa vicarial o delegada en la mayoría*”¹⁰⁶⁶, de modo que la formación de cualquier acuerdo de junta viene predeterminada por la mayoría de votos emitidos respecto a un determinado asunto¹⁰⁶⁷. Dicho principio mayoritario es la regla general¹⁰⁶⁸, pero no absoluta: en determinados acuerdos, se exige el consentimiento de determinados socios afectados por la medida que se vaya a adoptar o, incluso, el consentimiento de todos ellos¹⁰⁶⁹.

En el caso de una empresa familiar, la junta general se distinguirá de otros órganos (societarios o *ad hoc*) por el perfil de sus integrantes: a priori, tendrán cabida en la misma los miembros de la familia que tengan condición de accionistas (en la anónima) o socios (en la limitada) y no así los restantes miembros de la familia¹⁰⁷⁰, que quedarán al margen por tanto de la decisión acerca de los asuntos propios de la sociedad. Al margen por lo menos de forma directa, sin perjuicio de los sindicatos de voto que al respecto existan y a los que nos referiremos más adelante¹⁰⁷¹, mediante los que podrán tener en su caso cierta influencia indirecta en las resoluciones que adopte la junta.

Reiterando una vez más que la empresa familiar no es un tipo social específico y que, por tanto, queda sometido a las reglas generales societarias que sean de aplicación al tipo en su caso elegido, la junta de una sociedad mercantil familiar no reviste particularidades en cuanto a su régimen en

¹⁰⁶⁵ Las mayorías subjetivas o de personas se admiten en la sociedad de responsabilidad limitada pero nunca de forma exclusiva, sino teniendo que combinarse siempre con mayorías referidas al capital, que son mayorías objetivas o cuantitativas (MARTÍNEZ NADAL, A.: *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 115). Algunos autores consideran que cabría extender esta posibilidad también a las anónimas, aunque no ha sido ése el camino que el legislador ha seguido en las distintas reformas (VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de...*, ob. cit., pág. 308).

¹⁰⁶⁶ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 278.

¹⁰⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO, J.: *La junta general...*, ob. cit., pág. 61.

¹⁰⁶⁸ Esto da lugar en ocasiones a hablar de la “*tiranía de la mayoría*”, aunque determinados derechos que concede la legislación societaria a los socios permiten, en función del posible abuso que se haga de los mismos, hablar también de “*tiranía de la minoría*”. Sobre esta cuestión, vid. POLO, E.: “Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, ob. cit., págs. 2.269-2.293. El encaje entre intereses y derechos de mayoría y minoría ha sido objeto de estudio por doctrinas como la italiana, de la que podemos destacar a GALGANO, F.: *Il contratto di...*, ob. cit., págs. 50-57.

¹⁰⁶⁹ MADRAZO, J.: “La junta general”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 302.

¹⁰⁷⁰ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 72.

¹⁰⁷¹ Vid. epígrafe 5.2.1.1.2.

materias como la convocatoria, el desarrollo, la representación, las mayorías, etc. No obstante, consideramos que existen particularidades en el desarrollo concreto de esas reglas generales que afectan, sobre todo, a la formación de las mayorías en las juntas de este tipo de empresas. Por este motivo, dedicaremos los dos epígrafes siguientes a elementos que pueden alterar dichas mayorías, sin perjuicio de que pueda dejarse apuntado que también cuestiones como la convocatoria o la constitución de la junta revista en las empresas familiares alguna particularidad que convendrá tener presente¹⁰⁷².

5.2.1.1.1. Alteraciones en el principio de proporcionalidad del voto.

La doctrina mercantilista ha reseñado que la adopción de acuerdos mediante el principio mayoritario en la junta no parte de la convicción de que la *major pars* sea la *melior pars*, sino que se funda en la necesidad práctica de formar la voluntad social por un camino que no sea el de la unanimidad¹⁰⁷³, al entender que esto último supondría un evidente riesgo de paralización de la sociedad¹⁰⁷⁴: el principio mayoritario se configura, por tanto, como una alternativa que el Derecho admite para favorecer la adopción de acuerdos en las colectividades¹⁰⁷⁵. Sin embargo, lo cierto es que nuestra legislación societaria contiene distintas normas que parecen encaminadas a dotar de cierta protección el criterio *melior pars* o, por lo menos, corregir el eventual abuso que la mayoría pudiera aplicar sobre la minoría, evitando de este modo que la marcha de la sociedad quede sometida únicamente a la voluntad de los llamados *accionistas de bloqueo*¹⁰⁷⁶. Normas que, en definitiva, permiten romper la proporcionalidad directa entre capital y derechos de voto, es decir, escapar al principio “*una acción, un voto*”, que ya desde el principio reveló las dificultades de una aplicación práctica demasiado estricta¹⁰⁷⁷.

En sede de sociedades anónimas, por ejemplo, se permite limitar estatutariamente el número máximo de votos que un mismo accionista o sociedades vinculadas a un mismo grupo pueden emitir (artículo 188.3 de la LSC), lo cual supone la única vía, en dicho tipo de sociedades, de romper la proporcionalidad entre el valor nominal de las acciones y el derecho de voto. En

¹⁰⁷² Para un completo estudio de la cuestión, QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., págs. 62-70.

¹⁰⁷³ MARTÍNEZ NADAL, A.: *El principio mayoritario...*, ob. cit., pág. 28.

¹⁰⁷⁴ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 311.

¹⁰⁷⁵ OLIVENCIA RUIZ, M.: “Algunas cuestiones sobre el derecho de voto en la sociedad anónima”, en *AAMN*, tomo XVII, 1972, pág. 270.

¹⁰⁷⁶ PÉREZ CARRILLO, E.: “Simplificación en la...”, ob. cit., pág. 367.

¹⁰⁷⁷ GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Una acción, un voto: el principio de proporcionalidad de capital y control en la Unión Europea”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de derecho...*, ob. cit., pág. 278.

anónimas que revistan carácter cerrado, como las empresas familiares, esta limitación estatutaria tendrá su razón de ser en tratar de “consagrar el statu quo en la participación accionarial y, en consecuencia, en la distribución del poder político dentro de la sociedad”¹⁰⁷⁸, de modo que dicha distribución obedezca a la voluntad conjunta de los fundadores o de sus sucesores y no a los efectos de eventuales transmisiones de capital. Por su parte, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, donde las posibilidades de alteración de la proporcionalidad entre valor nominal y derechos de voto son más amplias, se permite el denominado “voto plural”, que da lugar a la toma de decisiones sobre la base de criterios distintos a la distribución pecuniaria del capital¹⁰⁷⁹.

Asimismo, tanto en un tipo social como en el otro, existe la posibilidad de emitir títulos sin derecho de voto, una vez que la LSLNE introdujo esta posibilidad mediante la incorporación del artículo 42 bis de la LSRL (hoy 98 de la LSC), dando respuesta así a las peticiones que en tal sentido había efectuado la doctrina¹⁰⁸⁰, que pedía que esta posibilidad que existía ya en las sociedades anónimas tuviera también cabida en las de responsabilidad limitada.

Dedicaremos los epígrafes siguientes a analizar brevemente todas estas posibilidades directas de alterar la proporcionalidad en la junta general y, posteriormente, la posibilidad de hacerlo indirectamente, es decir, a través de un sindicato de voto.

5.2.1.1.1.1. Límite máximo de los derechos de voto.

La limitación de un número máximo de votos tiene una importante tradición en nuestro Derecho: se encontraba ya en la LSA de 1989, concretamente en su artículo 105.2, cuya dicción era la misma que se contiene en el actual artículo 188.3 de la LSC, con la salvedad de que éste excluye, en este momento, la posibilidad de que dicha limitación opere en sociedades cotizadas; pero con carácter previo todavía, se encontraba ya en el artículo 38.2 de la LSA de 1951¹⁰⁸¹. A pesar de ello, su inclusión en la LSA de 1989 se produjo en el marco de una enconada polémica doctrinal en toda Europa acerca de su validez, debiendo destacarse –en lo que a empresas familiares se refiere– que estas limitaciones sirvieron para introducir elementos de personificación en las sociedades anónimas, reduciendo así su estricto carácter capitalista en la

¹⁰⁷⁸ CURTO, M. M.: “Artículo 188. Derecho de voto”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 1.343.

¹⁰⁷⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 71.

¹⁰⁸⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La empresa familiar...”, ob. cit., págs. 392-393.

¹⁰⁸¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, tomo I, ob. cit., pág. 639.

adopció de acuerdos¹⁰⁸². Desde esta perspectiva, por tanto, podemos afirmar que la medida servía para adecuar un poco más el tipo social de la anónima a los intereses que, en un principio, serían más propios de una empresa familiar.

El debate doctrinal se ha mantenido vivo hasta el año 2010, cuando se produjo la última modificación del artículo 105.2 de la LSA que ahora se ha mantenido en la LSC. Fue mediante la Ley 12/2010, de 30 de junio¹⁰⁸³, cuya Disposición Final Quinta introdujo la prohibición de establecer limitaciones a los derechos de voto en sociedades cotizadas, “*en las que serán nulas de pleno derecho las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, establezcan dicha limitación*”. En aquel momento, de hecho, se llegó a plantear la supresión para todas las sociedades anónimas de la posibilidad de restringir los derechos de voto, como proponía una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, en un momento en que importantes empresas españolas (como Iberdrola o Repsol) estaban viviendo intensas pugnas en el control de sus respectivos capitales¹⁰⁸⁴.

En todo caso, tras la entrada en vigor de la LSC de 2010, la regulación se mantiene en el sentido impuesto por la Ley 12/2010: las limitaciones a los derechos de voto no son válidas en sociedades cotizadas pero sí lo son en cualquier otra sociedad anónima¹⁰⁸⁵. A pesar de ello, es preciso interpretar el precepto en un sentido restringido que tenga como principal finalidad evitar abusos de la mayoría, pero sin que ello pueda llegar al extremo de desnaturalizar la estructura capitalista de dicho tipo social, es decir, sin que sea válida “*cualquier limitación de voto que de hecho llegase a sustituir el principio real o capitalista (voto por participación en el capital) por el principio personal o viril (voto por cabezas)*”¹⁰⁸⁶. No puede utilizarse este precepto, por tanto, para alterar el régimen propio de la sociedad anónima pero, sin embargo, resulta evidente que puede dotarla de unos tintes personalistas que la acercarán más a las necesidades de una familia empresaria a la hora de configurar su sociedad mercantil. En este sentido, la ejecución práctica del precepto se ha venido traduciendo en dos grandes posibilidades: una, la atribución de un único voto a

¹⁰⁸² RECALDE CASTELLS, A.: “Artículo 105. Limitaciones de los derechos de asistencia y voto”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentarios a la...*, volumen II, ob. cit., págs. 1.027-1.028.

¹⁰⁸³ Esta Ley reformaba la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la LMV y la LSA.

¹⁰⁸⁴ SÁEZ LACAVE, M. I.: “¿Por qué prohibir las restricciones del derecho de voto?”, en *Indret*, núm. 2/2010, págs. 3-4.

¹⁰⁸⁵ Después de distintas reformas durante los años 2011 y 2012, la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones en sociedades de capital introdujo en su Disposición Adicional Primera una modificación del artículo 188.3 de la LSC, que permite la limitación estatutaria del número de votos en sociedades anónimas no cotizadas, así como una modificación del artículo 527 de la propia LSC, que prohíbe dichas cláusulas “*cuando tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del capital que confiera derechos de voto, salvo que dicho oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado*”.

¹⁰⁸⁶ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J.M.: “La junta general...”, tomo V, ob. cit., pág. 188.

un número determinado de acciones; la otra, el establecimiento de un número máximo de votos a emitir por cada accionista¹⁰⁸⁷.

En las empresas familiares, esta limitación de derechos de voto puede servir para que la adopción de decisiones en la junta general no quede sometida estrictamente al deseo de accionistas de control, obligando por tanto a que deban recabar éstos el consenso con otros titulares del capital, con menor peso económico en el mismo, para conseguir adoptar dichas decisiones. Todo ello irá en sintonía, en definitiva, con una de las principales finalidades que puede perseguir el protocolo en este sentido (con la debida traslación a los estatutos sociales), que es conseguir *“un mayor equilibrio de poder entre los miembros de una misma familia o entre distintas ramas familiares”*¹⁰⁸⁸.

5.2.1.1.1.2. Títulos con voto plural.

Otra fórmula para romper la proporción entre valor nominal del capital y derechos de voto es el llamado voto plural, es decir, la creación de participaciones que concentren múltiples derechos de voto, resultando por tanto superiores dichos derechos a los que les corresponderían de conformidad con su peso económico en el capital. Se trata de una opción perfectamente posible en nuestro Derecho¹⁰⁸⁹, aunque cabe precisar que únicamente en sede de sociedades de responsabilidad limitada, por cuanto en este tipo de sociedades *“se consagra una mayoría de votos y no de capital [...] de modo que se admite la desigualdad estatutariamente establecida”*¹⁰⁹⁰. Este criterio sirve de base sustantiva, por un lado, para la emisión de participaciones sin derecho de voto (artículo 98 de la LSC) y, por el otro, de modo reflejo, para la emisión de determinadas participaciones que lleven aparejados mayores derechos de voto que las demás.

A mayor abundamiento, debe analizarse el artículo 188.1 de la LSC, cuyo tenor literal es el siguiente: *“En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto”*. El sentido del precepto es claro en lo que dice (aplicando el principio proporcional de una participación, un voto), pero lo es igualmente en lo que permite: las disposiciones estatutarias en sentido contrario. En consecuencia, lo que el precepto está diciendo, en interpretación si se quiere *sensu contrario*, es que resulta perfectamente factible alterar esa proporción inicialmente establecida por la Ley, de modo que nada impide que

¹⁰⁸⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, tomo I, ob. cit., pág. 639.

¹⁰⁸⁸ GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 204.

¹⁰⁸⁹ BOQUERA MATARREDONA, J.: *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 170.

¹⁰⁹⁰ MADRAZO, J.: “La junta general”, ob. cit., pág. 362.

una participación goce de mayores derechos de voto que otra. A este respecto, las posibilidades de alteración son múltiples, pudiendo ir tanto en un sentido como en el contrario: *“Así, un supuesto de voto plural indirecto se producirá en el caso de que creando participaciones de distinto valor nominal, a todas ellas se les reconozca un voto, puesto que claramente se estará alterando el principio de proporcionalidad entre el valor nominal y el voto. Pero también cabrán supuestos de voto plural directo, atribuyendo a participaciones de idéntico valor nominal diferente número de votos”*¹⁰⁹¹.

Esta idea se refuerza cuando el citado punto 1 del artículo 188 de la LSC se contrasta con su punto 2: *“En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto”*¹⁰⁹². La distinción que el legislador efectúa entre un tipo social y el otro, contraponiéndolos en un mismo precepto, deja bien clara su voluntad de permitir en uno lo que en el otro prohíbe, de modo que esa prohibición de alterar la proporcionalidad de las acciones redunde en reforzar, consecuentemente, la posibilidad de hacerlo en el caso de las participaciones.

Igualmente interesante resulta, a estos efectos, la distinción que el legislador establece entre acciones y participaciones en el artículo 96 de la LSC. En su punto primero, establece que no podrán crearse títulos de ningún tipo (ni acciones ni participaciones) que establezcan el *“derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación”*. Sin embargo, en su punto segundo, establece dicho precepto que no se podrán emitir acciones – refiriéndose expresamente a éstas y, por ende, impidiendo que la norma alcance a las participaciones- *“que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto”*. Esta limitación de la referida prohibición a las acciones, dejando de lado las participaciones resulta del todo congruente con el sentido del antes citado artículo 188 de la LSC, lo que en sociedades de responsabilidad limitada *“consagra un sistema de desigualdad en el derecho de voto distinto al introducido en la esfera de las sociedades anónimas”*¹⁰⁹³. Un sistema que no cabría en las anónimas porque tienen éstas, como uno de sus

¹⁰⁹¹ CURTO, M. M.: “Artículo 188. Derecho de voto”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 1.341.

¹⁰⁹² Esta prohibición se encontraba ya recogida en el artículo 50.2 de la derogada LSA, de donde emana el actual 188.2 de la LSC. Respecto a su fundamentación y génesis histórica, resulta especialmente interesante el análisis de Sánchez Andrés, que explica que habían estado permitidas en las antiguas compañías coloniales, para permitir prerrogativas a sus directores y fundadores, pero que se suprimieron cuando la sociedad anónima se estructuró *“a imagen y semejanza de la vida política de un pequeño Estado”*, donde *“el sentimiento igualitario y democrático prevaleciente en la época”* impusieron el principio de un voto por acción (SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “La acción y los derechos del accionista”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV, volumen 1º, Civitas, Madrid, 1994, págs. 324-326).

¹⁰⁹³ CAMPUZANO, A.B.: “Artículo 96. Prohibiciones en materia de privilegio”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., págs. 816-817.

principios configuradores, la correlación entre aportación económica y poder político¹⁰⁹⁴.

Es plenamente válido, por tanto, crear participaciones que aglutinen un número mayor de votos que las restantes o, incluso, crear una que disponga de tantos derechos de voto que resulte por sí sola ampliamente mayoritaria: es decir, una participación que pueda adoptar acuerdos sin contar con las demás, aunque numéricamente –en número de títulos- o económicamente –en cuanto a valor nominal- esas otras participaciones fueran superiores. Se trata de llevar al extremo esta posibilidad permitida por nuestro ordenamiento societario y situarnos, de este modo, ante lo que la doctrina ha venido a bautizar como “*socio preponderante*”¹⁰⁹⁵, entendido como aquél que dispone por sí solo del número de votos suficientes como para tomar acuerdos sin contar con el apoyo de nadie más (cosa que puede ocurrir también por tener más títulos, aunque ello le obligaría a haber aportado consecuentemente más capital). En cualquier caso, como advierte la doctrina, se debe ser cuidadoso con el uso de participaciones que permitan un voto plural tan elevado, puesto que podría llevar a una personificación excesiva de la sociedad que, a la postre, podría tener efectos no deseados en el seno de la misma¹⁰⁹⁶.

En una empresa familiar, en que pesa más el carácter *intuitu personae* que el *intuitu pecuniae*, resulta lógico que los derechos políticos puedan distribuirse de un modo que permita otorgar mayor poder a un determinado socio en atención a sus características (ser el fundador de la compañía, ser el líder de una rama familiar, etc.) más allá de cuál sea su aportación económica al capital social. Esto sólo será posible, como hemos indicado, en sociedades de responsabilidad limitada, lo cual refuerza la conveniencia de articular la empresa familiar bajo la forma de este tipo social¹⁰⁹⁷. En definitiva, la junta general de una empresa familiar tendrá una tendencia natural a adoptar soluciones que, en este sentido o en otro, alteren la proporción entre valor nominal del capital y derechos de voto, de modo que se pueda alcanzar el objetivo en cada caso más adecuado a efectos de garantizar el buen gobierno de la sociedad¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ CURTO, M. M.: “Artículo 188. Derechos...”, ob. cit., págs. 1.341-1.342.

¹⁰⁹⁵ La idea ha generado debate entre la doctrina. Se han posicionado a favor: URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: liquidación”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de derecho...*, tomo I, ob. cit., pág. 1.110. Lo ha hecho en contra: OTERO LASTRES, J. M.: “Algunos problemas en materia de junta general en la sociedad de responsabilidad limitada”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.): *Estudios sobre la...*, ob. cit., pág. 143.

¹⁰⁹⁶ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La sociedad de...*, ob. cit., págs. 198-199.

¹⁰⁹⁷ Vid. epígrafe 2.1.2.2.

¹⁰⁹⁸ MOLINA MANCHÓN, H./RIENDA GARCÍA, L.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 246.

5.2.1.1.1.3. Títulos sin derecho de voto.

El derecho de voto es uno de los derechos esenciales que asisten a los socios o accionistas de sociedades mercantiles, siendo un elemento clave que sus títulos llevarán aparejado (artículo 93.c de la LSC). No obstante, cabe la posibilidad de que se creen títulos que no permitan a sus titulares gozar del derecho de voto¹⁰⁹⁹, lo cual obedecerá a la finalidad de obtener financiación (mediante la aportación al capital que supondrá la suscripción de dichos títulos) sin ceder o perder control político, operando por tanto como alternativa al endeudamiento social¹¹⁰⁰. Así, la creación de estos títulos se configura como “una técnica de reserva de la gestión de la sociedad a determinados socios o de protección de las mayorías ya existentes en una sociedad”¹¹⁰¹. Una técnica que encontramos en otros ordenamientos¹¹⁰² y que ha seguido un camino distinto en la incorporación a nuestro Derecho de sociedades a la hora de aplicarse a las acciones o aplicarse a las participaciones, como a continuación señalaremos.

En las sociedades de responsabilidad limitada, la emisión de participaciones sin voto es, a día de hoy, una realidad sobre la que no cabe discusión, por cuanto expresamente la permite el artículo 98 de la LSC. Con la LSRL que ésta derogó, sin embargo, hubo un intenso debate doctrinal, surgido a raíz de la posibilidad de emitir participaciones con voto plural¹¹⁰³, debido a que su artículo 53 no las prohibía pero tampoco las autorizaba expresamente¹¹⁰⁴. Con todo, el debate se había zanjado ya antes de la entrada en vigor de la LSC: concretamente, con la modificación de la LSRL introducida por la LSLNE, que creaba un nuevo artículo, el 42 bis, que permitía expresamente tal posibilidad. Especialmente interesante resulta, a este respecto, citar la justificación que la Exposición de Motivos de dicha Ley daba a la emisión de participaciones sin voto: “*intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los*

¹⁰⁹⁹ Para un estudio de conjunto de la figura, en sede de sociedades anónimas, vid. PESO DE OJEDA, G.: “Las acciones sin voto”, en GIL DEL MORAL, F. et al. (dir.): *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 247-275).

¹¹⁰⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen I, ob. cit., pág. 445.

¹¹⁰¹ CAMPUZANO, A. B.: “Artículo 98. Creación o emisión”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 845.

¹¹⁰² En Estados Unidos se ha recurrido habitualmente a esta figura en la *Corporation* o sociedad anónima, a fin de permitir que los accionistas originarios mantuvieran el control de la sociedad a pesar de la emisión de nuevas acciones (BALOUZIYEH, J. M.: *Las sociedades mercantiles estadounidenses*, ob. cit., págs. 134-135). El antecedente a su incorporación al Derecho español lo encontramos en las “acciones de ahorro” de Italia, privadas del derecho de voto y dotadas de preferencia en los derechos económicos (OLIVENCIA RUIZ, M.: “Algunas cuestiones sobre...”, ob. cit., págs. 284-285).

¹¹⁰³ Un resumen de las principales posturas doctrinales, a favor y en contra, se recoge en CAMPUZANO, A. B.: “La sociedad de...”, ob. cit., pág. 71; y en PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 201.

¹¹⁰⁴ MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Artículo 53. Principio mayoritario”, en ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentarios a la...*, ob. cit., págs. 580-581.

socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional". Cuestiones, sin duda, de vital trascendencia en sede de empresas familiares.

En las sociedades anónimas, en cambio no ha habido ninguna duda, por cuanto la posibilidad de crear acciones sin voto ha estado reconocida plenamente desde 1989, constando de manera expresa en el artículo 90 de la LSA promulgada aquel año¹¹⁰⁵. De hecho, en ese momento sí supuso una novedad en nuestro Derecho, al que llegó procedente de Italia ("*azioni di risparmio*") e introdujo en España el llamado "*capital mudo*"¹¹⁰⁶.

La regulación actual de la LSC mantiene la diferencia que se estableció ya previamente en cuanto al límite de los títulos sin voto que pueden emitirse en un tipo social y en el otro. Así, mientras en sociedades anónimas se pueden emitir participaciones por un importe nominal total que no exceda de la mitad del capital social desembolsado (que puede, *ex* artículo 79 de la LSC, representar únicamente un 25% del total), en las de responsabilidad limitada las participaciones sin voto tienen como límite la mitad del importe nominal del capital (íntegramente desembolsado desde la constitución de la sociedad o ejecutarse el aumento, por imperativo del artículo 78 de la LSC). Esta limitación tiene por objeto evitar la existencia de sociedades cuyo capital esté mayoritariamente –o en su totalidad- dividido en acciones o participaciones sin voto, lo cual supondría una deformación del tipo y una desnaturalización de sus principios democráticos en la adopción de acuerdos¹¹⁰⁷.

El artículo 99 de la LSC prevé un mecanismo compensatorio para quienes suscriben títulos sin derecho de voto, es decir, un modo de resarcirles por su falta de derechos políticos. Se trata de la concesión de un dividendo mínimo que se percibirá adicionalmente al dividendo que, de manera ordinaria, corresponda a los demás socios. Tiene por tanto carácter acumulativo respecto al eventual dividendo que libremente acuerde repartir la junta, por lo que se denomina *participativo o garantizado*, aunque no en el sentido de que pueda cobrarse si el resultado del ejercicio y el estado patrimonial de la sociedad no lo permiten¹¹⁰⁸. Es un derecho que, además, la junta no puede limitar¹¹⁰⁹: si hay

¹¹⁰⁵ Para un estudio de conjunto, vid. GÓMEZ MENDOZA, M.: "Acciones sin voto", en ALONSO UREBA, A. et al. (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, volumen 2, Civitas, Madrid, 1994.

¹¹⁰⁶ ALONSO ESPINOSA, F.: "Acciones sin voto y obligaciones convertibles en acciones en la financiación de la Sociedad Anónima (primeras anotaciones a los artículos 90,92 y 292-294 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)", en *RGD*, núm. 546/1990, pág. 1.435.

¹¹⁰⁷ CAMPUZANO, A. B.: "Artículo 98. Creación...", *ob. cit.*, pág. 848.

¹¹⁰⁸ CAMPUZANO, A. B.: "Artículo 99. Dividendo preferente", en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, *ob. cit.*, pág. 850.

¹¹⁰⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen I, *ob. cit.*, pág. 448.

beneficios distribuibles, tiene que acordar su pago; si no los hay, deberá abonarse en los cinco primeros ejercicios siguientes.

La utilidad de este tipo de títulos en la empresa familiar resulta evidente. Cuando señalábamos al principio de este capítulo¹¹¹⁰ la importancia de que el capital social se mantenga en manos de la familia empresaria no lo hacíamos por razones económicas (aun cuando sea el modo también de concentrar el reparto de eventuales dividendos), sino por razones políticas. La finalidad de mantener ese capital obedece a la necesidad de garantizar el control de la sociedad, la capacidad de toma de decisiones en su junta.

La consecuencia negativa de ello, el sacrificio que exige a la empresa familiar, es precisamente de carácter económico, por cuanto supone tener que renunciar a una forma de financiación como puede ser la emisión de nuevos títulos, mediante sucesivos aumentos de capital, que permita obtener recursos financieros por parte de nuevos inversores que, adquiriendo dichos títulos, aporten fondos a la empresa. Por ello es habitual que las empresas familiares se financien más por ejemplo con cargo a beneficios no distribuidos que con la emisión de nuevos títulos, por la pérdida de control político que esto supondría a sus socios familiares¹¹¹¹.

En consecuencia, la emisión de acciones y participaciones que no lleven aparejado el derecho de voto es una buena alternativa para obtener financiación sin perder control político, razón por la cual la posibilidad de extender su emisión a las sociedades de responsabilidad limitada había sido una reclamación constante de las empresas familiares¹¹¹². De hecho, la doctrina ha señalado desde el momento mismo en que esta posibilidad se incorporó a nuestro ordenamiento que el cariz de instrumento de inversión de este tipo de títulos es más relevante frente a los ordinarios¹¹¹³. La sociedad podrá recibir los fondos de sus suscriptores, sus nuevos socios, pero no tendrán éstos ninguna facultad decisoria en su seno. La contrapartida será el pago de un dividendo mínimo adicional, pero se entiende que la finalidad principal, como decíamos antes, es asegurar el control de la familia sobre la empresa, aunque esto le suponga tener que asumir un determinado coste económico que, por otro lado, también debería asumir acudiendo a otras fuentes de financiación externa como, por ejemplo, los créditos o los préstamos. Y todo ello en un marco en el que la sociedad de responsabilidad limitada (tipo preferente para la empresa familiar) no puede además emitir obligaciones, como señala el artículo 402 de la LSC, que ha mantenido la prohibición que en tal sentido recogía ya el artículo 9

¹¹¹⁰ Vid. apartado 5.1.

¹¹¹¹ DURÉNDEZ, A. et al.: “Relaciones bancarias y coste de la deuda en la pequeña y mediana empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J./SÁNCHEZ MARÍN, G. (coords.): *El éxito de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pág. 124.

¹¹¹² ESCUIN IBÁÑEZ, I.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 263.

¹¹¹³ ALONSO ESPINOSA, F.: “Acciones sin voto...”, ob. cit., pág. 1.434.

de la LSRL. Esto hace que las participaciones sin derecho de voto resulten “*un instrumento financiero alternativo capaz de atraer capital a bajo costo, sin peligro de que éste se haga con el poder de gestión de la sociedad*”¹¹¹⁴, lo cual resulta sin duda muy atractivo para una empresa familiar.

Finalmente, al margen de su utilización como fuente de financiación, las acciones o participaciones sin voto pueden servir también para dar acceso a los miembros de la familia al capital de la empresa, de modo que se beneficien de su condición de socios, pero sin que puedan tener ningún tipo de participación en su gestión¹¹¹⁵. Desde este punto de vista, sería una buena manera de incorporar de forma prudente a los miembros de la generación siguiente para que vayan tomando contacto con la sociedad (interviniendo en la junta, por ejemplo, con voz pero sin voto) y puedan estar más familiarizados con la misma cuando llegue el momento de asumir su verdadero control.

5.2.1.1.2. Sindicatos de voto.

Los sindicatos de voto, cuya naturaleza jurídica es la propia de todo pacto parasocial¹¹¹⁶, pueden ser un elemento muy importante a la hora de configurar las mayorías en las sociedades de capital: se trata de operaciones negociales de diversa índole cuyo objeto es facilitar la celebración, al margen de la sociedad, de acuerdos o convenios entre unos determinados socios a fin de modificar la disciplina legal o estatutaria referida al derecho de voto.

La existencia misma de un sindicato de voto parece a priori contraria a las normas configuradoras de nuestro Derecho de sociedades, por cuanto el derecho de voto se considera vinculado a la acción, cosa que precisamente se rompe con el sometimiento al sentir mayoritario del sindicato. Por este motivo, no debe extrañar que la legislación societaria haya intentado desentenderse de este tipo de pactos privados entre socios¹¹¹⁷, cuya eficacia contractual, eso sí, está hoy fuera de cualquier discusión¹¹¹⁸. Del mismo modo, no debe extrañar que la doctrina los acogiera con desconfianza, a pesar del entusiasmo que desde el primer momento generaron entre los operadores. Lo exponía Garrigues, en el momento álgido del debate, con estas palabras: “*mientras los mercantilistas dedican muchas páginas a denigrar los sindicatos de accionistas, los hombres de*

¹¹¹⁴ CAMPUZANO, A. B.: “La sociedad de...”, ob. cit., pág. 72.

¹¹¹⁵ FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: “Notas sobre el...”, ob. cit., pág. 1.079.

¹¹¹⁶ Vid. capítulo sexto.

¹¹¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general...*, ob. cit., pág. 390.

¹¹¹⁸ Vid. epígrafe 6.2.2.

negocios, por el contrario, indiferentes o despectivos hacia la doctrina, se pasan la vida tejiendo pactos de sindicación de acciones"¹¹¹⁹.

La operativa que siguen los sindicatos de voto acaba suponiendo que los acuerdos en la sociedad mercantil se vean sometidos a un sistema de doble votación. En primer lugar, la votación interna en el seno del sindicato, mediante la cual los socios o accionistas sindicados deciden cuál debe ser el sentido de su voto; en segundo lugar, la junta de la sociedad, en la que el síndico designado por los sindicados expresará el sentido de ese voto acordado conjuntamente con carácter previo¹¹²⁰. En consecuencia, el acuerdo que vaya a adoptarse en la junta general puede incluso haber sido adoptado ya virtualmente en el seno del sindicato, cuando éste agrupe derechos de voto suficientes como para que, posteriormente, no puedan los socios o accionistas no sindicados evitar su adopción aun votando todos ellos en sentido contrario. De ahí que, como se ha estudiado en el Derecho comparado, se pueda entender que el sindicato de voto acaba predeterminando el devenir de la sociedad con preeminencia sobre sus propios órganos¹¹²¹.

Este mecanismo de doble votación podrá en ocasiones suponer una reiteración de la misma, cuando la identidad de los sujetos participantes en ambos foros sea la misma. En este tipo de casos, su razón de ser se hallará en la distinta regulación de la sociedad mercantil y del sindicato. Y es que mientras la sociedad está sometida a unas normas societarias imperativas que le establecen determinados límites (por ejemplo, la prohibición de exigencia de unanimidad, o la exclusión en sociedades de responsabilidad limitada del nombramiento de administradores por el sistema proporcional), el sindicato no está condicionado por esas reglas, al tener una base contractual. Por lo tanto, nada puede impedir a sus firmantes que, sobre la base de la autonomía de la voluntad, se obliguen del modo que estimen más pertinente, por lo que el sindicato acaba siendo "*una manifestación de la autonomía de la gestión en el ejercicio de la actividad empresarial y de la libertad negocial*"¹¹²², consecuencia lógica de la libertad contractual del artículo 1.255 del CC que opera en el ámbito de pactos como el sindicato de voto¹¹²³. A modo de ejemplo, el pacto de unanimidad que no sería inscribible como pacto estatutario "*podría, sin embargo, convenirse en el protocolo familiar como pacto parasocial*"¹¹²⁴, aunque con las limitaciones de oponibilidad que de ello se derivarían.

¹¹¹⁹ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "Sindicatos de accionistas", ob. cit., pág. 63.

¹¹²⁰ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 211.

¹¹²¹ GIANNINI, L./VITALI, M.: *I patti parasociali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2008, págs. 123-124.

¹¹²² LEÓN, F.: "Artículo 518. Pactos parasociales en sociedad cotizada", en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo II, ob. cit., pág. 3.370.

¹¹²³ PAZ-ARES, C.: "La cuestión de la validez de los pactos parasociales", en *AJUM*, número especial Homenaje al profesor D. Juan Iglesias Prada, 2011, pág. 252.

¹¹²⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: "El protocolo familiar sucesorio...", ob. cit., pág. 96.

Podemos encontrarnos, por tanto, ante lo que podríamos calificar de junta general *viciada*, por cuanto no sería un órgano plenamente soberano, con verdadera capacidad decisoria, sino un mero escenario en el que ratificar de forma cuasi plebiscitaria unos acuerdos adoptados ya previamente. De ahí que, en sociedades cotizadas, exista la obligación de comunicar a la CNMV la existencia de los pactos que tengan por objeto el ejercicio del derecho de voto, debiendo además depositarse dicho pacto en el Registro Mercantil (artículo 519 de la LSC). Se persigue con ello que cualquier eventual nuevo accionista pueda, a través de esa publicidad, conocer cuál es la realidad de la junta en la que va a participar, sabiendo por tanto de antemano si los derechos de voto operan con plena autonomía o si hay pactos que, en definitiva, suponen una alteración del régimen legal del derecho de voto¹¹²⁵.

La utilidad del sindicato de voto en una empresa familiar podemos apreciarla en al menos dos tipos de situaciones. La primera de ellas, aquella en que la empresa familiar esté sometida al control de varias ramas familiares que agrupen cada una de ellas a distintos socios. Puede resultar interesante para cada una de estas ramas sindicarse sus derechos de voto en atención a un interés que se presumirá común y que, eventualmente, puede ser contrario al del resto de las ramas. En este sentido, la sindicación será un modo de asegurar que ninguno de los socios integrantes de la rama familiar vota en sentido contrario al acordado previamente. La segunda situación a la que debemos referirnos es aquella en que la familia empresaria no tiene la totalidad del control de la sociedad mercantil, cosa que puede haber sucedido porque ya *ab initio* (porque se formó con socios no familiares o en unión a otra familia distinta) o con posterioridad (porque se haya dado acceso al capital a terceros a fin de captar inversiones externas para financiar a la sociedad).

En cualquiera de estos dos casos, será fundamental garantizar la eficacia del sometimiento de los derechos de voto a la voluntad mayoritaria del sindicato, para lo que existen básicamente dos mecanismos: otorgar al síndico la facultad de representación en junta, de modo que vote éste en el sentido acordado previamente¹¹²⁶; o establecer las correspondientes cláusulas penales¹¹²⁷ que traten de disuadir al eventual incumplidor de la disciplina de voto¹¹²⁸, en el marco de la relación contractual (bilateral o plurilateral) que supone el establecimiento del sindicato¹¹²⁹.

Y como quiera que cualquier sindicato de voto entre unos familiares (o entre todos ellos) es susceptible de afectar al derecho de los demás titulares del capital social, que pueden verse privados de verdadera capacidad decisoria en

¹¹²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general...*, ob. cit., pág. 726.

¹¹²⁶ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 213.

¹¹²⁷ Vid. epígrafe 8.2.1.

¹¹²⁸ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., págs. 219-220.

¹¹²⁹ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 437.

la junta, resulta interesante que se avance en dotar al protocolo familiar – espacio idóneo donde recoger los citados pactos de sindicación- de la publicidad registral que permita defender el interés de esos terceros socios o accionistas¹¹³⁰. Esta realidad, innegable, del efecto indirecto que la existencia del sindicato de voto tendrá sobre la sociedad y sus socios nos sitúa en el ámbito de una distinción que la doctrina clásica ya venía advirtiendo: *“una cosa es que el negocio jurídico no obligue, no “vincule”, y otra es que no “repercuta” o “afecte” a la esfera de intereses de terceras personas”*¹¹³¹. Por ello es tan importante conseguir la máxima transparencia en torno a este tipo de pactos extraestatutarios, de modo que esos terceros indirectamente afectados por los mismos puedan tener, al menos, la capacidad de conocerlos. Con todo, no debe perderse de vista que los sindicatos no son más que la concreción de una realidad que puede concurrir también de manera informal y que se aprecia desde antaño: aun sin estar contractualmente obligados, es común que grupos de socios cambien impresiones entre ellos antes de una junta y, en función de lo comentado, decidan votar conjuntamente¹¹³². Y como es obvio, no existiendo pacto previo, escrito y con vocación duradera, difícilmente podrá un tercero conocer esa realidad, por más que se acabará viendo afectado por la misma.

Consideramos oportuno, antes de cerrar este conjunto de epígrafes dedicados a los derechos de voto en las juntas generales, recoger una idea de nuestra doctrina clásica que resume perfectamente el escenario de la empresa familiar: la necesidad de *“distinguir en posiciones jurídicas diferentes las diversas categorías de interesados”*¹¹³³. Esta idea es la que justifica por qué unos socios deben tener votos plurales, por qué otros deben tener títulos sin voto y por qué otros estarán interesados en sindicar sus derechos de voto. Existiendo distintos grupos de interés, resulta lógico que existan distintas posiciones en la sociedad.

5.2.1.2. Los administradores.

La existencia de un órgano de administración es, como ocurre con la junta general, inexcusable en toda sociedad mercantil: es un órgano necesario del que la sociedad no puede prescindir y que asume funciones de administración y dirección en su sentido más amplio¹¹³⁴. Los administradores asumen las funciones ejecutivas en la sociedad, de modo que a ellos les

¹¹³⁰ Vid. apartado 8.1.

¹¹³¹ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 246.

¹¹³² GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Sindicatos de accionistas”, ob. cit., pág. 65.

¹¹³³ OLIVENCIA RUIZ, M.: “Algunas cuestiones sobre...”, ob. cit., págs. 286-287.

¹¹³⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 74.

corresponde su gestión cotidiana, debiendo promover los actos necesarios o convenientes para la consecución del fin social¹¹³⁵.

Como en cualquier otra sociedad mercantil, el órgano de administración de una empresa familiar podrá adoptar cualquiera de las formas previstas en el artículo 210 de la LSC, si bien la propia situación de dicha empresa familiar –en particular, atendiendo a su grado de complejidad o madurez- aconsejará optar por un modo u otro a la hora de articular dicho órgano: *“a una familia empresaria en fase inicial y con fuerte liderazgo le podrá convenir una administración unipersonal o colegiada con concentración de funciones; a una familia con ramas diferenciadas que participan en la empresa por igual, una administración solidaria, o conjunta, según la base de confianza o el modelo de relaciones, con la presencia de los distintos grupos; a una empresa familiar con amplia presencia, o con socios externos no familiares, etc., un Consejo de Administración con una determinada correlación de fuerzas”*¹¹³⁶.

De las distintas formas que puede adoptar el órgano de administración, el Consejo es la que reviste mayor interés científico. En primer lugar, porque su configuración como órgano colegiado ¹¹³⁷ supondrá la necesaria toma en consideración de un conjunto propio de reglas que pueden estar simplemente recogidas en los estatutos o, con mayor profundidad, en un documento elaborado *ex profeso*. En este sentido, la doctrina destaca la importancia de que los Consejos de Administración de las sociedades, cuando sea ésta la forma adoptada de administración, se doten de un Reglamento propio (obligatorio en el caso de sociedades cotizadas y potestativo en el resto) que favorezca su agilidad funcional, estableciendo su modo de organización interna y sus reglas de funcionamiento, aunque sin contrariar nunca la ley imperativa ¹¹³⁸. Al respecto, es necesario desterrar tópicos y apriorismos que pretendan reservar este tipo de instrumentos para las grandes sociedades cotizadas, por cuanto pueden resultar muy útiles también en las empresas familiares, en las que el conflicto es en definitiva un elemento tan presente como lo pueda ser en cualquier otra sociedad ¹¹³⁹ y hasta con mayor intensidad: la existencia de enfrentamientos de carácter personal entre los socios hace que, a la postre, los conflictos en el seno de estas sociedades resulten particularmente virulentos¹¹⁴⁰.

En segundo lugar, porque la presencia de una pluralidad de administradores permite alcanzar varios objetivos. Uno de ellos, es fomentar el consenso en la toma de decisiones, debiendo delegar pocas funciones y buscar siempre el acuerdo colectivo, corporativo, en la gestión social¹¹⁴¹. Asimismo,

¹¹³⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, tomo I, ob. cit., pág. 686.

¹¹³⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 76.

¹¹³⁷ POLO, E.: “Los administradores y...”, ob. cit., pág. 383.

¹¹³⁸ PÉREZ CARRILLO, E.: “Simplificación en la...”, ob. cit., págs. 392-393.

¹¹³⁹ OLCESE SANTONJA, A.: “Buen gobierno y...”, ob. cit., págs. 99-100.

¹¹⁴⁰ VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de...*, ob. cit., pág. 72.

¹¹⁴¹ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria ante...”, ob. cit., pág. 83.

permite también dotar de una mayor representación a todos los grupos o ramas familiares y, también, incorporar profesionales expertos como consejeros independientes¹¹⁴².

Dejando de lado a estos últimos, a los que nos referiremos más adelante, interesa señalar ahora la importancia de que el protocolo recoja las condiciones que deberán reunir los miembros de la familia que quieran acceder al cargo de consejero o, en su caso, al cargo de administrador en cualquiera de sus formas de organización. El protocolo deberá recoger, por tanto, el perfil que debe tener el administrador (edad mínima y máxima –para evitar también la gerontocracia-, titulación profesional, experiencia previa y externa, etc.), sin perjuicio de la conveniencia de que los estatutos puedan también servir de apoyo estableciendo, por ejemplo, la prestación accesoria del socio de ejercer el cargo de administrador¹¹⁴³.

Los administradores que sean además miembros de la familia (y se entiende que también socios) no sólo tienen como finalidad la ordinaria del cargo, que sería la de gestionar la sociedad mercantil¹¹⁴⁴, sino que deberán también representar y defender los intereses de la familia y de la propiedad¹¹⁴⁵, cuestión que no será nada fácil cuando, pudiendo ser dichos intereses contrapuestos, se encuentre el administrador en situación de conflicto. Será habitual, cuando la empresa y la familia alcancen cierto grado de madurez –a partir de la segunda y la tercera generación-, que cada uno de los grupos o ramas familiares tengan su propio representante en el consejo.

Respecto a esta cuestión, deberá tenerse en cuenta el distinto modo de elección para los cargos previsto en las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada. Así, mientras en las primeras se podrá optar por el sistema de representación proporcional del artículo 243 de la LSC, en las segundas está prohibido utilizar este mecanismo. Cabe apuntar que la doctrina ha denunciado reiteradamente la falta de justificación de la limitación de esta posibilidad a las sociedades anónimas, entendiendo que “*no se acaban de comprender bien las razones de este trato desigual*”¹¹⁴⁶, a pesar de lo cual la LSC de 2010 ha mantenido esa misma desigualdad existente ya con el régimen legal anterior (aunque deba admitirse que, por ser la LSC una refundición de textos precedentes, no era el espacio idóneo para introducir una modificación del mismo)¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² Vid. epígrafe 5.2.1.2.2.

¹¹⁴³ GARRIDO DE PALMA, V: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 66.

¹¹⁴⁴ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo II, ob. cit., pág. 630.

¹¹⁴⁵ CASILLAS J.C./VÁZQUEZ, A.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 261.

¹¹⁴⁶ MARTÍNEZ SANZ, F.: “Artículo 137. Sistema proporcional”, en ARROYO, I./EMBID, J. M.: *Comentarios a la...*, volumen II, ob. cit., pág. 1.455.

¹¹⁴⁷ Vid. epígrafe 2.1.2.4.

En cualquier caso, parece que el sistema de representación proporcional podría resultar interesante en las empresas familiares en que se quisiera conceder representación en el consejo a todas las ramas de la familia, aun cuando alguna de éstas fuera minoritaria¹¹⁴⁸. Ésta es por lo menos la finalidad de la norma, permitir una mayor representatividad de los minoritarios, si bien su funcionamiento práctico no ha dado los resultados esperados¹¹⁴⁹. De hecho, se considera que “*el campo natral de actuación del sistema de representación proporcional probablemente sea el de las sociedades cerradas, en las que no se ha producido una ruptura entre propiedad y gestión, resultando inoperante en las abiertas*”¹¹⁵⁰. A ello cabría añadir que, además de no haberse producido dicha ruptura, en el caso de las empresas familiares se entiende que interesa de modo especial que se refuerce en la medida de lo posible la relación entre propiedad y gestión, de modo que todos los socios o accionistas –incluso los pertenecientes a grupos minoritarios- puedan gozar de representación en el consejo.

Pero al margen de posturas doctrinales, nuestro actual Derecho de sociedades mantiene la distinción entre anónimas y limitadas sobre esta cuestión, por lo que sólo aquellas familias empresarias que articulen su sociedad mercantil bajo la forma de anónima podrán designar consejeros *directamente* a través del método proporcional. Las que opten por el tipo de responsabilidad limitada, únicamente podrán hacerlo *indirectamente*, es decir, en ejecución de unos acuerdos previos alcanzados en un eventual sindicato de voto o en aplicación de normas previstas al respecto en el protocolo familiar.

Finalmente, es preciso apuntar que el consejo de administración puede tener un peso diferente en una empresa familiar o en otra según cuál sea el desarrollo que la misma tiene en la esfera de la familia empresaria. Así, podremos encontrarnos tanto con consejos de administración plenamente ejecutivos, en cuyo seno se encuentra el núcleo de la toma de decisiones, como consejos meramente formales, habiéndose trasladado el poder real de decisión a otros órganos como los familiares¹¹⁵¹. En esos casos, nos encontraremos en una situación similar a la que antes hemos apuntado que se produce cuando, existiendo un sindicato de voto con mayoría suficiente para adoptar acuerdos, la junta acaba quedando reducida a un órgano meramente formal.

¹¹⁴⁸ VERDÚ CAÑETE, M. J.: “Estructura orgánica de...”, ob. cit., pág. 85.

¹¹⁴⁹ POLO, E.: “Los administradores y...”, ob. cit., págs. 396-399.

¹¹⁵⁰ MARTÍNEZ SANZ, F.: “Artículo 137. Sistema...”, ob. cit., pág. 1.455.

¹¹⁵¹ CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., pág. 117.

5.2.1.2.1. Régimen de responsabilidad.

Nuestro Derecho de sociedades contiene un régimen ciertamente severo de responsabilidad para los administradores de las sociedades mercantiles. Esta severidad halla su razón de ser, más allá de la lógica y necesaria protección del interés de la sociedad, de los socios y de los terceros que operan con aquélla, en una opción de política legislativa: llevar a cabo una función de control en el mercado¹¹⁵².

Los administradores se hallan sujetos, en líneas generales, a dos grandes tipos de responsabilidad: la responsabilidad aquiliana o por daños (artículo 236 de la LSC) y la responsabilidad cuasi objetiva cuando no promuevan la disolución de la sociedad estando ésta incurso en causa legal para ello (artículo 367 de la LSC)¹¹⁵³. En el primer caso, nos encontraremos con un tipo de responsabilidad muy parecido al del artículo 1.902 del CC, que exigirá para su depuración que concurran los mismos requisitos que en general exige nuestro derecho de daños: la lesión (a la sociedad, a un socio o a un tercero), la conducta dolosa o negligente (del administrador que incumple los deberes legales o convencionales del cargo) y el nexo causal entre lo primero y lo segundo¹¹⁵⁴. Esta concurrencia de los elementos propios de las acciones de responsabilidad civil (*ex* artículo 241 de la LSC) es la que, en su caso, justifica el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores¹¹⁵⁵.

En el segundo caso, en cambio, la responsabilidad de los administradores no necesita siquiera la generación de un daño concreto¹¹⁵⁶ (aunque será éste el que llevará a alguien a ejercer la acción en su contra), sino que se genera por la mera omisión de un deber expresamente impuesto por el artículo 365 de la LSC,

¹¹⁵² GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Cuestiones de actualidad en torno a la responsabilidad societaria y concursal de los administradores”, en DÍAZ MORENO, A. et al. (dirs.): *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 122.

¹¹⁵³ MARTÍN DEL PESO, R.: “La responsabilidad de los administradores. Algunos problemas jurisprudenciales”, en AAVV: *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, El Derecho, Madrid, 2007, págs. 125-126.

¹¹⁵⁴ STS de 30 de marzo de 2001: “*exige una conducta o aptitud –hechos, actos u omisiones- de los administradores (ahora incluso los de “hecho”) carente de la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal (basta la negligencia simple, sin que sea necesaria como en cambio ocurría en la legislación anterior, la malicia o negligencia grave) que dé lugar a un daño, de tal modo que el accionante perjudicado ha de probar que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe un nexo causal entre el mismo y el resultado dañoso*”.

¹¹⁵⁵ ESTEBAN VELASCO, G.: “La acción individual de responsabilidad”, en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 171.

¹¹⁵⁶ STS de 26 de junio de 2006: “*La jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes y ni siquiera exige la concurrencia de este daño. La responsabilidad, en consecuencia, cuando se articula al amparo del artículo 262.5 LSA, puede calificarse de abstracta o formal, característica que, quizá con menor propiedad semántica, ha sido también descrita como objetiva o casi objetiva*”.

como es convocar a la junta para que acuerde la disolución de la sociedad si ésta se halla en alguno de los supuestos del artículo 363 (causas legales de disolución) o que, en su caso, adopte cualquier medida correctora que permita la remoción de dicho supuesto. Se trata, por tanto, de una *culpa in ommittendo* como la prevista, en el ámbito civil, por el artículo 1.903 del CC, pero vinculada a una causa concreta en nuestro Derecho de sociedades¹¹⁵⁷.

En estos supuestos, el administrador será gravado con una responsabilidad solidaria por las deudas sociales posteriores al momento en que, estando la sociedad incurso en causa legal de disolución, no haya adoptado las medidas que la LSC le exige. Así lo establece su artículo 367 (que reproduce el contenido de los derogados artículos 265.5 de la LSA y 105.5 de la LSRL), cuyo objetivo es proteger a los eventuales acreedores que contraten con una sociedad respecto a la cual, por la omisión del administrador en su deber, no tenían información suficiente y que “*de haber conocido la situación real de la compañía (y que habrían podido conocer si los administradores hubieran cumplido con sus deberes sociales), no habrían concertado operaciones con esa sociedad*”¹¹⁵⁸. De nuevo, por tanto, la protección al mercado justifica la severidad en el tratamiento de la responsabilidad de los administradores.

Con todo, consideramos que este régimen de responsabilidad de los administradores debería ser revisado y serlo, especialmente, en algunos de los supuestos que más frecuentemente se apreciarán en una empresa familiar. Básicamente, en este tipo de sociedades, los siguientes:

- a. La existencia de instrucciones por parte de la junta general de las sociedades de responsabilidad limitada¹¹⁵⁹: el artículo 161 de la LSC prevé expresamente que la junta imparta instrucciones al órgano de administración, instrucciones que evidentemente deberá éste obedecer, en tanto que “*órdenes de obligado cumplimiento*”¹¹⁶⁰. La LSC no prevé un régimen específico de consecuencias ante el eventual

¹¹⁵⁷ ESTEBAN VELASCO, G.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (271ditio.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, ob. cit., págs. 1.706-1.715; PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, págs. 41-49; SEQUEIRA MARTÍN, A./SACRISTÁN BERGIA, F./MUÑOZ GARCÍA, A.: “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva en la sociedad anónima”, en AAVV: *Estudios de Derecho de sociedades y derecho concursal*, tomo III, ob. cit., págs. 2.215-2.219.

¹¹⁵⁸ MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 6ª edic., Bosch, Barcelona, 2009, pág. 38.

¹¹⁵⁹ Esta posibilidad no cabe en un principio en las anónimas. Para la doctrina, es una muestra de “*personificación*” en la estructura orgánica de un tipo social que, con medidas como ésta, pretende escapar a la rigidez de la estructura corporativa (PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La sociedad de...*, ob. cit., págs. 62-63). Con todo, el modo en que la LSC regula la cuestión, suscita dudas, entendiendo algunos autores que es “*interpretable*” la posibilidad de recoger en los estatutos de una anónima esta facultad para la junta (GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., págs. 972-973).

¹¹⁶⁰ GARCÍA VIDAL, A.: *Las instrucciones de...*, ob. cit., págs. 37-38.

incumplimiento por parte de los administradores, pero es razonable pensar que, de producirse dicho incumplimiento, la junta apartará de inmediato a ese administrador disidente¹¹⁶¹. En el caso de la empresa familiar, en que la influencia de la familia empresaria sobre los órganos de gestión (como los administradores) es especialmente elevada¹¹⁶², será frecuente que la junta (e incluso algún órgano *ad hoc*) imparta este tipo de instrucciones. Llevado al extremo, podríamos considerar que los socios son, en una sociedad tan personalista, “*administradores natos*”, lo que dificulta sin duda la separación entre su condición de socios y las facultades administrativas¹¹⁶³.

- b. La existencia de un protocolo familiar: en tanto que pacto parasocial, el protocolo se integra en la arquitectura jurídica de la empresa familiar ¹¹⁶⁴. El administrador queda, por tanto, sometido a la observancia de las normas que el mismo imponga, aun cuando el pacto parasocial no entre en el ámbito de las normas que debe observar *ex* artículo 236 (legales y estatutarias). La interpretación del precepto debe realizarse en este contexto *ab contrario sensu*: un administrador queda exento de responsabilidad cuando obra de acuerdo con la ley y con los estatutos; sin embargo, obrando de acuerdo con el protocolo familiar (que se entiende que debe respetar) no quedaría exonerado de responsabilidad frente a terceros ¹¹⁶⁵. Aunque el efecto directo del protocolo sólo será *inter partes* para sus firmantes, no puede desconocerse que tendrá un efecto indirecto sobre la sociedad y, por ende, sobre los administradores¹¹⁶⁶. Dicho sin ambages: el protocolo “*puede utilizarse para legitimar la injerencia familiar en la gestión*” del órgano de administración¹¹⁶⁷.

Estas peculiaridades hacen que, a nuestro juicio, sea conveniente revisar el régimen de responsabilidad de los administradores a fin de que sólo opere cuando son sujetos autónomos en la toma de decisiones, cosa que no siempre ocurre en la empresa familiar. Estableciendo una analogía con los grupos de sociedades¹¹⁶⁸ (otro, precisamente, de los terrenos en que la autonomía de los

¹¹⁶¹ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad de...*, tomo I, ob. cit., págs. 335-336.

¹¹⁶² CARRASCO HERNÁNDEZ, A. J./SABATER SÁNCHEZ, R.: “Gobierno y organización...”, ob. cit., pág. 166.

¹¹⁶³ VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de...*, ob. cit., pág. 53.

¹¹⁶⁴ Vid. capítulo 4.

¹¹⁶⁵ El motivo para ello lo encontramos en la falta de eficacia de los pactos parasociales (entre ellos el protocolo) para servir de base a acciones de impugnación de acuerdos (SSTS 1136/2008, de 10 de diciembre, o 131/2009, de 5 de marzo): es esta doctrina la que distingue claramente entre ley y estatutos, por un lado, y pactos parasociales por el otro.

¹¹⁶⁶ VERDÚ CAÑETE, M. J.: “Estructura orgánica de la sociedad familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (272dítio.): *Régimen jurídico de...*, ob. cit., pág. 94.

¹¹⁶⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 87.

¹¹⁶⁸ Esta analogía la establece también FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 96: la singular posición de los administradores de una empresa familiar, sometidos a las injerencias de la

administradores está más limitada), podemos hablar de un *interés de la familia* que está más allá del interés de la sociedad mercantil-empresa familiar, del mismo modo en que existe, en los grupos, un *“interés propio del grupo”* que no tiene por qué ser necesariamente coincidente con el interés individual de cada una de las sociedades que lo integran¹¹⁶⁹. Los administradores de una empresa familiar no podrán obviar el interés de la familia, del mismo modo en que los de una sociedad filial no pueden obviar el del grupo o incluso el mero interés de su matriz, lo cual les coloca en una posición singular que plantea problemas en la práctica¹¹⁷⁰. Por lo tanto, de igual forma que la responsabilidad exigible a los administradores de filiales debe tener en cuenta la injerencia que sobre su actuación ha tenido la matriz¹¹⁷¹, también al evaluar a los administradores de empresas familiares deberá tenerse en cuenta la injerencia de la familia empresaria. Y ello sin olvidar que a menudo, dicha injerencia puede llegar a revestir tal entidad que permitiría equiparar a la familia empresaria a un verdadero administrador de hecho, señalando la jurisprudencia que las sociedades de corte familiar son un terreno especialmente abonado para este tipo de situaciones¹¹⁷².

5.2.1.2.2. Consejeros independientes.

La literatura relativa a la empresa familiar, más incluso la de carácter gerencial o empresarial que la jurídica, ha venido reiterando a menudo que uno de los puntos en los que es necesario avanzar es en la profesionalización de la empresa familiar. Desde este punto de vista, consideramos que resulta especialmente importante hacer una referencia a los consejeros independientes¹¹⁷³, por el importante papel que pueden desempeñar en esa tarea de profesionalización y de tutela, en su caso, de los procesos de sucesión al frente de la compañía. Y es que la profesionalización de los órganos de gestión, junto con el tratamiento separado de los intereses de la familia y los de la empresa, cuestiones para las que resultan especialmente adecuados los consejeros independientes, pueden ser muy beneficiosas para las empresas familiares¹¹⁷⁴.

familia empresaria, está sujeta a los mismos problemas que la de los administradores de filiales que reciben instrucciones de su matriz o de los administradores de ésta.

¹¹⁶⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen II, págs. 1.842-1.843.

¹¹⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., pág. 99.

¹¹⁷¹ GIRGADO PERANDONES, P.: *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 200-202.

¹¹⁷² LATORRE CHINER, N.: *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003, pág. 97.

¹¹⁷³ VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 31.

¹¹⁷⁴ PÉREZ CARRILLO, E.: “Simplificación en la...”, ob. cit., pág. 421.

Los consejeros independientes son una figura clave en el marco de los trabajos acerca de buen gobierno o de responsabilidad social corporativa¹¹⁷⁵ que se han venido desarrollando en los últimos años en Europa y en España¹¹⁷⁶, fomentando la sumisión a códigos de buena conducta¹¹⁷⁷, y cuyo objeto ha sido reforzar las exigencias de transparencia y control sobre el gobierno de las sociedades cotizadas (aunque muchas de las medidas propuestas sean adoptables a cualquier mercantil)¹¹⁷⁸: el Informe Winter¹¹⁷⁹, el Código Olivencia¹¹⁸⁰, el Informe Aldama¹¹⁸¹ o el Código Unificado de Buen Gobierno¹¹⁸² del año 2006¹¹⁸³. El Informe Winter¹¹⁸⁴ ya apuntó como una de las recomendaciones prioritarias –a adoptar en el corto plazo- el fortalecimiento del papel de los administradores externos independientes, sobre todo en relación a materias en las que los administradores internos pudieran encontrarse en situación de conflicto de intereses¹¹⁸⁵. La Comisión Europea recogió esta recomendación del Informe Winter y la convirtió en un instrumento jurídico *sui generis* que permitía a los estados tanto su transposición a normas propias, como su traslado a códigos no vinculantes de buen gobierno, siendo esta segunda opción la más aceptada¹¹⁸⁶. Por su parte, el Informe o Código Olivencia, apuntaba la necesidad de reconfigurar el Consejo de Administración hasta darle carácter de órgano de supervisión, para lo que se proponían medidas como reducir su tamaño, incorporar consejeros independientes y crear comités consultivos para las áreas más sensibles (auditoría, cumplimiento,

¹¹⁷⁵ La responsabilidad social corporativa tiene su origen en la cultura anglosajona y nace de la voluntad de moralizar la actividad económica, comprometiéndola con valores ajenos a la empresa. Implica el compromiso voluntario de las empresas de incorporar a su actividad cánones de conducta más adecuados a los derechos humanos o a defender bienes socialmente asumidos (VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad social corporativa: una reflexión”, en BLASCO, F. et al. (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 2.665).

¹¹⁷⁶ Para un análisis de la evolución del gobierno corporativo en España, puede consultarse PERDICES HUETOS, A./RIANO LÓPEZ, D.: “El gobierno corporativo en España”, en GOÑI SEIN, J. L. (dir.): *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 31-58.

¹¹⁷⁷ BELLOSO MARTÍN, N.: “Ética y valores...”, ob. cit., págs. 472-474.

¹¹⁷⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español”, en *RdS*, núm. 22/2004, págs. 87-91.

¹¹⁷⁹ El texto completo del Informe está disponible en la web del Instituto Europeo de Gobierno Corporativo, en el enlace: http://www.ecgi.org/publications/documents/report_en.pdf

¹¹⁸⁰ Se puede consultar en la página web de la CNMV a través del siguiente enlace: http://cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf.

¹¹⁸¹ Disponible en formato electrónico en la página web de la CNMV, en el enlace siguiente: http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.pdf

¹¹⁸² Disponible en formato electrónico en la página web de la CNMV, a través del siguiente enlace: http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf

¹¹⁸³ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *Los consejeros independientes...*, ob. cit., págs. 63-70.

¹¹⁸⁴ Para un estudio del impacto del Informe Winter, vid. GARRIDO GARCÍA, J. M.: “El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea”, en *RdS*, núm. 20/2003, págs. 111-133.

¹¹⁸⁵ AZOFRA, F.: “El Informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa”, en *AJUM*, núm. 4/2003, pág. 43.

¹¹⁸⁶ GARRIDO GARCÍA, J. M.: “El buen gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea”, en *RMV*, núm. 1/2007, págs. 62-64.

nombramientos y retribuciones)¹¹⁸⁷, reproduciendo así, *mutatis mutandi*, una estructura similar a la de los órganos *ad hoc* de la empresa familiar.

Precisamente, estas recomendaciones favorables a contar con consejeros independientes surgieron en el seno de las grandes corporaciones pero, posteriormente, se han extendido a las pymes y a las empresas familiares¹¹⁸⁸, “donde se les atribuye funciones de asesoría, planificación de la sucesión, y de contribuir a la elaboración, seguimiento y modificación del protocolo familiar”¹¹⁸⁹. Y todo ello entronca con su aportación a la profesionalización de la empresa familiar, en la que operarán como asesores expertos, profesionales experimentados, competentes y prestigiosos, cuya principal misión será orientar a los miembros del órgano de administración y, cuando sea preciso, enfrentarse a las decisiones de la mayoría¹¹⁹⁰. Servirán por tanto, merced a su capacidad técnica, como contrapunto a posibles decisiones que unos socios o administradores tomen sin tener en consideración –como sí deberán tenerlo estos consejeros independientes- el interés conjunto de la sociedad (y no sólo de unos cuantos de sus socios) y hasta de la familia empresaria (y no sólo de una determinada rama) cuando su papel trascienda más allá del ámbito de la sociedad mercantil. Además, en aras a salvaguardar su independencia, es indispensable que estos consejeros externos estén sujetos a una férrea disciplina de incompatibilidades, por cuanto carecería de sentido que se les permitiera, por ejemplo, el establecimiento de relaciones comerciales o profesionales con la sociedad de cuya administración formen parte o, incluso, de cualquier otra sociedad de su mismo grupo¹¹⁹¹.

Y como colofón de todo ello, debe destacarse que las empresas familiares que cuentan con administradores o ejecutivos externos obtienen mejores resultados en el mercado que aquéllas cuyo gobierno está encomendando únicamente a miembros de la familia¹¹⁹², lo cual no debe extrañar: los inversores institucionales prefieren invertir en aquellas sociedades que perciben como mejor gobernadas, de lo que se deduce que el buen gobierno no sólo es importante en términos jurídicos, sino también en términos económicos¹¹⁹³.

¹¹⁸⁷ PAZ-ARES, C.: “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, en *Indret*, núm. 1/2004, pág. 5.

¹¹⁸⁸ VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 31.

¹¹⁸⁹ PÉREZ CARRILLO, E.: “Simplificación en la...”, ob. cit., pág. 400.

¹¹⁹⁰ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *Los consejeros independientes...*, ob. cit., págs. 167-169.

¹¹⁹¹ EMBID IRUJO, J. M.: “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, en *RDM*, núm. 249/2003, págs. 952-953.

¹¹⁹² VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de...*, ob. cit., pág. 73.

¹¹⁹³ GARRIDO GARCÍA, J. M.: “El buen gobierno...”, ob. cit., pág. 45.

5.2.2. Órganos propios de la empresa familiar.

Los órganos propios de la empresa familiar, nominados habitualmente como órganos *ad hoc* por su carácter específico, son aquéllos que no tienen su base jurídica en el derecho societario, sino en el civil contractual, es decir, no nacen de la ley societaria (como los órganos necesarios) ni tampoco de los estatutos (como los potestativos), sino que nacen de la autonomía de la voluntad de la familia empresaria debidamente expresada en el protocolo¹¹⁹⁴. Con todo, no se trata de una división absoluta: aun con base contractual, se trata de órganos que persiguen una trascendencia societaria, lo cual ha venido a ser reconocido de una forma más o menos expresa por el RD 171/2007¹¹⁹⁵. Como indicábamos anteriormente, el proceso de maduración de la empresa familiar puede hacer que ésta llegue a un punto en que, debido a la implicación y complejidad de la familia en la empresa (por ejemplo por la presencia de varias ramas de familiares) o por el tamaño alcanzado como sociedad mercantil, sea aconsejable dotarse de órganos en que los familiares puedan recibir información de la marcha de la empresa y, en su caso, deliberar sobre estrategias que puedan después trasladar a los órganos propiamente societarios¹¹⁹⁶.

Por este motivo, es frecuente que los protocolos familiares establezcan las bases para la creación y funcionamiento de órganos propios de la empresa familiar, por cuanto nada impide que los firmantes de un contrato de colaboración –como es el protocolo– se doten de la organización que estimen más conveniente, teniendo siempre presente que dicha organización tendrá una eficacia exclusivamente interna o contractual¹¹⁹⁷.

A diferencia de los órganos societarios, cuya configuración resulta legalmente inexcusable, como ya hemos indicado, los órganos *ad hoc* de la empresa familiar atienden a una triple configuración característica: son extrasocietarios, atípicos y de instauración puramente voluntaria¹¹⁹⁸. En consecuencia, serán órganos que sólo estarán presentes cuando la familia empresaria así lo desee y se registrarán por las normas que ésta haya escogido a la hora de configurarlos. Por este motivo, es imprescindible que el protocolo recoja la declaración de voluntad consensuada de crearlos y, también, el reglamento al que deberán someterse.

¹¹⁹⁴ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., págs. 78-79.

¹¹⁹⁵ En particular, con la reforma introducida por el RD en los artículos 114 y 175 del RRM, que permiten la inscripción de la existencia de comités consultivos, creados al amparo de los también modificados artículos 124.2 y 185.3 del Reglamento, en los que se hace una mención específica a la posibilidad de que se denominen “familiares”.

¹¹⁹⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 51.

¹¹⁹⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 84-85.

¹¹⁹⁸ SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, V.: “El gobierno de...”, ob. cit., pág. 167.

Dedicaremos los dos epígrafes siguientes a efectuar un breve análisis de los dos órganos más importantes dentro de la categoría de órganos *ad hoc* de la empresa familiar, si bien consideramos necesario hacer referencia previamente a la *reunión familiar*, que es el modelo más simple de organización familiar y suele operar en empresas familiares que se encuentren en la etapa de fundación¹¹⁹⁹. Se utilizará en aquellas empresas familiares que se encuentran generalmente en su primera generación y que tienen una estructura muy reducida: tomarán parte en dichas reuniones el empresario, y su cónyuge y, poco a poco, los hijos que se vayan incorporando a las mismas¹²⁰⁰. Por su propia idiosincrasia, la *reunión familiar* es totalmente antiformalista y puede celebrarse con relativa asiduidad¹²⁰¹.

La *reunión familiar* no es, evidentemente, un órgano de gobierno. No tiene una estructura definida y ni siquiera es previsible que se haga mención alguna la misma en el protocolo familiar, que generalmente se celebrará en fases más avanzadas de la empresa familiar. Sin embargo, consideramos que esas reuniones informales pueden suponer la génesis de los futuros órganos de gobierno familiar y, en cierta medida, hasta del protocolo mismo, razón por la cual se ha considerado interesante realizar esta pequeña mención.

5.2.2.1. Asamblea familiar.

La asamblea familiar es el órgano básico de toda empresa familiar que haya alcanzado cierto grado de madurez y que, por tanto, sienta la necesidad de dotarse de un instrumento de gobierno en el que todos los miembros de la familia empresaria (revistan o no condición de socios) puedan participar. Se trata de un órgano deliberante “*con carácter no permanente y de reunión periódica, al que acceden directamente todos los miembros de la familia*”, por lo que su paralelismo con la junta general es bastante acusado¹²⁰², incluso en la periodicidad de sus reuniones, que no acostumbrarán a celebrarse más que una o dos veces al año¹²⁰³. De hecho, es tal el paralelismo que algunos autores llaman a la asamblea la *Junta familiar*¹²⁰⁴. No obstante, existe una diferencia fundamental: mientras la junta es un órgano con poder decisorio vinculante, la asamblea familiar es un órgano de carácter meramente informativo¹²⁰⁵.

¹¹⁹⁹ MOLINA MANCHÓN, H./RIENDA GARCÍA, L.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 234.

¹²⁰⁰ CARRASCO, A./SABATER, R.: “Gobierno y organización...”, ob. cit., pág. 158.

¹²⁰¹ CASILLAS, J./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., pág. 110.

¹²⁰² QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 51.

¹²⁰³ CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., pág. 112.

¹²⁰⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 85; VERDÚ CAÑETE, M.J.: “Estructura orgánica de...”, ob. cit., pág. 92.

¹²⁰⁵ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 82.

Se trata, con todo, de un órgano con mayor peso en el plano organizacional familiar que en el corporativo, como resulta lógico teniendo en cuenta que pueden integrarlo familiares que no sean socios y, en cambio, no pueden integrarlo socios que no sean familiares: se entiende que todos los miembros de la familia empresaria deberían poder formar parte de esta asamblea, incluso los cónyuges y aquéllos que ni trabajen en la empresa ni tengan participación alguna en su capital¹²⁰⁶. Esto se traduce en la delimitación de sus funciones, de modo que la asamblea es “el órgano que regula el funcionamiento de la familia empresaria y, en especial, de las relaciones de la familia con sus actividades empresariales y extraempresariales ligadas a la empresa y/o al patrimonio familiar”¹²⁰⁷. Es decir, se ocupa de cuestiones que pueden tener que ver con la empresa pero sin poner en ésta su foco de atención, sin pretender tomar medidas *per se* empresariales, sino únicamente tomar las medidas oportunas que, aun guardando relación con la empresa, busquen el beneficio de la familia como principal objetivo.

La existencia de este órgano acostumbra a ser un indicador de que la empresa familiar ha alcanzado un elevado grado de madurez o de complejidad, especialmente en relación con la participación de la familia empresaria en el capital y el mayor grado de atomización de éste. Así, la asamblea familiar es un órgano especialmente adecuado cuando la empresa está en manos de un elevado conjunto de familiares y no cuando se reduzca a una única unidad familiar (como una empresa de hermanos o una confederación de primos con no demasiados miembros)¹²⁰⁸. Hasta llegar a esa fase, mientras la empresa familiar cuente con un reducido número de socios, es frecuente que el consejo de familia –al que dedicaremos el epígrafe siguiente- funcione también como asamblea¹²⁰⁹. De este modo, podemos indicar que la estructura orgánica de la sociedad se va adecuando en cada momento a la complejidad propia del entorno empresa-familia, evitando al principio órganos que resulten superfluos y evitando, en etapas posteriores, carecer de aquéllos que resulten necesarios¹²¹⁰.

¹²⁰⁶ SÁNCHEZ_CRESPO CASANOVA, A. J.: “El gobierno de...”, ob. cit., pág. 57.

¹²⁰⁷ GALLO, M.A./AMAT, J.: *Los secretos de...*, ob. cit., pág. 211.

¹²⁰⁸ CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., pág. 111.

¹²⁰⁹ MOLINA MANCHÓN, H./RIENDA GARCÍA, L.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 240; VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 83.

¹²¹⁰ En las primeras etapas del ciclo empresarial, las estructuras de gobierno son sencillas y están centradas en la figura del fundador. Es a medida que crece la empresa cuando se debe dotar de estructuras más complejas (MEROÑO CERDÁN, A. L./JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D.: “El negocio familiar...”, ob. cit., pág. 130.

5.2.2.2. Consejo de familia.

Del mismo modo que, como indicábamos en el epígrafe anterior, puede establecerse un elevado grado de paralelismo entre la asamblea y la junta general, también entre los órganos *ad hoc* de la empresa familiar encontramos el instrumento paralelo al órgano societario de administración. Se trata del consejo de familia, una “*instancia orgánica, de actuación más continuada y ejecutiva, con funciones de coordinación, convocatoria y propuesta, adopción de decisiones en caso de urgencia, atribuciones delegadas para representar al conjunto, resolver conflictos, interpretar el protocolo, etc.*”¹²¹¹.

Su funcionamiento acostumbrará a ser precisamente paralelo al del órgano de administración, aunque gozará de unas atribuciones específicas relativas al ámbito de la familia: procurará asegurar la convivencia familiar (resolviendo eventuales conflictos), defenderá los intereses de la familia en la sociedad mercantil y será el encargado de velar por el cumplimiento del protocolo familiar, siendo también el órgano al que corresponde interpretarlo y actualizarlo¹²¹². Además, entroncando con las ideas antes expuestas acerca de los modelos duales de administración social¹²¹³, el consejo de familia puede ejercer funciones de supervisión del órgano de administración¹²¹⁴, aun cuando sea una supervisión que no corresponda con la estructura jerárquica prevista en nuestro Derecho de sociedades, en el que es la junta la que, en su caso y en el ámbito de sus competencias, supervisa a los administradores¹²¹⁵.

En este sentido, ejerciendo como “*intermediario entre la familia y la sociedad*”¹²¹⁶, el consejo de familia no sólo debe supervisar que la tarea desarrollada por el órgano de administración sea eficaz desde el punto de vista gerencial-empresarial, sino también que guarde relación con la filosofía y la cultura de la empresa familiar en la que se enmarca. Y es que es al consejo de familia a quien corresponde impartir cierto sentido de identidad a la familia empresaria y también a la empresa familiar, de modo que en los dos ámbitos pueda apreciarse la existencia de una misma filosofía y unos mismos valores¹²¹⁷.

Aunque el consejo de familia comparte con la asamblea familiar las condiciones antes mencionadas de órgano extrasocietario, atípico y potestativo¹²¹⁸, consideramos necesario apuntar una diferencia conceptual

¹²¹¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., pág. 52.

¹²¹² VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 84.

¹²¹³ Vid. epígrafe 5.2.1.

¹²¹⁴ VERDÚ CAÑETE, M. J.: “Estructura orgánica de...”, ob. cit., pág. 92.

¹²¹⁵ MARTÍNEZ, J.: “Introducción al protocolo...”, ob. cit., pág. 68.

¹²¹⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 86.

¹²¹⁷ WARD, J.: *Cómo crear un...*, ob. cit., págs. 223-224.

¹²¹⁸ SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, V.: “El gobierno de...”, ob. cit., pág. 167.

básica. El consejo familiar es el órgano que representa a la familia en la empresa¹²¹⁹, es decir, defiende los intereses de la familia empresaria pero lo hace en relación exclusivamente con su participación en la sociedad mercantil. La asamblea, en cambio, como ya hemos comentado, puede abordar por su propia composición cuestiones que no guarden una relación directa con dicha sociedad mercantil. En consecuencia, podríamos concluir que el consejo es un órgano que defiende el interés familiar en la empresa y la asamblea, en cambio, regula las relaciones intrafamiliares y, en su caso, las que se tengan con la empresa.

5.2.3. Relaciones entre los órganos de gobierno societarios y familiares.

Consideramos interesante cerrar este capítulo haciendo una breve referencia al modo en que se relacionarán los distintos órganos societarios (junta y administradores) y los familiares (asamblea y consejo), por cuanto el gobierno de la empresa familiar –uno de los principales retos en materia de estudios de buen gobierno¹²²⁰- quedará sometido a la actuación de todos ellos y, lógicamente, al resultado de las interacciones que lleven a cabo. En algunos aspectos, como la ordenación de la sucesión, la actuación de todos estos órganos será fundamental¹²²¹.

Todo ello puede reducirse a dos términos que, siendo opuestos, vienen a describir una misma realidad: coordinación e injerencia. Es necesario que exista coordinación entre unos órganos y otros, si bien en el marco de sus relaciones se advierte fácilmente el riesgo de injerencias de los unos para con los otros. El protocolo familiar debe servir, a estos efectos, como *“cauce orgánico de intercomunicación entre el ámbito de lo estrictamente familiar y lo propiamente societario y entre los órganos respectivos”*¹²²², es decir, debe fomentar la coordinación. Los intereses de la familia –o de alguno de sus miembros- pueden en ocasiones ser divergentes con el interés social¹²²³: basta con recordar el modelo de los tres círculos¹²²⁴ para darse cuenta de ello. Por este motivo, si los órganos familiares funcionan por un cauce y los familiares lo hacen por otro,

¹²¹⁹ MARTÍNEZ, J.: “Introducción al protocolo...”; ob. cit., pág. 64.

¹²²⁰ VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 35.

¹²²¹ Para un análisis de la coordinación entre órganos societarios y familiares en el ámbito de la sucesión, vid. ZUGAZA SALAZAR, J. M.: “El papel del Consejo de Administración y el consejo de familia durante el proceso de transición generacional”, en AMAT, J. (280ditio.): *La sucesión en...*, ob. cit., págs. 77-85.

¹²²² FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 88.

¹²²³ Respecto al interés social, conviene apuntar lo siguiente: *“La Sociedad, como comunidad de intereses, sitúa el fin social en primer término, y de aquí que, frente a lo que ocurre, en general, en los contratos, las prestaciones se encaminen primordialmente a la consecución de aquél”* (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 199).

¹²²⁴ TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of...”, ob. Cit., pág. 201.

atendiendo cada uno de ellos de manera exclusiva a las necesidades e intereses del plano en el que se hallan circunscritos, se producirá una descoordinación orgánica que resultará nociva para la familia empresaria.

Con todo, debe cuidarse el modo en que dicha coordinación –que podrá comportar incluso de manera recomendable cierto grado de supervisión por parte de la familia¹²²⁵- se llevará a cabo porque, si se planifica o ejecuta mal, se corre el riesgo antes apuntado de injerencia y también el de la confusión¹²²⁶: una elevada concentración de miembros de la familia en todos los órganos (prescindiendo por ejemplo de consejeros independientes) puede ser una fuente de conflicto¹²²⁷. La injerencia de los órganos familiares sobre los societarios se entiende expresamente admitida por el RD 171/2007 desde el momento en que permite la creación de los comités consultivos, con lo que se viene a dar respuesta a lo que ya parecía demandarse previamente en nuestro ordenamiento¹²²⁸ y con lo que se establece, mediante un sistema similar al dual de la sociedad anónima europea, la posibilidad de que los órganos familiares tengan cierta capacidad de *placet* o autorización, previa o posterior, de la actuación de los órganos societarios en determinadas decisiones de singular trascendencia¹²²⁹. Pero no deben olvidar además los miembros del órgano familiar que, siendo lícita su injerencia sobre el órgano de administración, podrán también quedar sujetos a responsabilidad por los eventuales perjuicios que se irroguen a la propia sociedad, a sus socios o a terceros¹²³⁰.

La referencia al sistema dual nos parece interesante para cerrar este apartado, por cuanto consideramos que la conjunción de órganos con facultades consultivas y supervisoras, por un lado, con órganos ejecutivos, por el otro, plantea el esquema más adecuado para la coordinación –y hasta cierto grado la injerencia controlada- entre unos y otros. No se trata de vaciar de contenido los órganos sociales, aun cuando exista evidentemente un riesgo para ello en determinadas situaciones a las que lleve por ejemplo la existencia de sindicatos de voto¹²³¹. Se trata únicamente de asegurar que las actuaciones en el seno de los órganos sociales se ajusten al interés de la familia empresaria, aun debiendo quedar muy claro que, en sede societaria, los órganos familiares deberán mantener un carácter meramente consultivo¹²³², pero serán el reflejo de algo

¹²²⁵ GALVE GÓRRIZ, C./SALAS FUMÁS, V.: “Fundamentos económicos de...”, ob. cit., pág. 97.

¹²²⁶ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., págs. 1.011-1.012.

¹²²⁷ CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., pág. 124.

¹²²⁸ RDGRN de 4 de mayo de 2005 (previa, por tanto, al RD 171/2007): “*Que, dentro del mismo marco dispositivo se creen órganos específicos al margen de los legalmente previstos no puede descartarse a priori, pero en todo caso la incorporación de tales órganos a la estructura de la sociedad requiere la adecuada regulación de su composición, nombramiento, funciones, etc. y todo ello dentro del margen que aquella norma legal permite, el respeto a las leyes y a los principios configuradores del tipo social*”.

¹²²⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 93-94.

¹²³⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 99-100.

¹²³¹ Vid. epígrafe 5.2.1.1.2.

¹²³² VERDÚ CAÑETE, M. J.: “Estructura orgánica de...”, ob. cit., pág. 97.

esencial: el interés de la familia en la andadura social¹²³³. Lo fundamental, por tanto, será conseguir una plena coordinación entre órganos que deben actuar en dimensiones diferenciadas que requerirán un trato específico que, a pesar de ello, debe obedecer a unas mismas directrices globales¹²³⁴. Directrices que, naturalmente, encuentran en el protocolo familiar el espacio más idóneo para su formulación.

¹²³³ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 999.

¹²³⁴ CARRASCO HERNÁNDEZ, A. J./SABATER SÁNCHEZ, R.: “Gobierno y organización...”, ob. cit., pág. 166.

6. El protocolo familiar como tipo particular de pacto parasocial

6.1. Carácter extraestatutario del protocolo familiar.

Como hemos expuesto ya en el capítulo tercero, podemos encontrar múltiples definiciones de la figura del protocolo familiar, lo cual resulta muy lógico si tenemos en cuenta el carácter marcadamente heterogéneo del mismo¹²³⁵. No obstante, si nos ceñimos *stricto sensu* a la literatura legislativa, la definición de protocolo es la que nos ofrece el Real Decreto 171/2007, que es la siguiente: *“aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*.

Aunque no es preciso reiterar el análisis detallado de esta definición, por cuanto lo hemos realizado ya en el capítulo tercero, sí que resulta importante destacar dos elementos de la misma: que el protocolo es un pacto entre socios (sin perjuicio de la presencia de algún tercero, entendiendo como tal al familiar sin participación en el capital de la sociedad) y que busca incidir sobre la empresa (al margen de hacerlo también sobre la familia). Este doble carácter del pacto, por un lado celebrado entre socios y orientado, por el otro, a la gestión de la sociedad, hace que podamos situar el protocolo familiar en el ámbito de los pactos parasociales o extraestatutarios¹²³⁶, acerca de los cuales encontramos también una interesante definición legal en el artículo 518.1 de la LSC, donde se los identifica con *“aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas”*¹²³⁷, definición enmarcada en el régimen de obligatoria publicidad de estos pactos (artículo 519 de la LSC), que debe permitir una mayor transparencia en las sociedades cotizadas, permitiendo a los eventuales inversores conocer el alcance de la regulación interna de las mismas¹²³⁸. En este sentido, destaca la doctrina¹²³⁹ que la obligación de dar

¹²³⁵ GARRIDO DE PALMA, V.: “La publicidad del protocolo familiar”, en *RJC*, número 1/2008, pág. 65.

¹²³⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., pág. 92.

¹²³⁷ La definición contenida en este precepto es un calco del artículo 112 de la LMV, derogado por la entrada en vigor de la LSC. A su vez, el referido precepto se había introducido en la LMV de conformidad con la modificación operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, que reformaba la LMV y la LSA con el objetivo de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

¹²³⁸ Un interesante análisis de la necesidad de transparencia y de acceso a la información lo encontramos en CRESPO RODRÍGUEZ, M./ZAFRA JIMÉNEZ, A.: *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 9-18; por su parte, P. YANES destaca que la opción de política legislativa relativa a la publicidad de estos pactos obedece al interés de los inversores y de los mercados en conocer aquellos acuerdos que pudieran generar distorsiones en la formación de precios y en propio

publicidad a estos pactos había sido planteada ya en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, si bien su introducción definitiva en nuestro derecho positivo cabría atribuirle a la influencia del Informe Aldama, que recomendaba encarecidamente reforzar los deberes de transparencia de los emisores de valores (esto es, de las sociedades cotizadas)¹²⁴⁰.

A pesar de tratarse de una definición de exclusiva aplicación sobre un tipo social concreto (la sociedad anónima) que revista además una condición particular (el carácter de cotizada), resultando por tanto un concepto de uso restringido, circunscrito al ámbito que acabamos de indicar ¹²⁴¹, es conveniente observar que se alude nuevamente al elemento consensual, en tanto que la figura es un pacto (que podemos calificar también, por su naturaleza jurídica, como contrato) ¹²⁴², que tiene como objetivos el control de la gestión y de la estructura de propiedad de la sociedad, objetivos que son también los propios no sólo de cualquier pacto parasocial o extraestatutario que recaiga sobre sociedades distintas a las anónimas cotizadas sino, también, los propios y esenciales de todo protocolo familiar¹²⁴³.

Situarse el protocolo familiar dentro del ámbito del pacto parasocial es, para nosotros, una forma de situarlo en un terreno que la doctrina lleva ya décadas estudiando, ubicándolo en el marco de una figura cuya validez jurídica está fuera ya de cualquier duda (sin perjuicio de los debates sobre su oponibilidad, que analizaremos más adelante en este mismo capítulo). Esto se refrenda por el hecho de que la naturaleza jurídica de los pactos sociales es la que mejor conviene al protocolo familiar, quedando en manos de sus firmantes la posterior incorporación o no de sus acuerdos a los estatutos sociales¹²⁴⁴.

Y es que la propia naturaleza del pacto parasocial así lo sugiere. De hecho, la doctrina ha venido moldeando el concepto de pactos parasociales hasta usar este término para referirse a *“los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que las rigen”*¹²⁴⁵. Se trata, por tanto, de un acuerdo de voluntades entre personas que presentan como denominador común su condición

mercado (YANES YANES, P.: “Los pactos parasociales no comunicados”, en AAVV: *Estudios de derecho mercantil en honor al profesor José María Muñoz Planas*, ob. cit., pág. 909); en sede de sociedades cotizadas, se entiende que la correcta formación de los precios reposa sobre la máxima difusión posible de información (HERNÁNDEZ SÁINZ, E.: “La obligación de difusión de información relevante y sus excepciones”, en *RMV*, núm. 4/2009, pág. 166).

¹²³⁹ LEÓN, F.: “Artículo 518. Pactos parasociales en sociedad cotizada”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 3.369.

¹²⁴⁰ EMBID IRUJO, J. M.: “El buen gobierno...”, ob. cit., pág. 945.

¹²⁴¹ ALBELLA AMIGO, S.: “Régimen de publicidad...”, ob. cit., pág. 859.

¹²⁴² Vid. epígrafe 7.1.

¹²⁴³ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 466.

¹²⁴⁴ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, ob. cit., págs. 328-329.

¹²⁴⁵ PAZ-ARES, C.: “El *enforcement* de...”, ob. cit., pág. 19.

de socios o accionistas de una determinada compañía mercantil y que tienen, como objetivo, regular el devenir de la misma, ahondando más así en la configuración consensual de la sociedad, yendo más allá de los estatutos sociales de la misma. En este sentido, se advierte que no debemos perder de vista que la regulación afectará a las relaciones internas entre los firmantes y no a la sociedad, a quien el pacto particular entre aquéllos no le será a priori oponible (sin perjuicio de los considerables matices que más adelante plantearemos¹²⁴⁶), por lo que podemos considerar que el pacto parasocial tendrá, inicialmente, la consideración de contrato, pudiendo razonar para ello todo cuanto hemos expuesto ya, en el capítulo tercero, en orden a otorgar tal consideración al protocolo familiar.

Esta limitación de los efectos del pacto, circunscrita al ámbito de sus firmantes, hace que se puedan definir estos pactos en sentido negativo, es decir, por el hecho de no estar recogidos ni en la escritura social ni en los estatutos, que son los dos espacios en los que propiamente deberían consignarse las normas que rijan el funcionamiento de la sociedad. Es por ello que puede reducirse la eficacia de los pactos en cuestión a la de meros contratos: *“los convenios que no se recojan en la escritura o en los estatutos, pues, tienen la eficacia propia de todos los contratos, en el sentido de afectar únicamente a las partes que los celebran pero no a las personas ajenas a los mismos (como la sociedad, para quien dichos pactos son res inter alios acta)”*¹²⁴⁷.

La consecuencia de ese carácter contractual es la falta de oponibilidad, a la que nos referiremos en el presente capítulo como el punto más débil de los pactos extraestatutarios. Así se aprecia en múltiples situaciones como, por ejemplo, en una cuestión concreta que suele ser objeto habitual de estos acuerdos: las restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones. Se puede señalar al respecto Vázquez García que la contravención del pacto de sindicación generaría para el infractor una responsabilidad contractual frente al resto de integrantes del pacto, pero no sería oponible al tercero adquirente y, por lo tanto, la postura de éste (como nuevo socio o accionista) sería necesariamente reconocida por la sociedad¹²⁴⁸.

Aun debiendo admitir que esto es necesariamente así, cabe objetar, sin embargo, que se produce una situación cuando menos extraña: nos encontramos con un conjunto de socios –que no necesariamente la mayoría- celebrando acuerdos entre sí que afectarán a un tercero (la sociedad). Y es que, aunque no puedan obligar a la sociedad en virtud del pacto, es evidente que la actuación que esos socios llevarán a cabo va a tener una decisiva trascendencia sobre la misma, que se verá indirectamente

¹²⁴⁶ Vid., en particular, el apartado 8.1.2, relativo a la publicidad registral del protocolo.

¹²⁴⁷ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima. Fundación”, ob. cit., pág. 836.

¹²⁴⁸ VÁZQUEZ GARCÍA, J. R.: “Restricciones a la...”, ob. cit., pág. 367.

afectada por el contenido del pacto¹²⁴⁹, cuando menos en su ámbito interno. Por lo tanto, esa frontera de no eficacia frente a la sociedad –que antes apuntábamos de una forma tan clara- empieza a difuminarse, al emprender un camino que la llevará a resquebrajarse de modo más profundo a medida que vayamos viendo de qué modo la doctrina y la jurisprudencia han ido interpretando, de forma cada vez más abiertamente favorable (a pesar de alguna resolución del año 2008 que vino a romper esta tendencia), la eficacia obligacional de este tipo de acuerdos, pactos o convenios.

Y es que, como coincide en apuntar la doctrina, la separación entre normas estatutarias y normas parasociales no es, en realidad, tan absoluta, puesto que las cláusulas contenidas en pactos extraestatutarios pueden modificar la aplicación o los efectos de las normas contenidas en los estatutos¹²⁵⁰. Lógicamente, si los socios firmantes del pacto siguen sus directrices, pueden obrar de una forma que les haga prescindir de la aplicación de los estatutos sociales, actuando de conformidad con lo pactado entre ellos, aun cuando jurídicamente su eficacia sea solamente contractual.

6.2. Los pactos parasociales en nuestro ordenamiento jurídico.

Como ya hemos indicado, el concepto de “pacto parasocial” no se introdujo en el ordenamiento jurídico español –no al menos en sede de Derecho positivo- hasta que la Ley 26/2003, de 17 de julio, modificó la LMV para hacer obligatoria su publicidad en las sociedades cotizadas. No obstante, con una dicción distinta, la de “*pactos reservados*”, nuestro Derecho se había preocupado ya de esta cuestión desde mucho antes¹²⁵¹, puesto que se trata de una figura de larga tradición histórica¹²⁵². Así, el artículo 6 *in fine* de la LSA de 1951 se refería ya a tales pactos para considerarlos nulos (con lo que no podían desplegar efectos ni siquiera *inter partes* sobre sus firmantes), cuestión que ha recibido un trato bien distinto a partir de la LSA de 1989, en cuyo artículo 7.2 se admitía ya la existencia de estos pactos y se reconocía su validez¹²⁵³. Con

¹²⁴⁹ Un sindicato de voto, por ejemplo, equivale a un reparto de fuerzas distinto de aquél que, a priori, establecería el mero reparto del capital social (vid. epígrafe 5.2.1.1.2). De igual modo, un sindicato de venta ordenará la transmisión de la sociedad de una forma distinta a aquella que esté prevista en los estatutos.

¹²⁵⁰ CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R.: “Artículo 7º. Constitución e inscripción”, en ARROYO, I./EMBID, J. M. (coords.): *Comentarios a la ...*, volumen I, ob. cit., págs. 100-101.

¹²⁵¹ Ya se hacía referencia a los mismos en el Proyecto de Ccom de 1828 y en el Ccom finalmente promulgado en 1829. En ambos se prohibía expresamente la adopción de “*pactos reservados*”, siguiendo así la misma regulación del Código de Comercio francés de 1807 (FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 32).

¹²⁵² En sus orígenes, el pacto parasocial se configuraba como el compromiso por parte de un socio de cubrir las pérdidas en las que otro pudiera incurrir como consecuencia de la sociedad (VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, ob. cit., págs. 349-350).

¹²⁵³ Para Paz-Ares, resulta inexplicable que la LSA de 1951 declarase la nulidad de tales pactos, entendiendo más adecuada la regulación actual (PAZ-ARES, C.: “La cuestión de...”, ob. cit., pág. 252).

esto, entiende la doctrina que el legislador venía a reconocer que la regulación de la sociedad no sólo está influida por sus estatutos, sino también por pactos entre los socios, algo que supuso en aquel momento una ruptura con la regulación anterior, que llegaba a sancionar hasta con la nulidad de la sociedad la existencia de pactos reservados¹²⁵⁴, si bien esta sanción había venido siendo moderada ya por el Tribunal Supremo, que entendió importante introducir un matiz a la prohibición del CCom: se debían entender como prohibidos los pactos reservados que pretendieran influir en las relaciones entre socios y sociedad, pero no aquéllos que regulasen relaciones entre socios, aun cuando las mismas trajeran causa precisamente de la sociedad¹²⁵⁵.

La actual regulación mantiene el mismo tratamiento para los pactos reservados. El artículo 29 de la LSC, que es un calco de los derogados artículos 7.1 de la LSA y 11.2 de la LSRL, señala lo siguiente: *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. De la dicción literal del precepto cabe deducir la admisibilidad de los referidos pactos¹²⁵⁶, sin perjuicio de los límites de eficacia que pesan sobre los mismos y a los que nos referiremos más adelante, así como también la necesaria advertencia de que esta admisión general de validez no puede presuponer, en modo alguno, que todos los pactos entre socios deban reputarse lícitos, puesto que deberán analizarse ulteriormente tanto su contenido como su finalidad ¹²⁵⁷. En definitiva, por tanto, con la reforma de nuestra legislación societaria operada desde 1989 con la LSA, secundada posteriormente por la LSRL de 1995, se sustituyó la primigenia nulidad de 1951 por la inoponibilidad de los pactos, vigente desde entonces¹²⁵⁸. Esta evolución legislativa ha abierto con posterioridad un debate acerca de la inoponibilidad misma del pacto, debate al que nos referiremos más adelante¹²⁵⁹, si bien es preciso primero profundizar un poco más en las características esenciales de esta figura jurídica, por lo que dedicaremos a ello el epígrafe siguiente.

¹²⁵⁴ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 231.

¹²⁵⁵ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M.: “Los pactos parasociales”, ob. cit., pág. 201.

¹²⁵⁶ Debe señalarse que este nuevo enfoque adoptado en la LSC –que se había introducido ya en 1989 con la LSA–, no se ha trasladado al Ccom, cuyo artículo 119 *in fine*, sigue negando la posibilidad de pactos extraestatutarios en la constitución de sociedades: *“Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social”*. En consecuencia, el Ccom establece una prohibición que, actualmente, no encaja con la ley especial reguladora de las sociedades capitalistas, prohibición a la que, por tanto, no cabe otorgar ninguna otra fuerza que la de evitar la oponibilidad de esos pactos más allá de la esfera privada de sus firmantes..

¹²⁵⁷ PAZ-ARES, C.: “La validez de los pactos parasociales”, en *La Ley*, núm. 7730/2011, pág. 1.683.

¹²⁵⁸ CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R.: “Artículo 11º. Constitución de la sociedad”, en ARROYO, I./EMBED, J. M.: *Comentarios a la...*, volumen I, ob. cit., pág. 125.

¹²⁵⁹ Vid. epígrafe 6.2.2.

6.2.1. Rasgos definitorios del pacto parasocial.

El pacto parasocial o extraestatutario se concibe como la máxima expresión de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de configurar la sociedad mercantil. Puede indicarse al respecto que estos pactos *“se encuentran amparados por la libre iniciativa privada y por la libertad de empresa y constituyen una manifestación de la autonomía de gestión en el ejercicio de la actividad empresarial y de la libertad negocial”*¹²⁶⁰. Esta caracterización no es más que una forma particular de entender el principio de autonomía contractual, el más que conocido brocardo *pacta sunt servanda*, que supone la base de nuestro Derecho de contratos, entendiendo que las relaciones obligatorias sinalagmáticas imponen a las partes una autorresponsabilidad personal que, en justa contraprestación, les permite un amplio margen de maniobra en su establecimiento y determinación¹²⁶¹.

En sede de sociedades mercantiles, es evidente que lo parasocial permite a los socios o accionistas una autonomía mucho mayor de lo que admiten los estatutos, que no dejan de estar limitados por la ley: a modo de ejemplo, el artículo 200 de la LSC impide elevar la mayoría estatutaria reforzada hasta que suponga la exigencia de unanimidad para la adopción de un acuerdo¹²⁶² y, en cambio, un sindicato de voto (tipo particular de pacto parasocial) puede exigirlo a sus firmantes, consecuencia de lo cual operará –de hecho- esa regla de unanimidad en la sociedad cuando la totalidad de los firmantes ostenten, a su vez, la totalidad del capital social.

Una definición del concepto especialmente interesante, por su exhaustividad, la ofrece Navarro Matamoros¹²⁶³, resumiendo todos los rasgos propios del pacto parasocial, al describirlo como *“un contrato privado entendido como un conjunto de pactos o normas que regirán el funcionamiento societario, las relaciones entre los socios (todos o algunos) y la sociedad, las relaciones de los socios entre sí y la forma en que éstos actuarán frente a terceros. Su finalidad es la de completar o concretar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la vida de la sociedad. Además, desde el punto de vista estructural aparecen unidos al contrato social, aunque subordinados al mismo. [...] La ventaja clave de los pactos parasociales radica en su carácter absolutamente flexible y dispositivo, pues son válidos siempre y cuando no contravengan las leyes, la moral o el orden público”*. Podemos analizar a

¹²⁶⁰ LEÓN, F.: “Artículo 518. Pactos...”, ob. cit., pág. 3.370.

¹²⁶¹ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 64-65.

¹²⁶² No obstante, y de forma especial en las sociedades cerradas con un número reducido de socios, es posible que esa unanimidad se exija simplemente con elevar a un determinado porcentaje la mayoría mínima exigida. Advierte Juste que este tipo de situaciones se producirá siempre en las sociedades compuestas por dos socios con participaciones iguales (JUSTE, J.: “Artículo 200. Mayoría estatutaria reforzada”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 1.397).

¹²⁶³ NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual...*, ob. cit., pág. 209.

continuación, de forma un poco más detenida, los diversos elementos objeto de definición:

- a. El carácter de contrato privado: los pactos parasociales tienen la naturaleza propia del contrato, entendido como *“pacto, ajuste o convenio que crea una obligación entre las personas que lo hacen o consuman”*¹²⁶⁴, carácter que no encontramos definido de forma directa en nuestro derecho pero que se consensua entre la doctrina por lo que se desprende de su configuración en el CC. La referencia al carácter *“privado”* del contrato debe interpretarse en este caso bajo el prisma del artículo 1.091 del CC y de su carácter de *lex privata* con el efecto *inter partes* que la doctrina¹²⁶⁵ entiende plenamente exigible, pero no entendiendo *“privado”* como opuesto a público, por cuanto no existe distinción alguna –a efectos de validez y eficacia del pacto- entre el acuerdo suscrito de forma privada y el elevado a público mediante fe notarial¹²⁶⁶.
- b. El objeto de regular las relaciones entre los socios y entre éstos y la sociedad: resulta difícil delimitar un objeto unívoco para los pactos parasociales, por cuanto son por su propia esencia documentos de carácter heterogéneo. Asimismo, como proyectan sus efectos sobre cuestiones propias del derecho civil (relaciones privadas entre los socios) y del mercantil (por su incidencia sobre la sociedad), revisten carácter híbrido y atípico, en el sentido de no contar con normas propias que los definan y regulen¹²⁶⁷. En todo caso, sólo cabe hablar de pacto parasocial cuando está vinculado a una sociedad mercantil sobre la que pretende influir.
- c. El carácter complementario de la normativa propia de la sociedad mercantil: frente a la sociedad, el pacto nunca puede sustituir (ni contravenir) las reglas del derecho societario positivo (las leyes) ni las del derecho societario consensual (los estatutos sociales). En caso de conflicto, prevalecerán la ley y los estatutos, careciendo por tanto el pacto parasocial, en cuanto afecte a la sociedad, de eficacia alguna frente a ésta y frente a terceros distintos de los firmantes¹²⁶⁸. No existirá por tanto acción de nulidad de acuerdos basada en que

¹²⁶⁴ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 11.

¹²⁶⁵ Por todos, LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones*, ob. cit., pág. 493.

¹²⁶⁶ No debe olvidarse la concepción espiritualista propia de nuestro derecho contractual, que elude las obligaciones de forma fuera de los casos en que la ley expresamente las disponga (ROGEL VIDE, C.: *Derecho de obligaciones...*, ob. cit., pág. 116). Lo relevante para la formación del contrato es, por tanto, la aceptación, no la forma en que ésta se presta (CUADRADO PÉREZ, C.: *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Cometa, Zaragoza, 2003, págs. 204-205).

¹²⁶⁷ La ausencia de normativa es la que determina la atipicidad de un contrato (GETE-ALONSO CALERA, M. C.: *Estudios sobre el contrato*, ob. cit., págs. 41-42). En el mismo sentido, ROGEL VIDE, C.: *Derecho de obligaciones...*, ob. cit., pág. 101.

¹²⁶⁸ La primacía de los estatutos se revela con especial énfasis cuando el pacto parasocial los contraviene: *“en el caso de que este pacto reservado implique una modificación de las cláusulas estatutarias o del contenido de los estatutos, sólo podrá resultar eficaz frente a otros terceros cuando haya sido “anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero”, conforme estatuye el artículo 1.219 CC”* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./VIGUERA RUBIO, J. M./DÍAZ MORENO, A.: *“Constitución de la sociedad”*, ob. cit., págs. 310-311).

se hayan adoptado con infracción del pacto ¹²⁶⁹, sin perjuicio de alguna resolución judicial particular¹²⁷⁰ y de los avances que, sobre esta materia, se vayan haciendo en sede de arbitraje societario¹²⁷¹.

- d. La flexibilidad de su contenido: por su carácter contractual, el pacto permite la plena autonomía de la voluntad de sus suscribientes, sin perjuicio de los lógicos límites que a la misma cabe imponer¹²⁷².

En definitiva, por tanto, podemos señalar que el pacto parasocial o extraestatutario se define tanto por sus características morfológicas (contrato privado, contenido heterogéneo, eficacia limitada) como, sobre todo, por su finalidad (influir sobre una sociedad mercantil). Forma y finalidad no encajan plenamente, por cuanto las características de forma apuntadas impiden alcanzar del todo esa finalidad propuesta, razón por la cual el pacto parasocial debe apoyarse en otros instrumentos (en particular los estatutos sociales) para alcanzar una eficacia que le permita influir sobre la regulación de la sociedad mercantil tanto como se propusieron sus firmantes en el momento de celebrarlo.

En este sentido, puede ser conveniente traer a colación la distinción entre tres tipos distintos de pactos parasociales que efectúa la doctrina¹²⁷³: los neutros frente a la sociedad (sólo regulan relaciones recíprocas entre los socios), los de atribución (que procuran ventajas a favor de la sociedad, por ejemplo en materia de financiación por parte de sus socios) y los de organización (que tratan de reglamentar el funcionamiento interno de la sociedad). Evidentemente, serán estos últimos los que mayores problemas plantearán, por cuanto pretenderán incidir sobre un tercero, la sociedad, ajeno al pacto, resultando además que ese tercero tiene ya sus propias reglas de funcionamiento legales y, por la vía estatutaria, consensuales.

¹²⁶⁹ Son nulos los acuerdos contrarios a la ley y son anulables los acuerdos contrarios a los estatutos o lesivos del interés social en beneficio de uno o varios socios, tal como señala el artículo 204 de la LSC. Espinós destaca la existencia de distintos grados de invalidez de los acuerdos sociales, señalando que la nulidad se predica por la inobservancia de cualquier norma legal y no sólo por la infracción de leyes societarias (ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.: *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 30-35).

¹²⁷⁰ STS de 10 de febrero de 1992 (Caso Munaka).

¹²⁷¹ La reforma introducida por el RD 171/2007 se ha visto por algunos autores como una mayor aceptación del arbitraje como forma de resolución de las impugnaciones de acuerdos, por lo que el protocolo familiar puede ser un elemento importante para fomentar esa vía (RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 234); en cuanto a la reforma arbitral de 2011, vid. epígrafe 8.3.3.

¹²⁷² La doctrina coincide en que la autonomía de la voluntad está en todo caso sometida al derecho necesario o al orden social (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, ob. cit., págs. 35-37; DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, CRPE, Madrid, 2005, pág. 26). Un carácter absoluto de la autonomía de la libertad, propio de la época liberal, pronto se reveló como utópico e injusto (LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones*, volumen I, ob. cit., págs. 400-401).

¹²⁷³ NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual...*, ob. cit., pág. 210; PAZ-ARES, C.: "Los pactos parasociales...", ob. cit., págs. 711-712.

Con todo, la doctrina no desconoce lo que la realidad evidencia: a pesar de que los pactos no tengan eficacia frente a la sociedad, no cabe duda de que tienen incidencia sobre la misma¹²⁷⁴, como se hace evidente por ejemplo con los sindicatos de voto y la influencia de éstos en la adopción de acuerdos en junta¹²⁷⁵. Y es que la falta de consecuencias directas sobre la sociedad –derivada de la falta de oponibilidad del pacto ante ésta- no implica que no haya consecuencias indirectas, que derivarán por ejemplo del sentido del voto o del modo de transmitir las acciones o participaciones, cuando tales actos se lleven a cabo según el sentido del acuerdo alcanzado.

6.2.2. Evolución legislativa: de la ineficacia a la inoponibilidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión más importante a dilucidar ahora mismo respecto a los pactos parasociales es su oponibilidad frente a terceros¹²⁷⁶ y, muy particularmente, por los efectos que de ello se derivan, su oponibilidad frente a la sociedad a la que se hallan vinculados o sobre la que pretenden influir. Que ésta sea la cuestión principal en este momento es, en sí mismo, el reflejo de una importante evolución acerca del tratamiento jurídico de esta figura. Y es que no podemos olvidar que el debate que generaron al principio giró en torno a su legalidad, es decir, a su admisibilidad jurídica, debate que podemos manifestar que ha quedado ya totalmente superado¹²⁷⁷.

Nada impide ya, por lo tanto, que pueda celebrarse este tipo particular de contratos cuyo objeto trasciende las meras obligaciones entre sus firmantes para, de forma inevitable, llegar a alterar de algún modo la gestión de una sociedad mercantil que no ha sido parte de dicho contrato (no al menos de modo necesario), puesto que la sanción de nulidad que preveía la LSA de 1951 no se ha recogido posteriormente en las sucesivas leyes especiales societarias: como ya hemos señalado anteriormente, no lo hizo la LSA de 1989, no lo hizo la LSRL de 1995 y no lo ha hecho la LSC de 2010, si bien debe admitirse que la cuestión ha sido históricamente controvertida en nuestros tribunales¹²⁷⁸ y también entre nuestra doctrina¹²⁷⁹.

¹²⁷⁴ SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general...*, ob. cit., pág. 300.

¹²⁷⁵ Vid. epígrafe 5.2.1.1.2.

¹²⁷⁶ Se entiende oponibilidad como “*aspecto positivo de la publicidad registral, en el sentido de que lo inscrito era susceptible de ser opuesto a terceros*” (CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales...*, ob. cit., págs. 350-351).

¹²⁷⁷ PAZ-ARES, C.: “La cuestión de...”, ob. cit., pág. 252: “*hoy se admite sin ambages ni recelos la posibilidad de concertar acuerdos al margen del contrato de sociedad, y ello al amparo del principio general de libertad contractual*”.

¹²⁷⁸ Cabe destacar, en todo caso, que la admisibilidad de los pactos parasociales ha llevado a interpretaciones jurisprudenciales muy diversas. En este sentido, ya en una Sentencia de 16 de febrero de 1901, señalaba el Tribunal Supremo que “*no hay disposición legal alguna que prohíba a los socios, sólo*

El cambio legislativo experimentado ha hecho que el debate en torno a lo parasocial haya cambiado también: se ha dejado de discutir su validez para entrar a estudiar su oponibilidad frente a la sociedad, trasladando el debate desde las dudas de su validez a las dudas de su eficacia, distinguiéndose por ello lo inválido (como aquello que es inadecuado a las normas que regulan su formación o contenido) de lo ineficaz (como aquello que no despliega sus efectos del modo deseado por las partes)¹²⁸⁰. Y como ya hemos comentado, el pacto extraestatutario o reservado, que era inválido con arreglo a la LSA de 1951, ha dejado de serlo con las regulaciones posteriores, siendo en todo caso ineficaz a la luz de la actual LSC.

A este respecto, cabe recordar que las legislaciones del siglo XIX (y la nuestra hasta bien entrado el XX), inspiradas en este sentido por la francesa, declaraban nulo todo aquello que, siendo inscribible, no se hubiera inscrito. Obsérvese la trascendencia de esta declaración de nulidad: no se sancionaba con la nulidad aquello que fuera contrario a la regulación societaria (que sería lo no inscribible), sino aquello que respetaba dicha legislación pero que, en cambio, libremente habían decidido los socios o accionistas mantenerlo reservado. Como vemos, por tanto, una sanción tan grave como la de nulidad operaba frente a una cuestión meramente formal, sin entrar a analizar siquiera el fondo de cuanto se declaraba nulo. Esta situación, sin embargo, ha dado un giro hasta llegar a la actual, en la cual *“la postura más generalizada en los países de nuestro entorno jurídico [y también en España] es la de limitar esta carencia de efectos a las relaciones con los terceros, es decir dejando a salvo las de quienes han intervenido en el acto o contrato que debió ser inscrito”*¹²⁸¹. Cabe deducir, por tanto, que se evita la nulidad porque, como parece lógico, debe permitirse a los firmantes del acuerdo obligarse a su cumplimiento, si bien no se abre la puerta a la oponibilidad del pacto frente a terceros porque, como es lógico también, no es posible oponer a un tercero unas obligaciones de las que no se le ha permitido tener conocimiento, en tanto que el pacto se mantiene reservado y no existe publicidad alguna acerca de su contenido¹²⁸².

El problema jurídico actual, por tanto, es en orden a la oponibilidad de los pactos frente a terceros y, en particular, frente a la sociedad sobre la que pretenden

por serlo de una sociedad determinada, pactar luego entre sí con relación a derechos y obligaciones que tienen una esfera de acción y realización distinta de aquélla”.

¹²⁷⁹ Fernández de la Gándara entiende que la validez del pacto debe quedar reservada únicamente a aquéllos casos en que tenga por objeto regular el comportamiento del socio, pero sin incidir directamente en la esfera de derechos y poderes de la sociedad (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: voz “Pactos parasociales”, en MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, tomo III, Madrid, 1995, pág. 4.715.

¹²⁸⁰ YANES YANES, P.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 918.

¹²⁸¹ CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales...*, ob. cit., pág. 342.

¹²⁸² Vaquerizo introduce un importante matiz, ante la doble nomenclatura que la LSC utiliza de pactos “reservados” (artículo 29) y pactos “parasociales” (artículos 518 a 523): al respecto, destaca que la inoponibilidad frente a la sociedad no radica en su carácter reservado, sino en su carácter extraestatutario. Un pacto parasocial puede no ser reservado y, aun así, no sería oponible (VAQUERIZO, A.: “Artículo 29. Pactos reservados”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 397).

proyectar sus efectos. Esto puede resumirse señalando que la eficacia societaria de estos pactos queda condicionada a observar los formulismos de la legislación societaria: “*la lex societatis nos delimita el ámbito de juego que deja a la lex contractus. Por ello, siempre que mediante el acuerdo parasocial las partes pretendan modificar la estructura y organización societaria, deberá tenerse en cuenta la lex societatis*”¹²⁸³. Dicho de otro modo: los pactos parasociales deberán seguir el camino societario –por ejemplo, cuando proceda, el de la modificación de estatutos- para alcanzar verdadera oponibilidad frente a la sociedad mercantil. Es más, debemos entender que la *lex societatis* operará en este caso como un límite a la plena autonomía de la voluntad de los contratantes que, de modo general (aunque no sin ciertos límites)¹²⁸⁴, permite la *lex contractus* (artículo 1.271 del CC).

Respecto a la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad, resulta especialmente interesante la reflexión de que dicha mercantil “*no puede ser considerada tercero respecto de unos pactos que constan en su propio acto fundacional*”¹²⁸⁵, como ocurre con los pactos reservados que consten en la escritura de constitución, lo que haría predicable una mayor eficacia de dichos pactos frente a la sociedad. Y aunque la reflexión se circunscribiría a los pactos reservados incorporados a la escritura fundacional, al amparo del artículo 29 de la LSC, su base sustantiva bien podría extenderse a cualquier otro pacto parasocial cuando el mismo se hubiera celebrado en idénticas circunstancias a las fundacionales (por ejemplo, con el concurso de todos los socios, como más adelante veremos).

Junto al cambio legislativo apuntado, se ha venido experimentando también una sustancial modificación de la jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos anglosajones (sin perjuicio de algún retroceso al que después nos referiremos) en aras a aceptar estos pactos y otros elementos propios de sociedades mercantiles que, por distintas razones (en nuestro caso, la voluntad de preservar su carácter familiar), recurren a lo que puede calificarse como “*mecanismos contractuales atípicos en las sociedades cerradas*”¹²⁸⁶.

Por otro lado, estos pactos, que se han mantenido tradicionalmente reservados –a excepción de la obligatoria publicidad de los mismos en el caso de las sociedades

¹²⁸³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: “Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable”, en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (293ditio. Gral.): *Instituciones de derecho privado*, tomo VI, volumen 1º, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 84.

¹²⁸⁴ Vid. la reserva sobre materias de derecho necesario (apartados 4.1.2 y 4.1.3) y el efecto que esto provoca en la eficacia del protocolo (epígrafe 7.4.2).

¹²⁸⁵ CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R.: “Artículo 7º. Constitución...”, ob. cit., pág. 101.

¹²⁸⁶ EASTERBROOK, F. H. / FISCHER, D. R.: *La estructura económica del Derecho de las sociedades de capital*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2002, pág. 288.

cotizadas¹²⁸⁷ y de la más reciente posibilidad de publicitarlos introducida por el RD 171/2007-, han sido habituales en nuestra realidad mercantil¹²⁸⁸. Han encontrado su razón de ser, además, en la necesidad manifiesta de ir adecuando el tipo social escogido para la articulación de la sociedad a las necesidades concretas de cada caso, lo cual no siempre es posible conseguir por la vía de los pactos estatutarios, cosa que ha justificado la aparición de estos otros que, celebrados fuera del ámbito normativo cerrado que delimita a los estatutos, permiten una mayor autonomía de la voluntad de las partes (si bien a costa, lógicamente, de unas menores posibilidades de ejecución forzosa de las que tienen los estatutos sociales)¹²⁸⁹.

Por lo tanto, de conformidad con la nueva regulación vigente, tanto en sede de sociedades anónimas como en sede de limitadas, sí resulta interesante precisar que la eficacia contractual de los pactos parasociales, es decir, su capacidad vinculante respecto a quienes los han firmado, está fuera ya de toda duda. Desde este punto de vista, el pacto obligará a sus firmantes con las únicas limitaciones que el artículo 1.255 del CC establece, de forma general, para todos los contratos (el respeto a las leyes, la moral y el orden público), sin que se pueda exigir ninguna otra¹²⁹⁰. Así lo ha reconocido también la DGRN, quien indica, en su Resolución de 19 de febrero de 1998, que el pacto parasocial es un contrato y que, como tal, resulta plenamente válido, puesto que no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que lo prohíba¹²⁹¹.

La eficacia frente a la sociedad, sin embargo, es una cuestión mucho más controvertida: por un lado, la teoría general de las obligaciones no resuelve de qué forma puede un contrato vincular a un tercero que no lo ha firmado y, por el otro, la regulación de sociedades mercantiles no contempla de forma específica la posibilidad de que exista ninguna otra regulación para éstas más allá de la escritura fundacional y los estatutos (donde el artículo 28 de la LSC permite a los socios incluir cuantos pactos estimen convenientes, siempre que no contravengan ni las leyes ni los principios

¹²⁸⁷ Aunque la LMV data de 1988, el artículo que obligaba a dar publicidad a los pactos parasociales, el 112, fue añadido por la Ley 26/2003, de 17 de julio, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

¹²⁸⁸ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pág. 15.

¹²⁸⁹ El pacto parasocial no se beneficia, como antes hemos señalado ya, de la anulabilidad de los acuerdos adoptados en contravención de su contenido, beneficio o garantía que sí tienen en cambio los estatutos sociales. Entiende Rojo que se protege de este modo la autonomía privada dentro de la sociedad (ROJO, A.: "Artículo 204. Acuerdos impugnables", en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 1.441).

¹²⁹⁰ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 35. Un análisis de los contratos ilícitos o ilegales en nuestro ordenamiento lo encontramos en VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 104-149.

¹²⁹¹ Cabría la posibilidad de oponer a esta idea el último párrafo del artículo 119 del Ccom. No obstante, de dicho precepto no debe deducirse la prohibición absoluta de que los socios celebren contratos respecto a sus participaciones en la sociedad, sino únicamente la imposibilidad de que puedan oponerlos a ésta con capacidad vinculante.

configuradores del tipo social que sea de aplicación), cuyo contenido es además claramente tasado, de conformidad con el artículo 23 de la LSC¹²⁹².

Dentro de los pactos que permiten a socios y accionistas desarrollar la autonomía de su voluntad en la configuración de la sociedad, recogidos de modo amplio por el artículo 28 de la LSC, podemos distinguir dos categorías: los pactos reservados (a los que se refiere el artículo 29 de la LSC) y los que no lo son, es decir, los que gozan de publicidad, ya sea por su inclusión en la escritura fundacional, ya sea por su incorporación a los estatutos sociales (aunque debe recordarse aquí el matiz, antes introducido, sobre la distinción entre el carácter reservado y el carácter extraestatutario de este tipo de acuerdos). El efecto de los primeros y el de los segundos será muy distinto, como consecuencia precisamente de la distinción entre pactos reservados y pactos publicados. Así, los que gocen de publicidad tendrán eficacia *erga omnes*¹²⁹³, convirtiéndose de este modo la posibilidad de celebrar tales pactos en lo que puede calificarse de “*facultad de configuración de la organización corporativa que puede llegar a desplegar su eficacia frente a terceros*”¹²⁹⁴, lo cual entronca con el hecho de que los estatutos no sólo despliegan sus efectos sobre la sociedad en el plano interno, sino también en el externo, generando de este modo consecuencias para terceros ajenos al contrato social¹²⁹⁵. Por el contrario, los pactos que se mantengan reservados tendrán eficacia únicamente *inter partes*, alcanzando tan sólo a sus firmantes, como expresamente establece el artículo 29 de la LSC al indicar que “*no serán oponibles a la sociedad*”, a lo que cabría añadir que no lo serán tampoco a ningún otro tercero, prohibición en todo caso incorporada ya en su momento por la LSA de 1989¹²⁹⁶.

Estos pactos no tendrán fuerza frente a la sociedad, considerada como un tercero más respecto al convenio porque, como es evidente, no ha sido en su seno donde se han celebrado. Cabe destacar al respecto que “*no son acuerdos sociales y, por*

¹²⁹² El precepto ha recogido las disposiciones de los artículos 9 de la LSA y 14 de la LSRL que ha venido a sustituir. Señala Moya que los estatutos contendrán unas cláusulas necesarias, las recogidas en el artículo 23 de la LSC, y otras de facultativas (MOYA, J.: Artículo 23. Estatutos sociales”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 355). Aunque el precepto recoja la redacción de carácter *numerus clausus* de la antigua LSA y no la de la LSRL, que era más abierta, la posibilidad de incorporar cláusulas facultativas se deriva del artículo 28 de la LSC.

¹²⁹³ Este efecto *erga omnes* será fruto de la cognoscibilidad de la que gozarán gracias a su publicidad, cognoscibilidad que adquirirán mediante su inscripción registral, que permite desplegar efectos frente a terceros porque permite a éstos el acceso a la información (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Fundamentos de derecho...*, ob. cit., pág. 197). Es preciso que exista esa transparencia para fomentar la seguridad jurídica (ARRIBAS ÁLVAREZ, J. F.: *El Registro Mercantil en España*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 211).

¹²⁹⁴ VAQUERIZO, A.: “Artículo 28. Autonomía de la voluntad”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 387).

¹²⁹⁵ MOYA, J.: “Artículo 23...”, ob. cit., pág. 354.

¹²⁹⁶ El artículo 7.1 de la LSA y el 11.2 de la LSRL contenían la misma redacción que el legislador ha mantenido en el 29 de la LSC. Tras un debate doctrinal acerca del alcance de tales pactos, se convino finalmente que cualquier pacto no dotado de publicidad resultaba inoponible, al margen de que tuviera carácter corporativo o no (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./VIGUERA RUBIO, J. M./DÍAZ MORENO, A.: “Constitución de la sociedad”, ob. cit., págs. 309-311).

ello, su eficacia se produce en un plano jurídico-obligacional no societario”, limitándose por tanto sus efectos a la esfera privada de sus contratantes¹²⁹⁷. Y podemos convenir que es ésta una limitación lógica, por cuanto el acuerdo privado entre unos sujetos determinados no puede afectar a un tercero como sería en este caso la sociedad¹²⁹⁸. Es decir, la lógica de la limitación se justifica por la falta de convicción de que el tercero no contratante conociera –o pudiera conocer, por indicarlo de un modo más preciso- la existencia del pacto y, en consecuencia, los efectos que éste podía desplegar.

6.2.2.1. Doctrina del Tribunal Supremo.

La lógica que apuntábamos sobre la inoponibilidad es sin duda válida respecto a los terceros totalmente ajenos al ámbito de la sociedad mercantil. Sin embargo, no parece tan claro que pueda predicarse también respecto a quienes no actúan en ese mismo ámbito de completa ajenidad. Y el tercero al que menor ajenidad cabe presumir es, sin duda, la sociedad misma sobre la que el pacto proyecta –o pretende proyectar- sus efectos. No es éste el espacio en el que entrar a discutir acerca de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, por cuanto es evidente que dicha personalidad existe de forma totalmente ajena y distinta a la de todos sus socios, como la doctrina acepta de manera unánime¹²⁹⁹, pero no debemos perder de vista que la sociedad y, por extensión, la persona jurídica, es un ente basado en cierta dosis de ficción.

La sociedad no piensa, no habla, no se posiciona. No al menos de forma directa, no por sí misma. Precisa que otros (los socios) decidan por ella; que otros (los administradores), actúen por ella. Asume y genera obligaciones, suscribe acuerdos que cumplirá o incumplirá, pero nunca lo hace dotada de vida material propia, sino que lo hace siempre porque así lo han querido las personas físicas que actúan por cuenta de la persona jurídica. Nada puede hacer en sí misma, en definitiva, si no hay al menos una persona física que lo haga por ella o en su nombre¹³⁰⁰.

¹²⁹⁷ VAQUERIZO, A.: “Artículo 29. Pactos reservados”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, ob. cit., pág. 400.

¹²⁹⁸ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 110.

¹²⁹⁹ El último debate acerca de la separación entre personalidad de la sociedad mercantil y personalidad de sus socios o accionistas se vivió en torno a la sociedad unipersonal a principios del siglo XX, aceptándose finalmente que gozaba ésta de personalidad jurídica propia (GARCÍA COLLANTES, J. M.: “La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada”, en CAMPUZANO, A. B. (296ditio.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 849).

¹³⁰⁰ Entiende Sáez Lacave que no es posible sostener, a día de hoy, la idea de una división absoluta entre persona jurídica y socios: “la absoluta ajeneidad de la sociedad respecto de los socios hunde sus raíces en una concepción trasnochada de las corporaciones que arranca de la teoría de la concesión” (SÁEZ LACAVE, M. I.: “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una cuestión en manos de los jueces”, en *Indret*, núm. 3/2009, pág. 9).

Sensu contrario, esta reflexión puede hacernos plantear que tampoco puede ser la sociedad plenamente ajena a los actos de esas personas físicas ni puede negar conocer lo que éstas conocen. En sede de pactos parasociales, esta idea la ha expresado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre las que destaca especialmente su Sentencia 97/1992, de 10 de febrero (conocida como *Sentencia Munaka*), en que el Alto Tribunal ha recurrido a verdaderos artificios jurídicos para dotar al pacto parasocial de eficacia frente a la sociedad (contraviniendo, por tanto, la regla de inoponibilidad que contiene hoy el artículo 29 de la LSC y que establecía ya en aquel momento el 7.1 de la LSA). En su análisis de dicha resolución, la doctrina¹³⁰¹ describe el artificio seguido por el Supremo como “*la ficción de la existencia de una junta general en la celebración del pacto parasocial*”: efectivamente, entendió el tribunal que el acto de la firma del pacto parasocial había sido una junta general universal, al haber estado presentes los cuatro accionistas que ostentaban el 100% del capital social y entender que se cumplía, por lo tanto, con los requisitos establecidos por el artículo 99 de la LSA (hoy 178 de la LSC), a lo que cabría objetar –desde un punto de vista legalmente purista– que los asistentes deberían haber aceptado por unanimidad¹³⁰² que se celebrase la junta, lo cual en este caso no sucedió¹³⁰³.

Sin embargo, a pesar de esta puntualización meramente formal, consideramos razonable y acertada la postura del Tribunal Supremo, por cuanto la ficción de la junta universal tiene por propósito asegurar la eficacia de un acuerdo que firmaron en su día los cuatro accionistas y del que, posteriormente, no debe admitirse la renuncia de ninguno de ellos, puesto que ello supondría un abuso de derecho (*ex art. 7.2 del CC*), iría contra la doctrina de los actos propios y no aportaría más luz a una situación en la que, verdaderamente, nada habría impedido a los accionistas firmantes del acuerdo constituirse en Junta si así lo hubieran deseado. Indicaba el Supremo que un acuerdo de la junta podía ser impugnado por haber contravenido el pacto privado suscrito entre todos los socios: “*fue adoptado, como ya se tiene dicho, en abierta y franca contravención de lo que los cuatro únicos accionistas de la sociedad (en una especie de Junta universal) tenían previamente convenido en el tantas veces repetido documento privado de fecha 17 de octubre de 1985*”.

Como es fácil advertir, por tanto, la esencia de la mayor admisibilidad de la oponibilidad frente a la sociedad del pacto parasocial, por el momento sólo jurisprudencial y con carácter además nada pacífico, es que dicho pacto haya sido

¹³⁰¹ PAZ-ARES, C.: “El *enforcement* de...”, *ob. cit.*, pág. 33.

¹³⁰² La doctrina no considera relevante la falta de acuerdo expreso, sino que lo relevante sería la oposición de alguno de los socios o accionistas, en cuyo caso la junta universal ya no podría celebrarse con tal carácter (URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J. M.: “La junta general de accionistas”, *ob. cit.*, págs. 107-108). Por otro lado, se considera válida la aceptación tácita, que se aprecia cuando ningún asistente manifieste su oposición (BOQUERA MATARREDONA, J.: *La Junta General...*, *ob. cit.*, pág. 37).

¹³⁰³ Esto mismo sirve para rechazar cualquier equiparación entre el pacto parasocial y la ficción de una junta general universal en la SAP Las Palmas 307/2008, de 30 de junio.

suscrito por la totalidad de los socios o accionistas de dicha mercantil. Lamenta la doctrina que estos pactos omnilaterales despierten tantas reticencias en nuestro Derecho de sociedades cuando, a su entender, se les debería dotar de una mayor eficacia frente a la sociedad: *“El buen juicio nos advierte que la voluntad de los socios es, en efecto, que sus pactos de carácter organizativo rijan la vida societaria y sean oponibles a la sociedad [...]. Lo contrario nos llevaría a admitir que los socios habitualmente actúan de manera esquizofrénica al atender y reglamentar sus intereses”*¹³⁰⁴. Y todo ello cuando, en definitiva, lo social y lo parasocial, lo estatutario y lo extraestatutario, conviven desde ya hace mucho, con relativa normalidad, en la realidad de nuestras sociedades mercantiles¹³⁰⁵.

El Tribunal Supremo mantuvo durante un tiempo determinado una postura bastante abierta a la hora de conceder oponibilidad societaria a los pactos parasociales, lo que llevó a algunos autores, como Fernández del Pozo¹³⁰⁶, a señalar que podía observarse una evolución en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia: partiendo de la base de que la llamada “doctrina tradicional” establecía una separación radical entre lo social y lo parasocial, se había tendido posteriormente a admitir la oponibilidad de los pactos parasociales, aun cuando para ello debieran concurrir unas circunstancias muy concretas y determinadas: *“debe admitirse con nuestra doctrina – sorprendentemente pacífica*¹³⁰⁷ *– la posibilidad de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en Junta o en Consejo cuyas decisiones infrinjan lo convenido en el pacto parasocial o protocolo familiar ex art. 115 LSA*¹³⁰⁸ *y en el bien entendido que tales acuerdos serían anulables*¹³⁰⁹*... como si se tratara de una infracción de estatutos o de reglamentos de régimen interior”*. Se tendía de esa forma a dotar de oponibilidad a los pactos parasociales (siempre y cuando estuvieran debidamente publicados o contasen con la aquiescencia de todos los socios), tal y como han hecho anteriormente ya otros ordenamientos como el de Estados Unidos o Canadá.

Pero esta interpretación jurisprudencial no se ha visto consolidada, porque el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario en distintas ocasiones¹³¹⁰,

¹³⁰⁴ SÁEZ LACAVE, M. I.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., págs. 8-9.

¹³⁰⁵ GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad...”, ob. cit., pág. 1.869.

¹³⁰⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *RdS*, núm. 29/2007, págs. 72-75.

¹³⁰⁷ La doctrina era pacífica en 2007, cuando Fernández del Pozo hizo estos comentarios. Posteriormente, la doctrina se ha mantenido dividida y el Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario al que venía manteniendo en aquel momento.

¹³⁰⁸ El artículo 115 LSA, hoy 204 de la LSC, contempla únicamente tres supuestos en los que un acuerdo puede ser impugnado: si es contrario a las leyes, a los estatutos o lesiona a la sociedad en beneficio de algunos socios o terceros. En este caso, el recurso a este precepto se haría por la vía de considerar que el pacto parasocial tiene la misma fuerza que tendrían los estatutos, para lo que es necesario cumplir toda una serie de requisitos de apreciación, en todo caso, jurisprudencial.

¹³⁰⁹ Sólo los acuerdos contrarios a la Ley son nulos, resultando los contrarios a los estatutos y los que lesionen los intereses sociales anulables (artículo 204.2 de la LSC).

¹³¹⁰ STS 1136/2008, de 10 de diciembre; STS 131/2009 de 5 de marzo; STS 128/2009, de 6 de marzo, en que se rechazó equiparar de forma automática, sin prueba que lo sustentase, que la contravención de un pacto de sindicación lesionara el interés social.

matizando incluso el alcance de la Sentencia *Munaka*, al apuntar que lo que realmente se estaba haciendo en dicho pronunciamiento no era ampliar los motivos de impugnación de acuerdos, permitiendo que se impugnaran por incumplir el acuerdo extraestatutario, sino que se llevaba a cabo una interpretación de la que se evidenciaba, consecuentemente, una contravención de la ley, de los estatutos o del interés social¹³¹¹.

Entre dichas resoluciones, cabe destacar la STS 1136/2008, de 10 de diciembre, que señala que *“el ordenamiento contractual [categoría a la que reduce el pacto parasocial] no puede servir de norma “eludible o soslayable” a efectos de configurar un hipotético fraude de ley”*. Es decir, el Tribunal Supremo entiende que no es lo mismo un acuerdo de Junta o Consejo adoptado en contravención de los estatutos sociales (impugnable por la vía del artículo 204 de la LSC) que un acuerdo adoptado en contravención de un *“mero pacto extrasocietario”*, el cual no entra en el ámbito de aplicación del meritado precepto y, por lo tanto, su inobservancia nunca puede constituir una causa de impugnación de acuerdos, al considerar que no cabe aplicación análoga o paralela del citado artículo. Es decir, la competencia de los Juzgados de lo Mercantil en materia societaria (*ex art. 86.ter.2 de la LOPJ*) no sería la correcta para un asunto que, en tanto que incumplimiento contractual, debería seguir los cauces de la jurisdicción civil general (*ex artículo 45 de la LEC*) y no la de sus juzgados especializados. Sus efectos, por tanto, únicamente se proyectarían sobre las partes contratantes y nunca sobre la sociedad¹³¹².

Esta Sentencia rompe con la tendencia aperturista y favorable a lo parasocial que parte de la doctrina había venido defendiendo, tendencia que había podido apreciarse anteriormente, además, en varias sentencias del propio Tribunal Supremo¹³¹³. De estas sentencias se alcanzaba en aquel momento la conclusión de que podía *“afirmarse que paulatinamente va prevaleciendo la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando todos los socios forman parte de él”*¹³¹⁴. Esta línea doctrinal encontraría su razón de ser en la necesaria protección de unos acuerdos que, al estar firmados por todos los socios, reflejan la voluntad de éstos y, por tanto, la actuación de aquél socio que los incumpliese resultaría una contravención de la buena fe. Con todo, ya hemos indicado que no es ésta la postura dominante en el Tribunal Supremo a día de hoy, sin perjuicio de que puedan producirse nuevas variaciones en su criterio sobre esta materia. En cualquier caso, además, las distintas tendencias seguidas por el Supremo en distintos momentos evidencian que, por lo menos, el debate existe, lo cual implica que la fórmula general teórica no sirve para zanjar las controversias¹³¹⁵.

¹³¹¹ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., pág. 69.

¹³¹² Vid. epígrafe 8.3.1.

¹³¹³ SSTS de 24 de septiembre de 1987 (Hotel Atlantis Playa), de 26 de febrero de 1991 y de 10 de febrero de 1992 (Caso *Munaka*) y de 18 de marzo de 2002 (Villar de Olaya Golf).

¹³¹⁴ PAZ-ARES, C.: *“El enforcement de...”*, ob. cit., pág. 33.

¹³¹⁵ PAZ-ARES, C.: *“La validez de...”*, ob. cit., pág. 1.684.

Puestos en el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales, regulado en este momento por el artículo 204 de la LSC, interesa destacar que la nulidad con que se sanciona a los pactos contrarios a la Ley ocasionó, en su momento (cuando la materia la regulaba el artículo 115 de la LSA de 1989, que recogía lo dispuesto ya por el 67 de la LSA de 1951), un debate acerca de interpretar el término “Ley” de forma restrictiva (limitándolo en aquel entonces a la LSA, como norma especial societaria) o de forma extensiva, de modo que se refiriese a cualquier norma imperativa. La doctrina es a día de hoy pacífica al considerar que la interpretación correcta es la extensiva, de conformidad con la cual es impugnabile y nulo todo acuerdo que se adopte en contravención de cualquier norma imperativa, es decir, no sólo contra lo dispuesto por las leyes específicas reguladoras de las sociedades, sino contra cualquier norma, incluso aquéllas que, como los Reglamentos, tengan un carácter o rango distinto al propio de la Ley. En esta línea, cabe apuntar que, en la regulación de la impugnación de acuerdos, “se está haciendo una referencia a la Ley en sentido material (pueden impugnarse los acuerdos sociales contrarios a las Leyes emanadas de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas, los Tratados Internacionales integrados en el Ordenamiento Jurídico español, los Decretos-Leyes y Legislativo o, incluso, los Reglamentos)”¹³¹⁶, es decir, cualquier norma imperativa o prohibitiva en el sentido del artículo 6.3 del CC. De hecho, profundizando más todavía en esta línea, incluso un decreto o hasta una simple orden ministerial serían suficientes, en caso de ser contravenidos, para considerar que el acuerdo es nulo¹³¹⁷.

Cabe precisar, no obstante, que dicha interpretación no puede asumir tal amplitud –no al menos de conformidad con la línea doctrinal y jurisprudencial actual– como para llegar a situar el pacto parasocial, en tanto que “*lex privata del contrato*”¹³¹⁸, como forma particular de Ley al albur del artículo 1.091 del CC, en virtud del cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes. Resulta difícil, además, pensar que la evolución doctrinal llegue algún día a realizar una interpretación tan abiertamente integradora de lo extraestatutario como para considerar que, por la vía de este precepto, el pacto parasocial pueda tener consideración de Ley en los términos y con los efectos del artículo 204 de la LSC. Por un lado, porque la semántica del artículo 1.091 del CC no parece permitir una interpretación de este tipo, al señalar que los contratos “*tienen fuerza de ley*”, es decir, tienen la fuerza que es propia de otro instrumento, del que le atribuyen esta característica pero no la misma naturaleza, al margen de que es el propio precepto el que atribuye dicha eficacia del contrato al ámbito *inter partes* (lo cual excluye a terceros como la sociedad). Por el otro, porque la jurisprudencia ha sido clara al calificar –incluso en la interpretación extensiva– qué se

¹³¹⁶ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *Impugnación de acuerdos sociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 67.

¹³¹⁷ ROJO, A.: “Artículo 204. Acuerdos impugnables”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 1.440.

¹³¹⁸ O’CALLAGHAN, X.: *Código civil...*, ob. cit., pág. 1.054.

considera como Ley a estos efectos, ni siquiera cuando la propia sociedad sea firmante del pacto y, por ende, sujeto obligado por su eficacia *inter partes*. Así, el Tribunal Supremo manifestó en la antes citada Sentencia *Munaka* que “la nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley requiere que la norma infringida sea imperativa o prohibitiva, siendo entonces su efecto la nulidad de pleno derecho del acto”. Esto nos sitúa nuevamente en el ámbito del artículo 6.3 del CC, referido a las normas emanadas del legislador, y fuera del ámbito de lo pactado de forma privada –al margen de los estatutos y de la escritura fundacional- por los socios o accionistas, aunque exige la jurisprudencia que la infracción de la ley (sea de la norma que sea) resulte, eso sí, relevante¹³¹⁹.

A ello cabe añadir, además, una cuestión de seguridad jurídica. Conviene recordar, al respecto, que nuestro Derecho de sociedades, ya desde la LSA de 1951, ha regulado la impugnación de los acuerdos sociales con una tendencia restrictiva, frente a la posibilidad –en su momento evaluada- de establecer un régimen más amplio que permitiera la nulidad de los acuerdos conforme a las reglas generales de los actos jurídicos, lo cual habría generado una gran incertidumbre y habría evitado lo que el régimen finalmente adoptado trata de conseguir: “que las decisiones de su junta general tuvieran, dentro de ciertos límites, una cierta estabilidad”¹³²⁰. Con todo, cabe advertir que esta línea restrictiva del legislador se ha visto a menudo contravenida por los tribunales, que han tendido a admitir impugnaciones de acuerdos sociales de forma amplia, incluso cuando su sustento eran únicamente defectos formales de escasa entidad, si bien debemos advertir al respecto que la jurisprudencia se halla bastante dividida¹³²¹.

En consecuencia, por tanto, no parece previsible que nuestro legislador vaya a considerar que la infracción de un pacto parasocial merezca, a efectos de impugnación de acuerdos sociales, el mismo trato que los estatutos. Y ello, evidentemente, supone que no resulte previsible tampoco que dicho pacto vaya a ser oponible a la sociedad, por cuanto la oponibilidad encontraría su mayor expresión en la facultad que asistiría a los socios y accionistas (entendemos que firmantes del pacto) de impugnar aquello que se hubiera llevado a cabo en contravención del mismo.

¹³¹⁹ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.: *Impugnación de acuerdos...*, ob. cit., pág. 34.

¹³²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general...*, ob. cit., págs. 353-354.

¹³²¹ SAP Madrid 64/2012, de 27 de febrero; SAP Castellón 230/2003, de 31 de julio. En sentido contrario, SAP Barcelona 284/2007, de 10 de mayo; STS 244/2009, de 17 de abril: no incluir en el acta la lista de asistentes no es razón suficiente para impugnar el acuerdo.

6.2.2.2. El estado actual del debate.

La evolución legislativa ha sido la que ha sido, con sus luces y sus sombras, de modo que la inoponibilidad del pacto frente a la sociedad no admite discusión en términos de *lege lata*, habida cuenta de la meridiana claridad de los preceptos aplicables. Pero, doctrinalmente, no podemos considerar que el debate esté ni de lejos cerrado, teniendo en cuenta que existe una corriente partidaria de dotar a lo extraestatutario –y por tanto al protocolo familiar– de una fuerza vinculante superior a la que tiene en la actualidad, objetivo que no puede lograrse sino por la vía de una mayor oponibilidad del pacto que alcance, al menos, a la esfera interna de la sociedad mercantil, a modo de manifestación máxima de las posibilidades que cabría conceder a la autonomía de la voluntad de los socios en su configuración, que tan importante resulta especialmente en las sociedades de responsabilidad limitada¹³²².

El primer argumento a favor de esta idea es que la línea que separa lo social de lo parasocial es, en realidad, menos rígida de lo que a priori podría pensarse. Así lo entiende Gomá Lanzón¹³²³, para quien es perfectamente posible que exista plena coincidencia entre las partes y el objeto de unos pactos y de los otros, por lo que la diferencia fundamental entre ambos será el carácter, la intervención, con que las partes alcanzan el acuerdo: la declaración de voluntad se emitirá como titular de un patrimonio particular (en cuyo caso será un pacto parasocial) o como miembro de una sociedad (en cuyo caso será un pacto social), proyectándose el efecto del primero de ellos sólo sobre la esfera jurídica individual. Esto entronca, como es fácil, advertir, con el debate entre la Sentencia *Munaka* y aquéllas que la contradicen: un mismo consenso, entendido como contrato privado o como acuerdo de junta, tenía una u otra trascendencia societaria, según se admitiera o no la equivalencia entre ambas figuras. Pero lo cierto es que la eficacia será distinta en un caso y en el otro¹³²⁴.

El segundo argumento, que no viene sino a profundizar en el anterior, es la existencia en el seno de la sociedad de determinadas reglas que, sin ser estatutarias ni figurar en la escritura fundacional, proyectan sus efectos dentro de la referida mercantil. En este sentido, y a los efectos del artículo 204 de la LSC, algunas voces en la doctrina han planteado la necesidad de evaluar qué efecto debe tener la infracción de normas propias de la sociedad distintas de los estatutos, como es el caso, por ejemplo, del reglamento del consejo de administración¹³²⁵, en aquellos casos en los que la

¹³²² GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad...”, ob. cit., pág. 1.880.

¹³²³ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 176.

¹³²⁴ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 349.

¹³²⁵ El propio consejo es el que tiene atribuida la capacidad de regular su funcionamiento interno –salvo disposición estatutaria en sentido contrario–, existiendo unas normas legales mínimas y debiendo regirse ese funcionamiento por lo que disponga el propio reglamento (POLO, E.: “Los administradores...”, ob. cit., págs. 460-462).

compañía disponga de uno. Señala Caballol Angelats¹³²⁶ que el efecto de dichas contravenciones tendría que ser el de permitir la impugnación de acuerdos de idéntico modo al que se permitiría si la infracción hubiese recaído sobre una norma estatutaria: *“los vicios que sin entrar en contradicción directa con los estatutos infringen lo dispuesto en las normas de régimen interior de la sociedad, si las hay, deben recibir el mismo trato que las infracciones estatutarias”*.

La diferencia entre esas normas de régimen interior y un pacto parasocial es obvia: las primeras están otorgadas respecto a la sociedad en lo formal y en lo material, mientras que el segundo únicamente está otorgado por y entre socios, sin perjuicio de que pretenda afectar a la sociedad. La consecuencia de dicha distinción resulta igualmente evidente, por cuanto las normas de régimen interior son oponibles a la sociedad y el pacto extraestatutario no lo es. Sin embargo, si extendemos el significado de lo dispuesto por el artículo 115 de la LSA en el sentido en que lo hace –entendemos que acertadamente- Caballol Angelats, dando cobertura a las normas de régimen interior (que no tienen carácter estatutario), tal vez estemos avanzando hacia un punto en el que acabará resultando muy difícil seguir negando la posibilidad de que el pacto parasocial, al menos cuando esté firmado por todos los socios, no merezca el mismo grado de protección procesal.

En todo caso, en el debate acerca de la eficacia de los pactos parasociales, es preciso introducir dos importantes elementos. A uno de ellos, los pactos omnilaterales, dedicaremos el epígrafe siguiente. Al otro, su publicidad, haremos una somera mención en este apartado y lo analizaremos con mayor profundidad en el capítulo octavo.

En relación a la publicidad de este tipo de acuerdos, debemos advertir que puede acabar siendo fundamental en orden a determinar si van a tener carácter oponible o no frente a la sociedad. Al respecto, cabe destacar que hay sistemas jurídicos más duros que el nuestro a la hora de exigir esta publicidad: así lo señala Sánchez-Calero Guilarte¹³²⁷, quien explica que *“mientras en otros ordenamientos la falta de publicidad de los pactos parasociales se sanciona con su nulidad, la Ley de Transparencia ha optado por la ineficacia, probablemente porque considera que tal solución consienta una tardía publicación que, a la postre, se corresponde con la esencial finalidad de transparencia”*.

Esta obligación de publicidad y los efectos de su inobservancia guardan únicamente relación con las sociedades cotizadas, pero podemos tomarla como base para un hipotético escenario de futuro en que los pactos extraestatutarios tuvieran,

¹³²⁶ CABALLOL ANGELATS, L.: “Acuerdos impugnables”, en ARROYO, I./EMBED, J.M.: *“Comentarios a la Ley...”*, tomo II, ob. cit., pág. 1.114.

¹³²⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Los pactos sociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia”, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, págs. 16 y 19.

también en las sociedades no cotizadas, un régimen de publicidad que regulara su acceso al Registro Mercantil, a efectos de dotarlos al menos de cognoscibilidad. La falta de publicidad, por tanto, por analogía con lo dispuesto para las sociedades cotizadas, no supondría en nuestro ordenamiento la nulidad de los pactos –superada ya por el carácter meramente inoponible que la LSC les reserva para esos casos–, si bien la publicidad sería el camino para poder alcanzar esa oponibilidad frente a la sociedad que, a la postre, permitiera garantizar de forma más efectiva el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el pacto¹³²⁸. Pero todo eso, en la actualidad, son cuestiones de mera *lege ferenda*.

6.2.2.3. Pactos omnilaterales de todos los socios.

Dentro del debate general acerca de la oponibilidad de los acuerdos extraestatutarios, sean cuales sean sus términos y circunstancias, ha surgido con fuerza una cuestión mucho más concreta: el tratamiento que deben recibir los pactos omnilaterales y, en particular, si dicho tratamiento debe ser distinto al que reciba cualquier otro pacto parasocial. Esta línea de pensamiento la había sopesado ya el Tribunal Supremo en la antes citada *Sentencia Munaka* y, de hecho, la ha vuelto a introducir recientemente, en su Sentencia 893/2012, de 19 de diciembre, al otorgar validez a un pacto de retribución de los administradores que, aun no estando consignado en los estatutos sociales, figuraban en un acuerdo suscrito por todos los socios. Al respecto, apunta el Supremo que *“todos los accionistas conocían y consentían la existencia y contenido del contrato suscrito no sólo por la sociedad, sino también personalmente por ellos que, en su posición de miembros del consejo de administración, contribuyeron activamente a formar la voluntad de la sociedad”*.

Es evidente que los pactos suscritos por la totalidad de los socios, los llamados pactos omnilaterales, deben tener una mayor trascendencia que aquéllos que sólo están suscritos por un grupo determinado de socios, como por ejemplo un sindicato de voto que integrase sólo un grupo de ellos. Y es que aun cuando esta última figura tenga como objetivo controlar o, cuando menos, condicionar las decisiones a adoptar en el seno de la mercantil¹³²⁹, no tiene por qué necesariamente expresar la voluntad de la totalidad de sus socios, salvo que todos ellos formen parte del sindicato –en cuyo caso, obviamente, nos encontraremos de nuevo ante un pacto omnilateral–.

Para una buena parte de la doctrina, es evidente que los pactos omnilaterales resquebrajan la tradicional distinción entre lo social y lo parasocial. Consecuencia de

¹³²⁸ Vid. apartado 8.1.2.2.

¹³²⁹ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 176.

ello, podría hacerse necesario reconsiderar la separación absoluta entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de sociedades, por cuanto este último acaba siendo, en buena parte, un Derecho de base contractual, fruto del pacto entre los socios¹³³⁰. En esta misma línea, es importante remarcar que la voluntad de los socios expresada en un acuerdo extraestatutario puede acabar modificando, precisamente, el contenido estatutario: “*las consecuencias de las normas contractuales de los negocios parasociales pueden modificar la aplicación de normas estatutarias cuando los acuerdos extrasocietarios han sido celebrados por todos los socios*”¹³³¹, evidenciando de este modo las relaciones simbióticas entre el régimen social y el parasocial que pueden convivir en la sociedad¹³³². El hecho de que todos los socios hayan participado en la celebración del acuerdo extraestatutario (o protocolo familiar, en nuestro caso) parece ser, por tanto, un elemento que reviste su trascendencia. Si recordamos, por un lado, la antes comentada *Sentencia Munaka*, en que se consideraba que ese acuerdo entre todos los socios equivalía a una junta universal (que perfectamente podría modificar los estatutos) y, por el otro, pensamos en la moderna doctrina del “levantamiento del velo”, encaminada a dotar de mayor importancia al negocio jurídico o a la situación real existente que a la apariencia societaria formal, podemos considerar que “*la técnica de la superación del velo societario encuentra aquí una nueva aplicación*”¹³³³.

Es decir, lo que esta tendencia doctrinal viene a defender es que si la totalidad de los socios toma un acuerdo, deja de ser relevante la forma del mismo, pasando a tener la misma fuerza si su forma es la de un protocolo o si es la de unos estatutos sociales. La opción planteada resulta, seguramente, demasiado arriesgada y radical, puesto que desbarata los cimientos básicos de nuestro derecho de sociedades, que otorga un peso específico importante a las cuestiones formales. A pesar de ello, es una línea de estudio interesante, puesto que permite que la autonomía de la voluntad de la totalidad de los socios incida directamente sobre la sociedad sin que le sea exigible ningún requisito formal adicional.

Y si lo pensamos bien, no debería haber grandes obstáculos para ello, más allá de las necesarias modificaciones legislativas¹³³⁴. Existiendo el acuerdo de todos los socios, no es preciso que se cumplan los requisitos formales que, en general, se

¹³³⁰ SÁEZ LACAVE, M. I.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 22.

¹³³¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en A.AVV: *Derecho de sociedades anónimas. Volumen I. La fundación*, Civitas. Madrid, 1991, pág. 88.

¹³³² GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad...”, ob. cit., pág. 1.869.

¹³³³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Escritura, estatutos y...”, ob. cit., pág. 89.

¹³³⁴ Los pactos parasociales adoptados en este régimen de unanimidad precisarían ser incluidos en las leyes reguladoras de los tipos sociales (modificando, por tanto, la LSC), a la vez que deberían tener un acceso al Registro Mercantil distinto al previsto por el RD 171/2007, puesto que no parece que ninguna de las vías que éste habilita resultara adecuada para ello, por lo que debería modificarse también (nuevamente) el RRM.

configuran como medida de protección para los minoritarios, ya que éstos habrían prestado también su consentimiento al acuerdo adoptado.

Aunque todo ello requerirá, eso sí, que las normas previstas por el pacto omnilateral no sean contrarias a normas societarias imperativas o prohibitivas porque, en ese caso, dichas normas resultarían nulas de pleno derecho¹³³⁵. Si lo fueran, no serían inscribibles y, por tanto, no podrían desplegar eficacia alguna frente a la sociedad¹³³⁶.

6.3. Los pactos parasociales en el Derecho comparado.

Todo lo expuesto en relación a los pactos parasociales en nuestro ordenamiento es perfectamente válido, *mutatis mutandi*, para entender el modo en que estos pactos se han configurado y se configuran en otros ordenamientos, en los que están presentes bajo diversas nomenclaturas¹³³⁷: *accords extra-statutaires* en Francia, *Nebenabreden* en Alemania, *shareholders' agreements* en los países anglosajones o *patti parasociali* en Italia. Así, podemos señalar que en todos ellos existe ahora como principal cuestión de debate su eficacia/oponibilidad frente a la sociedad, una vez superadas en todos los casos las eventuales dudas iniciales.

Como veremos, la postura ante los pactos parasociales es la misma en los distintos ordenamientos estudiados: se admite su validez –porque no se sancionan ya con la nulidad- pero se restringe su eficacia a las partes otorgantes, es decir, sin que puedan ser oponibles a la sociedad (más allá de la posibilidad, que apuntaremos más adelante ¹³³⁸ de que la propia compañía se convierta en parte contratante). Los ordenamientos italiano, francés y los de base anglosajona, que estudiaremos en los epígrafes siguientes lo ven de este modo, que es también el modo en que lo ve el derecho alemán, para el cual los acuerdos parasociales “*contrarios a los estatutos, sólo pueden generar obligaciones inter partes (entre los contratantes) de modo que esos derechos y obligaciones no se transmitirán generalmente con las acciones*”¹³³⁹. Es decir, el pacto no está vinculado a la participación, sino a la identidad del socio, que es quien en definitiva ha sido una de sus partes contratantes, por lo que resulta a priori inoponible a terceros y, también, a la propia sociedad: el problema sería similar al que se produce con los

¹³³⁵ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., pág. 133.

¹³³⁶ Vid. apartado 7.4.

¹³³⁷ GALEOTE MUÑOZ, M.P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 92.

¹³³⁸ Vid. Epígrafe 6.5.

¹³³⁹ ARDIZZONI, M.: *German Tax and Business Law*, Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 7,073.

títulos que llevan aparejadas prestaciones accesorias cuya ejecución es personal o hasta personalísima¹³⁴⁰.

Podemos destacar que, como ha pasado en España, en el resto de ordenamientos ha habido también un intenso debate acerca no sólo de la oponibilidad del pacto a terceros sino, también, acerca de su admisibilidad. Y aunque la cuestión parezca estar ya superada, merece la pena fijarse en la interesante consideración que, al respecto, realizan algunos autores que se plantean la validez de los pactos en función de la teoría sobre la que se sustente el Derecho de sociedades. Entienden, por ello, que los socios pueden alcanzar válidamente cualquier acuerdo entre ellos desde el punto de vista de la teoría contractual y, también, desde el punto de vista de la teoría institucional del Derecho (lo que no está prohibido, está permitido). No ocurre lo mismo, sin embargo, desde el punto de vista de la teoría institucional. Según ésta, los pactos parasociales deben ser puestos en duda porque, como señalan los referidos autores, *“incluso si la teoría institucional no fuera aplicada nunca de forma severa, invita a condenar todas las cláusulas que llevan directa o indirectamente a alcanzar reglas institucionales no escritas de la sociedad”*, debiendo entender el concepto reglas escritas, en este caso, como las reglas estatutarias, teniendo por tanto la consideración de no escritas todas aquéllas que queden fuera¹³⁴¹.

6.3.1. Ordenamientos anglosajones.

En los ordenamientos de base anglosajona, los pactos parasociales reciben el nombre de *shareholders' agreements* (en Estados Unidos y Canadá, entre otros) o *membership agreement* (en Reino Unido), nomenclatura que nos sirve ya para identificar necesariamente a sus firmantes con una determinada categoría de individuos: los accionistas (o, si se prefiere, socios) de una misma sociedad mercantil. El carácter contractual y el objetivo que persigue este tipo de acuerdo puede resumirse afirmando que se trata de *“un contrato por y entre ellos [los accionistas] que sirve para alterar su relación legalmente prevista”*¹³⁴². El *shareholders' agreement* puede servir, por tanto, para minimizar disputas entre esos accionistas (que operaban antes de forma independiente y lo harán, a partir del acuerdo, con unidad de decisión), respecto a cuestiones como la administración de la sociedad. En consecuencia, el modo de conseguir ese objetivo pasa necesariamente por la creación de derechos, obligaciones y sanciones ante el eventual incumplimiento: es decir, por hacer reposar el documento sobre una

¹³⁴⁰ Vid. Epígrafe 8.2.2.

¹³⁴¹ TILQUIN, T./SIMONART, V.: *Traité des 307ditions*³⁰⁷, tomo I, Kluwer 307ditions juridiques, Diegem, 1996, págs. 141-142.

¹³⁴² BOLLEFER, S./BERNSTEIN, J.: *Shareholders' Agreements: a Tax and Legal Guide*, 3ª edic., CHH, Toronto, 2009, págs. 105-106.

construcción de carácter eminentemente jurídico, esto es, un conjunto de normas expuestas en un articulado¹³⁴³.

La eficacia del *shareholders' agreement* es también en los ordenamientos anglosajones la meramente contractual, es decir, la eficacia *inter partes*, no pudiendo por tanto vincular a la sociedad y generando únicamente, en caso de incumplimiento, la correspondiente responsabilidad contractual frente al resto de firmantes¹³⁴⁴. Especialmente ilustrativo resulta, a este respecto, el concepto de *Gentlemen's Agreement* o pacto entre caballeros, del que cabe destacar, desde el punto de vista de su eficacia, su carácter de figura basada en la mutua confianza entre los firmantes¹³⁴⁵ y, a lo sumo, en el carácter vinculante *inter partes* derivado de su carácter contractual¹³⁴⁶.

Para reforzar esa eficacia, y en línea con lo que hemos comentado anteriormente, advierte la doctrina norteamericana¹³⁴⁷ de la conveniencia de que todos los socios que tienen participación en la compañía en el momento de celebrar el acuerdo sean partes del mismo. Además, introducen estos autores una cuestión a la que nos referiremos posteriormente¹³⁴⁸ como mecanismo para reforzar la eficacia del pacto y, en particular, para hacer que éste resulte oponible a la sociedad: hacer que ésta lo firme. Advierten, con todo, que esta solución entraña el peligro (para nada menor) de que la sociedad no pueda llegar a cumplir las obligaciones que ha asumido como parte contratante, por cuanto está encadenada a sus reglas legales y estatutarias.

Doctrinas como la canadiense y la estadounidense han dedicado especial atención a la influencia que estos acuerdos pueden tener sobre la sociedad, especialmente por cuanto pueden incorporar cláusulas llamadas "*Interpretative provisions*", en virtud de las cuales se permite señalar qué grado de aplicación social va a tener el pacto. A este respecto cabe destacar que, como los estatutos y el pacto pueden ser a menudo incongruentes y hasta contradictorios (al establecer regulaciones diferentes o manifiestamente opuestas), es totalmente necesario dotar al documento de cláusulas como las señaladas¹³⁴⁹. De lo contrario, los socios y accionistas se encontrarán ante el dilema de no saber cuál de las dos normativas deben seguir de forma preferente.

¹³⁴³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 79.

¹³⁴⁴ SCOTT STORACH, J./ELLIS, J.: *Business Law*, 15ª edic., Oxford University Press, New York, 2007, pág. 327.

¹³⁴⁵ En sede de sociedades mercantiles, el deber de fidelidad del socio es un elemento de uso generalizado y con una finalidad moralizadora, basada en la buena fe (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 295).

¹³⁴⁶ YANES YANES, P.: "Los pactos parasociales...", ob. cit., págs. 915-916.

¹³⁴⁷ SEALY, L./WORTHINGTON, S.: *Cases and materials in Company Law*, 8ª edic., Oxford University Press, New York, 2008, pág. 229.

¹³⁴⁸ Vid. Epígrafe 6.5.

¹³⁴⁹ BOLLEFER, S./BERNSTEIN, J.: *Shareholders' Agreements...*, ob. Cit., pág. 150.

Esta duda ante la que puede encontrarse el accionista otorgante del pacto no se extiende, sin embargo, a una eventual oponibilidad frente a la sociedad: la preeminencia del *shareholders' agreement* sobre los estatutos es perfectamente válida, pero no frente a la sociedad, sino sólo frente a los demás accionistas firmantes. En consecuencia, su eventual incumplimiento afectará al accionista incumplidor, pero no a la sociedad, frente a la cual los actos celebrados contraviniendo el acuerdo serán perfectamente válidos.

Debe hacerse mención también a la posibilidad de que todos los socios hubiesen firmado el pacto, en cuyo caso la respuesta de la doctrina anglosajona es la misma de la dada por la española en el antes comentado caso *Munaka*. En el Reino Unido, existen diversos precedentes en que los tribunales han considerado que ese pacto firmado por todos los socios debe tener un efecto vinculante similar o análogo al que tendrían los estatutos sociales¹³⁵⁰. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la *House of Lords* en el caso *Russell vs. Northern Bank Development Corporation Ltd*, en 1992: los cinco socios de la compañía habían firmado un acuerdo para votar a favor de la ampliación de capital de la sociedad y, a pesar de ello, uno de los socios votó en contra en la junta general. El tribunal apreció que ese voto no había sido válido porque había contravenido lo pactado entre todos los socios, lo cual viene a ser un modo indirecto de oponer a la sociedad lo pactado extraestatutariamente, tal y como ocurría en España con la *Sentencia Munaka*.

En todo caso, y como ha ocurrido en nuestro ordenamiento, también en aquéllos de cultura anglosajona ha habido una evolución en el tratamiento legal de los pactos parasociales. Así, en Nueva Zelanda, por ejemplo, se aprobó en 1993 una nueva ley, la *Companies Act*, que sustituía a la de 1955 y que, aunque mantiene el silencio acerca de la cuestión clave de la oponibilidad del pacto a la sociedad, sí amplía la posibilidad de que sus firmantes puedan regular un amplio abanico de cuestiones que atañen a la sociedad. Este abanico, que la ley de 1955 reducía al ejercicio de los derechos de voto y al régimen de transmisión de acciones, se amplió con la nueva ley hasta permitir regular cualquier aspecto de la sociedad, convirtiendo así este tipo de acuerdos en una nueva forma de regulación corporativa de la sociedad (a pesar de las limitaciones que la falta de oponibilidad supone en este terreno)¹³⁵¹.

¹³⁵⁰ GRIFFIN, S.: *Company law: fundamental principles*, 4ª edic., Pearson Education Limited, Essex, 2006, pág. 72.

¹³⁵¹ DUGAN, R. (et al.): *Closely held companies. Legal and tax issues*, CCH New Zealand Limited, Auckland, 2000, págs. 185-186.

6.3.2. Ordenamiento italiano.

La acuñación de la expresión de pacto o contrato parasocial se ha atribuido tradicionalmente a la doctrina italiana¹³⁵², que vio esta figura como un modo de organizar las actuaciones conjuntas, entre grupos de emprendedores, para tomar el control de una determinada sociedad¹³⁵³. Dentro de dicha doctrina, Oppo¹³⁵⁴ fue el primero en hablar sobre los pactos parasociales y ya desde el primer momento advirtió acerca de las dudas que generaba su presencia en el seno de las normas reguladoras de una sociedad, en el que se producía de este modo una doble regulación que podía generar dudas acerca de *“el riesgo de implementar un reglamento efectivo de la sociedad distinto de aquél que es conocido con la publicidad legal y distinto de las reglas y los principios que lo inspiran”*. Un riesgo que se apreciaba en los posibles desajustes que generaría la convivencia entre un sistema de reglas contractuales con las reglas societarias, que tienen carácter de orden público económico¹³⁵⁵. Para evitar estos dilemas, por tanto, la eficacia debe circunscribirse a la personal de los socios y no alcanzar eficacia real sobre las acciones o participaciones, puesto que eso generaría un régimen dual de difícil encaje en la sociedad, cuya regulación consensual debe corresponder en un principio a los estatutos sociales¹³⁵⁶.

Por lo tanto, podemos ver que la doctrina italiana, ya desde sus comienzos, entendió que el contrato no podía ser oponible a terceros y tampoco, siquiera, a la sociedad, como el propio Oppo¹³⁵⁷ manifestó y como posteriormente han ratificado tanto otros autores¹³⁵⁸ como una profusa jurisprudencia, sin que ello afecte a su validez¹³⁵⁹. Por todo ello, se entiende actualmente que, siguiendo la misma línea de la doctrina española, este tipo de acuerdo obliga únicamente a sus firmantes. Al respecto, puede apuntarse que *“el vínculo así nacido queda, por ello, limitado a las partes del pacto y no se extiende a los demás socios, presentes o futuros. También la sociedad, como sujeto jurídico distinto de los socios y como organización creada por éstos, permanece en principio ajena: por lo tanto, ni la sociedad ni sus órganos están obligados a asegurar el respeto de los pactos, ni su*

¹³⁵² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: voz “Pacto parasocial”, ob. cit., pág. 4.712; FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 37.

¹³⁵³ GIANNINI, L./VITALI, M.: *I patti parasociali*, ob. cit., pág. 15.

¹³⁵⁴ OPPO, G.: *Contratti parasociali*, Vallardi, Milan, 1942, pág. 4.

¹³⁵⁵ CHIONNA, V.: *La pubblicità dei patti parasociali*, Giuffrè Editore, Milán, 2008, pág. 2.

¹³⁵⁶ MENÉNDEZ, A./RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Régimen jurídico de...”, ob. cit., pág. 367; GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 135.

¹³⁵⁷ OPPO: *Contratti parasociali*, ob. cit., págs. 103-104.

¹³⁵⁸ BUONOCORE, V.: *Manuale di diritto commerciale*, 3ª edic., Giappichelli, Torino, 2001, pág. 166.

¹³⁵⁹ El debate acerca de la validez ha sido superado ya por la doctrina y, en 2004, ha sido cerrado definitivamente con una reforma del derecho de sociedades que ha venido a cubrir la laguna legal acerca de los pactos extraestatutarios, mediante dos preceptos que lo regulan específicamente el el Código Civil: el artículo 2.341-bis, que los define, y el artículo 2.341-ter, que establece su necesaria publicidad en sede de sociedades cotizadas (ADDUCI, E.: *I patti parasociali. Disciplina, giurisprudenza e clausole*, Halley, Matelica, 2006, pág. 19).

*violación conlleva la invalidez o la ineficacia de los acuerdos de los órganos sociales*¹³⁶⁰. Es decir, la eficacia del pacto se circunscribe de manera exclusiva a sus firmantes, para los que es plenamente exigible por su condición de contrato, fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad¹³⁶¹.

Esta inoponibilidad frente a la sociedad, aun estando clara para la normativa italiana¹³⁶² y también para su doctrina, genera en sus autores la preocupación de la escasa eficacia que, en consecuencia, el pacto puede tener cuando se produzcan incumplimientos de sus disposiciones. Y es que todos los actos del socio firmante del pacto, ejecutados en contravención del mismo, son legalmente válidos y eficaces, quedando expuestos únicamente a la depuración de daños y responsabilidades que pueden recaer sobre el socio incumplidor, incluyendo la posibilidad de resolución del pacto para con éste, pero sin poder incidir de modo alguno sobre los actos realizados, los cuales serán plenamente vinculantes para la sociedad.

Consecuencia de todo lo anterior, puede afirmarse que los pactos parasociales nos sitúan en una tesitura similar a la de la “sociedad oculta”, es decir, aquélla que opera entre unas determinadas partes pero que no se manifiesta a terceros como tal, así como también frente a la “sociedad aparente”, de creación originariamente doctrinal. Esta sociedad aparente podría generar efectos frente a terceros siempre que éstos tuvieran conocimiento de su existencia: *“las manifestaciones exteriores de la existencia de una sociedad permitirían directamente prescindir de la voluntad efectiva de las partes de dar vida al vínculo social, siempre que aquéllas hayan sido suficientes para crear una confianza en los terceros generando la convicción de estar frente a una sociedad”*¹³⁶³.

Esta reflexión acerca de los efectos de la “sociedad aparente” puede resultar especialmente interesante en el estudio de los pactos parasociales: el pacto puede ser considerado un tipo concreto de sociedad aparente, en virtud de la cual todos sus socios firmantes operan de un determinado modo. Esto significa que, tomando la idea expuesta, según la cual un tercero podría verse vinculado por los actos celebrados con esa “sociedad aparente”, también una sociedad podría verse vinculada por el acuerdo extraestatutario de sus socios si, efectivamente, es concedora del mismo: *“parece artificial e incoherente que se pretenda fundamentar la radical desconexión entre los pactos omnilaterales y la sociedad alegando simplemente la plena autonomía de la sociedad frente a los socios”*¹³⁶⁴. Esto resultará evidente en el caso de que todos los socios lo hayan firmado

¹³⁶⁰ RESCIO, G.: “Junta general de socios. Pactos parasociales”, en ABRIANI, N. (et al.): *Derecho italiano de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 272-273.

¹³⁶¹ GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*, ob. cit., págs. 43-46.

¹³⁶² Los pactos parasociales tienen consideración de contratos no formales y se regulan por las normas generales en sede de obligaciones (artículos 1.218 y siguientes del Código Civil italiano) y de contratos (artículos 1.453 y siguientes).

¹³⁶³ MOTTI, C.: “Las incidencias de las sociedades personalistas”, en ABRIANI, N. (et al.): *Derecho italiano de sociedades*, ob. cit., pág. 118.

¹³⁶⁴ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., pág. 83.

–recuérdese la ya comentada imposibilidad de desconocimiento por parte de la sociedad en el caso de pactos omnilaterales a los que nos acabamos de referir- y, en caso de que no sea así, podría entenderse que hay publicidad –para la sociedad, que no para terceros- entregándole una copia del pacto, por ejemplo, en una junta general o al órgano de administración (para el supuesto de que estuviera integrado por personas que no tuvieran la condición de socios).

Del mismo modo que ocurre en nuestro ordenamiento a través del artículo 519 de la LSC y como pasa, también, en los ordenamientos anglosajones (*Companies Act* de 2006 en el Reino Unido) y francés (como apuntaremos en el epígrafe siguiente), en Italia existe una obligatoria publicidad de los pactos parasociales cuando éstos afectan a sociedades cotizadas. Así lo exige el artículo 122 del *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (Decreto Legislativo 58/1998)¹³⁶⁵. De hecho, es preciso destacar que el ordenamiento italiano ha contenía ya una exigencia superior a la primera que el ordenamiento español introdujo en materia de obligatoria publicidad de pactos parasociales: así, mientras el artículo 112 de nuestra LMV exigía la publicidad de aquellos pactos que pudieran ser considerados sindicatos de voto en sentido estricto, en Italia se exigía ya entonces, de manera omnicompreensiva, la publicidad de cualquier pacto extraestatutario, con independencia de cuáles fueran su objeto y características¹³⁶⁶. Una obligación que recoge también ahora el artículo 519 de la LSC (que ha venido a sustituir el 112 de la LMV), al obligar a publicar tanto los sindicatos de voto como los de bloqueo, es decir, aquéllos que restrinjan la libre transmisión de acciones, de modo que esta información esté disponible en el mercado¹³⁶⁷ y se garantice, de este modo, su cognoscibilidad por parte de eventuales inversores que, como nuevos accionistas, puedan verse de algún modo afectados por los mismos. De todos modos, parte de la doctrina considera que el debate sobre el encaje de los pactos parasociales se ha cerrado en falso con la solución de 1998: entienden algunos autores que el legislador se ha preocupado únicamente por garantizar esa cognoscibilidad, pero no por aportar soluciones al modo en que la regulación contractual y la social pueden coexistir y deben interrelacionarse¹³⁶⁸.

¹³⁶⁵ La doctrina critica que la norma no prevea sanciones ante la falta de cumplimiento de la publicidad de los pactos cuando se refieran a sociedades no cotizadas (CHIONNA, V.: *La pubblicità dei...*, ob. cit., págs. 203-204; PROVERBIO, D.: *I patti parasociali. Disciplina, prassi e modelli contrattuali*, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2010, págs. 33-34). Cuando se refieren a cotizadas, la sanción es la nulidad (GIANNINI, L./VITALI, M.: *I patti parasociali*, ob. cit., 2008, págs. 70-76).

¹³⁶⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del Derecho societario español”, en *RdS*, núm. 22/2004, págs. 95-96.

¹³⁶⁷ LEÓN, F.: “Artículo 519. Publicidad...”, ob. cit., pág. 3.377

¹³⁶⁸ CHIONNA, V.: *La pubblicità dei...*, ob. cit., pág. 8.

6.3.3. Ordenamiento francés.

Tal vez por ser la primera en advertir la heterogeneidad a la que da pie la regulación extraestatutaria¹³⁶⁹, la doctrina francesa ha estudiado profusamente en su seno las características, la admisibilidad y la eficacia de los pactos parasociales (*accords extra-statutaires* o *convention d'actionnaires*). Entre otras cuestiones, en la misma línea que entre la doctrina belga¹³⁷⁰, se ha planteado en Francia el debate acerca de la admisibilidad del pacto parasocial en virtud de la teoría institucional del derecho de sociedades. Al respecto, se debe distinguir entre la libertad que se concede a las partes en el ámbito contractual y las restricciones que operan, en cambio, en el terreno institucional, por cuanto el legislador ha establecido ya un marco predeterminado al que deben quedar sometidos los acuerdos, cuando éstos persiguen incidir sobre una sociedad mercantil¹³⁷¹.

También se ha ocupado la doctrina francesa de la identidad de los firmantes. Aun cuando la traducción literal de *convention d'actionnaires* al inglés nos lleva directamente al *shareholders' agreement*, advertimos una importante contraposición entre el carácter cerrado que inspira el concepto anglosajón –que identifica claramente a los firmantes del pacto como socios de una determinada compañía- con el amplio espectro de sujetos que pueden firmar el pacto parasocial francés. Así, se plantea la posibilidad de que los pactos extraestatutarios sean de tres tipos: los celebrados entre los propios socios (ámbito al que se entenderían ceñida la *convention d'actionnaires*), los celebrados entre los socios y la sociedad y, finalmente, los celebrados entre los socios y terceros, resultando todos ellos igual de válidos¹³⁷².

El primero de esos pactos no reviste ninguna particularidad y es el que coincide plenamente, como señalábamos, con la idea de *shareholders' agreement*. El segundo no podemos considerarlo como contrato en el sentido funcional de que los socios, por ejemplo, presten servicios para la sociedad, sino que debemos entenderlo como una forma de contrato asociativo entre los socios y la compañía, lo cual nos sitúa nuevamente en la línea de lo planteado por la doctrina estadounidense para dotar de mayor eficacia al pacto¹³⁷³. El tercero, por otro lado, nos lleva al ámbito más propio del protocolo familiar, en el que va a interesar que no sólo socios, sino también terceros (familiares no socios) puedan ser partes contratantes.

¹³⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar...*, ob. cit., págs. 29-31.

¹³⁷⁰ TILQUIN, T./SIMONART, V.: *Traité des sociétés*, ob. cit., págs. 141-142.

¹³⁷¹ VELARDOCCHIO-FLORES, D.: *Les accords extra-statutaires entre associés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 1993, pág. 15.

¹³⁷² DELGA, J.: *Le droit des sociétés*, Dalloz, París, 1998, págs. 277-278.

¹³⁷³ SEALY, L./WORTHINGTON, S.: *Cases and materials...*, ob. cit., pág. 229.

Otro de los puntos en cuyo estudio se ha centrado la doctrina francesa es la admisibilidad de las llamadas “*clauses de preemption*”, que son el equivalente a las “*Interpretative provisions*” estudiadas por la doctrina anglosajona. Parte de la doctrina se muestra escéptica sobre su validez, por entender que los estatutos sociales corren el riesgo de quedar vacíos de contenido si se permite que los socios se guíen por normas convencionales propias, elaboradas al margen de esos estatutos¹³⁷⁴. Entienden estos autores que se debe ser muy cuidadoso a la hora de admitir dichas cláusulas, por cuanto no pueden ser éstas una forma de eludir un régimen, el estatutario, que es imperativo (*ex* artículo 1.835 del CC francés), tal y como ocurre también en el ordenamiento español.

Sin embargo, entendemos que el temor de esta doctrina no está justificado, por cuanto la primacía de lo extraestatutario sólo operaría frente a sus firmantes, pero no frente a la sociedad, si bien cabe admitir que, en caso de que todos los socios hubieran firmado el acuerdo parasocial, los estatutos quedarían ciertamente relegados *de facto* si los socios cumplen los compromisos contractualmente adquiridos, cuestión que ha sido controvertida en la jurisprudencia en aquellos casos en que se produzcan incumplimientos¹³⁷⁵. En cualquier caso, el artículo 1.837 del CC francés señala sin ningún lugar a dudas que prevalecerá en todo caso, para los terceros ajenos al pacto, el régimen estatutario, no siendo oponibles frente a la sociedad las normas que estén contenidas en un documento distinto a los estatutos.

Por otro lado, lo estatutario y lo extraestatutario no necesariamente tienen por qué estar contrapuestos. De hecho, puede señalarse incluso que el pacto parasocial puede servir como complemento de los estatutos, ampliando aquellos terrenos que la ley reguladora haya dejado poco definidos y aportando soluciones concretas que permitan, por tanto, que los socios adapten la estructura de la sociedad a sus intereses¹³⁷⁶. Cabe en definitiva la convivencia entre ambos tipos de regulaciones, tal y como se ha advertido también en España¹³⁷⁷.

Merece la pena, finalmente, hacer un breve apunte a la publicidad de los pactos parasociales, para destacar que la ley societaria francesa de mediados del siglo pasado, la *Loi 66/537 sur les sociétés commerciales*, que data del 24 de julio de 1966, ya contemplaba en su artículo 356-1 la obligatoriedad de publicar todos los pactos parasociales que afectasen a una sociedad cotizada, mediante la comunicación a la

¹³⁷⁴ DESIDERI, J.P.: *La préférence dans les relations contractuelles*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, Marseille, 1997, pág. 107.

¹³⁷⁵ La jurisprudencia considera plenamente ajustados a derecho los pactos por los que los accionistas se obligan a otorgarse entre ellos un derecho de adquisición preferente, en casos de ventas a terceros. Sin embargo, la transmisión efectuada contra estos pactos por un accionista firmante sería eficaz frente a la sociedad (*Code des Sociétés*, Dalloz, París, 1991, pág. 361). En todo caso, el artículo 1.844-16 del CC francés impide que la sociedad y/o los socios puedan alegar nulidad frente a terceros de buena fe.

¹³⁷⁶ VELARDOCCHIO-FLORES, D.: *Les accords extra-statutaires entre associés*, ob. cit., pág. 57.

¹³⁷⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad...”, ob. cit., pág. 1.869.

Autorité des Marchés Financiers (Consejo de las Bolsas de Valores), siendo este organismo el que se encargaría de dotar al pacto de esa publicidad (es decir, siguiendo el mismo mecanismo que en Italia). Con ello, la legislación societaria francesa se adelantaba mucho de este modo a la norma española refleja, que es el artículo 519 de la LSC, que establece una prevención que nuestro Derecho no había tenido hasta el año 2003, cuando se incorporó mediante el artículo 112 de la LMV (hoy derogado y sustituido, precisamente, por el citado artículo 519 de la LSC).

6.3.4. Ordenamiento andorrano.

En el ordenamiento andorrano, los pactos parasociales han seguido el mismo camino que en otros sistemas jurídicos –como el español-, en el sentido de ser considerados inicialmente como pactos nulos o ineficaces y, posteriormente, como acuerdos contractualmente válidos, con eficacia *inter partes*, aunque inoponibles frente a la sociedad¹³⁷⁸. Como en tantos otros ordenamientos, han surgido como fruto de la necesidad de dotar a los eventuales emprendedores e inversores de mecanismos que les permitan configurar su empresa según sus propias necesidades, escapando en la medida de lo posible de la rigidez de los tipos legales existentes, por más que éstos puedan abarcar un amplio abanico entre la sociedad personalista o de base familiar, en un extremo, y la empresa policorporativa, en el otro¹³⁷⁹.

Debe señalarse que la preocupación del ordenamiento andorrano por las sociedades mercantiles es relativamente reciente, como advertía la doctrina del Principado¹³⁸⁰ en el momento en que precisamente, con el Reglamento de Sociedades de 1983, empezaba a corregirse esa falta de regulación, “*en consonancia con la parquedad de su ordenamiento legislativo*”, de modo que se habían constituido sociedades bajo cualquier tipo, siempre que no contravinieran normas positivas andorranas, valiéndose para ello de los tipos sociales propios del Derecho español y del francés (especialmente anónimas, limitadas, comanditarias, colectivas y cooperativas). Pero a pesar de ello, el derecho andorrano de sociedades, ha efectuado un avance en relación a lo extraestatutario muy superior al realizado por otras legislaciones.

¹³⁷⁸ El artículo 4.2 del Reglamento de 19 de mayo de 1983, de Sociedades Mercantiles, sancionaba con la nulidad los acuerdos extraestatutarios: “*Son nulos los pactos o cláusulas que se mantengan reservados o sean contrarios a la Ley*”. La norma societaria actual, la Ley 20/2007, de 18 de octubre, de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, ya sólo reserva la nulidad para los pactos *contra legem*, autorizando los que resulten lícitos: “*Los socios pueden incluir [en la escritura de constitución] todos los pactos y las condiciones que consideren convenientes, siempre que no sean contrarios a la Ley*”.

¹³⁷⁹ FONT RIBAS, A.: “Problemàtica del Dret de Societats”, en AAVV: *Jornades de Dret Andorrà. La problemàtica del Dret de Societats*, Centre de Barcelona de l’Institut d’Estudis Andorrans i Comissió de Cultura del Col·legi d’Advocats d’Andorra, Andorra la Vella, 1986, págs. 80-81.

¹³⁸⁰ VIÑAS I FARRÉ, R.: “La jurisprudència andorrana. Aportació en matèria de societats”, en AAVV: *Jornades de Dret Andorrà*, ob. cit., pág. 129.

Consideramos por este motivo especialmente conveniente referirnos al modo en que el actual marco legislativo del Principado de Andorra aborda esta cuestión, por cuanto ha ido más allá incluso de lo que lo han hecho otros ordenamientos como el nuestro: de entrada, no ha omitido referirse en textos legales a los pactos parasociales como tales, cosa que no ocurre con el Derecho positivo español y que, sin duda, concede a esta figura en Andorra una gran seguridad jurídica sobre su alcance, siendo dicha seguridad del todo necesaria para el desarrollo de las sociedades mercantiles¹³⁸¹.

Al respecto, debe destacarse que el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 18 de octubre, de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, norma fundamental del actual derecho societario andorrano, incorpora una definición de pactos sociales que permite una extensión de su eficacia más allá de la esfera dispositiva de sus firmantes: “*Los pactos parasociales son los convenios suscritos entre algunos o todos los socios de una sociedad con la finalidad de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen. Los pactos parasociales sólo serán oponibles a la Sociedad o a terceros si les han sido notificados y los han aceptado expresamente*”.

Se trata, como vemos, de una posibilidad que no tiene parangón con el régimen previsto en España, en el que ningún tipo de comunicación individualizada ni publicidad registral permitiría, actualmente, extender a terceros –ni siquiera a la propia sociedad- los pactos extraestatutarios.

Es cierto que, a pesar de esa posibilidad de comunicación, los pactos parasociales gozan en Andorra de la misma eficacia contractual de la que gozan en los demás ordenamientos estudiados: aun cuando vayan referidos a una sociedad mercantil, no tienen fuerza vinculante para ésta. Pero pueden resultar una herramienta muy útil en la configuración consensual de la sociedad, habida cuenta del carácter tasado de los estatutos sociales. En este sentido, entiende la doctrina andorrana¹³⁸² que es positivo que los pactos parasociales se trasladen, en la medida de lo posible, a los estatutos, a fin de garantizar así su plena eficacia no sólo entre sus firmantes, sino también frente a la sociedad, recomendación idéntica a la que cabe predicar en nuestro ordenamiento¹³⁸³.

En definitiva, por tanto, la eficacia que un pacto extraestatutario tendrá en Andorra será, por definición, la misma que tiene en España: un efecto *inter partes* entre sus suscribientes. La particularidad del derecho societario andorrano radica, por tanto, no en el tratamiento *in natura* del pacto, sino en la posibilidad que se ofrece de reforzar su eficacia mediante la comunicación a la sociedad. Una forma de decir, en definitiva, que ese pacto, una vez comunicado, no puede considerarse ya –tomando el argot del

¹³⁸¹ RODRÍGUEZ ROSSA, F.: “Bases legals i empresa”, en AAVV: *Les empreses andorranes, quin camí?*, Societat Andorrana de Ciències, Andorra la Vella, 2009, pág. 80.

¹³⁸² BARTUMEU MARTÍNEZ, I.: *Empresa familiar ...i*, ob. cit., págs. 90-91.

¹³⁸³ Vid. epígrafe 4.2.1.

legislador español-, un *pacto reservado*. Se rompen con ello situaciones que a la práctica pueden resultar artificiosamente absurdas¹³⁸⁴ y se consigue una eficacia similar a la introducida en España por el RD 171/2007¹³⁸⁵, reforzada de modo especial frente a la sociedad sobre la que pretende desplegar sus efectos.

6.4 Particularidades del protocolo familiar.

De todo lo expuesto hasta el momento en el presente capítulo, podemos deducir que el protocolo familiar reúne los elementos típicos de todo pacto parasocial¹³⁸⁶, que podemos concretar esencialmente en su carácter contractual¹³⁸⁷ (en cuanto a su forma) y en su voluntad de incidir sobre una sociedad mercantil (en cuanto a su objeto). En cierto modo, podemos situar el nacimiento jurídico del protocolo familiar en la necesidad de regular elementos que ni la legislación societaria (con independencia del tipo social elegido) ni tampoco los estatutos sociales (que están al fin y al cabo más o menos tasados) permiten definir hasta el extremo que los socios y familiares pueden considerar necesario, debido a la rigidez de sus normas¹³⁸⁸.

Y si esta necesidad, como comentábamos antes, al hablar de forma general del pacto extraestatutario, es común a todo tipo de sociedades, reviste mayor trascendencia en el caso de la empresa familiar, por cuanto es ésta un ente con unas características tan específicas y complejas que se ha evidenciado que “*no tiene suficiente para conseguir una adecuada organización interna con los instrumentos que el derecho actual pone a su disposición a tal efecto*”¹³⁸⁹, lo que la ha llevado a tener que recurrir a vías distintas a la Ley y los estatutos, como lo son los pactos parasociales. Y es que, aun admitiendo que las disposiciones estatutarias permiten amoldar la sociedad a la voluntad de sus socios, no todos los aspectos que a éstos va a interesar regular (sobre todo en el caso de las empresas familiares) van a poder integrarse en los estatutos, por cuanto no existe plena libertad a la hora de configurarlos (artículos 23 de la LSC, 115-128 y 176-188 del RRM).

El protocolo familiar se convierte, de este modo, en un documento válido y útil para recoger todas aquellas cuestiones que no sean inscribibles y que, por lo tanto, quedando fuera del ámbito objetivo propio de los estatutos sociales, no puedan formar parte de éstos¹³⁹⁰. De algún modo, esto abre la puerta a los contenidos menos jurídicos

¹³⁸⁴ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., pág. 83.

¹³⁸⁵ Vid. apartado 8.1.2.

¹³⁸⁶ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 350.

¹³⁸⁷ Vid. epígrafe 7.1.

¹³⁸⁸ GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad...”, ob. cit., pág. 1.869.

¹³⁸⁹ BLASI PUJOL, R.: “El protocolo familiar como ...”, ob. cit., págs. 713-714.

¹³⁹⁰ El pacto parasocial es especialmente adecuado cuando el Registrador se niega a inscribir determinados pactos como estatutarios y, también, cuando el grupo familiar coexiste con socios extraños

del protocolo, a los que hemos hecho referencia ya en el capítulo tercero, por cuanto es el modo en que podrá darse cobertura a los elementos más morales, filosóficos o abiertamente literarios del documento. Sin embargo, también será el modo de establecer una regulación normativa –ergo jurídica- sobre determinadas cuestiones que necesariamente deben quedar fuera de los estatutos¹³⁹¹, debido a su carácter no inscribible¹³⁹².

Asimismo, conviene resaltar también que los problemas generales de los pactos parasociales o extraestatutarios son los mismos que padece el protocolo y, en particular, una de las principales preocupaciones en torno al mismo es la eficacia que puede tener, tanto internamente (frente a sus firmantes), como externamente (frente a terceros), entre los cuales pueden contarse los familiares no socios y la propia sociedad. Nótese, al respecto, que el protocolo presenta una problemática específica superior, incluso, a la de los acuerdos parasociales de tipo general. Y es que mientras en el caso de éstos no se discute su eficacia *inter partes*, en el caso del protocolo puede haber algunas cláusulas que ni siquiera contractualmente resulten exigibles a sus firmantes, debido a las limitaciones –ya señaladas en otros puntos del presente trabajo- respecto a las cuestiones *ius cogens* en materia de derecho sucesorio¹³⁹³.

En todo caso, más allá de estos problemas de eficacia *inter partes*, el verdadero caballo de batalla es la eficacia *erga omnes* y, en particular, la eficacia del protocolo frente a la sociedad. Y ha sido precisamente esta necesidad de regular los efectos frente a terceros es la que ha llevado a que se promulgara el RD 171/2007, que tiene como objetivo regular el modo en que dicha publicidad deberá llevarse a cabo, cuestión ésta que merecerá un análisis más detallado más adelante¹³⁹⁴.

Ahora bien, en contraposición a estos elementos comunes con los pactos parasociales, el protocolo familiar presenta unas determinadas particularidades que lo alejan de su caracterización general y hacen que podamos verlo como un tipo particular de los mismos, como seguidamente analizaremos. Dentro de dichas particularidades, debemos señalar en primer lugar la voluntad que tiene de desplegar efectos frente a terceros, frente a personas distintas de los firmantes del documento. Ciertamente, es posible que todos los firmantes de un protocolo sean socios de la empresa familiar, pero parece que, por su propia naturaleza, el protocolo tiene voluntad de desplegar sus efectos sobre otras personas, principalmente sobre miembros de la familia que no revisten la condición de socios y que pueden verse

a la familia, en cuyo caso le interesará a dicho grupo organizarse internamente como sindicato de mayoría o de control (VICENT CHULIÀ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 42).

¹³⁹¹ CORONA, J.: “Introducción a los aspectos ...”, ob. cit., págs. 191-192.

¹³⁹² Vid. la distinción entre contenidos inscribibles (epígrafe 7.4.1), recomendaciones (7.4.2) y contenidos morales (7.4.3).

¹³⁹³ CORONA, J./MARTÍ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 479.

¹³⁹⁴ Vid. apartado 8.1.

afectados por su contenido en cuestiones como, por ejemplo, el acceso a la tenencia de acciones y participaciones o la incorporación a la administración de la sociedad¹³⁹⁵.

Entendemos que esto hace que el protocolo, a diferencia de lo que puede ocurrir de forma general con los pactos parasociales, tenga un interés adicional en dotarse de publicidad registral¹³⁹⁶. Y es que será precisamente esa publicidad –que el RD 171/2007 concibe en todo caso como necesariamente potestativa, atendiendo al carácter más reservado de alguno de sus pactos- la vía por la que el contenido del protocolo podrá surtir efecto, incluso, ante terceros que no lo hayan firmado, con las limitaciones sobre el tipo de publicidad registral concedida –y las necesarias críticas al respecto- que analizaremos en el capítulo octavo.

Es posible también, en esta línea de efectos sobre personas distintas de los firmantes, que el protocolo contenga disposiciones a favor de terceros, como permite la teoría general de los contratos, a través del artículo 1.257 *in fine* del CC. El caso más frecuente será el de establecimiento de rentas vitalicias –o cualesquiera otras contraprestaciones económicas- o de nombramientos para cargos honoríficos para los fundadores o, en general, para los miembros de la familia que se vayan retirando de la administración de la sociedad, que pueden no ser firmantes del protocolo en el caso, por ejemplo, de que éste se firme después de su cese en los cargos que ocupaban. En estos supuestos, la eficacia de las cláusulas protocolarias que establezcan estos beneficios no planteará ningún problema, puesto que al tratarse de un derecho y no de una obligación será perfectamente posible que el tercero goce de su ejecución¹³⁹⁷.

Pero al margen de esta cuestión de los efectos frente a terceros, la principal particularidad del protocolo familiar como tipo específico de pacto parasocial viene condicionada por su contenido. Son varias las materias que acostumbran a regularse a través de pactos extraestatutarios y, en función de cuál sea su objeto, podemos distinguir la existencia de varias categorías: sindicatos de voto, sindicatos de bloqueo, etc. Cada uno de estos pactos se ocupará de regular unas cuestiones determinadas y el protocolo, por su parte, aborda también las que le son propias: la regulación de la

¹³⁹⁵ La posibilidad de que personas que no tienen la condición de socio sean firmantes del protocolo familiar distingue a éste del pacto parasocial general, inicialmente reservado sólo a socios (URÍA, R./MENÉNDEZ, A./ GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima. Fundación”, ob. cit., págs. 836-837).

¹³⁹⁶ Aunque también, debido al carácter sensible y reservado de determinados contenidos, puede existir también un mayor interés de la familia empresaria en mantener la confidencialidad sobre el protocolo (GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 72).

¹³⁹⁷ La mera existencia de la estipulación supone el nacimiento del derecho, sin que sea precisa la aceptación por el beneficiario, que es sólo una condición del ejercicio del derecho y no una regla para la perfección de la promesa (INFANTE RUIZ, F.: “Artículo 1.257”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 612. Es más, una vez celebrado el contrato, los firmantes no pueden revocar dicha estipulación a favor de tercero por voluntad de uno solo, siendo preciso que concurren las voluntades de todos ellos para celebrar un nuevo contrato que la revoque (ALMAGRO NOSETTE, J.: “Artículo 1.257”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Comentario del Código Civil*, volumen 6, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2006, pág. 585).

empresa, de su propiedad (a través de las restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones) y de las relaciones entre sociedad y familia. Y sin que sea preciso en este momento reiterar más esta cuestión, que ha sido objeto de estudio en el capítulo quinto, sí podemos apuntar que la finalidad del protocolo es la de “*utilizar la autonomía de la voluntad (de los socios) para adaptar las sociedades mercantiles a necesidades específicas*”¹³⁹⁸, por lo que el protocolo se distinguirá del resto de pactos extraestatutarios en el sentido de ocuparse generalmente de las cuestiones siguientes¹³⁹⁹:

- a. Creación de acciones privilegiadas o participaciones desiguales.
- b. Creación de participaciones sin voto, para obtener liquidez sin perder el control.
- c. Reforzamiento de quórums y mayorías para la adopción de acuerdos.
- d. Adquisición de participaciones propias para permitir una autocartera que haga posible la separación del socio que quiera desinvertir sin que ello conlleve el acceso de terceros.
- e. Constitución de usufructo sobre participaciones para facilitar el relevo generacional.
- f. Establecimiento de restricciones a la libre transmisión de participaciones.
- g. Creación de órganos *ad hoc* para el gobierno de la empresa familiar.
- h. Mecanismos de disciplina interna del protocolo, a través de cláusulas penales.

Si bien algunas de estas cuestiones aparecerán reguladas también en otros tipos de pactos parasociales, debe destacarse la voluntad universal del protocolo, que se preocupa por todas ellas, en aras a establecer un régimen global sobre las distintas esferas de la sociedad y, también, por los efectos que las mismas tendrán sobre la familia empresaria. Fruto de ello, no debe extrañar que el protocolo resulte un contrato complejo en el que coexisten pactos de muy distinta naturaleza y referidos a muy distintas cuestiones¹⁴⁰⁰. De hecho, resultará posible incluso en ocasiones que en un mismo instrumento público se incluyan el protocolo, otros pactos parasociales y hasta alguna disposición de carácter sucesorio, pudiendo hablar en esos casos de *negocios coaligados voluntarios*¹⁴⁰¹.

Y en el marco de todas estas cuestiones que el protocolo pretende regular, resulta especialmente interesante apuntar que es posible la existencia dentro del protocolo familiar de dos grandes conjuntos de pactos, teniendo carácter parasocial

¹³⁹⁸ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., 660-661.

¹³⁹⁹ Vid. apartado 3.2.

¹⁴⁰⁰ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 105.

¹⁴⁰¹ SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Nuevos posibles cauces...”, ob. cit., pág. 79.

únicamente uno de ellos, ya que el protocolo “*recoge tanto pactos meramente corporativos, que pasan a los estatutos de la sociedad, como otros que no adquieren luz pública, puesto que quedan en el ámbito privado y reservado de los firmantes. Este conjunto de pactos serían ejemplos de pactos parasociales, en cuanto a accesorios al contrato de sociedad*”¹⁴⁰². Es por ello que el protocolo sólo contendrá como verdaderos pactos parasociales aquéllos que no sean susceptibles de inscripción, es decir, aquéllos que sólo afecten a algunos socios y aquéllos que se hayan querido mantener como reservados. En otras palabras, no sólo podemos interpretar que el protocolo familiar sea un tipo particular de pacto parasocial sino que, realizando la aproximación inversa, el pacto parasocial es a su vez un tipo particular de contenido del protocolo familiar, al coexistir en éste los contenidos inscribibles (mediante estatutos sociales o de forma directa *ex art. 7 del RD 171/2007*, como veremos¹⁴⁰³) y contenidos no inscribibles, luego necesariamente parasociales.

Compartimos la opinión de que los pactos que se mantendrán reservados tendrán carácter extraestatutario pero, por el contrario, entendemos que no siempre los pactos susceptibles de inscripción van a hacerse públicos ni, tampoco, van a pasar en todos los casos a formar parte de los estatutos sociales, ya que puede que la voluntad de socios y/o firmantes no sea siempre ésta, aunque la decisión final corresponda finalmente a los administradores y no a los firmantes, pese a las críticas que esta previsión normativa suscitó entre la doctrina¹⁴⁰⁴. Y es que habrá algunos de estos acuerdos que, aun reuniendo todos los requisitos para su acceso a los estatutos, la familia preferirá mantener reservados, atendiendo al fuerte carácter *intuitu personae* que muchos de los acuerdos pueden tener y, también, a la voluntad de la familia de no dotar de publicidad a los pactos alcanzados en su seno, cuestión sobre la que profundizaremos en el capítulo octavo.

6.5. Inserción de los pactos en la regulación de sociedades.

El principal problema que se deriva de la existencia de pactos parasociales en una sociedad mercantil o, ciñéndonos a nuestro objeto de estudio, de un protocolo en una empresa familiar, es el modo en que debemos entender que se lleva a cabo su encaje en la regulación de la sociedad, sobre todo teniendo en cuenta que el protocolo, más que acuerdo extraestatutario, acabará resultando un acuerdo *metaestatutario*¹⁴⁰⁵. El núcleo central de la cuestión es que, dejando de lado la Ley, que será una fuente

¹⁴⁰² GALEOTE MUÑOZ, M.P.: *Sindicatos de voto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 106-107.

¹⁴⁰³ Vid. epígrafe 8.1.2.2.2.

¹⁴⁰⁴ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo y...”, *ob. cit.*, págs. 1.149-1.150.

¹⁴⁰⁵ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, *ob. cit.*, pág. 148.

normativa de carácter necesario en todos los casos, se aprecia la existencia de una doble fuente normativa de carácter consensual: los estatutos sociales y el pacto parasocial. Por lo tanto, deberemos intentar dilucidar cuál de esas fuentes tiene prioridad sobre la otra y, también, de qué modo pueden complementarse ambas en orden a configurar la regulación de la sociedad, especialmente cuando ambas regulaciones responden, además, a una misma finalidad que, en definitiva, es la de aportar *“la flexibilidad que va a permitir a la autonomía de la voluntad de los socios adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias, personalizando la sociedad”*¹⁴⁰⁶, sociedad que estaría sujeta, a falta de esta personalización, a los criterios estándares del tipo social elegido para su constitución.

Esta coexistencia de fuentes normativas convencionales en una sociedad mercantil puede conllevar problemas de articulación práctica, pero nos obliga a un estudio que no podemos rechazar con posturas maximalistas, en virtud de las cuales la regulación de la sociedad deba quedar circunscrita al dictado de los estatutos. En esta línea, puede abordarse el estudio de esta doble regulación señalando que *“en ocasiones, los “estatutos” pueden estar integrados, de hecho, por un complejo normativo algo más amplio de lo sugerido por su inscripción. Con esto no se pretende devaluar el principio res inter alios acta, sino, sólo, poner de manifiesto que la realidad societaria es bastante más compleja de lo que una limitada valoración en clave exclusivamente tabular es capaz de mostrar”*¹⁴⁰⁷.

Esta interesante reflexión de estos autores viene a contravenir la postura inicialmente negativa de la doctrina frente a los pactos parasociales – inspiradora, seguramente, de la regulación que los sancionaba con la nulidad- al considerar que lo estatutario y lo extraestatutario no tienen por qué, necesariamente, estar enfrentados. Pueden ser regulaciones que no sólo coexistan, sino que se complementen, ocupando cada tipo de regulación su propio espacio y resultando útil una a la otra: los estatutos pueden dotar de eficacia *erga omnes* a lo previsto en los pactos parasociales mediante la incorporación de cláusulas estatutarias que recojan su contenido y dichos pactos, a su vez, pueden interpretar o justificar el sentido de las normas estatutarias adoptadas¹⁴⁰⁸.

Y si ello resulta razonable en términos generales, parece casi inexcusable cuando se habla de pactos celebrados entre todos los socios. En estos casos, , dichos pactos constituyen en realidad un *“complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos –pactos más estatutos- conforman desde una óptica*

¹⁴⁰⁶ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La sociedad de responsabilidad limitada: disposiciones generales. Fundación. Aportaciones de capital y prestaciones accesorias. Las participaciones sociales. Sociedad unipersonal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 151.

¹⁴⁰⁷ CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R.: “Artículo 7º. Constitución e inscripción”, ob. cit., pág. 101.

¹⁴⁰⁸ Vid. epígrafe 7.4.3, respecto a los posibles efectos interpretativos de los contenidos morales

*económica, un contrato -más- completo de sociedad*¹⁴⁰⁹. Es decir, pacto y estatutos deben entenderse como una unidad. Es cierto que podría objetarse que los socios, estando todos conforme en unas determinadas disposiciones, podrían trasladarlas a los estatutos, si bien cabe destacar que es posible que no siempre el acuerdo alcanzado podría tener reflejo estatutario (por ejemplo la exigencia de unanimidad para la adopción de acuerdos en junta, que no sería inscribible por contravenir el artículo 200.1 de la LSC) y que, en cualquier caso, debería respetarse la libertad de forma de la adopción de normas internas entre los socios, especialmente cuando dichas normas no afectaran a terceros distintos de la propia sociedad. Es decir, podría admitirse que determinados pactos cuyos efectos se proyectasen únicamente en la vertiente interna de la sociedad, siempre que gozaran de la precisa cognoscibilidad vía publicidad registral, pudiesen resultar distintos –tal vez hasta contravenir- determinadas normas societarias si, con ello, la mercantil se adaptase mejor a la voluntad de sus socios, sin que ello representara perjuicio alguno para los terceros. Aunque ello podría suponer –y no está de más admitirlo- una contravención de los principios configuradores del tipo.

En todo caso, ante la referida situación de doble regulación, lo primero que cabe destacar es el ámbito de mayor libertad que, como antes hemos comentado, existirá a la hora de concebir el pacto extraestatutario o el protocolo familiar. A este respecto, cabe apuntar que la autonomía de la libertad de los socios estará presente tanto en el pacto como en los estatutos (configurados, en definitiva, según los intereses de los propios socios)¹⁴¹⁰, si bien en el caso de los estatutos se deberán cumplir los requisitos de las leyes societarias y, en cambio, en el caso del pacto, sólo se estará ligado a lo que expresamente se haya pactado, con los únicos límites que el artículo 1.255 del CC establece de forma general para cualquier contrato, que no buscan en definitiva sino proteger el interés colectivo frente al individual¹⁴¹¹, cosa que no resultaría amenazada en caso de que los efectos del pacto sólo se proyectasen en el ámbito interno de la sociedad.

Por lo tanto, como ya hemos señalado anteriormente, el protocolo va a poder contener, por su consideración de pacto parasocial¹⁴¹², previsiones a las que los estatutos no podrían dar cabida. Esto supone, de entrada, que el protocolo va a tener un contenido más amplio y los estatutos van a ser más restringidos. Sin embargo, consideramos que es muy importante que ambos documentos estén coordinados y, en la medida de lo posible, que las previsiones del protocolo que tengan carácter

¹⁴⁰⁹ SÁEZ LACAVE, M.I.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 4.

¹⁴¹⁰ GALEOTE MUÑOZ, M.P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 89.

¹⁴¹¹ LÓPEZ LÓPEZ, A.: “Artículo 1.255”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, ob. cit., pág. 599.

¹⁴¹² Al respecto, resulta especialmente interesante la STS 371/2010, de 4 de junio, que recuerda que dichos pactos “no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias –de ahí gran parte de su utilidad-”. En la misma línea, la STS 128/2009, de 6 de marzo.

inscribible en el Registro Mercantil y, por lo tanto, puedan estar recogidas también en los estatutos sociales, se trasladen a éstos. Es importante, en consecuencia, que no existan contradicciones entre ambos documentos y, también, que todo aquello que pueda alcanzar el valor de “estatutario” supere el de “extraestatutario” que tiene el protocolo. En esta línea, conviene recordar que los estatutos deberán estar formulados en ejecución de lo pactado en el protocolo¹⁴¹³, ajustándose a sus directrices, criterio al que podemos sumar esa necesaria translación de los pactos protocolarios a los estatutos, en aras siempre a reforzar su eficacia¹⁴¹⁴.

En todo caso, es una forma de indicar que el protocolo habrá sido el primer paso en la configuración de la regulación de la sociedad, sentando las bases del modo en que quiere establecerse la misma para, después, elaborar unos estatutos que recojan esa voluntad que los socios han expresado en el protocolo. Es decir, el protocolo podría resultar en cierto modo, *mutatis mutandi*, el equivalente a la fase *in contrahendo* o de negociaciones preliminares¹⁴¹⁵ para la formación de un contrato particular que, en este caso, sería el contrato de sociedad, al que los estatutos quedarían inicialmente incorporados.

Por ello, en la arquitectura jurídica de la sociedad, debemos situar el protocolo familiar en la base, asentando sobre el mismo los estatutos sociales, que tendrán en todo caso carácter jurídicamente preeminente¹⁴¹⁶ sobre aquél. Y es que, a pesar de la prudente tendencia doctrinal y jurisprudencial a ir dotando de eficacia a lo parasocial (tendencia que ha quedado en entredicho por la antes referida Sentencia 1136/2008, de 10 de diciembre, del Tribunal Supremo), los estatutos sociales seguirán siendo la norma consensual básica para la regulación interna de la sociedad. De hecho, se puede hablar de cierto *monopolio* de los estatutos, como hacen algunos autores con un marcado espíritu crítico, defendiendo que la seguridad jurídica –fruto de la publicidad registral- no debe ser óbice para admitir otras formas de regulación de la sociedad, rompiendo de este modo el axioma que parece establecido en nuestro Derecho de sociedades: “*lo estatutario se debe equiparar a lo societario o, si se prefiere, lo societario se debe agotar en lo estatutario*”¹⁴¹⁷.

¹⁴¹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El enforcement societario...”, ob. cit., pág. 149.

¹⁴¹⁴ Sin perjuicio de que abordaremos esta cuestión en profundidad en el capítulo octavo, merece la pena señalar en este momento que una modificación de estatutos acordada expresamente para adaptarlos a lo previsto por el protocolo familiar sería, precisamente, uno de los supuestos de inscripción registral previstos por el artículo 7 del RD 171/2007.

¹⁴¹⁵ Se trata de la fase de negociación y debate entre los futuros firmantes, durante la que se han buscado los puntos de encuentro entre sus respectivos intereses (CUADRADO PÉREZ, C.: *Oferta, aceptación y...*, ob. cit., pág. 33).

¹⁴¹⁶ Esta preeminencia deriva del carácter legalmente necesario de los estatutos (art. 22.1 de la LSC) frente al potestativo del protocolo y, también, de su fuerza imperativa en la regulación de la sociedad, expresada, entre otros preceptos, en el art. 204 de la LSC respecto a la impugnación de acuerdos sociales adoptados contraviniendo dichos estatutos.

¹⁴¹⁷ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., pág. 77.

En todo caso, podemos afirmar que el protocolo cumplirá una doble función complementaria de los estatutos. Con carácter previo, determinará el modo de configurarlos, puesto que se trasladarán a los estatutos las previsiones del protocolo sobre determinadas materias: régimen de restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, régimen de mayorías para la adopción de acuerdos, etc., fruto de un intenso proceso negociador en el seno de la familia empresaria¹⁴¹⁸. Por otro lado, con carácter posterior, el protocolo servirá para completar o interpretar la aplicación de los estatutos sociales cuando existan dudas acerca de cualquier cuestión contenida en los mismos, sirviendo así de norma complementaria o, cuanto menos, guía de interpretación.

Esta configuración del protocolo (o, en general, del pacto parasocial) como elemento complementario de los estatutos sociales halla su razón de ser en la posibilidad de que los estatutos se complementen, en su caso, con otras menciones¹⁴¹⁹, amparadas en la libertad de pactos que permiten los artículos 28 de la LSC y 175.2 del RRM. Dichas menciones pueden tener naturalezas jurídicas variadas y pueden articularse en torno a tres categorías:

- a. Las complementarias o de refuerzo del régimen estatutario establecido, que buscan reforzar requisitos mínimos o estatutarios legales: por ejemplo, los regímenes de mayorías para la adopción de acuerdos.
- b. Las que, si se incorporan, conllevan la sujeción a una nueva serie de cláusulas obligatorias: por ejemplo, las prestaciones accesorias¹⁴²⁰, que exigirían nuevas cláusulas estatutarias que las regulasen.
- c. Las configuradoras de un régimen sustitutivo del legal supletorio o excluyentes: hacen que el régimen meramente dispositivo contenido en la regulación legal resulte inaplicable cuando establecen uno de nuevo, como por ejemplo con las restricciones a la transmisión de participaciones que contraviniese las normas de la LSC al respecto (artículo 108 en sede de sociedades de responsabilidad limitada y 123.2 en cuanto a las anónimas).

Del catálogo de categorías apuntado se desprende, por tanto, la existencia de distintas relaciones entre lo estatutario y lo extraestatutario, relaciones que van desde la mera complementariedad de la letra a) a la colisión de regulaciones de la c), pasando por los efectos modificativos de la b). Ello nos permite apreciar que el encaje entre las dos clases de regulación consensual de la sociedad no resulta sencillo y, por tanto, se trata de una cuestión que debe ser objeto de estudio.

No obstante, el diseño arquitectónico antes descrito, en el que se aprecia una clara supremacía de los estatutos sociales, no resulta tan claro cuando trasladamos el

¹⁴¹⁸ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 67.

¹⁴¹⁹ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La sociedad de responsabilidad...*, ob. cit., págs. 148-149.

¹⁴²⁰ Vid. epígrafe 8.2.2.

modelo teórico a la realidad práctica de la sociedad. Y es que, aunque los efectos del protocolo sólo sean plenamente eficaces y vinculantes para las partes que lo han firmado, sus efectos se proyectan sobre la sociedad, alterando por lo tanto el régimen recogido en sus estatutos sociales, aunque esos efectos lleguen por vías necesariamente indirectas. Por tanto, esto no sólo conllevará las funciones complementarias antes referidas sino que, además, puede provocar que el protocolo acabe teniendo un valor superior.

Al respecto, y a modo de ejemplo, establecer un régimen más elevado para la adopción de acuerdos pactado en el protocolo (a modo de sindicato de voto), acabará resultando más determinante en las juntas de la sociedad que el régimen estatutario¹⁴²¹ (que no será incumplido pero sí vaciado en cierto modo de efecto real)¹⁴²². Y ello será así aun cuando el régimen estatutario sea jurídicamente el único oponible a la sociedad, por lo que dependerá del compromiso de los firmantes o, más bien, de las eventuales cláusulas penales por incumplimiento que el propio protocolo contenga, la determinación final del peso que cada una de las dos normas señaladas acabará teniendo sobre la empresa.

A mayor abundamiento, podemos añadir todavía un planteamiento adicional, entroncándolo con aquella ficción de junta general universal que se establecía en la *Sentencia Munaka* y a la que ya nos hemos referido¹⁴²³. Cabría plantearse qué ocurriría si la ficción se convirtiera en realidad, es decir, si todos los socios, constituidos en junta universal, ratificaran el acuerdo extraestatutario o, yendo más allá todavía, acordasen que la sociedad entrara a formar parte del mismo, convertida así en un firmante más. Bastaría para ello con que su administrador –en tanto que legal representante de la misma- lo firmase en su nombre, exactamente del mismo modo en que suscribiría cualquier otro contrato ordinario propio del tráfico mercantil.

Se generaría, en ese caso, un conflicto de normas. Desde el punto de vista del Derecho mercantil, la sociedad sólo se regiría por la Ley y sus estatutos, no siéndole oponible el contrato entre socios. Pero, desde el punto de vista del Derecho civil, en tanto que contratante, la sociedad quedaría sometida a la fuerza vinculante de un contrato que ella misma habría firmado (*ex* artículo 1.091 del CC). Este hecho no convertiría lo extraestatutario en estatutario, pero sí obligaría contractualmente a la sociedad al cumplimiento del contrato, del mismo modo en que obliga al resto de los firmantes o del mismo modo, en definitiva, en que la propia sociedad se obliga cotidianamente con terceros a través de contratos de todo tipo. Cabría objetar, en todo caso, la posibilidad de que la sociedad no pudiera convertirse en firmante del acuerdo

¹⁴²¹ El objetivo natural de todo sindicato es “*influir decisivamente*”, con ánimo de adoptar y/o vetar acuerdos (GALEOTE MUÑOZ, M. P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 175).

¹⁴²² Vid. epígrafe 5.2.1.1.2.

¹⁴²³ Vid. epígrafe 6.2.2.1.

extraestatutario porque, al generar dicha firma el conflicto de normas expuesto, se podrían estar superando los límites del artículo 1.255 del CC, en el sentido de que un pacto por el que la sociedad se sometiera a un régimen distinto al contenido en sus estatutos sociales podría considerarse un pacto contrario a la ley¹⁴²⁴.

Debe destacarse, además, que existen voces entre la doctrina más autorizada que entienden que, al menos en el caso de los pactos omnilaterales, deberían éstos tener eficacia frente a la sociedad, siempre que ésta participase del mismo y otorgara su consentimiento (es decir, lo firmara), tal y como apunta Noval Pato¹⁴²⁵, quien, eso sí, reconoce también que no es ésta a día de hoy una postura mayoritaria entre la doctrina y la judicatura.

En todo caso, esto no hace sino remarcar que la línea que separa lo social de lo parasocial no sólo es muy fina sino que, además, resulta confusa en muchos casos, lo que lleva a plantear que *“no se pueden calificar todos los pactos extraestatutarios como sociales dado que algunos pueden infringir el espíritu de la legislación societaria, al igual que tampoco se puede afirmar que cualquier pacto reservado al ser parasocial, es “no social” – en el sentido de extraestatutario y no puede acceder a los estatutos y, por tanto, gozar de los efectos de la publicidad registral”*¹⁴²⁶.

Es decir, la junta podría aprobar por unanimidad un acuerdo que, a pesar de ello, por revestir un carácter contrario a la regulación legal correspondiente, no pudiera adquirir carácter estatutario. Pero, por el contrario, el mero hecho de que un acuerdo se mantuviera reservado no debería llevar a considerar que es imposible su inscripción, sino que sencillamente se ha optado por no efectuarla, decisión bastante frecuente en el ámbito de las familias empresarias.

Finalmente, cabe destacar que el protocolo familiar, que es desde el punto de vista del Derecho societario de aplicación subsidiaria respecto a los estatutos sociales, como documento de organización de la sociedad (sin perjuicio de los efectos que la publicidad registral le dará, como veremos en el capítulo octavo), tiene carácter preferente cuando la persona a quien se opone no es ya la sociedad (a la que es formalmente inoponible), sino el socio firmante. Así lo ha venido recogiendo el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 15 de julio de 1995 y de 23 de marzo de 2001, por lo que cabría entender que la jurisprudencia ha admitido la supremacía obligacional que, frente al socio firmante, un pacto extraestatutario tiene respecto a los estatutos sociales¹⁴²⁷, entendiéndose que se trata de traer a colación de este modo el

¹⁴²⁴ Recuérdese que la autonomía de la voluntad está sometida a límites entre los que se halla, precisamente, la imposibilidad de los pactos contra la ley (O'CALLAGHAN, X.: *Código Civil comentado...*, ob. cit., pág. 1.229.

¹⁴²⁵ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., págs. 114-115.

¹⁴²⁶ GALEOTE MUÑOZ, M.P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 94.

¹⁴²⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar...*, ob. cit., págs. 54-58.

espíritu del artículo 1.091 del CC. Con todo, la verdadera oponibilidad del pacto (en nuestro caso, del protocolo) frente a la sociedad seguiría siendo una cuestión que nuestro actual Derecho positivo mantiene como vetada.

7. Naturaleza jurídica del protocolo familiar y eficacia derivada de la misma

7.1. Naturaleza contractual.

Una de las principales dudas que se ciernen alrededor del protocolo familiar es su calificación jurídica, es decir, determinar qué clase de figura es, puesto que en ninguna de las definiciones que hemos analizado hasta el momento –ni siquiera en la del Real Decreto 171/2007- se enmarca dentro de una categoría determinada, más allá de su posible inclusión en el terreno de los pactos parasociales, como hemos estudiado en el capítulo anterior. No obstante, ni siquiera podemos considerar tales pactos como una verdadera figura jurídica sino, más bien, como una utilización concreta de una figura que, en todo caso, deberá tener una naturaleza jurídica que deberemos determinar.

En las aproximaciones conceptuales al protocolo familiar que hemos ido analizando se habla de “pacto”, “acuerdo” o “suma de voluntades”, por citar sólo algunos de los calificativos, pero no se da el paso definitivo de recurrir a una nomenclatura puramente jurídica para definir el tipo de documento que se correspondería con esos planteamientos, nomenclatura que no sería otra que la de “contrato”¹⁴²⁸, entendido como “*acuerdo de voluntades dirigido a regular una determinada situación jurídica*”¹⁴²⁹, que es una definición bastante común del término y que encaja bastante bien con las características propias del protocolo. Al respecto, y al objeto clarificar mejor el régimen jurídico del protocolo, cabría lamentar la falta de valentía a la hora de utilizar el término “contrato” en el RD 171/2007, texto en el que “*el legislador pudorosamente no se atreve a calificar de –contrato–*”¹⁴³⁰ al protocolo familiar, aun cuando de todo se deduce que la forma jurídica más acertada de clasificarlo sería precisamente ésa.

¹⁴²⁸ En el caso de los pactos parasociales, su calificación como contratos parece fuera de toda duda. La DGRN así lo ha manifestado en su resolución de 19 de febrero de 1998. La doctrina también se ha manifestado en este sentido sobre la naturaleza del pacto (SÁEZ LACAVE, M.I.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 4) y sobre su eficacia (URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima. Fundación”, ob. cit., pág. 836). Nos remitimos, en todo caso, a lo expuesto en el capítulo sexto.

¹⁴²⁹ PUIG FERRIOL, L.: voz “Contrato”, ob. cit., pág.1.548.

¹⁴³⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 12.

Y es que podemos advertir, al estudiar las características que muchos autores y el propio legislador atribuyen al protocolo, que cumple éste con los requisitos básicos de un contrato, que puede definirse como *“negocio jurídico bilateral productor de obligaciones”* y, en consecuencia, *“la fuente de las obligaciones, ex voluntate, de más frecuencia y mayor importancia económica y social”*¹⁴³¹. El protocolo cumple con la multilateralidad que señalábamos, si bien debe precisarse que el uso del término *“bilateral”* no debe interpretarse de modo restrictivo sino, en todo caso, como concepto opuesto al de unilateral. Cumple también con el requisito de producir obligaciones, por lo menos en el caso de los protocolos que contienen un conjunto de reglas de obligado cumplimiento y que son, como hemos apuntado ya, los que más nos interesan a los efectos de este estudio¹⁴³². Asimismo, se trata de una fuente de obligaciones marcada por un rabioso carácter *ex voluntate*, lo cual distingue al protocolo de otros documentos más tasados como puedan ser los estatutos sociales, cuyos pactos deberán ser acordes siempre a las previsiones legales correspondientes al tipo social elegido. También responde el protocolo familiar a las funciones que la doctrina¹⁴³³ ha atribuido tradicionalmente al contrato, del que puede señalarse que *“realiza una multiplicidad de intereses y, paralelamente, no se halla constituido sólo por el contenido de voluntades que han puesto en él los contratantes, sino asimismo por determinaciones que derivan de la ley y la equidad”*. En este sentido, es especialmente interesante la cita del artículo 1.091 del CC español –que es una copia literal del 1.134 del Código Civil francés¹⁴³⁴–, según el cual *“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes”*, lo cual implica el carácter imperativo de los mismos para sus firmantes¹⁴³⁵, aportando así un poco de luz entre las tinieblas del escepticismo que, como apunta algún estudioso¹⁴³⁶, envuelven aún hoy a la eficacia del protocolo. Todo ello se recoge también en el artículo 1 del CEC, cuyo tenor literal es el siguiente: *“El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas”*. Una definición que la doctrina considera *“comprometida y comprometedora”* y que tiene su base en el Código Civil italiano de 1942 y en el *Contract Code* de McGregor¹⁴³⁷.

¹⁴³¹ O’CALLAGHAN, X.: *Código Civil. Comentado...*, ob. cit., pág. 1.223.

¹⁴³² Vid. epígrafe 3.1.3.2.

¹⁴³³ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, volumen II, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1987, pág. 27.

¹⁴³⁴ Nuestro CC está claramente influenciado en este aspecto por el Código de Napoleón, basado en la voluntad de los contratantes, aunque esta concepción entrase en crisis durante el siglo XX, al constatarse que en no pocas ocasiones las partes no se presentan como iguales ante el contrato (ROGEL VIDE, C.: *Derecho de obligaciones...*, ob. cit., pág. 94).

¹⁴³⁵ El precepto señala tanto el grado de vinculación que deriva del contrato como las personas que se ven vinculadas al mismo (VERDERA SERVER, R.: “Artículo 1.091”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 44).

¹⁴³⁶ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 675.

¹⁴³⁷ GARCÍA CANTERO, G.: “Hacia un concepto europeo de contrato”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 134-135).

En consecuencia, debemos considerar que el protocolo es a todos los efectos un contrato, siempre y cuando cumpla, lógicamente, con los requisitos establecidos para ello y, en particular, concurren el consentimiento¹⁴³⁸, el objeto y la causa que exige el artículo 1.261 del Código Civil. Como contrato, queda sometido al principio *pacta sunt servanda*, resultando obvio que sus firmantes quedan sujetos a los pactos alcanzados porque éstos han nacido del consentimiento, lo que permite apreciar que “*autonomía contractual y vinculatoriedad de los pactos se explican y fundamentan recíprocamente*”¹⁴³⁹.

Asimismo, es importante hacer hincapié en el carácter consensual del protocolo. Y es que el concepto moderno de contrato está fundado en dos características: constituir una categoría genérica (a diferencia del Derecho Romano, donde el término “contrato” englobaba una serie de figuras singulares) y “*tener su base en la convención o pacto o, lo que es igual, en el acuerdo de voluntades*”¹⁴⁴⁰. Y el “acuerdo de voluntades”, si repasamos lo anteriormente expuesto, es una cuestión fundamental entre la doctrina: es el ítem principal de la definición de protocolo que ofrecen Blasi Pujol¹⁴⁴¹ o Zugaza Salazar¹⁴⁴², mientras que otros autores le añaden la fuerza vinculante al hablar, como hace Corona¹⁴⁴³, de “acuerdo obligacional”.

La caracterización del protocolo como contrato no parece ofrecer discusión. Así lo entienden muchos de los autores estudiados y citados en el presente trabajo. Badenas Carpio¹⁴⁴⁴ lo califica como “*contrato protocolario*”; Gomá Lanzón¹⁴⁴⁵ lo considera un contrato atípico (aunque no innominado) que sólo sufrirá problemas de validez cuando quiera exceder, precisamente, ese ámbito de lo contractual (recuérdese lo comentado en el capítulo sexto en cuanto a la inoponibilidad a terceros); mientras que Paz Ares¹⁴⁴⁶ lo identifica con el contrato cuando lo califica de “*ley entre las partes*”, citando así de forma indirecta el artículo 1.091 del CC.

Partiendo de la base de esta consideración, y calificando abiertamente al protocolo familiar como contrato, puede profundizarse un poco más y tratar de encajarlo en la esfera de algún tipo particular de contrato, que es lo que hace Garrido de Palma¹⁴⁴⁷, quien considera que “*estamos ante un contrato marco, de base, de organización: de la propiedad, del trabajo y de la dirección-gestión empresarial*”. Un contrato marco con “*finas de articulación de la empresa familiar cuya naturaleza es la del contrato de*

¹⁴³⁸ En nuestro ordenamiento, se considera que el mero consentimiento es productor de obligaciones, como señala GETE-ALONSO, M. C.: *Estudios sobre el contrato*, ob. cit., pág. 23.

¹⁴³⁹ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 65.

¹⁴⁴⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, ob. cit., pág. 438.

¹⁴⁴¹ BLASI PUJOL, R.: “El protocolo familiar como instrumento...”, ob. cit., pág. 714.

¹⁴⁴² ZUGAZA, J.M.: “El papel del consejo...”, ob. cit., págs. 77 y 82.

¹⁴⁴³ CORONA, J.: “Introducción a los aspectos legales...”, ob. cit., págs. 191-192.

¹⁴⁴⁴ BADENAS CARPIO, J.M.: “Notas sobre el...”, ob. cit., pág. 783.

¹⁴⁴⁵ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 670.

¹⁴⁴⁶ PAZ ARES, C.: “El enforcement de...”, ob. cit., pág. 21.

¹⁴⁴⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 71.

*sociedad (interna)*¹⁴⁴⁸, por lo que se puede hablar de un doble negocio o de una doble sociedad, por cuanto todo lo pactado en el protocolo estará también (o debería estar) en la regulación mercantil ordinaria de la sociedad. Es decir, el protocolo contendrá toda una serie de obligaciones directas pero, además, en tanto que “contrato marco”¹⁴⁴⁹, supondrá también el primer documento base cuyos principios necesitarán plasmarse en otros, básicamente en testamentos, capitulaciones matrimoniales y estatutos sociales, tal y como hemos analizado ya previamente¹⁴⁵⁰. En este sentido, el protocolo podría encajar dentro de la categoría de contratos preparatorios, que son aquéllos que buscan crear un estado preliminar y necesario en función de uno posterior que es el que pretende perfeccionar lo acordado¹⁴⁵¹, por cuanto sus reglas (consensuadas) servirían para establecer, en momentos posteriores, las reglas societarias y civiles correspondientes.

No obstante, las finalidades apuntadas del protocolo no implican cerrar las puertas a sus aspectos morales, considerando que ambas vertientes son perfectamente compatibles, ya que habrá puntos con eficacia jurídica y otros con un simple valor moral, de lo que se deduce que el protocolo debe evaluarse necesariamente desde un doble plano¹⁴⁵². Por un lado, debe ser analizado como contrato, lo cual lleva a considerarlo una manifestación de la voluntad de las partes que lo otorgan y suscriben, por lo que quedan éstas automáticamente obligadas al cumplimiento de sus disposiciones, si bien en muchos casos “*el contenido del protocolo puede chocar frontalmente con ciertas previsiones jurídicas del orden civil-sucesorio o en otros casos no resulta compatible con el régimen jurídico-societario*”. Por este motivo, por otro lado, habrá elementos que no podrán recibir la calificación de ejecutables y exigibles (como es propio del clausulado de todo contrato) y otros que, por su incompatibilidad con disposiciones legales, deberán considerarse como simples recomendaciones –por ejemplo, la de testar en un determinado sentido–, ya que jurídicamente no será posible dotarlas de un verdadero contenido obligacional¹⁴⁵³.

En línea con lo manifestado por estos autores, consideramos acertado admitir que el protocolo pueda dar cabida a contenidos de carácter moral, puesto que su presencia no supondrá a priori ninguna traba para el protocolo, más allá de que se tratará siempre de aspectos no inscribibles registralmente, como veremos más

¹⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 62-63.

¹⁴⁴⁹ La misma calificación se la otorgan otros autores: DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el ...”, ob. cit., pág. 101; DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 314; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, en SÁNCHEZ-CRESPO, A.J. / BELLVER SÁNCHEZ, A./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.: *La empresa familiar...*, ob. cit., pág. 26.

¹⁴⁵⁰ Vid. capítulo cuarto para el análisis de todos estos documentos y, en particular, el apartado 4.2 respecto a la traslación del protocolo a los demás.

¹⁴⁵¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 15.

¹⁴⁵² ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 35.

¹⁴⁵³ Vid. epígrafe 4.1.3.1.

adelante¹⁴⁵⁴. Lo que sí debemos manifestar y reiterar es que la sola presencia de estos elementos no justificará un protocolo, por cuanto no permitirá a la empresa familiar disponer de un documento jurídicamente útil. Por lo tanto, debemos entender que los contenidos morales *podrán* estar presentes en el protocolo, mientras los contenidos jurídicos *deberán* estarlo.

Conviene recordar, en este punto, que el artículo 1.255 del CC establece como límites a la voluntad contractual –luego, en nuestro caso concreto, a la autonomía de la voluntad de los otorgantes del protocolo–, el respeto a la ley, a la moral y al orden público¹⁴⁵⁵. Y es interesante acudir a la interpretación que del precepto lleva a cabo Díez-Picazo¹⁴⁵⁶, para quien ese orden público al que alude el Código “*es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Aun a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares*”. Esta reflexión es especialmente adecuada al plantearse las posibilidades de que el protocolo obligue (o pretenda obligar) a sus firmantes a adoptar un régimen económico matrimonial predeterminado o a testar en una línea preestablecida. Ambas cuestiones, siguiendo el criterio expuesto por Díez-Picazo, quedarían enmarcadas en el concepto de orden público, por lo que no sería posible que se renunciara a ellas ni siquiera de forma voluntaria¹⁴⁵⁷ por parte del titular de derechos tan elementales e íntimos como los de ordenar su sucesión o regular las características de su vínculo matrimonial, lo cual lleva a tener que recurrir al carácter de meras recomendaciones que, en un principio, estas cuestiones van a tener cuando se regulen en el protocolo familiar.

Es por ello por lo que, efectivamente, como señalaba Garrido de Palma¹⁴⁵⁸, cabe para dicho protocolo la calificación de “contrato marco”¹⁴⁵⁹, calificación que le otorgan también Corona, Martí Picó y el referido Roca Junyent¹⁴⁶⁰, al definirlo como “*una guía, una hoja de ruta, un compromiso de acciones de futuro, una forma de programar en el tiempo la adopción de las decisiones que mejor se adaptan a la voluntad de hacer compatible la continuidad del binomio empresa-familia*”, por lo que buscará fijar los principios generales sobre los que se asentarán las actuaciones de los miembros de la familia, en tanto que propietarios y gestores de la empresa, con el fin de garantizar la consecución de los

¹⁴⁵⁴ Vid. epígrafe 7.4.

¹⁴⁵⁵ El artículo 2 del CEC mantiene estos mismos límites a la autonomía contractual, reocigendo así la misma regulación existente en los estados de la UE (GARCÍA CANTERO, G.: “Hacia un concepto...”, ob. cit., pág. 141).

¹⁴⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, 6ª edic., Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 155-157.

¹⁴⁵⁷ En sociedades de sustrato económico y político liberal, el contenido del orden público tiende a restringirse, si bien la salvaguarda de determinados valores básicos acaba imponiéndose a la libertad contractual (ALMAGRO NOSETE, J.: “Artículo 1.255”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, ob. cit., pág. 569).

¹⁴⁵⁸ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 71.

¹⁴⁵⁹ En la misma línea, DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 315.

¹⁴⁶⁰ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 466.

objetivos planteados en lo referente a la organización y funcionamiento de dicha empresa familiar. Y estos principios generales serán los que posteriormente deberán determinar los contenidos de los estatutos sociales y de los documentos familiares en los que, de forma jurídicamente eficaz y vinculante, podrán establecerse las normas con carácter coercitivo (aparte, como veremos en el capítulo octavo, del acceso del propio protocolo al Registro Mercantil).

También en esta misma línea de considerar que el protocolo deberá incorporar elementos más contractuales frente a otros de carácter menos exigible, se manifiesta abundante doctrina¹⁴⁶¹, para la que existen tres grandes tipos de protocolos familiares: el pacto entre caballeros (que sería una mera declaración de intenciones), el protocolo contractual (conjunto de deberes y obligaciones, con garantías de su cumplimiento y sanciones para su incumplimiento) y el protocolo institucional (que sería oponible a terceros debido a su inscripción registral)¹⁴⁶².

Considera la citada autora que el protocolo más eficaz sería aquél que supusiera *“una mezcla de los tres anteriores, pues no todos los pactos y cláusulas que en él se contienen tienen la misma graduación jurídica en cuanto a su eficacia”*, lo que hace que convivan en un mismo protocolo normas de obligado cumplimiento con pactos no exigibles jurídicamente por su carácter moral, como puedan ser por ejemplo los referidos genéricamente a la búsqueda de la cohesión familiar, o los que no pueden ir más allá de las meras recomendaciones por la eventual contravención que supondrían de normas *ius cogens* de Derecho de familia. Con todo, no debe olvidarse que la génesis del contrato se halla sobre ciertos criterios éticos, de conformidad con los cuales se aprecia en el mismo *“la proyección de la fidelidad a la palabra dada, es decir, el deber de cumplir lo que previamente como un deber se ha asumido”*¹⁴⁶³. En este sentido, merece la pena destacar que durante los últimos años se ha vivido una auténtica eclosión de códigos éticos o de conducta, fruto de los estudios sobre responsabilidad social corporativa, que buscan fomentar una nueva manera de articular las relaciones internas en la empresa, así como las de ésta en el mercado, *“sobre la directa implicación de la empresa en el cumplimiento de los valores preconizados y, al mismo tiempo, sobre la extensión de dichos valores a terceros”*¹⁴⁶⁴. Y esta voluntad, que es genérica para cualquier sociedad mercantil, puede tener una mayor relevancia todavía en nuestro caso, teniendo en cuenta que los firmantes del protocolo estarán unidos entre sí por vínculos

¹⁴⁶¹ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 93; PÉREZ GIMÉNEZ, M.T.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 222.

¹⁴⁶² Respecto a la eficacia sobrevenida como consecuencia de la inscripción registral, es preciso advertir en este punto acerca de las grandes dudas, cuando no directamente del rechazo, con que la doctrina valora los efectos de publicidad con que el Real Decreto 171/2007 ha dotado el acceso del protocolo al Registro, cuestión sobre la que realizaremos un estudio más profundo en el apartado 8.1.

¹⁴⁶³ LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 326.

¹⁴⁶⁴ GOÑI SEIN, J. L.: “Valor jurídico de los códigos de conducta empresariales”, en GOÑI SEIN, J. L. (dir.): *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 584.

familiares, circunstancia que debería reforzar su cumplimiento voluntario¹⁴⁶⁵. De ahí que no deba prescindirse rápidamente de la importancia que pueda tener el protocolo como “pacto entre caballeros”: al fin y al cabo, si sus firmantes lo cumplen voluntariamente, desplegará sus plenos efectos. La necesidad de dotarlo de mayor eficacia vinculante no es intrínseca al contrato, sino previsora en todo caso de su eventual incumplimiento.

Asimismo, merece la pena destacar que el protocolo familiar, aun incluyendo entre sus contenidos cuestiones que no tendrán carácter patrimonial, sí incluirá en todos los casos una regulación de aspectos patrimoniales, en lo referido principalmente a las acciones o participaciones de la sociedad. Por este motivo, el protocolo se incardina en las concepciones más restrictivas del término contrato, es decir, en aquéllas que consideran que un contrato no debe ser únicamente un convenio productor de obligaciones, sino que dichas obligaciones deben necesariamente estar vinculadas al ámbito patrimonial de sus firmantes¹⁴⁶⁶. Por lo tanto, no cabe duda tampoco ni siquiera recurriendo a estas restricciones conceptuales, de la certeza de que el protocolo familiar es un contrato.

En definitiva, por lo tanto, aun cuando defendemos que el protocolo necesariamente debe contener un conjunto de reglas y, por lo tanto, puede considerarse desde este punto de vista que se trata de un verdadero contrato, no podemos obviar que el documento no puede reducirse únicamente a un mero compendio de reglas imperativas, sino que debemos admitir que va a contener otros elementos no forzosamente vinculantes, las recomendaciones¹⁴⁶⁷, por ejemplo, o los criterios de carácter moral¹⁴⁶⁸, teniendo muy presente también la idea de contrato marco que hemos analizado, por cuanto el protocolo puede ser la primera piedra, pero nunca la única, en la arquitectura normativa de la empresa familiar¹⁴⁶⁹.

Es preciso, con todo, que el protocolo reciba la calificación jurídica de contrato sin que quepa para el legislador más espacio al pudor¹⁴⁷⁰ a la hora de otorgarle esta categoría que, por lo expuesto, resulta obvio que debe revestir. Por un lado, es precisa dicha calificación para que no haya dudas acerca de su fuerza vinculante en cuanto a su eficacia *inter partes* se refiere (de conformidad con la teoría general del contrato de nuestro CC). Por el otro, para que su contenido se articule a través de cláusulas que, debidamente ajustadas a Derecho, sean susceptibles de publicidad registral (*ex artículo*

¹⁴⁶⁵ Puede ser interesante, a estos efectos, la teoría moderna de los deberes morales, sociales o de conciencia, que considera como “obligación natural” aquélla a la que un sujeto se obliga en cumplimiento de un deber de conciencia o de honor (ROCA SASTRE, J. M./PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., pág. 353).

¹⁴⁶⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, ob. cit., págs. 439-441.

¹⁴⁶⁷ ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 35.

¹⁴⁶⁸ MARTÍNEZ, J.: “Introducción al protocolo...”, ob. cit., pág. 62.

¹⁴⁶⁹ Vid. apartado 4.2.

¹⁴⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 12.

7 del RD 171/2007)¹⁴⁷¹ y, en consecuencia, puedan así adquirir eficacia *erga omnes*, al menos en aquellas partes del acuerdo respecto a las que tal eficacia pueda conseguirse.

Pero, sobre todo, es importante que el protocolo familiar se identifique con una figura netamente jurídica, como sin duda lo es el contrato, para evitar que navegue entre las aguas tortuosas de distintas disciplinas del conocimiento, como le ha ocurrido tradicionalmente, debido al carácter ecléctico con el que nació, a fin de dejar claro qué tipo de figura jurídica es en realidad¹⁴⁷². Y debe ser, en definitiva, un documento que *puede* incluir contenidos de índole bien diversa (historia de la familia empresaria, valores de la empresa, etc.) pero que en todo caso *debe* contener un conjunto de reglas vinculantes que, verdaderamente, se constituyan en un marco jurídico que regule –con el apoyo de los estatutos sociales y los documentos familiares– las relaciones entre sociedad y familia, por cuanto entendemos que sólo en este caso será un elemento verdaderamente útil para la regulación de la empresa familiar, así como para la regulación de las relaciones entre ésta y la familia empresaria.

7.2. Eficacia del protocolo como contrato.

Como hemos visto, el principal obstáculo que el protocolo familiar tiene a la hora de servir como norma de organización de la empresa familiar es su carácter extraestatutario, su configuración como pacto parasocial y, por ende, su naturaleza jurídica como contrato con eficacia meramente *inter partes*, teniendo presente que la sociedad, al no ser una de esas partes, no queda obligada a su cumplimiento¹⁴⁷³, en aplicación del principio de relatividad que rige en nuestro Derecho de contratos¹⁴⁷⁴. Por esta razón, las normas contenidas en el protocolo no le serán oponibles, como sí lo son, en cambio, los estatutos sociales.

La doctrina ha venido entendiendo el protocolo familiar, concebido como pacto parasocial o sindicato de socios, de formas distintas. Recogiendo distintas teorías estudiadas, se pueden establecer hasta cinco posibles consideraciones¹⁴⁷⁵:

- a. como una sociedad civil,
- b. como un contrato plurilateral,

¹⁴⁷¹ Vid. apartado 8.1.

¹⁴⁷² Vid. apartado. 3.1.3.

¹⁴⁷³ CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales...*, ob. cit., pág. 342.

¹⁴⁷⁴ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 599; POVEDA BERNAL, M. I.: “Efectos generales del contrato”, en SERRANO CHAMORRO, M. E./POVEDA BERNAL, M. I.: *Nociones de Derecho civil empresarial*, 4ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 281.

¹⁴⁷⁵ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J.M.: “La junta general...”, ob. cit., págs. 173-174.

- c. como un acto colectivo y complejo,
- d. como una asociación con elementos atípicos y
- e. como contratos parasociales ligados al contrato principal de sociedad por un vínculo de accesoriedad¹⁴⁷⁶.

No obstante, varias de las posibilidades citadas pueden descartarse prácticamente *ab initio*. La sociedad civil¹⁴⁷⁷ no parece una opción adecuada, por cuanto los firmantes del pacto no hacen aportaciones comunes al mismo¹⁴⁷⁸; el contrato plurilateral tampoco parece aplicable, puesto que no es propiamente un contrato organizativo; y no quieren dejarlo como simple acto colectivo y complejo porque ello implicaría, en todo caso, despojarlo de la caracterización de contrato, condición que es inherente a la constitución de la sociedad. No obstante, en sentido contrario se manifiesta algún autor que entiende que, los sindicatos de socios o accionistas –es decir, una clase particular de pactos parasociales- son ejemplos genuinos de contratos plurilaterales de carácter asociativo, por cuanto se aprecia en los mismos que “*la pluralidad de los sujetos trata de conseguir un fin que es común a todos ellos*”¹⁴⁷⁹, como es la de ejercer el control o tener al menos una presencia determinada en el seno de la junta de la sociedad.

Pero al margen de estas discusiones doctrinales, queda claro que el protocolo será en cualquier caso un contrato. Podrá discutirse si estará vinculado a la sociedad por una cierta accesoriedad o si, por el contrario, será un contrato plenamente autónomo que busca una asociación entre sus firmantes, tendiendo así hacia características propias de la sociedad, aunque sin llegar a reunir las todas. Pero aquello que no puede ponerse en duda es que el protocolo tiene la naturaleza jurídica de un contrato.

7.2.1. Eficacia *inter partes*.

Consecuencia de su calificación como contrato, se debe “*reconocer al protocolo familiar la eficacia de un verdadero contrato, generador de obligaciones para quienes lo*

¹⁴⁷⁶ En la misma línea, considerando que el pacto parasocial completa al contrato social, SÁEZ LACAVE, M.I.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 4.

¹⁴⁷⁷ Para un análisis de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, vid. TENA PIAZUELO, I.: “Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1.670 del Código Civil”, en *RCDI*, núm. 643/1997, págs. 2.029-2.099.

¹⁴⁷⁸ La constitución de un fondo común, expresamente exigida por el artículo 1.655 del CC, es un elemento indispensable del contrato de sociedad (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 391).

¹⁴⁷⁹ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, ob. cit., pág. 168.

*firman*¹⁴⁸⁰, siendo preciso además señalar que, por su naturaleza, puede considerarse una figura próxima a la sociedad interna regulada por el CC, cuyo impacto sobre la sociedad mercantil parece además evidente¹⁴⁸¹. Y profundizando un poco más en ello, puede concluirse que el protocolo tiene una doble vertiente: la claramente contractual y, junto a ésta, una de puramente mercantil que incide sobre la sociedad¹⁴⁸².

Partiendo de la base, en todo caso, de que el protocolo familiar es un contrato, su eficacia será la propia de todo contrato, que es la prevista por el artículo 1.091 del CC y a la que hemos hecho ya distintas alusiones. En tanto que “ley entre las partes”, el contrato es una norma de obligado cumplimiento para todos sus firmantes, como en reiterada jurisprudencia ha venido recogiendo el Tribunal Supremo.

Así puede apreciarse, por ejemplo, en su especialmente ilustrativa Sentencia de 19 de marzo de 1989: “los vínculos jurídicos nacidos de los contratos no pueden desatarse por la voluntad de uno solo de los contratantes y, una vez perfeccionados tienen fuerza de ley entre éstos y han de cumplirse a tenor de lo expresamente pactado, de buena fe y sin tergiversar las obligaciones que cada parte contrajo”¹⁴⁸³. Sin perjuicio, lógicamente, de lo establecido en los artículos 1.281 a 1.289 del CC, es decir, respetando las reglas de interpretación de su clausulado. Y a los efectos de dichas reglas, podrán resultar especialmente interesantes los contenidos morales –o por lo menos no jurídicos– del protocolo, puesto que las explicaciones que en éstos se contengan (por ejemplo sobre los valores de la compañía o la historia de su fundador) podrán servir de herramienta de apoyo a la hora de interpretar adecuadamente el sentido de una regla o de una expresión de las contenidas en el documento¹⁴⁸⁴. En todo caso, es preciso distinguir aquello que resulta plenamente exigible de aquello que no lo es: sólo el clausulado que refleje un acuerdo de voluntades podrá ser reclamado coercitivamente, al estar fundado sobre la llamada *causa civilis obligandi* o causa de la obligación¹⁴⁸⁵.

Este apoyo interpretativo resulta fundamental. Como se ha revelado en el procedimiento de elaboración del CEC, existe un grado notable de homogeneidad en los principales ordenamientos europeos, tanto los que se rigen por *Civil law* como los que lo hacen por *Common law*, en la consideración de que la intención común de las

¹⁴⁸⁰ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica”, ob. cit., pág. 179.

¹⁴⁸¹ El protocolo familiar, como cualquier pacto parasocial, proyecta efectos indirectos sobre una determinada sociedad. Paz-Ares plantea que si el Derecho permite hacer esto de manera compleja e indirecta (interponiendo por ejemplo una sociedad civil o una colectiva entre los accionistas y la anónima), no parece tener sentido impedir que esa misma proyección se haga de manera sencilla y directa (PAZ-ARES, C.: “La validez de...”, ob. cit., pág. 1.686).

¹⁴⁸² ESCUIN, I.: “La empresa familiar en...”, ob. cit., pág. 265.

¹⁴⁸³ Esta línea del Supremo halla reflejo también en la jurisprudencia menor: SAP Alicante 148/2011, de 29 de marzo; SAP Madrid 418/2010, de 17 de septiembre; SAP Castellón 281/2009, de 31 de julio; o SAP Málaga 137/2008, de 10 de marzo.

¹⁴⁸⁴ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: “Artículos 1.281 a 1.289”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Pág. 1.526.

¹⁴⁸⁵ LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 329.

partes debe ser el elemento prioritario a la hora de interpretar el contrato¹⁴⁸⁶, cuestión que el ordenamiento español recoge también en idéntico sentido¹⁴⁸⁷ gracias a la regla “*oculta*” del artículo 1.281 del CC¹⁴⁸⁸. Por lo tanto, los contenidos morales del protocolo permitirán reflejar la verdadera voluntad de los contratantes y, cuando sea necesario, la tarea interpretativa acerca de la misma podrá incluso encomendarse a órganos como el consejo de familia¹⁴⁸⁹, que ejercerá de este modo las facultades arbitrales e interpretativas que le son propias¹⁴⁹⁰.

Partiendo de la premisa de que el protocolo familiar se marca como objetivo incidir en la gestión u organización de una sociedad mercantil que es ajena al contrato, podríamos señalar inicialmente que la eficacia *inter partes* resulta incompleta, por cuanto no permite que las normas protocolarias alcancen a dicho sujeto. Con todo, es preciso también apuntar que el protocolo tiene una utilidad importante aun cuando, como fuente generadora de obligaciones, se limite al ámbito de quienes lo suscriben: “*habrá que mantener la eficacia inter partes de muchos de los pactos estipulados en la escritura de constitución y que carezcan de acceso al Registro Mercantil, particularmente respecto de todos aquellos a los que por su objeto y por afectar únicamente a la esfera individual de los contratantes la inscripción no puede añadir nada, y no será óbice para el mantenimiento de esta eficacia el hecho de que tales pactos no tengan acceso al Registro*”¹⁴⁹¹. Es decir, habrá pactos que nunca podrán gozar de inscripción registral y que, por tanto, nunca podrán ir más allá de la citada eficacia *inter partes*, por lo que resulta estéril redundar sobre este hecho y es conveniente profundizar en las medidas –extrarregistrales y contractuales– que permitan dotar al protocolo de una mayor eficacia en el ámbito de *lex contractus* que le resulta propio¹⁴⁹².

En tanto que contrato, el protocolo se configura, por tanto, como una norma de obligado cumplimiento para sus firmantes, quienes han renunciado libremente a parte de su autonomía de la voluntad para someterse a las obligaciones pactadas con el resto de los otorgantes, supone el establecimiento de un régimen convencional adicional, que se suma al régimen legal general y al legal estatutario en lo relativo a la sociedad

¹⁴⁸⁶ VATTIER FUENZALIDA, C.: “Interpretación del contrato”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo I, ob. cit., pág. 251.

¹⁴⁸⁷ A pesar de que la doctrina no ha podido adoptar una postura unánime a la hora de jerarquizar las distintas reglas de interpretación de los artículos 1.281 a 1.289 del CC, se considera que “*el legislador español eleva a principio básico de la interpretación del contrato la averiguación de la efectiva voluntad común de las partes*”, por lo que puede convenirse que esta regla ha de prevalecer sobre las demás (SERRANO FERNÁNDEZ, M.: *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 90-91).

¹⁴⁸⁸ La idea de “*regla oculta*” se deriva del sentido en que está redactado el precepto, que aparentemente prioriza la interpretación literal de las reglas contractuales pero, en realidad, apela únicamente a dicha interpretación cuando la voluntad de los contratantes no genere ninguna duda (CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 399).

¹⁴⁸⁹ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 318.

¹⁴⁹⁰ Vid. epígrafe 5.2.2.2.

¹⁴⁹¹ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “Los pactos parasociales”, en *AAMN*, n1 37/1996, pág. 197.

¹⁴⁹² Vid. apartado 8.2.

mercantil. Ésta es la esencia del carácter vinculante del contrato, que puede en este sentido calificarse “como un precepto o como una regla de conducta [...]”. El contrato es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta”¹⁴⁹³.

En consecuencia, y sin necesidad de profundizar más en la teoría general de los contratos, debemos señalar que el protocolo va a tener plena eficacia vinculante para todos sus firmantes, del mismo modo que la tiene cualquier otro contrato. Naturalmente, esto no resolverá los problemas, antes comentados, de oponibilidad frente a la sociedad, pero sí permitirá que la actuación de los socios que hayan suscrito el protocolo (que pueden ser todos si así ha ocurrido desde el principio o si, posteriormente, su firma se convierte en obligatoria a través de una prestación accesoria consignada en los estatutos) deba obedecer a los criterios señalados por el mismo. Adicionalmente, el hecho de que el protocolo no sea directamente oponible a la sociedad mercantil no supone que, de manera indirecta, no pueda surtir efectos en la misma, siendo la posible sindicación de derechos de voto en dicho protocolo una de las manifestaciones más evidentes de esta realidad¹⁴⁹⁴.

Y es que no puede olvidarse, a este respecto, que los contratos son un elemento susceptible de provocar efectos sobre terceros –en este caso la sociedad– precisamente de forma indirecta. Advierte a este respecto el Supremo, en la STS de 29 de diciembre de 1994, que la eficacia relativa de los contratos “no puede ni debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica moderna, recogida por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras muchas) reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos [el artículo 1.257 del CC] a la denominada eficacia indirecta de los mismos respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos”. El matiz introducido por el Alto Tribunal en dicha sentencia, reflejo además de una línea jurisprudencial consolidada¹⁴⁹⁵, es trascendente en la materia objeto de nuestro análisis: el protocolo tiene como objeto incidir sobre la empresa familiar¹⁴⁹⁶, esto es, tiene como objeto proyectar efectos sobre un tercero ajeno al mismo, siendo dicho tercero una empresa mercantil. *Mutatis mutandi*, el protocolo tiene el mismo objeto que tendría cualquier pacto parasocial¹⁴⁹⁷, como ya se ha destacado anteriormente¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹³ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, ob. cit., pág. 139.

¹⁴⁹⁴ Vid. epígrafe 5.2.1.1.2.

¹⁴⁹⁵ SSTs de 26 de mayo de 1995, de 29 de septiembre de 1997, de 29 de diciembre de 1998, de 12 de julio de 2006.

¹⁴⁹⁶ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, J. A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 115.

¹⁴⁹⁷ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., págs. 48-49.

¹⁴⁹⁸ Vid. epígrafe 6.4.

Este efecto no podrá ser directo, como consecuencia de la falta de oponibilidad del protocolo frente a la sociedad. Sin embargo, es evidente que sí tendrá un efecto indirecto si, como consecuencia de dicho protocolo, sus firmantes actúan en el seno de la sociedad –como socios y/o administradores– ejecutando las previsiones contenidas en el mismo. De igual modo que ocurriría, por ejemplo, con un sindicato de voto¹⁴⁹⁹. De ahí que, como indicaba el Supremo en la sentencia antes citada, no pueda pretenderse que el contrato tenga una eficacia exclusivamente *inter partes* cuando, más allá de su eficacia vinculante, es evidente que proyecta sus efectos sobre terceros aunque sea de una forma indirecta. Y eso es precisamente lo que ocurre con el protocolo familiar.

Se trata de una situación perfectamente conocida y admitida por la doctrina moderna, que entiende superada la estricta concepción romanista de la eficacia relativa de los contratos (*res inter alios acta*), que les impedía beneficiar (*nec prodest*) o perjudicar (*nec nocet*) a terceros¹⁵⁰⁰. Se entiende a día de hoy que la relatividad de los contratos se limita a sus efectos directos, sin que nada impida sus posibles efectos indirectos, es decir, la llamada “*eficacia refleja*” o sencillamente indirecta que el contrato generará¹⁵⁰¹ y que, como hemos dicho, fácilmente puede apreciarse en el caso del protocolo familiar. En definitiva, el carácter de *lex privata* que el contrato genera para sus firmantes *ex* artículo 1.091 del CC no se extiende más allá de estos, pero es evidente que los efectos indirectos del mismo podrán alcanzar también a terceros¹⁵⁰².

A modo de conclusión de este epígrafe, por tanto, debemos indicar que el protocolo familiar tiene plena validez como contrato, por lo que es del todo vinculante para sus firmantes. Sin embargo, esta validez contractual no es suficiente, *per se*, para garantizar que la gestión de la sociedad y de las relaciones entre sociedad y familia sea la prevista en el propio protocolo, aun cuando sí pueda resultar una influencia decisiva y aun cuando, eso sí, existan algunos efectos del contrato que resulten válidos frente a la sociedad¹⁵⁰³. Por este motivo, consideramos imprescindible trasladar a los estatutos todas aquellas cuestiones que sean susceptibles de soportar dicho traslado, mientras que es recomendable también que el protocolo prevea cláusulas penales para disuadir a sus firmantes de cualquier eventual incumplimiento y, además, dotarlo de la publicidad registral conveniente, cuestiones todas ellas que abordaremos más detenidamente en el capítulo octavo.

¹⁴⁹⁹ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: *Sindicatos de voto*, ob. cit., pág. 175.

¹⁵⁰⁰ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 599.

¹⁵⁰¹ INFANTE RUIZ, F. J.: “Artículo 1.257”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 610.

¹⁵⁰² PÉREZ CONESA, M. C.: “Artículo 1.257” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código...*, ob. cit., pág. 1.481.

¹⁵⁰³ Es el caso de las cláusulas que atribuyan ventajas a la sociedad como, por ejemplo, el compromiso de los firmantes del pacto de otorgarle financiación (SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y...”, ob. cit., pág. 66).

Y todo ello sin que podamos dejar de reiterar la peculiar situación, ya referida previamente,¹⁵⁰⁴ que se generaría en el caso de que la propia sociedad firmase el protocolo y se convirtiera, por tanto, en uno más de sus sujetos. En ese caso, estaría sometida al mismo régimen que los demás firmantes y, en consecuencia, lo que no se le pudiera oponer por la vía estatutaria se le podría exigir, en cambio, por la vía contractual. Pero es preciso, al respecto, realizar todas las salvedades posibles, puesto que podría incurrirse en un supuesto de contrato celebrado fuera de los límites impuestos por el artículo 1.255 del CC y, en consecuencia, podría tratarse de un contrato nulo (*ex art. 1.300 del CC*), por cuanto el consentimiento prestado por la sociedad podría no tener validez.

Esta situación contractual podría no ser admisible por cuanto estaría entrando en conflicto con la llamada función social del contrato, es decir, la necesaria adecuación del objeto del contrato a la naturaleza y espacio social en que el mismo debe operar. Entendiendo que la libertad contractual está restringida por ejercerse en un marco determinado concreto, la finalidad del contrato debe obedecer a los esquemas propios de ese marco¹⁵⁰⁵. En consecuencia, la obligación asumida contractualmente por la sociedad –que la llevaría a obligarse a un orden distinto al propio del Derecho de sociedades– podría no ser válida desde ese punto de vista, ya que uno de los límites a la autonomía de la libertad –el respeto a las leyes imperativas– implica precisamente la posible exclusión de un determinado acto de autonomía¹⁵⁰⁶ (en este caso, suscribir la sociedad un contrato civil para regular cuestiones que deben obedecer al Derecho societario).

7.2.2. Eficacia en caso de incumplimiento contractual.

Resultando pacífica, por lo expuesto en los epígrafes anteriores, la plena eficacia contractual *inter partes* que el protocolo familiar (como contrato) tendrá sobre sus firmantes, así como la inoponibilidad de éste frente a la sociedad mercantil, resulta especialmente interesante fijarse ahora en cómo opera su eficacia en caso de incumplimiento. Y es que, ciertamente, más que en las consecuencias que proyecta la ejecución del contrato protocolario, que generará sobre la mercantil ese efecto indirecto al que antes nos hemos referido, el problema de eficacia se pone de manifiesto en su eventual incumplimiento por parte de alguno de sus firmantes, situación ante la que no cabrá ninguna otra solución que los remedios clásicos para el incumplimiento

¹⁵⁰⁴ Vid. epígrafe 6.5.

¹⁵⁰⁵ GETE-ALONSO, M.C.: *Estudios sobre el contrato*, ob. cit., págs. 130-132.

¹⁵⁰⁶ LÓPEZ LÓPEZ, A.: “Artículo 1.255”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 600.

contractual: el cumplimiento forzoso, el resarcimiento de daños u otras modalidades a las que el nuevo marco contractual europeo da cobertura, como son las “astreintes”¹⁵⁰⁷, figura ésta que resultaría especialmente útil en el marco de la empresa familiar, en el que ya hemos indicado que no interesa tanto obtener el resarcimiento pecuniario como forzar al eventual incumplidor (o en este caso, al incumplidor consumado) a cesar en su actitud.

Dicho incumplimiento no tendrá efecto alguno frente a la sociedad, puesto que la norma eludida no le es oponible¹⁵⁰⁸, debido a la antes comentada “eficacia relativa de los contratos”, en virtud de la cual no pueden éstos producir efectos (de manera directa) sobre terceros no contratantes¹⁵⁰⁹: de hacerlo, se estaría atentando contra el principio de autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y el libre desarrollo de la personalidad¹⁵¹⁰, sin perjuicio de la también comentada eficacia refleja o indirecta. Pero sí podemos convenir que el protocolo tendrá plenas consecuencias directas *inter partes*, por lo que entrarán en juego los remedios propios del derecho de daños, bien sean resolutorios, bien sean resarcitorios¹⁵¹¹, aunque queden limitados éstos a la recíproca esfera de los contratantes.

Esto nos lleva a remarcar nuevamente la importancia de trasladar a los estatutos sociales la regulación de todas aquellas materias que, por su naturaleza, tengan acceso a los mismos o, como veremos posteriormente¹⁵¹², llevar el protocolo familiar al Registro Mercantil. Puede ser un caso paradigmático, al respecto, el régimen de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y participaciones. Si ese régimen consta en los estatutos (o en el protocolo debidamente publicado, a pesar de las reservas que los actuales mecanismos suscitan *ex RD 171/2007*), será oponible a la sociedad y, por tanto, cuando un socio realice una transmisión que lo vulnere, la sociedad no reconocerá validez alguna a la misma¹⁵¹³, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 112 de la LSC, cuyo efecto, eso sí, guarda relación únicamente con la

¹⁵⁰⁷ Las “astreintes” son multas pecuniarias consistentes en el pago de una cantidad por cada día de retraso, con lo que se persigue el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, ante el temor de éste a tener que hacer frente finalmente a una condena económicamente muy elevada. Se trata de una figura cuya inclusión en los procedimientos civiles había generado dudas entre la doctrina, pero que queda plenamente incorporada al CEC (YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo II, ob. cit., 2003. págs. 446-451).

¹⁵⁰⁸ La doctrina estudiada es prácticamente unánime al respecto. En España, URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima. Fundación”, ob. cit., pág. 836. En otros ordenamientos, ARDIZZONI, M.: *German Tax and Business Law*, ob. cit., pág. 7,073; SCOTT STORACH, J./ELLIS, J.: *Business Law*, ob. cit., pág. 327; o RESCIO, G.: “Junta general de socios...”, ob. cit., págs. 272-273.

¹⁵⁰⁹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 94.

¹⁵¹⁰ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 599.

¹⁵¹¹ YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Consecuencias del incumplimiento...”, ob. cit., pág. 436.

¹⁵¹² Vid. apartado 8.1.

¹⁵¹³ Vid. epígrafe 5.1.3.

sociedad y no proyecta sus efectos, en términos generales, sobre la validez intrínseca del negocio transmisivo¹⁵¹⁴. Pero en todo caso, es el efecto frente a la sociedad mercantil el que resulta más relevante a los efectos del presente estudio.

Por el contrario, si el régimen consta en el protocolo (no dotado de publicidad registral material) pero no está trasladado a los estatutos sociales, la sociedad deberá dar por válida la transmisión efectuada porque, respecto a las normas que la obligan, dicha transmisión se ha realizado de forma totalmente correcta desde el punto de vista social¹⁵¹⁵, no siendo aplicable por tanto en estos supuestos el citado artículo 112 de la LSC. Y aunque los demás firmantes del protocolo podrán exigir al incumplidor las responsabilidades contractuales correspondientes, particularmente ejecutando una eventual cláusula penal o acudiendo a los remedios tradicionales del derecho de daños, lo cierto es que la transmisión realizada ya no podrá deshacerse¹⁵¹⁶. En consecuencia, cualquier remedio *inter partes* tendrá un efecto meramente resarcitorio, pero nunca reparador.

Por lo tanto, podemos ver que habrá algunas cuestiones –las que, por su propia naturaleza, no tengan acceso a los estatutos- sobre las que el protocolo no podrá asegurar el cumplimiento, quedando únicamente como vía de reparación, en su caso, la propia ante cualquier incumplimiento contractual, que debería materializarse mediante una cláusula penal prevista en el mismo protocolo¹⁵¹⁷. Dicha cláusula, por tanto, deberá tener el efecto disuasorio suficiente para garantizar que el socio no va a arriesgarse a incumplir sus obligaciones¹⁵¹⁸, puesto que una vez consumado dicho incumplimiento, como hemos apuntado, será imposible retrotraerse a la situación anterior. Y es que, aun cuando puedan ejecutarse cláusulas penales o, incluso en su defecto, las indemnizaciones por daños y perjuicios que corresponda (*ex* artículo 1.124 del CC), esta solución será meramente resarcitoria, como apuntábamos, por la vía de una compensación económica, pero nunca podrá evitar la situación creada por el incumplimiento en lo relativo a la sociedad, frente a quien cualquier quebrantamiento del pacto será válido, siempre que no contravenga lo dispuesto por la Ley o los estatutos. En el caso del ejemplo antes citado, el de la transmisión de participaciones, ningún remedio resarcitorio de carácter civil podrá anular lo que se pretendía evitar y ya ha sucedido: el acceso de terceros al capital social, es decir, a la propiedad y por ende al control de la compañía.

¹⁵¹⁴ PERDICES, A.: “Artículo 112. Ineficacia de las transmisiones con infracción de ley o de los estatutos”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 918.

¹⁵¹⁵ BROSETA, M./ MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 396.

¹⁵¹⁶ Debido, precisamente, al carácter contractual del protocolo y a su eficacia *inter partes*, resulta especialmente aconsejable la inclusión de este tipo de prevenciones, tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Aspectos jurídicos-mercantiles...”, ob. cit., pág. 143.

¹⁵¹⁷ Vid. epígrafe 8.2.1.

¹⁵¹⁸ Efecto disuasorio que bien puede entroncar con el espíritu de las “astreintes” a las que antes nos hemos referido (YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Consecuencias del incumplimiento...”, ob. cit., pág. 447.

7.3. El protocolo familiar en el Derecho de sociedades.

Como ya ha quedado dicho, el protocolo familiar busca tener una influencia decisiva sobre la organización y gestión de una determinada sociedad mercantil, como es la empresa familiar. Ello obliga a que debamos analizarlo bajo el prisma del Derecho mercantil y, más concretamente todavía, del Derecho de sociedades, aun cuando éste ha sido tradicionalmente reacio a analizar la empresa familiar como fenómeno propio (como hemos señalado ya reiteradamente), sin perjuicio del actual interés de nuestro legislador por dar respuesta a sus necesidades¹⁵¹⁹.

Desde este punto, por tanto, difícilmente va a gozar de mayor eficacia el protocolo familiar cuando, como veremos, ninguna de las normas básicas de nuestro derecho societario se ocupa de regularlo. Y eso que, analizando qué se debe entender por Derecho de sociedades, parece que sería éste un espacio en el que el protocolo debería ser objeto de estudio y regulación, por cuanto dicha rama del Derecho es en definitiva *“aquel conjunto de normas que tiene como cometido básico el poner a disposición de los operadores económicos o sociales técnicas de agregación de esfuerzos individuales y de organización de tareas colectivas”*¹⁵²⁰. Y si todo ello puede conseguirse mediante el contrato de sociedad y todo aquello que le resulta afín –como los estatutos sociales-, es evidente que puede también lograrse con apoyatura en otros elementos como, en nuestro caso, el protocolo familiar.

Por otro lado, incardinándose el Derecho de sociedades dentro de una rama más amplia todavía, como es la del Derecho mercantil, es necesario apuntar también (como una particularidad importante de esta rama frente a la civil) que goza de una fuente adicional¹⁵²¹: junto a la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, se aplican como fuente del derecho mercantil los llamados *“usos del comercio”* a los que se refiere el artículo 2 del CCom. Desde este punto de vista, si los pactos entre socios o, más aún, la voluntad de éstos de configurar la sociedad hasta adaptarla al máximo a sus intereses comunes pueden considerarse usos habituales en nuestras sociedades mercantiles, no parecería desacertado otorgarles la categoría de *usos del comercio* a la que se refiere el citado precepto. Y esta opción, que con carácter general reforzaría la eficacia societaria de los acuerdos extraestatutarios, sería óptima para fortalecer la eficacia del protocolo en el caso concreto de la empresa familiar. Sobre todo porque el Derecho mercantil, conviene recordarlo, *“ha de tener como una de sus funciones*

¹⁵¹⁹ ESCUIN IBÁÑEZ, I.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 253.

¹⁵²⁰ MENÉNDEZ, A.: “El Derecho mercantil como categoría dogmática”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de derecho...*, ob. cit., pág. 47.

¹⁵²¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 54.

*fundamentales el servir al funcionamiento de la economía de mercado, sin olvidar la función social que de ella se espera*¹⁵²², de modo que debe servir como elemento que facilite el desarrollo de la actividad económica en un marco de seguridad jurídica pero dotado también de cierta flexibilidad.

En todo caso, más allá de interpretaciones, lo cierto es que nuestro Derecho positivo de sociedades no recoge mención alguna al protocolo familiar –y apenas siquiera, de modo más general a los pactos parasociales¹⁵²³–, por lo que cabe hablar de una absoluta falta de regulación al respecto, tal y como seguidamente remarcaremos.

7.3.1. Ausencia de regulación.

Ya hemos indicado que la única norma de nuestro ordenamiento que se refiere al protocolo familiar es, a día de hoy, el RD 171/2007, en lo que es sin duda una tendencia bastante extendida en nuestro entorno jurídico. Y es que, a diferencia de lo que sucede con el ordenamiento del Principado de Andorra¹⁵²⁴, no encontramos en las demás legislaciones europeas referencia alguna –en términos de derecho positivo– al protocolo familiar, que no ha sido objeto de tratamiento por parte de los legisladores¹⁵²⁵, sino sólo de *“una literatura gerencial especializada”*¹⁵²⁶.

Consecuencia de este vacío legal, resulta necesario acudir a otras ramas del Derecho –como la del Derecho civil y, en particular, la teoría general de las obligaciones y contratos– para poder complementar, en lo menester, la desregulación de la que es objeto el protocolo en materia de Derecho societario, lo cual genera duras críticas entre la doctrina más autorizada, puesto que el efecto más previsible de esta situación será generar conflictividad en el seno de las empresas familiares: *“la falta de previsión se traducirá en una ordenación jurídica ineficiente, basada en el régimen legal, que pondrá a prueba la permanencia de la sociedad en cuanto surjan las primeras discrepancias entre los socios, o entre los miembros de la familia”*, fruto de la imposibilidad de aplicar

¹⁵²² SÁNCHEZ-CALERO, F.: “1995-2095, cent anys de Dret Mercantil”, en *RJC*, núm. extraordinario, 1997, págs. 38-39.

¹⁵²³ La LSC se refiere únicamente a ellos en sus artículos 518 a 523, en una regulación que sólo alcanza a las sociedades cotizadas. Dichas reglas son fruto de una reforma en la LMV introducida por la Ley 26/2003, cuyo objetivo era mejorar la transparencia de ese tipo de sociedades.

¹⁵²⁴ La Ley 29/2007, de 18 de octubre, de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada regula expresamente el protocolo familiar en su artículo 10, otorgándole la consideración de pacto parasocial, figura a la que dedica su artículo 11.

¹⁵²⁵ Vid. epígrafe 3.1.2.1. Aunque haya figuras similares en algunos ordenamientos (como el *patto di famiglia* del Código Civil italiano), no se trata en ningún caso de regular el protocolo familiar, sino mecanismos concretos para dar respuesta a situaciones concretas, especialmente en materia de sucesiones.

¹⁵²⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 19.

normas societarias coercitivas que aseguren el cumplimiento de lo previsto por el protocolo¹⁵²⁷.

La reforma de nuestro Derecho de sociedades en el año 2010, cuando el Texto Refundido de la LSC vino a derogar y sustituir las hasta entonces vigentes LSA y LSRL, no ha supuesto tampoco ningún cambio sobre esta cuestión, aun cuando dicha reforma llegó con posterioridad al antes citado RD 171/2007, en el que el legislador había apuntado ya su interés en regular el protocolo familiar, aun cuando fuera sólo tangencialmente. Es cierto que el mandato de refundición tiene un alcance limitado en nuestro Derecho y que, por tanto, no podía el Gobierno utilizar dicha refundición para introducir modificaciones en la normativa hasta el momento vigente¹⁵²⁸, por lo que no podía dar respuesta (no al menos por la vía de la refundición) a las principales demandas del empresariado familiar español.

No era el momento, por tanto, de abordar las necesarias reformas en nuestro Derecho de sociedades que, entre otras cuestiones, permitieran mejorar el régimen de la empresa familiar: reformas como, por ejemplo, habilitar nuevas vías de financiación para la sociedad de responsabilidad limitada¹⁵²⁹, introducir con carácter general el sistema dual o, en cuanto a nuestro objeto de estudio, regular en términos de Derecho positivo el alcance y la eficacia –frente a la sociedad- del protocolo familiar. Para ello habría sido necesario un instrumento que permitiera un margen de maniobra más amplio al legislador –anticipando por ejemplo esa codificación sobre la que se indica que se está trabajando-, debiendo en cualquier caso superar errores como los ocurridos con la promulgación de la LSNE, con la que tan crítica se ha mostrado la doctrina especializada, por entender que en nada favoreció –como inicialmente se proponía- a la empresa familiar¹⁵³⁰.

Debe apuntarse, eso sí, la importancia del RD 171/2007. Y es que, sin perjuicio de las críticas que merece por quedarse corto en algunos aspectos (críticas que dejamos para el capítulo octavo), lo cierto es que ha supuesto la primera regulación en nuestro ordenamiento de la figura del protocolo familiar, yendo más allá incluso de lo que a priori se planteaba como su objetivo, que era el de regular su acceso al Registro Mercantil. Asimismo, debe destacarse que el RD 171/2007 ha servido para *“admitir la introducción en los estatutos sociales de algunas cláusulas que, hasta el momento, habían generado dudas interpretativas o discrepancias en la doctrina registral y jurisprudencial”*¹⁵³¹. Concretamente, en materias como la posibilidad de regular estatutariamente los

¹⁵²⁷ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y...”, ob. cit., pág. 70.

¹⁵²⁸ Vid. epígrafe 2.1.2.4.

¹⁵²⁹ Recuérdese, a este respecto, que se mantiene en la LSC la prohibición de emisión de obligaciones por parte de este tipo de sociedades (artículo 402), lo que da mayor importancia al capital sin derecho de voto como medio para obtener financiación (Vid. epígrafe 5.2.1.1.3).

¹⁵³⁰ CANO ZAMORANO, L.: “Incidencia de la...”, ob. cit., pág. 50.

¹⁵³¹ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Introducción. Una aproximación...”, ob. cit., pág. 23.

órganos consultivos *ad hoc* de la empresa familiar o la aceptación de la cláusula arbitral estatutaria. Con todo, como apuntábamos, es necesario que nuestra legislación se complete en una cuestión sobre la que siguen habiendo demasiadas lagunas legales.

7.3.2. Recomendaciones de la Ponencia del Senado de 2001.

El Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) publicó el 23 de noviembre de 2001 el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, al que nos hemos ido refiriendo ya en diversos puntos del presente trabajo. El texto carece de capacidad normativa vinculante, señalando únicamente en el apartado de sus conclusiones distintas recomendaciones para mejorar algunos aspectos de la regulación de las empresas familiares, pero es importante hacer un análisis del documento por varias razones.

En primer lugar, porque algunas de sus recomendaciones han acabado convirtiéndose en normativa, en la medida en que el legislador las haya acogido favorablemente. El caso más destacado, en relación con el objeto de nuestro estudio, es el RD 171/2007, cuya génesis podemos situar precisamente en el Informe de la Ponencia¹⁵³², cuya recomendación en este sentido sería posteriormente incorporada a la LSLNE. En segundo, porque supuso el primer intento en España de analizar globalmente la realidad de la empresa familiar, a la que los poderes públicos se habían estado refiriendo a través de normas dispersas centradas, sobre todo, en el ámbito de las empresas familiares agrarias¹⁵³³, tal y como había venido ocurriendo en los distintos Derechos forales¹⁵³⁴.

La Ponencia, que contó con la participación de los distintos grupos políticos y la comparecencia de profesionales expertos en la materia y representantes de las empresas familiares y sus asociaciones, surgió como consecuencia de los distintos trabajos y recomendaciones de la Unión Europea sobre esta materia, que generaron un contexto al que seguidamente nos referiremos, y también como consecuencia de una realidad palpable en el espectro empresarial español: la necesidad de dar respuesta a las necesidades que un gran número de empresas familiares, constituidas principalmente durante los años 60 y 70, iban a plantear en el marco de sus procesos de sucesión¹⁵³⁵.

¹⁵³² FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 36.

¹⁵³³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, en *CRCPEF*, núm. 14/2012, págs. 13-15.

¹⁵³⁴ Vid. epígrafes 4.1.3.2. y 4.1.3.3.

¹⁵³⁵ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 46.

Nos referiremos en los epígrafes siguientes al marco en el que se produjeron los trabajos de la Ponencia y los resultados de su estudio, especialmente en relación con el protocolo familiar, así como las consecuencias –ciertamente limitadas- que han tenido las distintas recomendaciones que incorporó a su Informe final.

7.3.2.1. El contexto europeo de la Ponencia.

El antecedente más inmediato y más importante para la puesta en marcha de la Ponencia del Senado, creada por acuerdo del Pleno de la Cámara en el seno de la Comisión de Hacienda el 26 de septiembre de 2000, lo encontramos en la Comunicación de la Comisión 98/C 93/02 sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas¹⁵³⁶, publicada el 28 de marzo de 1998, y que introducía por primera vez en los textos comunitarios la referencia al protocolo.

La citada Comunicación suponía, a su vez, la revisión de los avances experimentados tras la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, dedicada también a la transmisión de pequeñas y medianas empresas, tras la que se había celebrado un simposio en Lille, el llamado Forum de Lille de febrero de 1997, en cuyo marco se había recomendado, entre otras cosas, adoptar las medidas legislativas necesarias para dar validez a los protocolos familiares¹⁵³⁷.

En la Comunicación 98/C 93/02 ya se apuntaba la importancia que el protocolo familiar podía tener en la sucesión de las empresas familiares: *“Otra forma de acrecentar la continuidad de la empresa es la utilización de pactos de empresa o protocolos familiares. Sobre todo en el caso de las empresas familiares, se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado número de normas de gestión de una generación a otra. Ya se emplean en alguna medida en Francia y España, con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión”*. Precisamente, la Comunicación advertía de manera expresa de los problemas que la prohibición de los pactos sucesorios¹⁵³⁸ proyectaba sobre la sucesión al frente de la empresa familiar. En este sentido, interesa destacar que el protocolo no se concebía para la Comisión como un mecanismo propicio para ordenar dicha sucesión, sino únicamente como un remedio que permitiera eludir en la medida de lo posible la prohibición de pactos sobre la herencia futura: *“No obstante, está claro que estos acuerdos seguirán siendo una solución relativamente insatisfactoria en relación con*

¹⁵³⁶ Se puede consultar el texto completo de la Comunicación en el siguiente enlace: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0328\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0328(01):ES:HTML).

¹⁵³⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 33.

¹⁵³⁸ Vid. epígrafe 4.1.3.1 respecto a la prohibición en nuestro Derecho común, sin perjuicio de las modalidades admitidas en el Derecho civil catalán (epígrafe 4.1.3.2) y en los demás Derechos forales (epígrafe 4.1.3.3).

los pactos de sucesión admitidos en la mayoría de los Estados miembros. Los Estados miembros que prohíben los pactos sobre la futura sucesión (Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo) deberían pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio". Dicha recomendación, sin embargo, sigue sin atenderse plenamente por nuestro legislador, más allá de la tímida reforma que sobre esta materia supone el artículo 1.056.2 del CC, según la modificación operada en el mismo por la LSLNE de 2003, para proteger la transmisión unitaria de la empresa frente a las legítimas¹⁵³⁹.

Debe destacarse igualmente la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2004, titulada "Programa europeo a favor del espíritu empresarial", dirigida al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. En dicha comunicación, entendiéndose la Comisión que la Unión Europea no está explotando suficientemente su potencial empresarial, se proponen distintas actuaciones dirigidas a fomentar la creación de empresas, ayudando a ello con un mejor marco administrativo y reglamentario, proponiendo medidas orientadas a las pymes pero plenamente aplicables a las empresas familiares¹⁵⁴⁰.

La Ponencia del Senado hizo su trabajo en ese marco en el que la Unión Europea estaba empezando a pronunciarse acerca del protocolo y de la empresa familiar, en una tendencia a ocuparse de esta materia –siempre en el marco de la pequeña y mediana empresa- que se ha venido manteniendo con posterioridad¹⁵⁴¹: con el Informe del Grupo de Expertos sobre transmisión de Pequeñas y Medianas Empresas de 2002; la Recomendación de la Comisión 2003/361/CE, de 6 de mayo, sobre definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas; o sobre todo el *Final report of the expert group overview of family-business-relevant issues: research, networks, policy measures and existing studies*, elaborado por el Grupo de Expertos que la Comisión Europea designó y que trabajaron en el estudio de los problemas de la empresa familiar entre 2007 y 2009¹⁵⁴².

Debe resaltarse, en este sentido, que la Ponencia hizo caso omiso de las recomendaciones en materia de pactos sucesorios que, sólo tres años antes de empezar su andadura, había señalado por la Comisión Europea en su Comunicación 98/C 93/02. Como puede verse en sus conclusiones, todas las recomendaciones efectuadas tienen que ver con Derecho de sociedades, publicidad registral, fuentes de financiación, Seguridad Social, tributos, resolución de conflictos y protocolo familiar¹⁵⁴³. En ningún momento, sin embargo, se hace ni el más mínimo apunte a eventuales modificaciones en materia de Derecho civil, a fin de dotar a nuestro ordenamiento de herramientas

¹⁵³⁹ VATTIER FUENZALIDA, C.: *El pago en ...*, ob. cit., págs. 44-45.

¹⁵⁴⁰ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: "El protocolo familiar y..." ob. cit., págs. 1.124-1.125.

¹⁵⁴¹ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: "La empresa familiar..." ob. cit., págs. 15-17.

¹⁵⁴² Vid. epígrafe 3.1.2.1 para un análisis de este trabajo.

¹⁵⁴³ "Informe de la Ponencia..." ob. cit., págs. 39-40.

más útiles para facilitar la sucesión al frente de la empresa. El único resultado que en este sentido puede derivarse del Informe elaborado es, como ya hemos indicado, la modificación del artículo 1.056 del CC operada a través de la LSLNE, norma en buena medida tributaria de los trabajos realizados en la Ponencia.

7.3.2.2. Tratamiento del protocolo familiar.

El protocolo familiar fue una de las cuestiones específicamente tratadas por el Informe de la Ponencia, que le dedica su apartado VII¹⁵⁴⁴ y que termina refiriéndose al mismo en dos de sus conclusiones¹⁵⁴⁵:

- En la conclusión segunda, señala lo siguiente: *“Recomendar a las empresas familiares la formalización de un Protocolo Familiar, como acuerdo que delimite el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la propia Empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros”*. Nótese, por tanto, que la Ponencia ya mostraba su preocupación por delimitar muy adecuadamente los límites que deben respetarse en la división entre propiedad (junta general) y gestión (órgano de administración), a lo que cabría añadir la disciplina de los órganos *ad hoc* y su posible injerencia con los societarios¹⁵⁴⁶.
- En la conclusión tercera, a su vez, señala lo siguiente: *“Recomendar la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del Protocolo Familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros”*.

La citada conclusión tercera es, evidentemente, de vital importancia para nuestro estudio, por cuanto la recomendación que contiene supone el punto de partida para la promulgación del RD 171/2007, que viene a dar respuesta precisamente a dicha recomendación¹⁵⁴⁷ y lo hace, precisamente, en esos términos de parcialidad que la propia Ponencia del Senado hacía constar en su Informe, entendiendo que no todas las materias contenidas en el protocolo pueden (ni deben) alcanzar publicidad registral: *“la publicidad de las cláusulas del protocolo familiar, debe estar limitada a aquellas cuestiones que afectan a terceros, ya que en dicho protocolo se regulan por las familias cuestiones íntimas que no deben tener trascendencia al exterior”*¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴⁴ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., págs. 37-38.

¹⁵⁴⁵ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., págs. 39-40.

¹⁵⁴⁶ Vid. epígrafe 5.2.3.

¹⁵⁴⁷ El RD 171/2007 es la ejecución de la Disposición Final Segunda de la LSLNE y obedece a la voluntad de regular el acceso al Registro de los protocolos familiares, si bien contiene también una pequeña reforma del RRM aplicable para todas las sociedades y no sólo para las familiares (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 36-37; SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Introducción. Una aproximación...”, ob. cit., págs. 22-23).

¹⁵⁴⁸ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

Al respecto, debe indicarse que la recomendación se limita a solicitar mecanismos de publicidad registral para aquellas cuestiones de la empresa familiar que tengan relación con terceras personas. El elemento en el que más se evidencia esta relación con terceros es, sin duda, la eventual existencia de restricciones a la transmisión de acciones y participaciones, por cuanto la existencia de posibles sindicatos de venta afecta a cualquier tercero que quiera adquirir una participación en el capital de la sociedad.

En este sentido, podríamos señalar que la recomendación de la Ponencia no aporta gran cosa: esos pactos de sindicación ya tienen acceso al Registro Mercantil por la vía de los estatutos¹⁵⁴⁹, por lo que no era preciso que se hiciera mención alguna a este respecto. Por ello, tal vez sea conveniente analizar la recomendación en unos términos más amplios. La propia Ponencia lo justifica al estudiar el protocolo: *“La cuestión puede ser importante porque mientras en las sociedades de responsabilidad limitada no familiares, ésta puede no reconocer la condición de socio adquirente, en las familiares, la transmisión puede no tener efectos sociales pero sí familiares, y ello va a constituirse en origen de problemas”*¹⁵⁵⁰.

Como puede verse, por tanto, la Ponencia incide en este punto en un problema más familiar que societario, por cuanto en esta última vertiente está debidamente prevista ya la consecuencia de la infracción del régimen legal o estatutario, que no es otra que, la ineficacia de la transmisión frente a la sociedad (artículo 112 de la LSC). La preocupación de la Ponencia, por tanto, trasciende lo meramente societario para centrar su atención en lo familiar, ámbito en el que resulta fácil la aparición de conflictos como consecuencia de la diferencia de roles e intereses de todos los implicados¹⁵⁵¹. En este sentido, la Ponencia parece no desconocer que, como señala la doctrina, el protocolo tiene una trascendencia que va más allá de su eficacia netamente jurídica para desplegar efectos, también, en el terreno del compromiso moral entre sus firmantes¹⁵⁵².

A mayor abundamiento, cabe señalar que la consideración de la Ponencia de que el protocolo goce de publicidad no sólo se sustenta sobre las restricciones a la transmisión de títulos, sino que se entiende que hay otras cuestiones susceptibles de afectar a terceros: *“entre ellos [entre los requisitos para abordar los problemas propios de las empresas familiares] debiera estar el conocimiento por los terceros interesados de aquellas cláusulas del protocolo familiar que pudieran afectarles, y de las que, con carácter general, puedan condicionar la gestión y administración de las empresas, y sobre todo su futuro,*

¹⁵⁴⁹ El artículo 123 del RRM, respecto a las sociedades anónimas, y el 188 respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, permiten la inscripción de las restricciones estatutarias a la transmisión de títulos.

¹⁵⁵⁰ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 38.

¹⁵⁵¹ AYALA CALVO, J. C./MANZANO GARCÍA, G.: “Solución de conflictos en la empresa familiar”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la...*, ob. cit., págs. 324-325.

¹⁵⁵² DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar: naturaleza...”, ob. cit., pág. 176.

ya que los terceros necesitan conocer en qué forma se va a abordar la sucesión por parte de los titulares de la empresa que pretende financiación exterior”¹⁵⁵³. De ello se deduce que la visión que sobre los contenidos del protocolo tiene la Ponencia es necesariamente extensiva: en definitiva, cualquier elemento que se regule en el mismo va a ser susceptible de afectar a la sociedad en el futuro y, por tanto, susceptible de afectar a terceros tanto de forma directa (cuando éstos accedan al capital) como indirecta, si se trata de personas que mantengan cualquier otro tipo de relación con la sociedad (trabajadores, proveedores, etc.).

Esta concepción extensiva es la que parece recoger el RD 171/2007 en su artículo 7, con el que se permite la elevación a público y posterior inscripción de cualquier acuerdo, relativo a cualquier materia, adoptado en ejecución del protocolo siempre que dicho acuerdo resulte inscribible. Debidamente inscritas, estas cláusulas pasarán a ser oponibles a terceros, trascendiendo por tanto la espera privada de los firmantes del protocolo¹⁵⁵⁴. Esta inscripción registral de los citados acuerdos sociales obedece, según lo que puede extraerse del Informe de la Ponencia, a una doble finalidad: en lo relativo a la sociedad, permitiendo que el protocolo alcance eficacia *erga omnes* en determinados aspectos; en lo relativo a terceros, permitiendo que ciertas medidas cuyo conocimiento se restringía inicialmente a los firmantes del protocolo gocen de cognoscibilidad. Una cognoscibilidad que materializa las funciones que el Registro Mercantil tiene como instrumento de control administrativo sobre las sociedades de capital¹⁵⁵⁵.

Interesa destacar, asimismo, que la Ponencia hace referencia a cuatro cuestiones fundamentales en lo relativo al protocolo¹⁵⁵⁶, cuestiones que han sido objeto ya del presente estudio:

1. El protocolo tiene la naturaleza jurídica de un contrato¹⁵⁵⁷ que deberá ser trasladado a los instrumentos civiles y sociales más adecuados¹⁵⁵⁸: *“el protocolo familiar es, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, un acuerdo marco o base que necesita ser desarrollado en otra serie de documentos, como son las capitulaciones matrimoniales del empresario y de sus hijos, y los estatutos sociales, si la empresa familiar adopta una fórmula societaria”*. El carácter contractual del protocolo es precisamente el que hace más aconsejable dotarlo de publicidad registral, sobre todo por la vía del artículo 7 del RD 171/2007, en la medida en que sus contenidos así lo permitan.
2. La eficacia del protocolo se limita inicialmente al ámbito privado de sus firmantes: equiparando el protocolo a los acuerdos extraestatutarios, se indica que *“ante la ausencia de publicidad registral, dichos acuerdos no surten*

¹⁵⁵³ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit, pág. 38.

¹⁵⁵⁴ ESCUÍN IBÁÑEZ, I.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 266.

¹⁵⁵⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *El Registro Mercantil*, ob. cit., págs. 69-71.

¹⁵⁵⁶ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

¹⁵⁵⁷ Vid. epígrafe 7.1.

¹⁵⁵⁸ Vid. apartado 4.2.

*efectos frente a terceros, lo que no afecta a la validez de los mismos entre los socios, para los que son válidos íntegramente*¹⁵⁵⁹. Esta realidad no puede discutirse en nuestro ordenamiento, ni siquiera con la jurisprudencia más aperturista en esta materia ni, tampoco, con la opinión doctrinal de que los pactos omnilaterales de todos los socios (supuesto en que a menudo se encontrará el protocolo), deban gozar de mayor eficacia por sus similitudes con la junta universal, a la que en definitiva no equivalen¹⁵⁶⁰.

3. El contenido del protocolo es ecléctico¹⁵⁶¹: *“los protocolos familiares prevén la incorporación a los estatutos de las sociedades de cláusulas de control de acceso al órgano de administración; de cláusulas de reforzamiento de quórum, cláusulas limitativas de las transmisiones de acciones y participaciones, normas sobre el usufructo de acciones o participaciones y, por último, el ya analizado tema de las acciones sin voto*¹⁵⁶²”. Nótese, en todo caso, que todas las cuestiones a las que se refiere la Ponencia en este punto son estrictamente societarias y, por tanto, susceptibles en su caso de inscripción registral.
4. El protocolo es el espacio idóneo para regular la creación de órganos propios de la empresa familiar¹⁵⁶³: *“junto a los órganos de gobierno o de deliberación de las sociedades, los protocolos familiares suelen establecer otros órganos como son la Junta de Familia y el Consejo de Familia, el primero con carácter informativo no decisorio, y el segundo con carácter decisorio. Existe un cierto cruce de informaciones y decisiones que afectan, se tratan o se adoptan indistintamente en unos u otros órganos, lo que no deja de plantear dificultades*”. La Ponencia advertía ya al respecto, como puede verse, de los riesgos de injerencia entre unos órganos y otros¹⁵⁶⁴, cuestión especialmente complicada a la hora de determinar qué competencias y qué funciones tiene cada uno de ellos, debiendo recordar en todo caso que los órganos familiares –en lo relativo a la sociedad mercantil- tienen siempre carácter consultivo, sin perjuicio de su importancia en términos de buen gobierno¹⁵⁶⁵.

Finalmente, debemos destacar que la Ponencia hizo suyas también dos ideas muy presentes entre los estudiosos del protocolo. Por un lado, la idea de que el protocolo da comienzo a una fase negociadora en el seno de la empresa y de la familia que acaba siendo, en sí misma, tan importante como el resultado final que se alcance¹⁵⁶⁶ (*“debe considerarse como un punto de salida y no como una meta”*)¹⁵⁶⁷. Por el otro, la consideración de que no debe ser una solución universal¹⁵⁶⁸ (*“no tiene carácter de permanencia ni puede abarcar, con criterios de generalidad e igualdad, las muy distintas y*

¹⁵⁵⁹ Vid. apartado 6.2.

¹⁵⁶⁰ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., págs. 85-86.

¹⁵⁶¹ Vid. apartado 3.2.

¹⁵⁶² Vid. epígrafe 5.2.1.1.1.3.

¹⁵⁶³ Vid. apartado 5.2.2.

¹⁵⁶⁴ Vid. apartado 5.2.3.

¹⁵⁶⁵ MOLINA MANCHÓN, H./RIENDA GARCÍA, L.: “Órganos de gobierno...”, ob. cit., págs. 230-231.

¹⁵⁶⁶ AMAT, J. M.: “El proceso de...”, ob. cit., págs. 177-180.

¹⁵⁶⁷ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

¹⁵⁶⁸ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 669.

peculiares situaciones en que se encuentran las empresas familiares, y sobre todo, no es un instrumento estratégico-empresarial ni de gestión o planificación económica”)¹⁵⁶⁹. Al respecto, interesa especialmente remarcar, a los efectos de nuestro estudio (eficacia del protocolo), la necesidad de que las normas protocolarias sean punto de partida para otras actuaciones necesarias, como son el otorgamiento o la modificación de los documentos societarios y familiares pertinentes, que permitan su plena ejecución en la sociedad mercantil sobre la que la familia empresaria quiera proyectar el efecto de los pactos alcanzados.

7.3.2.3. Otras cuestiones societarias.

El Informe de la Ponencia analizó también otras cuestiones trascendentes en torno a las relaciones entre empresa familiar y Derecho de sociedades. La más relevante de todas fue el estatuto de la empresa familiar o, por expresarlo con mayor propiedad semántica, la conveniencia de que el mismo siga sin existir. Como ya se ha comentado, no existe un tipo legal de empresa familiar y el debate al respecto está a día de hoy cerrado, por cuanto la doctrina ha convenido que es mejor que no llegue a crearse ese tipo social diferenciado, por cuanto se entiende que no existen diferencias morfológicas suficientes que lo hagan necesario¹⁵⁷⁰.

La Ponencia se pronunció precisamente en ese mismo sentido, rechazando la creación siquiera de un “Estatuto de la empresa familiar” que reuniese –a modo de texto refundido- todas las normas dispersas que sobre la misma se contienen en nuestro ordenamiento, a pesar de que alguno de los comparecientes se hubiera mostrado partidario de esa posibilidad¹⁵⁷¹. Se apoyó para ello en tres razones que desaconsejaban adoptar una medida de ese estilo:

- El carácter superfluo que podría llegar a tener la creación de un estatuto: *“son muchos los juristas que piensan que las normas de carácter general ya son suficientes para regular las cuestiones que en la misma se contienen, y que pueden ser perfectamente conocidas y aplicadas por los interesados, sin necesidad de acudir a*

¹⁵⁶⁹ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

¹⁵⁷⁰ Vid. epígrafe 2.1.2.1.

¹⁵⁷¹ El compareciente Don Ignacio Tormo, Asesor del Instituto Valenciano para el Estudio de la Empresa Familiar, apuntó que su institución estaba trabajando en un *“futuro Estatuto Jurídico de la Empresa Familiar”* (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 9). Sin citar abiertamente un estatuto propio, también Don Miguel Gallego Jurado, presidente del Consejo de la Empresa Familiar de Andalucía, pareció mostrarse partidario de un texto armonizado: *“hay que dotar al sistema normativo de la suficiente coherencia y ordenación que permita tener una legislación sencilla, precisa y clara”*, homogeneizando además las distintas normativas autonómicas (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 12). También el compareciente Don Josep González Serra, presidente de PIMEC-SEFES señaló la conveniencia de que la empresa familiar dispusiera de *“un marco jurídico propio”* (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 19).

*normas especiales que, al final, nunca cumplen su cometido, por discordancias con la normativa general o falta de adaptación a los cambios económicos y sociales que se suceden, cada vez con mayor rapidez*¹⁵⁷². Y todo ello en un contexto en el que, además, se tiende a suprimir diferencias tipológicas y normativas que puedan resultar redundantes¹⁵⁷³.

- El importante número de empresas familiares existentes en nuestro país, consecuencia de lo cual un eventual Estatuto que las regulara podría acabar convirtiéndose en norma aplicable al espectro mayoritario de nuestras sociedades mercantiles: *“un Estatuto específico para la empresa familiar podría convertirse en la norma general, mientras que la legislación general pasaría al mismo tiempo a convertirse en especial, con las consecuentes distorsiones que produciría todo ello en el ordenamiento jurídico*¹⁵⁷⁴. No debe extrañar esta consideración, teniendo en cuenta que el 80% del tejido empresarial español corresponde precisamente a empresas familiares¹⁵⁷⁵.
- La heterogeneidad de empresas familiares existentes, que dificultaría que unas mismas medidas fueran óptimas para todas ellas: *“un Estatuto de la empresa familiar, sería un vestido o pijama, que difícilmente podría comprender en su órbita de aplicación, a una variedad tan distinta de empresas familiares como las existentes, que van desde la microempresa, la PYME, o la gran empresa*¹⁵⁷⁶. Y es que no debe olvidarse que, a pesar de ser una idea muy extendida, empresa familiar no es equivalente a pyme¹⁵⁷⁷.

Al margen de la cuestión tipológica, sobre la que la Ponencia descartó la necesidad de proponer modificación legislativa alguna, sí se apuntó hacia la conveniencia de que algunos aspectos de nuestro Derecho de sociedades se adaptaran a las necesidades de la empresa familiar. De hecho, como consecuencia del Informe de la Ponencia, se creó una Comisión Interministerial de expertos del Ministerio de Economía y Hacienda, cuyos trabajos acabaron en el año 2002, y que recomendó modificaciones de la legislación societaria (en materia como las participaciones sin voto o la gestión de la autocartera) y de la civil (en lo relativo a la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar)¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷² “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., págs. 36-37.

¹⁵⁷³ Vid. epígrafe 2.1.2.5.

¹⁵⁷⁴ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

¹⁵⁷⁵ CAÑIZARES LASO, A.: “Empresa familiar y...”, ob. cit., pág. 74. Uno de los ponentes, Don Antonio Ferrer Sais, representante de la Unión General de Trabajadores, elevó incluso esta proporción, apuntando que las empresas familiares suponen el 90% del tejido empresarial español frente al 80% que representan en Europa (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 3). Tanto este compareciente como otros, como Don Mariano Puig Planas, presidente de la Asociación Europea de la Empresa Familiar, señalaron además que las empresas familiares generaban cerca del 65% del PIB español (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 10).

¹⁵⁷⁶ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

¹⁵⁷⁷ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar...*, ob. cit., pág. 16.

¹⁵⁷⁸ DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 8.

Las distintas cuestiones que la Ponencia abordó específicamente se recogen en sus recomendaciones finales, en las que se apunta la conveniencia de lo siguiente¹⁵⁷⁹:

1. Identificar de manera específica a las empresas familiares: la Ponencia recomendó que se pudiera añadir la letra “F” a sus denominaciones sociales, de modo que se pudieran distinguir respecto a los tipos ordinarios. Para ello sería necesaria una modificación del artículo 403 del RRM, cuyo catálogo de posibles abreviaturas para identificar a los tipos sociales debería ampliarse. Sin embargo, esta propuesta no ha sido recogida por el legislador¹⁵⁸⁰.
2. Crear un sistema de arbitraje específico para la empresa familiar: *“un sistema de arbitraje o mediación específico para la resolución de los problemas que puedan plantearse a nivel de la propiedad de las empresas familiares y los conflictos que puedan surgir entre la Familia o Familias propietarias y la propia Empresa”*. Esta recomendación tampoco ha sido acogida por el legislador, que no ha creado en ningún momento instituciones arbitrales específicas para esta materia¹⁵⁸¹, si bien debe destacarse que hay alguna mínima mención a la misma en la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana¹⁵⁸².
3. Fomentar la capitalización de empresas familiares mediante la emisión de títulos sin derecho de voto: *“Analizar y reconsiderar el tratamiento legal a las acciones sin voto, permitiendo que las mismas puedan facilitar la financiación de las empresas familiares sin que ello suponga la pérdida de control por parte de los accionistas miembros de la Familia propietaria, así como cualesquiera otras medidas que tiendan a la misma finalidad”*¹⁵⁸³. Entendemos que la Ponencia se refería fundamentalmente a las participaciones más que a las acciones, por cuanto éstas podían emitirse ya sin derechos de voto desde 1989, con la entrada en vigor de la LSA de aquel año¹⁵⁸⁴. En el caso de las participaciones, en cambio, esta materia no estaba específicamente regulada y puede

¹⁵⁷⁹ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 40.

¹⁵⁸⁰ La propuesta no se ha incorporado al artículo 403 del RRM, a pesar de que éste ha sido modificado con posterioridad al Informe de la Ponencia: el Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, añadió la abreviatura S.E. para la sociedad anónima europea domiciliada en España, a fin de adaptar el RRM a la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, introductora de dicho tipo social.

¹⁵⁸¹ Ni la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (ni en su redacción inicial ni tampoco tras su modificación mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo) ni el Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles han creado sistema alguno como el señalado, a pesar de ser posteriores al Informe de la Ponencia.

¹⁵⁸² El artículo 13.f de la citada Ley señala los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar como uno de los supuestos que pueden resolverse a través de la mediación familiar. Uno de los comparecientes en la Ponencia, Don Mario Mariner Monleón, presidente del Instituto Valenciano para el Estudio de la Empresa Familiar, apuntó que como consecuencia del trabajo de dicho Instituto se había conseguido incorporar esa mención en la Ley, introduciendo así un mecanismo extendido ya en Estados Unidos (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 8).

¹⁵⁸³ El compareciente Don Juan Carlos Ayala Calvo, catedrático de la Universidad de La Rioja, apuntó la conveniencia de la medida para mejorar la financiación de las empresas familiares mediante *“la adopción de la posibilidad de emitir títulos rescatables y títulos sin voto”* (“Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 18).

¹⁵⁸⁴ Vid. epígrafe 5.2.1.1.1.3.

considerarse que su inclusión –por su cronología- sí fue una respuesta legislativa al Informe de la Ponencia¹⁵⁸⁵.

Como puede verse, por tanto, sólo la última de estas recomendaciones ha supuesto una modificación (o tal vez mejor, una aclaración) de nuestro Derecho de sociedades para dar respuesta a lo planteado por la Ponencia. De ello se deduce, por tanto, que la valoración del resultado de la aplicación de sus recomendaciones se necesariamente negativa, sobre todo si tenemos en cuenta que la medida más importante a la que dio lugar –el RD 171/2007- ha sido también severamente criticado por la doctrina¹⁵⁸⁶, que había puesto en el mismo la confianza de que articulase los mecanismos necesarios para que la inscripción registral dotara al protocolo de “*la plena eficacia jurídica deseada*”¹⁵⁸⁷, cosa que finalmente no ha sucedido, como veremos más adelante¹⁵⁸⁸.

Con todo, hemos considerado preciso dedicar una atención especial al Informe de la Ponencia porque, con independencia de sus limitados efectos prácticos, supone el estudio más profundo realizado por parte de nuestro legislador acerca de la empresa familiar. De entrada, supone poner de manifiesto la existencia de una realidad concreta que requiere una atención especial para resolver sus problemas, entroncando de este modo con la creciente preocupación que la cuestión generaba en Europa¹⁵⁸⁹. Además, en lo relativo al protocolo familiar, sin perjuicio de los pocos avances significativos que se hayan producido con posterioridad en su tratamiento legal, el Informe de la Ponencia sirvió para estudiarlo por vez primera en sede legislativa, lo cual acabó concretándose en la definición del mismo contenida en el artículo 2 del RD 171/2007. Los estudios que en la Ponencia se hicieron acerca del protocolo suponen su “*institucionalización*” en nuestro ordenamiento¹⁵⁹⁰, por lo que podemos considerarlos la base en sede legislativa (que no entre la doctrina, que había estudiado ya previamente la figura) para su regulación.

¹⁵⁸⁵ Las participaciones sin derecho de voto se introdujeron en nuestro ordenamiento con la LSLNE de 2003, que reformó la entonces vigente LSRL incorporando a la misma un nuevo artículo, el 42 bis, para regular el régimen de estos títulos.

¹⁵⁸⁶ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., págs. 106-108; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 37 y ss; GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 44; PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 224. La regulación de la publicidad del protocolo prevista en el RD “*es difícil y retorcida y su utilización en la práctica está siendo muy escasa*” (GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 1.041).

¹⁵⁸⁷ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., págs. 476-477 (obra del año 2005, publicada mientras se elaboraban todavía borradores del RD 171/2007, como los propios autores señalan).

¹⁵⁸⁸ Vid. apartado 8.1.

¹⁵⁸⁹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit. pág. 53.

¹⁵⁹⁰ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 72

7.3.3. Eventuales modificaciones legislativas.

Como hemos visto en los epígrafes inmediatamente precedentes, el legislador español ha acometido la tarea de analizar la problemática de las empresas familiares, pero no ha acabado traduciéndola en grandes reformas legislativas en aquellos aspectos en los que tal vez resultarían más trascendentes. Esta doble realidad hace que la doctrina esté dividida a la hora de valorar el modo en que se aborda el régimen jurídico –omitamos el término *Estatuto*- de la empresa familiar.

Así, algunos autores¹⁵⁹¹ sostienen que el ordenamiento jurídico español es uno de los más avanzados de nuestro entorno en relación a las empresas familiares, sobre todo en lo relativo prever su sucesión y a sus aspectos fiscales. Otros sostienen, en cambio, que queda mucho camino por recorrer. Al respecto, se apunta que la empresa familiar ha venido siendo una realidad de nuestro tráfico mercantil desde hace mucho y que, a pesar de ello, no ha sido objeto de reconocimiento legal hasta hace bien poco, lo cual vendría a confirmar que “sólo se procede a la configuración y regulación jurídica de determinada institución cuando la realidad social así lo reclama”¹⁵⁹².

Este debate general sobre la regulación (suficiente o no) de la empresa familiar puede proyectarse también, en un terreno más concreto, sobre la regulación del protocolo familiar, respecto al que es mínimo el régimen legal existente, tal y como ya se ha dicho anteriormente: el RD 171/2007 es a día de hoy la única norma de Derecho positivo que lo ha tratado.

Entendemos, por tanto, que es necesario una tarea decidida por parte del legislador para abordar distintos puntos en los que el protocolo debería ser objeto de regulación. Al respecto, podemos enumerar al menos cuatro cuestiones sobre las que resultaría necesaria una creación o, en su caso, una reforma legislativa en relación con el protocolo familiar.

La primera de estas cuestiones guarda relación con la naturaleza jurídica del protocolo. Aunque la doctrina la tiene perfectamente determinada¹⁵⁹³, sería que el legislador definiera legalmente, en una norma de Derecho positivo, cuál es su naturaleza jurídica. La cuestión no debería generar dudas porque, como hemos señalado ya en apartados precedentes del presente capítulo, existe un consenso doctrinal muy amplio en la calificación del protocolo como contrato¹⁵⁹⁴. Pero existe también un amplio consenso a la hora de advertir que el protocolo, siendo un contrato,

¹⁵⁹¹ ONTIVEROS BAEZA, E./RUIZ RODRÍGUEZ, A.: “Retos pendientes y perspectivas de las empresas familiares”, en AAVV: *Empresas familiares y bolsa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 323.

¹⁵⁹² CAÑIZARES LASO, A.: “Empresa familiar y...”, ob. cit., pág. 74.

¹⁵⁹³ Vid. epígrafe 7.1.

¹⁵⁹⁴ Por todos, SÁNCHEZ-CRESPO, J. A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 104.

no es sólo un contrato. Como apunta también buena parte de la doctrina, resulta imposible atribuirle una naturaleza jurídica unitaria porque, junto con los elementos más puramente contractuales, el protocolo presenta toda suerte de elementos de características bien distintas: *“el examen de los contenidos que suelen configurar el protocolo familiar pone claramente de manifiesto la diversidad de su naturaleza, que va desde lo meramente expositivo (consideraciones sobre los orígenes de la familia y de la empresa), hasta las declaraciones programáticas de principios u objetivos, pasando por las meras recomendaciones, los pactos dotados de una mera eficacia moral o, en fin, los acuerdos jurídicamente vinculantes”*¹⁵⁹⁵. Y ello teniendo presente que el protocolo no puede quedarse sólo en su vertiente más jurídica, por cuanto ello le impediría funcionar como elemento que pretende marcar el iter de actuación y proceder futuro en la empresa familiar, provocando que, en su ejecución, se realicen actos que sí sean netamente jurídicos (como el otorgamiento de testamentos en un sentido determinado, por ejemplo)¹⁵⁹⁶.

Como segunda cuestión, y entroncando directamente con la anterior, debemos referirnos a la necesaria regulación del contenido del protocolo: una vez determinada su naturaleza, podría profundizarse un tanto más en lo relativo a sus características. Su carácter marcadamente heterogéneo es seguramente intrínseco a su esencia misma, de modo que puede afirmarse que *“su contenido es tan amplio y variado como las necesidades de la familia y la empresa”*¹⁵⁹⁷. Sin embargo, podemos afirmar que existe un contenido típico o habitual, al que nos hemos referido ya anteriormente¹⁵⁹⁸, y que goza de bastante consenso entre la doctrina¹⁵⁹⁹.

Por este motivo, no estaría de más –en aras a la necesaria seguridad jurídica– que se estableciera un contenido típico, más o menos tasado, del protocolo familiar, aun cuando fuera únicamente a los efectos de facilitar su identificación cuando interese distinguirlo de otras figuras como, por ejemplo, los pactos parasociales de carácter general. No se trata con ello de coartar la libertad de pacto en el protocolo, por cuanto ello lo dejaría muy cercano (tal vez demasiado) a los estatutos sociales, sin posibilidad de ir más allá de lo que ya van éstos. Se trata, más bien, de dotar al protocolo de unas reglas y de una regulación de las que hoy día adolece casi por completo. Es decir, convertir el protocolo en un tipo contractual concreto al que, por tanto, le sean aplicables unas normas jurídicas concretas¹⁶⁰⁰. De este modo, el protocolo familiar gozaría de un régimen jurídico propio que podría servir, tal vez de una forma

¹⁵⁹⁵ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar: naturaleza...”, ob. cit., págs. 174-177.

¹⁵⁹⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 71.

¹⁵⁹⁷ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 665.

¹⁵⁹⁸ Vid. apartado 3.2.

¹⁵⁹⁹ AMAT, J.: “Modelos de protocolos...”, ob. cit., págs. 107-113; DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar”, ob. cit., págs. 316-318; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 78-82; SÁNCHEZ-CRESPO, J. A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 94-103.

¹⁶⁰⁰ Para un análisis de las relaciones entre tipo y tipicidad en materia contractual, vid. GETE-ALONSO CALERA, M. C.: *Estudios sobre el contrato*, ob. cit., págs. 46-48.

indirecta, para ofrecer respuesta a algunas cuestiones societarias relativas a la empresa familiar.

Una tercera cuestión a abordar en eventuales modificaciones legislativas sería asegurar su publicidad de cara a favorecer la transparencia de las empresas familiares. A este respecto, es necesario extender las exigencias de transparencia que recaen ya sobre las sociedades cotizadas a las que no revisten tal condición y, en nuestro caso particular, a las empresas familiares. Y ello porque *“la adopción de una política de transparencia constituye un síntoma inequívoco de que la gestión de la sociedad familiar se ha profesionalizado y es respetuosa con todos los intereses en juego, y, en última instancia, podría hacer más atractiva la sociedad para la entrada de inversores ajenos al círculo familiar”*¹⁶⁰¹. Esta exigencia de transparencia tendría su principal razón de ser en caso de que se pensara en dar entrada en el capital a nuevos socios¹⁶⁰², tanto si éstos forman parte del ámbito de la familia como si no, puesto que bien pueden ser familiares y, pese a ello, ni haber suscrito el protocolo ni ser conocedores tampoco de su existencia antes de incorporarse a la sociedad.

Esta voluntad de dotar al protocolo de mayor transparencia es la que inspira el RD 171/2007, si bien cabe advertir al respecto que el carácter potestativo de la publicidad no permite pensar que se vaya a utilizar mucho esta vía¹⁶⁰³, razón por la cual consideramos que una decidida apuesta por dicha publicidad pasaría, necesariamente, por articular mecanismos de publicidad obligatoria para el protocolo.

Es éste un tema espinoso, por cuanto las familias empresarias tendrán tendencia a querer preservar la confidencialidad de sus pactos. De ahí que la Ponencia del Senado sólo recomendara la publicidad registral de los aspectos del protocolo que tuvieran relación directa con terceros¹⁶⁰⁴ y que, como señalábamos, el RD 171/2007 permita como única vía de publicidad material del protocolo la inscripción de acuerdos adoptados en ejecución del protocolo (artículo 7). Por este motivo, hay autorizadas voces en la doctrina que consideran que ampliar las posibilidades de publicidad del protocolo excedería de su finalidad, *“con la quiebra además de la discreción y reserva característicos de los pactos familiares relativos a su empresa y sin aportar ventaja práctica alguna; todo lo contrario, sería distorsionador y perturbador”*¹⁶⁰⁵. Consideramos que, efectivamente, puede comprenderse la voluntad de la familia empresaria de mantener reservados algunos de sus pactos, pero también parece razonable que aquéllos que afecten a terceros –como indicaba la Ponencia- no tengan acceso potestativo al Registro,

¹⁶⁰¹ SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, J. V.: “El gobierno de...”, ob. cit., pág. 174.

¹⁶⁰² Tutelar el interés de los terceros que pueden acceder al capital es, en definitiva, la finalidad de la obligación de publicación de los pactos parasociales en sociedades cotizadas (LEÓN, F.: “Artículo 518. Pactos...”, ob. cit., págs. 3.370-3.371).

¹⁶⁰³ RODRÍGUEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 12.

¹⁶⁰⁴ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 40.

¹⁶⁰⁵ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 72.

sino que lo tengan de forma obligatoria. Y ello tanto para evitar que la norma quede sin trascendencia (porque sean pocas las familias empresarias que acaben llevando sus protocolos al Registro) como, también, por una cuestión de seguridad jurídica y de defensa de los intereses de terceros, criterios que justifican, *mutatis mutandi*, la publicidad obligatoria de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas (artículos 518 y ss. de la LSC).

Por último, como cuarta cuestión –y entrando ya de lleno en el objeto de nuestro estudio–, cabe ahondar en la necesidad de que se adopten medidas que garanticen una mayor eficacia jurídica del protocolo, particularmente en lo relativo a su oponibilidad frente a la sociedad. Consideramos que podrían ser mecanismos óptimos para ello los siguientes:

1. Articular un mecanismo de publicidad registral que permitiera al protocolo, previa calificación por parte del registrador, gozar de publicidad material.
2. Permitir que el protocolo, debidamente elevado a público (para garantizar la certeza de su contenido), pudiera desplegar efectos en el ámbito estrictamente interno de la sociedad mercantil.
3. Establecer vías para que la sociedad tuviera conocimiento del protocolo (al estilo de lo previsto por la legislación andorrana) y, con ello, dotarlo de eficacia frente a la misma¹⁶⁰⁶.

De todos modos, no entraremos en este momento en un mayor nivel de análisis de estas cuestiones, en las que profundizaremos en el capítulo siguiente¹⁶⁰⁷. Con todo, sí resultaba necesario apuntar en este momento, al referirnos al encaje del protocolo familiar en el Derecho de sociedades, que es preciso que nuestro legislador aborde con urgencia una reforma profunda de este Derecho, por la vía de esa codificación que la doctrina¹⁶⁰⁸ reclama que se haga cuanto antes y que en la propia LSC se manifiesta estar preparando, reforma en que debe darse respuesta no sólo a las cuestiones clásicas de nuestro Derecho mercantil sino, también, y tal vez de forma más especial, a aquéllas nuevas que, como es el caso del protocolo familiar, van surgiendo en el mercado, demandando con ello una respuesta normativa que se ajuste a las nuevas realidades.

¹⁶⁰⁶ Conviene recordar que, en caso de pactos omnilaterales, resulta artificioso sostener que la sociedad no tenga conocimiento de los mismos (NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., pág. 83). No obstante, *lege data*, le siguen resultando jurídicamente inoponibles.

¹⁶⁰⁷ Vid. epígrafe 8.4.

¹⁶⁰⁸ YANES YANES, P.: “La simplificación del...”, ob. cit., pág. 123.

7.4. Límites de eficacia.

Como señalábamos al cerrar el epígrafe anterior, existen mecanismos a través de los cuales podría dotarse al protocolo familiar de una mayor eficacia obligacional en un futuro. Sin embargo, incluso si se articularan dichos mecanismos e incluso algunos otros, la figura seguiría adoleciendo de límites en su eficacia como consecuencia de su naturaleza jurídica. La publicidad registral, por ejemplo, permite superar (al menos parcialmente) el límite subjetivo de unas normas que, por esa vía, trascienden la eficacia *inter partes* para alcanzar eficacia *erga omnes*. Pero a pesar de ello, las limitaciones a la eficacia del protocolo son también de carácter objetivo, como consecuencia precisamente de sus contenidos.

La eficacia es sin duda una cuestión clave a la hora de estudiar el protocolo familiar y, curiosamente, es uno de los aspectos que menos se estudiaron en el momento de introducirlo en nuestro ordenamiento: tal vez porque no era preciso estudiar de modo particular algo que se estudiaba ya de modo general respecto a los pactos parasociales¹⁶⁰⁹; tal vez porque es el aspecto más espinoso de todo el proceso de elaboración y aprobación de un protocolo. Podemos definir la eficacia desde dos puntos de vista¹⁶¹⁰: en su vertiente positivista (“*la vigencia o susceptibilidad de producir efectos*”) y en su vertiente sociológica (“*el efectivo cumplimiento o seguimiento de una norma, esto es, su efectiva producción de efectos*”). Y podemos señalar también que la eficacia sociológica es en buena medida consecuencia de la eficacia positivista, en el sentido de que sólo las normas que desde el punto de vista positivo son susceptibles de generar –obligatoriamente– unos determinados efectos, pueden posteriormente tener la garantía de que esos efectos lleguen a producirse.

El protocolo familiar, que nace como acuerdo de carácter extraestatutario, se debe marcar como objetivo alcanzar la mayor eficacia posible, especialmente de cara a la sociedad mercantil sobre la que pretende proyectar sus efectos: como es propio en cualquier contrato de colaboración u organizativo, alcanzar eficacia frente a la sociedad y frente a terceros (la llamada “*ergaomnicidad de lo parasocial*”) será una finalidad prioritaria, debido a la evidente utilidad práctica que supondría¹⁶¹¹. Pero esta eficacia no será posible respecto a la totalidad de su contenido, debido a lo heterogéneo de los puntos que habitualmente abordará¹⁶¹² y, en particular, debido a que presentará en lo

¹⁶⁰⁹ Vid. apartado 6.2.

¹⁶¹⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: Voz “Eficacia”, en MONTOYA MELGAR, A.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, ob. cit., pág. 2.629.

¹⁶¹¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 212.

¹⁶¹² Vid. apartado 3.2.

jurídico un carácter híbrido: junto a los pactos vinculantes, figurarán generalmente compromisos morales que no tendrán fuerza vinculante directa¹⁶¹³.

Dedicaremos los epígrafes siguientes a evaluar los diferentes grados de eficacia que de los distintos elementos que contiene el protocolo y, con ello, podremos determinar qué tipos de contenidos podrán mejorar su eficacia mediante las oportunas medidas jurídicas¹⁶¹⁴ que la familia empresaria adopte, así como qué otros tipos de contenidos nunca podrán gozar de verdadera eficacia obligacional. Omitimos en este momento cualquier referencia a la eficacia *inter partes* propia del protocolo, por cuanto la misma ha sido ya abordada anteriormente en este mismo capítulo de manera diferenciada, habida cuenta de su especial importancia¹⁶¹⁵.

7.4.1. Cláusulas inscribibles.

Dentro de los diversos tipos de contenidos que puede presentar un protocolo familiar, las cláusulas inscribibles son sin duda las que mayores posibilidades tienen de alcanzar la máxima eficacia obligacional, por cuanto son aquéllas que tienen acceso (en este momento indirecto) al Registro Mercantil y, por tanto, pueden alcanzar la eficacia frente a terceros que le concede la publicidad legal de dicho Registro¹⁶¹⁶. En este sentido, conviene enlazar tres conceptos que tienen que ver con la publicidad registral: cognoscibilidad, seguridad jurídica y eficacia. Lo inscrito en el Registro es eficaz *erga omnes* porque, por la vía de su cognoscibilidad (lo publicado puede ser conocido), permite la seguridad jurídica suficiente que se debe garantizar a cualquier tercero que eventualmente pueda verse afectado por el contenido de dichas inscripciones. De ahí que el Registro Mercantil sea de los llamados de “seguridad jurídica”¹⁶¹⁷. En este sentido, por tanto, resulta evidente que los elementos del protocolo que puedan acceder al Registro serán los que alcancen una mayor eficacia.

Pero no todos los contenidos del protocolo son inscribibles, como consecuencia de la regla prohibitiva de la inscribibilidad de los hechos atípicos consagrada por los artículos 16, 21 y 22 del CCom¹⁶¹⁸. Algunos de ellos no lo son siquiera por su naturaleza pero, además, no todos aquellos contenidos que tienen a priori carácter inscribible se pueden finalmente inscribir, al ser posible que el Registrador, mediante el juicio que

¹⁶¹³ GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., págs. 197-198.

¹⁶¹⁴ En términos *de lege ferenda*, vid. las comentadas en el epígrafe 7.3.3; en términos *de lege lata*, vid. las de los apartados 8.1 y 8.2.

¹⁶¹⁵ Vid. apartado 7.2.

¹⁶¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 83.

¹⁶¹⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El nuevo Registro...*, ob. cit., pág. 31.

¹⁶¹⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil*, Marcial Pons, 2013, págs. 57-58.

emite en sede de calificación, acabe impidiendo el acceso al Registro de una determinada previsión protocolaria. Los contenidos que pretendan alcanzar publicidad registral deberán, por tanto, superar un doble test de idoneidad: el relativo a su naturaleza y el relativo a su legalidad.

En su primera fase, deberán ser contenidos que por sí mismo resulten susceptibles de inscripción. Para ello, como resulta evidente, deben estar relacionados con la regulación jurídica de la sociedad mercantil, sin tener cabida en esta categoría ni las reglas que persigan objetivos de carácter civil (que acostumbrarán a formar parte del protocolo a través de las recomendaciones) ni, tampoco, contenidos que no tengan trascendencia en sede de Derecho societario. Y es que no debe olvidarse que existe una relación *numerus clausus* de actos susceptibles de inscripción registral, consecuencia lógica de la finalidad misma del Registro: si éste quedase abierto a cualquier contenido, se generaría una gran incertidumbre acerca de la hoja registral que redundaría en perjuicio del interés de todos los terceros¹⁶¹⁹. Ejemplos de cláusulas inscribibles serán, por tanto, las que tengan que ver con los aspectos corporativos de la empresa, como el régimen de usufructo y prenda de acciones y participaciones, el régimen de transmisión de éstas, el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos, etcétera¹⁶²⁰.

Dentro de la categoría de cláusulas no inscribibles *ab initio*, en cambio, podemos situar algunas otras normas que pueda establecer la familia empresaria y que no tengan que ver directamente con la organización de la empresa o que se refieran a aspectos de la misma que nada tienen que ver con el Derecho de sociedades. Es el caso, por ejemplo, de la creación y regulación de los órganos *ad hoc*, como el consejo de familia, que es el órgano ejecutivo del protocolo, regulador de las relaciones entre empresa y familia¹⁶²¹, pero que no es en modo alguno un órgano social y, por ello, su regulación no puede tener acceso al Registro. Dicho de un modo sencillo: lo que no puede trasladarse a los estatutos, no puede inscribirse en el Registro (artículos 115 a 128 y 176 a 188 del RRM).

En la segunda fase, los contenidos que quieran acceder al Registro, deben cumplir el imprescindible requisito de adecuarse a la legalidad, para lo que resulta fundamental la calificación del Registrador (artículos 18.2 del CCom y 58 del RRM), que podemos considerar como el acto central de la función registral, porque sobre el mismo reposa el principio de legalidad, al tratarse de un “examen efectuado por el Registrador de la adecuación a los requisitos legales y reglamentarios del documento presentado”¹⁶²². Asimismo, debe precisarse que la calificación, como análisis del contenido y de la forma del documento que se presenta a inscripción, presenta un

¹⁶¹⁹ ROJO, A.: “El Registro Mercantil”, en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 146.

¹⁶²⁰ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 94.

¹⁶²¹ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 219.

¹⁶²² ARRIBAS ÁLVAREZ, J. F.: *El Registro Mercantil...*, ob. cit., pág. 121.

alcance limitado, por cuanto sólo cabe pronunciamiento respecto al documento y no respecto a las eventuales circunstancias que pueda haber a su alrededor. Así lo indica la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 12 de mayo de 2006, al definir la calificación como *“la emisión de un juicio jurídico sobre la validez del acto documentado, con alcance condicionado por los medios y la finalidad que prescribe la Ley, lo que implica que el Registrador, para calificar, en cuanto intérprete autorizado y autónomo de la legalidad, no puede valerse de presunciones, ni apreciar vicios en el consentimiento, o la buena o mala fe de los intervinientes, ni atender o juzgar cuestiones de hecho, que suponen un juicio valorativo que excede de la naturaleza y función calificadora”*. El Registrador, por tanto, sólo puede valerse del documento presentado y de los asientos precedentes, sin tener en cuenta ningún medio extrínseco¹⁶²³, tal y como la doctrina administrativa ha señalado reiteradamente¹⁶²⁴.

Mediante la calificación negativa o de defectos¹⁶²⁵, el Registrador declara que esos contenidos no se ajustan a las normas societarias y, por tanto, deben ser modificados (si es que son subsanables) para, una vez acordes con dichas normas – superado por tanto el obstáculo jurídico para su validez¹⁶²⁶–, poder ser inscritos una vez los presente nuevamente el interesado¹⁶²⁷. Si los defectos son insubsanables¹⁶²⁸ o, dentro del plazo para ello concedido, no se subsanan, no se podrá efectuar la inscripción (artículo 62 del RRM). La calificación reviste por tanto una enorme trascendencia sobre el elemento cuya inscripción se pretende, puesto que, si se emite en sentido negativo, no se limita a ser un juicio o dictamen técnico, sino que supone una imposición de voluntad, al impedir la inscripción¹⁶²⁹.

En el caso del protocolo, podemos encontrarnos con contenidos que resulten no inscribibles por su propia naturaleza y, también, con contenidos que requieran subsanación para poder ser inscritos. En el primer grupo se situarían las recomendaciones o los contenidos morales, categorías a las que nos referiremos en los

¹⁶²³ ESTURILLO LÓPEZ, A.: “Estudio de la...”, ob. cit., pág. 2.473.

¹⁶²⁴ RRDGRN de 22 de septiembre de 2005, de 19 de mayo de 2005, de 14 de diciembre de 2004, de 8 de abril de 2003 o de 11 de mayo de 1999. La única excepción es poder tomar en consideración otros documentos distintos del que es objeto de calificación si existe, al tiempo de la misma, un asiento de presentación vigente (RDGRN de 28 de abril de 2000).

¹⁶²⁵ Para un estudio de la calificación negativa y sus efectos, GARCÍA GARCÍA, L.: *La nota de calificación*, ob. cit., págs. 70-122.

¹⁶²⁶ La doctrina administrativa contiene profusos ejemplos de cláusulas estatutarias no inscribibles por ser contrarias a las previsiones legales. A modo de ejemplo, no puede inscribirse un quórum o una mayoría superior a la legal para acordar el cese de los administradores (RRDGRN de 23 de enero de 2006 y de 19 de junio de 1992); no puede inscribirse una cláusula que rebaje la mayoría legal para adoptar el acuerdo de disolución de la compañía (RDGRN de 4 de mayo de 2005); no puede inscribirse una limitación de sujetos a los que conceder la representación en junta más restrictiva que la legal (RDGRN de 25 de septiembre de 1997).

¹⁶²⁷ ARRIBAS ÁLVAREZ, J. F.: *El Registro Mercantil...*, ob. cit., pág. 125.

¹⁶²⁸ No es subsanable, por ejemplo, un defecto en la convocatoria de junta, por cuanto dicha convocatoria es presupuesto necesario para la válida constitución de la referida junta, cuyos acuerdos no podrán por tanto inscribirse (RDGRN de 29 de abril de 2005).

¹⁶²⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *El Registro Mercantil*, ob. cit., pág. 118.

epígrafes siguientes, debido a su falta de fuerza coercitiva (en el primer caso) y a su falta de formulación normativa (en el segundo). En el segundo grupo, el de las cláusulas inscribibles que precisen subsanación, se situarían todas las reglas del protocolo que se hubieran configurado en contravención de la normativa societaria (por ejemplo, una cláusula del protocolo que exigiera la unanimidad para la adopción de acuerdos en una sociedad de responsabilidad limitada, que sería contraria al artículo 200 de la LSC). La aplicación del criterio de legalidad por parte del Registrador (en virtud del artículo 6 del RRM) determinará que, en esos casos, sea precisa la adecuación de lo previsto en el protocolo al marco legal regulador del tipo social correspondiente.

En el protocolo familiar encontramos tanto ejemplos muy claros de cláusulas inscribibles *in natura* (las restricciones a la libre transmisión de acciones y participaciones que cumplan los requisitos de los artículos 123 y 188 del RRM) como ejemplos igualmente claros de aquéllas que no lo son (regulación de los órganos familiares no societarios o *ad hoc*). Igualmente, encontramos ejemplos de cláusulas que resultarán inscribibles o no en función del tipo social elegido, debiendo destacar entre éstas, por su importancia en relación con la empresa familiar, las ventajas para los fundadores y promotores.

Reguladas en el artículo 27 de la LSC únicamente para las sociedades anónimas (y no aplicables por tanto a las de responsabilidad limitada), las ventajas a los fundadores de una sociedad mercantil tienen su origen histórico a finales del siglo XIX¹⁶³⁰ y se han mantenido en nuestro Derecho de sociedades hasta hoy, configuradas como un derecho que debe revestir necesariamente contenido económico.

Teniendo en cuenta que un momento singularmente crítico en la vida de una empresa familiar es aquél en que debe afrontar su sucesión, y teniendo en cuenta también que una de las preocupaciones que surgen en ese momento tiene que ver con asegurar la tranquilidad económica del fundador que se retira de la empresa, es evidente que este tipo de medidas pueden resultar muy útiles a la hora de favorecer este tipo de procesos. Con todo, es importante respetar el límite expreso de la LSC a este tipo de ventajas (contenido económico y no político), su límite cuantitativo (el 10% de los beneficios netos durante 10 años) y, también, el límite tácito de la razonabilidad¹⁶³¹, que siempre es aconsejable tener presente. De este modo, se puede conjugar el interés de dar acceso a la administración de la compañía a la generación

¹⁶³⁰ Su origen se remonta a 1854, cuando la Sociedad del Canal de Suez emitió cien bonos de fundador que reconocían a sus titulares (las personas que habían ayudado a financiar los estudios de Ferdinand Lesseps para la construcción del Canal) el derecho al 10% de los beneficios futuros de la empresa (MACHADO, J.: “Artículo 27. Ventajas de los fundadores de las sociedades anónimas”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., págs. 381-382.

¹⁶³¹ Para la RDGRN de 7 de mayo de 1951, no resulta procedente –salvo la autorización expresa del Ministerio de Hacienda–, de unas ventajas “a cuyos tenedores se conceden derechos que exceden de los límites racionales”.

siguiente asegurando, por otra vía, que el fundador pueda obtener ingresos por ésta y otras vías, como por ejemplo las retribuciones derivadas de un eventual cargo de presidente honorífico o de un papel como asesor del órgano de administración¹⁶³², si bien en estos casos deberán tenerse en cuenta las incompatibilidades de determinadas retribuciones con la percepción de pensiones de jubilación. Sea como fuere, soluciones como ésta son necesarias para facilitar un relevo generacional que plantea dificultades y para el que se ha reclamado incluso por la doctrina –aunque sin eco en el legislador– la articulación de mecanismos de arbitraje de equidad que permitieran desencallar unos procesos que en muchas ocasiones resultan complicados¹⁶³³.

Por otro lado, interesa igualmente destacar que algunos otros contenidos del protocolo que podrían, a priori, suscitar dudas acerca de su carácter inscribible se resuelven a favor de su acceso al Registro Mercantil. Es el caso de los requisitos subjetivos que se pueden exigir a quienes vayan a acceder a los puestos de administración de la compañía. El artículo 212 de la LSC, dedicado a los requisitos subjetivos para el acceso a esos puestos, no contiene curiosamente enumeración alguna de los mismos, si bien la doctrina interpreta que los requisitos básicos se hallan implícitos en el deber de informarse (artículo 225.2 de la LSC) o en el genérico deber de diligencia (artículo 225.1 de la LSC): se trataría de tener la capacitación profesional, los conocimientos previos, o la pericia y experiencia razonables para ejercer como administrador de una determinada compañía¹⁶³⁴. Es lo que se puede considerar “*crédito profesional*”¹⁶³⁵, entendido como la formación y la experiencia previa en gestión de sociedades, preferiblemente en el mismo sector que aquélla que se va a administrar.

En particular, en relación a la capacidad técnica de los administradores, la RDGRN de 26 de marzo de 2002 considera inscribible una cláusula que dispone que se elijan como miembros del Consejo de Administración a profesionales de singular relieve, por entender que “*debe darse cauce a la necesidad de permitir la adopción de determinadas medidas que favorezcan la incorporación de profesionales con ciertas cualidades al órgano de administración de las sociedades mercantiles*”. Y este criterio, que es válido para fomentar por ejemplo la entrada de consejeros independientes en la administración de las sociedades, con el valor añadido que esto conlleva¹⁶³⁶, debe serlo también para limitar el acceso a la misma a aquellos miembros de la familia que no reúnan unos requisitos mínimos de formación o aptitud para el desempeño del cargo. No obstante, debe tenerse en cuenta que no todas las limitaciones que puedan interesar a la familia

¹⁶³² Al margen de ser una vía para mantener el nivel económico del fundador, estos mecanismos son especialmente adecuados para que el mismo se pueda mantener vinculado a la empresa y se pueda aprovechar mejor su experiencia (CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., pág. 204).

¹⁶³³ VICENT CHULIÀ, F.: “Protocolo familiar. Organización...”, ob. cit., págs. 140-141.

¹⁶³⁴ GALLEGO, E.: “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., págs. 1.502-1.503.

¹⁶³⁵ VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho...*, ob. cit., pág. 581.

¹⁶³⁶ Vid. epígrafe 5.2.1.2.2.

empresaria serán inscribibles: a pesar de reconocerse la evidente utilidad que la imposición de determinados requisitos adicionales pueda tener en el caso de empresas familiares (por ejemplo, una antigüedad determinada como socios o una determinada edad), se duda de la licitud de todas ellas y, en particular, se debe recordar que no pueden ir contra normas imperativas (no sólo societarias) ni conculcar los legítimos derechos de los socios¹⁶³⁷. En definitiva, por tanto, es inscribible la cláusula que exija requisitos adicionales para acceder a la administración de la sociedad siempre que no vaya en contra de ninguna norma imperativa, entendida ésta en sentido amplio. Por lo tanto, deberá atenderse a la casuística de cada previsión protocolaria concreta a la hora de determinar su validez o no a efectos de inscripción.

Y es necesario apuntar también que, existiendo contenidos inscribibles en lo jurídico, no lo son en lo familiar, lo cual vetará también su acceso al Registro. Es el caso, por ejemplo, de los acuerdos que sólo afecten a un determinado número de socios (pertenecientes, por ejemplo, a una rama familiar concreta): estos acuerdos no encontrarán en los estatutos su espacio más idóneo, puesto que no pretenden regular directamente la totalidad de la sociedad; su espacio más idóneo serán pactos parasociales que adoptarán forma de sindicato de mayoría o de control frente a terceros y que se mantendrán reservados entre esos socios determinados¹⁶³⁸.

Finalmente, es preciso advertir que nos encontramos ante una paradoja: las cláusulas del protocolo que superen el doble test de idoneidad al que nos referíamos al principio de este epígrafe, aquéllas que por tanto son susceptibles de acceder al Registro Mercantil, no necesitarán el protocolo como vehículo para su incorporación a la regulación de la sociedad mercantil, puesto que podrán acceder directamente a los estatutos sociales, que deberán estar adaptados, en realidad, a las líneas básicas del protocolo¹⁶³⁹. La paradoja es por tanto doble: por un lado, teniendo acceso a los estatutos, es recomendable que esas reglas se trasladen precisamente a los mismos¹⁶⁴⁰ y, formando parte de ellos, se inscriban en el Registro; por el otro, se aprecia que la inscripción registral de esas reglas a través del protocolo llevaría a *“una doble labor de calificación para el registrador que deberá no sólo controlar la legalidad de las cláusulas del protocolo familiar que se pretendan inscribir, sino también cotejar su contenido con el de los estatutos previamente inscritos de la sociedad, con el fin de evitar los problemas de seguridad jurídica que se suscitarían si una misma materia (por ejemplo las restricciones a la libre transmisión de las acciones o participaciones) no tiene idéntico régimen jurídico en el protocolo familiar y en los estatutos sociales”*¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁷ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 151.

¹⁶³⁸ GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.013.

¹⁶³⁹ CORONA, J./MARTÍ PICÓ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit., pág. 485.

¹⁶⁴⁰ Vid. apartado 4.2.

¹⁶⁴¹ VIERA GONZÁLEZ, J. A.: “Empresa y protocolo...”, ob. cit., pág. 1.703.

Esta eventual falta de seguridad jurídica no se produce en este momento, por cuanto el protocolo no accede directamente al Registro Mercantil, sino que lo hace de modo indirecto, a través de los acuerdos ejecutados en aplicación de sus normas, siempre que se trate de “*un protocolo familiar publicado*”. Esto obliga, como ya señala el artículo 7 del RD 171/2007, a una calificación por parte del Registrador acerca de la legalidad del acuerdo que se pretenda inscribir, razón por la cual será imprescindible que ese protocolo haya sido previamente llevado al Registro: de lo contrario, no dispondría de la publicidad legal necesaria para que el Registrador pudiera tomarlo en consideración a la hora de calificar el acuerdo (artículo 6 del RRM).

7.4.2. Recomendaciones.

Como ya hemos indicado en puntos anteriores del presente trabajo, el protocolo familiar pretende extender sus efectos sobre materias indisponibles, al tratarse de cuestiones de Derecho necesario relacionadas con materias que forman parte de la esfera personal de sus firmantes y que, por tanto, quedan fuera del ámbito del comercio¹⁶⁴². Pero estas cuestiones sobre las que el protocolo no puede establecer normas son, por otro lado, elementos fundamentales para garantizar su funcionalidad en la regulación de la empresa familiar y, en particular, en la ordenación de la sucesión en la propiedad y gestión de la misma. Por ello, ante la imposibilidad de establecer esas normas coercitivas, el protocolo incorpora recomendaciones al respecto, con una eficacia jurídica muy limitada¹⁶⁴³.

Una buena manera de tratar de definir, desde el punto de vista jurídico, las recomendaciones que puede contener un protocolo familiar, es calificarlas como *soft law* (o Derecho blando, aunque es la nomenclatura anglosajona del término la que está más extendida). Con la expresión *soft law*, prioritariamente utilizada en normas de Derecho internacional, se recoge lo que en el Derecho romano se conocía como *lex imperfecta*¹⁶⁴⁴ y que, a día de hoy, se configura como “*instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona*”¹⁶⁴⁵.

Las recomendaciones no tienen en sí mismas ninguna eficacia jurídica vinculante, ni siquiera para los firmantes del protocolo. Se trata en todo caso de las

¹⁶⁴² Vid. epígrafe 4.1.2.2 en relación a capitulaciones matrimoniales y 4.1.3.1 en relación a pactos sobre la herencia futura.

¹⁶⁴³ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar: naturaleza...”, ob.cit., págs. 192-193.

¹⁶⁴⁴ ALARCÓN GARCÍA, G.: “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, en BÁEZ MORENO, A. et al. (dirs.): *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, tomo I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 274.

¹⁶⁴⁵ MAZUELOS BELLIDO, A.: “Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces”, en *REEI*, núm. 8/2004, pág. 2.

llamadas “*cláusulas de voluntad*”, que precisan ser desarrolladas por otros instrumentos para llegar a tener verdadera trascendencia¹⁶⁴⁶. En este sentido, las recomendaciones suponen el ejemplo paradigmático de la necesidad de trasladar su contenido del protocolo a los instrumentos jurídicos que resulten más adecuados, sobre todo en el terreno civil¹⁶⁴⁷. Y es que, aceptando que las reglas del protocolo tendrán en mucho caso acceso a los estatutos y al Registro Mercantil, es en las cuestiones de carácter civil (ordenación de la sucesión y régimen económico matrimonial, fundamentalmente) donde mayor incidencia tienen las recomendaciones que, por su propia naturaleza, no pueden revestir forma de normas coercitivas de obligado cumplimiento¹⁶⁴⁸.

Pero a pesar de lo dicho, no debe menospreciarse el valor que puedan tener las recomendaciones que se incorporen al protocolo. Es evidente que su falta de coercitividad supone un problema desde el punto de vista jurídico, pero ello no justificaría omitirlas en el documento: el éxito del protocolo como instrumento regulador de la empresa depende en buena medida de su eficacia jurídica (cuestión cuyo estudio justifica este trabajo), pero no depende sólo de eso, sino también de cuestiones que trascienden más allá de lo estrictamente normativo. El éxito de la aplicación del protocolo, sobre todo en las áreas que más tienen que ver con la familia, dependerá de la disposición que los miembros de la familia empresaria tengan a la hora de cumplir de forma espontánea –en aquellos puntos en que no se les pueda forzar a cumplir de manera obligada– aquellas recomendaciones a las que otorgan valor como compromiso moral¹⁶⁴⁹.

Puede resultar extraño, entre juristas, referirse al compromiso moral como base para la ordenación de una determinada conducta. Este circunloquio obligado, ante la imposibilidad de hablar de una verdadera *obligación*, nos lleva precisamente a distinguir las recomendaciones de las obligaciones (presentes en otros apartados del protocolo y, en particular, reflejadas en sus cláusulas inscribibles). Las dos notas características de toda obligación son su carácter vinculante (imponen un “*deber jurídico*”) y la existencia subjetiva de un derecho de crédito (el derecho del eventual beneficiario a que el obligado cumpla su deber)¹⁶⁵⁰. Ninguna de estas dos notas se aprecian en la recomendación: ni existe un deber jurídico (vinculante) ni existe tampoco un derecho de crédito (exigible). Por ello, no se puede forzar el cumplimiento (*ex artículo 1.124 del CC*) de aquello que no se está obligado a cumplir. Sin embargo, cabe insistir en la importancia de incorporar al protocolo las recomendaciones sobre cuestiones familiares civiles que incidan sobre la empresa familiar, por cuanto “*su mera formulación expresa pueda resultar útil, favoreciendo su espontáneo cumplimiento en aras de*

¹⁶⁴⁶ GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., págs. 197-198.

¹⁶⁴⁷ Vid. epígrafe 4.2.2.

¹⁶⁴⁸ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...” , ob. cit., págs. 218-221.

¹⁶⁴⁹ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar”, ob. cit., págs. 335-336.

¹⁶⁵⁰ LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de Obligaciones*, volumen I, ob. cit., pág. 42.

*preservar el interés general de la empresa y de la familia*¹⁶⁵¹, a pesar de que ese espontáneo cumplimiento, eso sí, quede al albur de cada uno de los firmantes del documento.

Consideramos conveniente cerrar este epígrafe retomando la referencia al *soft law* que efectuábamos al abrirlo, para resaltar con ello una circunstancia importante acerca del protocolo que, con el símil propuesto, se aprecia de forma especialmente clara. Dentro del *soft law* se distinguen dos categorías diferentes: por un lado, el *legal soft law*, que engloba los instrumentos que revisten cierta eficacia, aunque no sea la máxima o la inicialmente pretendida; por el otro, el llamado *doblemente soft law*, que se refiere a aquéllos que no tienen ninguna eficacia vinculante¹⁶⁵².

En el protocolo familiar encontramos agrupadas ambas categorías. Incluso en el mejor de los casos, su eficacia es similar a la del *legal soft law*, por cuanto por sí mismo no alcanza a regular plenamente el funcionamiento de la sociedad mercantil ni tampoco las relaciones entre ésta y la familia empresaria, sin perjuicio de que pueda ser un documento dotado de cierta eficacia (eminentemente *inter partes*, debido a su naturaleza contractual). Pero más allá de esta eficacia de *legal soft law* que el protocolo tiene en términos generales, parte de su contenido no pasa de resultar *doblemente soft*, por cuanto de ningún modo tendrá *per se* fuerza vinculante de ningún tipo, ni siquiera contractual¹⁶⁵³. Y en esta categoría cabe enmarcar tanto las recomendaciones, a las que hemos dedicado este epígrafe, como también los contenidos morales, a los que dedicaremos el próximo.

7.4.3. Contenidos morales.

Hablar de los contenidos morales en el protocolo familiar no resulta una tarea sencilla, sobre todo por las dificultades que plantea delimitar cuál es el alcance de esta categoría de contenidos, especialmente en un texto jurídico como éste. Con todo, centrando la cuestión, consideramos que estos contenidos morales obedecen fundamentalmente a dos tipos de elementos: por un lado, lo que podríamos denominar aspectos expositivos y, por el otro, lo que serían normas de carácter moral o ético.

La diferencia esencial entre el primer y el segundo tipo de contenidos morales es que los primeros no pretenden generar un efecto directo en la conducta de los firmantes del protocolo, cosa que sí pretenden los segundos, aunque la capacidad

¹⁶⁵¹ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar: naturaleza...”, ob. cit., pág. 193.

¹⁶⁵² MAZUELOS BELLIDO, A.: “Soft law: ¿mucho...”, ob. cit., pág. 2.

¹⁶⁵³ En materia de sucesión contractual, por ejemplo, los protocolos no generan ningún efecto vinculante, por más que sea habitual que establezcan el sentido en que consideren que deben realizarse los testamentos (FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: “Empresa familiar y...”, ob. cit., pág. 95).

coercitiva que tengan para conseguirlo sea del todo nula. Pero ambos son importantes, incluso los que sólo pretenden describir determinados aspectos de la empresa familiar (historia, valores, filosofía, etc.), puesto que pueden servir como criterios interpretativos de la totalidad de las normas del protocolo y, en buena medida, habrán ayudado de modo determinante a que éste pueda llegar a ser consensuado, redactado y firmado¹⁶⁵⁴. En este sentido, merece la pena retomar en este punto la referencia al *soft law*, que se configura como un “*parámetro interpretativo*” de las normas de Derecho positivo¹⁶⁵⁵.

En este sentido, la filosofía o la historia de la compañía no serán temas baladí, sino que justificarán el porqué de unas determinadas reglas y, sobre todo, el porqué la familia empresaria ha decidido que es conveniente mantener la titularidad de la empresa: en el caso de la historia, por ejemplo, a priori el más descriptivo de los contenidos, permite ésta saber que la familia empresaria tiene la determinación de mantener la compañía en sus manos a lo largo del tiempo, asumiendo riesgos y generando valor y riqueza tanto para la sociedad como para la familia¹⁶⁵⁶ (es decir, sustentando la vocación de continuidad a la que tantas veces nos hemos referido a lo largo del presente trabajo como factor fundamental¹⁶⁵⁷). Aplicando la llamada “*interpretación integradora*”, que tiene su origen en la doctrina germánica, el protocolo – en tanto que contrato- se interpretará de manera conjunta, de modo que esa visión global del mismo permita integrar las eventuales lagunas contractuales que el mismo presente¹⁶⁵⁸.

Y aunque es cierto que estos contenidos morales del protocolo (generalmente incluidos en su Preámbulo), constituyen la parte más literaria y menos jurídica del documento¹⁶⁵⁹, pueden presentar también contenidos con una importancia interpretativa fundamental. En este sentido, no hay que desmerecer en este apartado descriptivo la importancia que revestirán determinadas menciones, como por ejemplo la identificación de qué se entiende por familia empresaria, con qué alcance, qué requisitos deberán cumplirse para acceder al protocolo o cómo se delimitan las distintas ramas familiares¹⁶⁶⁰.

Los contenidos morales que revisten forma de reglas se basan en la idea de pacto entre caballeros que sólo obliga a sus firmantes de una manera moral¹⁶⁶¹, por lo

¹⁶⁵⁴ Es habitual y recomendable establecer un prontuario o guía de cuestiones indispensables a tratar en el protocolo, siendo ésta la base sobre la que empiezan los profesionales a elaborar su contenido definitivo (GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., págs. 1.002-1.003).

¹⁶⁵⁵ ALARCÓN GARCÍA, G.: “El soft law...”, ob. cit., pág. 279.

¹⁶⁵⁶ TÀPIES LLORET, J./FERNÁNDEZ MOYA, M.: “Rompiendo mitos acerca...”, ob. cit., págs. 39-40.

¹⁶⁵⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria ante...”, ob. cit., pág. 66.

¹⁶⁵⁸ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Contratos*, ob. cit., pág. 481.

¹⁶⁵⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 79.

¹⁶⁶⁰ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 316.

¹⁶⁶¹ GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos...”, ob. cit., pág. 197.

que sus efectos nunca tendrán trascendencia jurídica: se trata, pues, de “normas de conducta o valores asumidos por los miembros de la familia, que no generan derechos y obligaciones entre los suscriptores del pacto [...] sin perjuicio de que la inobservancia de estos pactos pueda ser reprobada o sea censurable moral o éticamente por los miembros de la empresa familiar”¹⁶⁶². Es decir, el reproche ético es la única consecuencia del incumplimiento de este tipo de reglas, sin que dicho incumplimiento pueda generar en modo alguno consecuencias jurídicas¹⁶⁶³.

La frontera entre estas reglas éticas y las recomendaciones a las que nos referíamos en el epígrafe anterior es ciertamente difusa¹⁶⁶⁴. Esto se aprecia de forma especialmente intensa cuando nos referimos a reglas que tienen que ver con las relaciones familiares. Así, mientras el protocolo presenta algunas normas conductuales que están encaminadas a una finalidad únicamente moral (o hasta moralizante), como es el caso de los principios orientados a desarrollar aspectos como la confianza mutua o el compromiso con el proyecto empresarial común¹⁶⁶⁵, algunas otras buscan una clara trascendencia jurídica que no pueden alcanzar por sí mismas pero que, a modo de recomendaciones, pretenden ser condicionantes de acciones futuras de los miembros de la familia. Es el caso, sobre todo, de las normas que se pretendan establecer (recomendaciones al fin y al cabo) sobre la ordenación de la sucesión de los miembros de la familia empresarial, que carecerán de cualquier fuerza vinculante pero revestirán, en cambio, una evidente fuerza moral¹⁶⁶⁶.

Tal vez convendría recordar, para un mejor entendimiento de la cuestión, que la *societas* nace en el Derecho romano como una institución familiar y que durante toda la Edad Media está muy influenciada por las relaciones familiares, al no haberse abstraído todavía su regulación del ámbito del Derecho de familia para aislarlo en el Derecho de obligaciones¹⁶⁶⁷. En consecuencia, reconocer la importancia de los aspectos familiares en la gestión de una empresa no supone una innovación ni un invento, sino un mero retorno –bajo el correspondiente prisma obligacional propio de nuestros días– a la esencia misma de la sociedad mercantil, nacida en el marco de una fraternal relación entre sus partícipes.

Es interesante tener en cuenta a la hora de analizar el protocolo que éste, como muchos contratos, no sólo se rige por las palabras que lo conforman, sino también por otros muchos elementos, entre los que reviste importancia incluso aquello que no se dice: “el contenido del contrato se integra por los pactos expresos y tácitos, la ley, las prácticas

¹⁶⁶² DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el...”, ob. cit., pág. 105.

¹⁶⁶³ CASILLAS, J.C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de...*, ob. cit., pág. 139.

¹⁶⁶⁴ Piénsese, por analogía, en los códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Nos hemos referido a ellos en el epígrafe 5.2.1.2.2.

¹⁶⁶⁵ GALLO, M. A./TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido...”, ob. cit., pág. 81.

¹⁶⁶⁶ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 92.

¹⁶⁶⁷ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 153.

*de los contratantes y los usos*¹⁶⁶⁸. Es decir, el protocolo puede incluso incorporar pactos no escritos pero cuya existencia y validez se deduzca de los actos o hasta de las omisiones (pactos tácitos) de sus otorgantes.

Finalmente, debemos recordar antes de cerrar este epígrafe la importancia que los contenidos morales revisten como elemento integrador de la familia empresaria. En primer lugar, elementos como los valores de la empresa familiar son el punto de partida básico para generar un sentido de identidad que permita adoptar las medidas pertinentes para marcar unas directrices a la labor diaria de la empresa¹⁶⁶⁹, lo cual supone obviamente la génesis del protocolo. Por lo tanto, serán estos contenidos morales los que determinarán qué tipo de pactos está dispuesta a alcanzar la familia empresaria y qué grado de eficacia jurídica desea que éstos revistan¹⁶⁷⁰. En segundo lugar, como ya se ha dicho, serán unos contenidos que ayudarán a comprender el sentido de las reglas adoptadas, lo cual servirá para explicarlas, justificarlas, legitimarlas y, consecuencia de todo ello, fomentar su cumplimiento.

Los contenidos morales no tienen por tanto un efecto jurídico vinculante directo ni sobre la empresa familiar ni sobre la familia empresaria. No obstante, juegan un papel fundamental en la fase generativa de las reglas que sí tendrán ese efecto y, también, un papel igualmente fundamental en el momento en que las mismas deberán ser aplicadas. Por ello, aun siendo en sí mismos elementos extraños en el marco de un documento que debe revestir necesariamente un marcado carácter jurídico¹⁶⁷¹, es preciso que los juristas se habitúen a trabajar con ellos y los vean como un punto de apoyo necesario para el otorgamiento de las normas que permitirán regular más adecuadamente la empresa familiar.

¹⁶⁶⁸ VATTIER FUENZALIDA, C.: “La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable”, en BLASCO, F. et al. (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 2.726.

¹⁶⁶⁹ TÀPIES LLORET, J./FERNÁNDEZ MOYA, M.: “Rompiendo mitos acerca...”, ob. cit., págs. 38-39. La identidad familiar es una capacidad adicional que presenta la empresa familiar, fruto de la interrelación entre empresa y familia, sin la cual no puede hablarse propiamente de empresa familiar (RUS RUFINO, S./RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. P.: “¿Qué es una empresa familiar?”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la...*, ob. cit., pág. 32).

¹⁶⁷⁰ GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.003.

¹⁶⁷¹ Vid. epígrafe 3.1.3.2.

8. Eficacia jurídico-obligacional del protocolo familiar

8.1. Medidas registrales de eficacia.

Como ya hemos venido destacando, la posibilidad de que el protocolo familiar tenga acceso al Registro Mercantil es el avance más importante que se ha producido en nuestro ordenamiento respecto a la eficacia de esta figura, por cuanto supone dotarlo de oponibilidad frente a la sociedad mercantil y frente a terceros (eficacia *erga omnes*) a pesar de su naturaleza jurídica de carácter eminentemente contractual (con eficacia por tanto *inter partes*), como ocurre con todo pacto parasocial¹⁶⁷². Sin perjuicio, por tanto, de la existencia de distintas medidas internas del protocolo (como las cláusulas penales) o externas pero directamente vinculadas (como las prestaciones accesorias), medidas a las que nos referiremos más adelante¹⁶⁷³, el acceso del protocolo al Registro Mercantil permite dotarlo de una mayor eficacia –fruto de su cognoscibilidad por parte de cualquier tercero¹⁶⁷⁴– que sólo por esta vía podrá conseguir, debido a los efectos que genera su carácter público¹⁶⁷⁵.

Dedicaremos los epígrafes siguientes a analizar las distintas vías de acceso al Registro que pueden seguirse respecto al protocolo familiar, vías derivadas todas ellas del RD 171/2007, que vino a recoger las recomendaciones que a tal efecto había hecho la Ponencia del Senado de 2001¹⁶⁷⁶. Cada una de estas vías generará un efecto distinto en relación a la eficacia del documento (desde la mera publicidad noticia derivada del depósito hasta la publicidad material derivada de la calificación), por lo que consideramos que la familia empresaria deberá determinar en su seno, con carácter previo a acudir al Registro, qué grado de publicidad quiere que alcance su protocolo¹⁶⁷⁷. Asimismo, incorporaremos también en este apartado el estudio de la génesis del RD 171/2007 y también la crítica a su actual contenido, que la doctrina considera en líneas generales muy mejorable¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷² JORDÁ GARCÍA, R.: “Autocartera, pactos de...”, ob. cit., pág. 99.

¹⁶⁷³ Vid. apartado 8.2.

¹⁶⁷⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *El Registro Mercantil*, ob. cit., págs. 69-71.

¹⁶⁷⁵ RDGRN de 28 de diciembre de 1992: la información que obra en el Registro es accesible al público, no sólo en relación con los asientos practicados, sino también con todos los documentos depositados, publicidad caracterizada además por la intermediación y la accesibilidad por parte de cualquier tercero.

¹⁶⁷⁶ Vid. apartado 7.3.2.

¹⁶⁷⁷ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 303.

¹⁶⁷⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 37.

8.1.1. La génesis del Real Decreto 171/2007.

La gran novedad introducida por el RD 171/2007 respecto al protocolo familiar es la posibilidad de que éste se inscriba en el Registro Mercantil. Dicha novedad, regulada en sus artículos 4 a 7, recoge el mandato que, en su apartado 3, hacía la Disposición Final Segunda de la LSLNE: “*reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción*”. Un mandato que, a su vez, derivada de una recomendación efectuada por la Ponencia de estudio del Senado de 2001, que expresamente instaba a “*la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del Protocolo Familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros*”¹⁶⁷⁹, y que se recogía en una norma, la LSLNE, que introducía cambios legislativos orientados a favorecer la continuidad del carácter familiar de la empresa, así como de la empresa misma¹⁶⁸⁰.

Ya de entrada, cabe ser críticos con el modo en que el legislador cumplió el referido mandato porque, a pesar de tardar casi cuatro años en elaborar el RD, su contenido no fue todo lo ambicioso que cabría esperar y reguló unas formas de acceso al Registro que no permiten que podamos hablar de una verdadera eficacia registral plena cuando se inscribe un protocolo. No al menos en términos de publicidad material¹⁶⁸¹, que hubiera sido sin duda lo más deseable en aras a dotar al documento de verdadera eficacia obligacional y *erga omnes*, si bien este tipo de eficacia generó ya desde la publicación de la LSLNE la inquietud de muchos juristas acerca de lo que supondría una publicidad registral del protocolo, que vendría a dotar a éste de cierta naturaleza estatutaria, lo cual chocaría con la naturaleza misma de un acuerdo al que se suelen incorporar elementos no inscribibles¹⁶⁸².

La norma, por tanto, debió haber previsto algún mecanismo de publicación de los protocolos (y por ende de sus contenidos) que los dotara de auténtica eficacia de publicidad material pero esto, como decíamos, no ha sucedido. Pero el punto de partida del RD 171/2007 gira en torno a dos grandes premisas¹⁶⁸³: por un lado, articular un mecanismo de publicidad siempre voluntario (artículo 2.3) y, por el otro, limitar ese

¹⁶⁷⁹ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., págs. 39-40.

¹⁶⁸⁰ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 1.126.

¹⁶⁸¹ La publicidad material es el fin básico del Registro Mercantil: hace posible la eficacia *erga omnes* de las situaciones jurídico-personales típicas inscritas, de modo que se garantice la seguridad del tráfico empresarial (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 13).

¹⁶⁸² GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos del Registro Mercantil”, en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.): *Instituciones de derecho privado*, tomo VI, volumen 5º, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pág. 294.

¹⁶⁸³ GALEOTE, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.014.

mecanismo a tres formas determinadas de acceso al Registro (artículos 5 a 7) que más adelante analizaremos.

Estas características, como a continuación destacaremos, se incorporaron ya al RD en su fase de tramitación y se mantuvieron hasta su redacción definitivamente promulgada.

8.1.1.1. El Proyecto del Ministerio de Justicia.

Recogiendo el mandato de la LSLNE al que nos hemos referido, el Ministerio de Justicia presentó en febrero de 2006 el “Proyecto de Real Decreto Regulator de la Publicidad de los Protocolos Familiares”¹⁶⁸⁴, cuyas líneas maestras son las que posteriormente acabarían formando parte del texto final del RD 171/2007, como anticipábamos ya en el epígrafe anterior.

En la Exposición de Motivos de dicho Proyecto encontramos ya definido el marco en el que se regulará el acceso de los protocolos al Registro Mercantil, delimitado por su carácter siempre potestativo y por la existencia de vías distintas para llevar a cabo ese acceso. Por lo que se refiere a esta pluralidad de vías, señala el Proyecto lo siguiente: *“De menos a más se prevé, en primer lugar, la mera constancia de la existencia de un protocolo, con referencia a sus datos identificativos y no a su contenido, mediante inscripción; en segundo término, el depósito del protocolo o parte de él, que exigirá su constancia en documento público [...] Finalmente, mediante inscripción, podrá constar en el Registro Mercantil la escritura pública que contenga, en ejecución del Protocolo y con mención expresa del mismo, cláusulas inscribibles por reunir los requisitos que exige la legislación vigente para ello”*.

Esta tríada de caminos es la que recoge el Proyecto en sus artículos 2, 3 y 4, respectivamente. Unos preceptos que son prácticamente idénticos –recogen en esencia la misma regulación- que los artículos 5, 6 y 7 del RD 171/2007, lo cual resulta del todo congruente, puesto que el RD finalmente aprobado desarrolla en su Preámbulo, *mutatis mutandi*, las mismas cuestiones desarrolladas ya en la Exposición de Motivos del Proyecto.

Asimismo, el Proyecto ya incorporaba la modificación de los artículos 114, 124, 175, 185, 186, 187 y 188 del RRM, reforma que se ha mantenido con pocas modificaciones en el RD 171/2007 y respecto a cuya forma de adopción se han generado dudas, por cuanto resulta aplicable a todo tipo de sociedades mercantiles y

¹⁶⁸⁴ El texto completo del Proyecto se reproduce en VIERA GONZÁLEZ, J. A.: “Empresa y protocolo...”, ob. cit., págs. 1.705-1.708.

no únicamente a las empresas familiares¹⁶⁸⁵, lo cual se justificaba en la Exposición de Motivos del Proyecto por la utilidad que podría tener sobre otras sociedades distintas a las familiares: *“Estas normas actualizadas no sólo serán útiles herramientas para las sociedades de carácter familiar, sino también para otras sociedades cerradas, como las sociedades profesionales”*. Una opinión que comparte también la doctrina especializada¹⁶⁸⁶.

El RD 171/2007 mantuvo en su Preámbulo esta misma reflexión sobre la reforma del RRM, del mismo modo que mantuvo también la justificación acerca de una de las medidas concretas adoptadas en dicha reforma, como fue la creación de comités consultivos. Ya en el Proyecto se apuntaba que la incorporación a nuestro ordenamiento de esta figura no suponía un cambio de paradigma en el sistema monista de administración de sociedades, que es el predominante en nuestro Derecho¹⁶⁸⁷. Al respecto, se indicaba que estos comités *“en nada inciden en el binomio monista-dual, que introducirá en España la ley reguladora de las sociedades anónimas domiciliadas en España”*¹⁶⁸⁸.

Respecto a estos comités, cuya creación se prevé mediante la reforma de los artículos 124.2 y 185.3 del RRM, para sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente, el Proyecto únicamente se preocupaba de regular su creación, pero no así de hacerlos constar en la primera inscripción de la sociedad, lo cual sí se estableció en el texto final del RD 171/2007, que amplió a tal efecto la modificación de los artículos 114.2 y 175.2 del RRM. La diferencia, aunque pueda parecer sólo formal, tiene su importancia: la inscripción inicial de las sociedades mercantiles supone la integración en el ordenamiento registral de un nuevo sujeto, que efectuará esa integración sobre la base de unas determinadas circunstancias (las recogidas en esa primera inscripción), respecto a las que la Administración consiente a los particulares el ejercicio de una determinada actividad¹⁶⁸⁹. Por lo tanto, en la medida en que los comités consultivos figuren ya en la primera inscripción o no lo hagan, se estará concediendo o no a la sociedad la facultad de disponer de los mismos desde su momento inicial.

¹⁶⁸⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 37.

¹⁶⁸⁶ SÁNCHEZ-CRESPO, CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 125.

¹⁶⁸⁷ Vid. epígrafes 2.1.24 y 5.2.

¹⁶⁸⁸ No se entiende muy bien por qué el Proyecto, presentado en 2006, se refiere a la introducción de la sociedad anónima europea con carácter futuro, cuando la misma se había incorporado ya a nuestro ordenamiento a través de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre. El RD 171/2007 subsana la redacción del Proyecto indicando que, efectivamente, este tipo social ya estaba vigente en ese momento en nuestro Derecho.

¹⁶⁸⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *El Registro Mercantil*, ob. cit., pág. 121.

8.1.1.2. El Dictamen del Consejo Económico y Social.

En fecha 25 de octubre de 2006, el Consejo Económico y Social emitió un Dictamen acerca del Proyecto de RD que el Ministerio de Justicia había elaborado, dictamen que se cerró con una valoración positiva del texto en sus términos generales¹⁶⁹⁰. Esta valoración positiva resulta congruente con la postura mantenida por el propio Consejo en su Informe 5/2005, sobre el proceso de creación de empresas y dinamismo empresarial, en el que ya apuntaba el otorgamiento de protocolos familiares como una de las dos medidas necesarias para facilitar la supervivencia de la empresa familiar, siendo el otro el fomento de la transmisión de la empresa a terceros, como por ejemplo sus trabajadores, cuando no resulte posible llevarla a cabo en el marco intrafamiliar¹⁶⁹¹.

Pero a pesar de la referida valoración positiva, el Consejo recogió la preocupación de la doctrina acerca de una cuestión en particular. Se trata de la consideración incorporada al Dictamen de que la decisión sobre la publicación del protocolo se dejase en manos de los interesados y no, como se preveía ya en el Proyecto, en las de los administradores de la sociedad mercantil familiar. De este modo, el Consejo se hacía eco del desconcierto manifestado entre los profesionales asesores de empresas familiares, que ya habían advertido que, siendo el protocolo un acuerdo de la familia, era a ésta a quien correspondía decidir acerca de su publicación¹⁶⁹². Sin embargo, como veremos seguidamente, la redacción final del RD mantuvo la postura inicial sobre esta cuestión¹⁶⁹³, tal y como se recoge en su artículo 3.1.

8.1.1.3. La redacción final del Real Decreto.

El RD 171/2007 acabó integrando en lo esencial el texto del Proyecto elaborado por el propio Ministerio de Justicia en 2006¹⁶⁹⁴, lo cual resulta congruente con el sentido favorable del Dictamen del Consejo Económico y Social –al que nos acabamos de referir– y el sentido orientador del mandato contenido en la Disposición Final Segunda

¹⁶⁹⁰ El Dictamen del Consejo Económico y Social puede consultarse en su versión electrónica a través del enlace siguiente: <http://www.ces.es/documents/10180/18507/Dic122006>.

¹⁶⁹¹ El Informe 5/2005 puede consultarse en su versión electrónica a través del enlace siguiente: <http://www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0505>. Las cuestiones referidas a la sucesión en la empresa familiar a las que nos hemos referido se recogen en sus páginas 97-98.

¹⁶⁹² RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo y...”, ob. cit., págs. 1.149-1.150.

¹⁶⁹³ Respecto a las facultades para promover la publicidad del protocolo, vid. epígrafe 8.1.1.3.2; para un análisis crítico de la cuestión, vid epígrafe 8.1.3.

¹⁶⁹⁴ Vid. epígrafe 8.1.1.1.

de la LSLNE. El texto final recogió las tres vías que el Proyecto había establecido para el acceso del protocolo al Registro y la reforma del RRM con muy pocas variaciones (más allá de pequeñas cuestiones formales) y añadió algunos contenidos a los que nos referiremos en los epígrafes siguientes.

Analizaremos entre dichos contenidos la posibilidad de dotar de publicidad al protocolo a través de la página web corporativa (*ex* artículo 4 del RD), si bien dejaremos el estudio de las vías registrales de publicidad para más adelante, dedicándoles de hecho un apartado específico¹⁶⁹⁵.

8.1.1.3.1. Contenidos conceptuales.

En primer lugar, el RD estableció en su Exposición de Motivos una definición de empresa familiar, cosa que el Proyecto había rehusado hacer por entender que podía generar confusión en un marco en el que no se pretendía la inclusión de un nuevo tipo social, una vez superado el debate al respecto¹⁶⁹⁶. Decía el Proyecto lo siguiente: *“Dado que no se pretende introducir modificación alguna en nuestro ordenamiento societario al no ser un Real Decreto el cauce oportuno para la modificación de los tipos societarios o para establecer especialidades de los mismos, no se define la sociedad familiar o los eventuales caracteres de la misma, que en lo que interesa será una sociedad limitada o anónima en la que existe un protocolo familiar”*.

El RD 171/2007, en cambio, establece una verdadera definición de empresa familiar (más completa que la somera referencia de la parte final de la cita antes reproducida del Proyecto), apostando además por una noción amplia de la misma¹⁶⁹⁷ al señalar que será 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”*. Nótese, por tanto, que una empresa familiar no se define por tener un protocolo (como parecía pretender el Proyecto), sino que lo hace por presentar unas características determinadas en relación con su propiedad y su gestión (como coincide en destacar la doctrina¹⁶⁹⁸) y, a partir de ahí, decide dotarse o no de un protocolo.

En segundo lugar, y dentro también del ámbito de las definiciones, el RD estableció también qué cabía entender por protocolo familiar, cuestión que el Proyecto no había hecho y que se introducía así, por vez primera, en nuestro Derecho, a pesar de

¹⁶⁹⁵ Vid. apartado 8.1.2.

¹⁶⁹⁶ Vid. epígrafe 2.1.2.1.

¹⁶⁹⁷ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, *ob. cit.*, pág. 1.148.

¹⁶⁹⁸ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: *La empresa familiar...*, *ob. cit.*, págs. 23-24; PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J.: *La empresa familiar...*, *ob. cit.*, pág. 17.

ser un instrumento que llevaba ya años utilizándose¹⁶⁹⁹. Es la definición contenida en su artículo 2.1, que el propio RD circunscribe a los efectos de sus disposiciones pero que, a día de hoy, es la única que tenemos en nuestro ordenamiento, por lo que necesariamente debe considerarse de modo general: *“se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios, entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*.

Consideramos importante analizar esta definición de manera pormenorizada, por cuanto son varios los puntos de interés que contiene. Se trata de los siguientes:

1. Naturaleza jurídica contractual: *“se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos”*. El RD recoge así la consideración de que el protocolo es un contrato, inicialmente con eficacia *inter partes*, que podrá dotarse de mayor eficacia por las vías previstas en el propio texto legal. En todo caso, la alusión al pactismo es una forma clara de referirse a su carácter contractual¹⁷⁰⁰.
2. Amplio ámbito subjetivo de sus firmantes: los pactos del protocolo pueden estar suscritos *“por los socios, entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares”*. A diferencia del pacto parasocial ordinario, que por su propia naturaleza sólo tiene sentido entre los socios (algunos de ellos o su totalidad), puesto que su objeto es incidir decisivamente sobre la sociedad mercantil correspondiente, aun cuando sea a través de la antes citada eficacia contractual¹⁷⁰¹. Como el protocolo busca incidir también en aspectos que exceden de la sociedad mercantil, operando sobre las relaciones entre ésta y la familia empresaria e, incluso, en las relaciones internas de esta última, resulta necesario ampliar el espectro de eventuales firmantes a todos aquellos sujetos que puedan verse afectados por el protocolo, sean o no socios, con lo que se consagra en nuestro concepto legal de protocolo familiar el modelo de los tres círculos¹⁷⁰².
3. Exclusión de las sociedades cotizadas: el RD considera únicamente como tales los protocolos *“que afectan a una sociedad no cotizada”*, por entender que serán las sociedades cuyo capital no cotice en un mercado secundario oficial las que harán uso de esta herramienta¹⁷⁰³. En su Exposición de Motivos, lo justifica por entender que las sociedades cotizadas ya tienen su propio mecanismo de publicidad para los acuerdos extraestatutarios: *“encontrarían su marco normativo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas [...] con el*

¹⁶⁹⁹ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 303.

¹⁷⁰⁰ El concepto moderno de contrato se basa *“en la convención o pacto o, lo que es igual, en el acuerdo de voluntades”* (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, ob. cit., pág. 438).

¹⁷⁰¹ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., págs. 50-51; URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima. Fundación”, ob. cit., págs. 836-837.

¹⁷⁰² FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 42.

¹⁷⁰³ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 1.148.

fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas". El marco normativo al que se refiere el RD en 2007 es el recogido a día de hoy en los artículos 518 a 523 de la LSC, por el que se regula la publicidad obligatoria de los pactos parasociales en dichas sociedades¹⁷⁰⁴.

Es necesario apuntar, respecto a esta cuestión, dos importantes consideraciones. La primera es que el RD, al referirse al mecanismo específico de publicidad de los pactos parasociales en las cotizadas para excluirlo expresamente, está de forma indirecta reconociendo que el protocolo es, como ya hemos comentado previamente, un tipo particular dentro de esa categoría de pactos¹⁷⁰⁵. La segunda, que el RD no está proscribiendo en realidad el acceso al Registro de los protocolos familiares de sociedades cotizadas, sino que está haciendo en realidad una "*aparente exclusión*" –más formal que sustancial- al apuntar que aquellos protocolos que tengan que ver con las sociedades cotizadas podrán acceder al Registro, pero no deberán hacerlo por las vías del RD, sino por la vía especial del artículo 519.2 de la LSC¹⁷⁰⁶.

No tendría sentido pretender lo contrario. Por un lado, porque una prohibición de ese tipo en el RD iría en contra de lo dispuesto por la LSC; por el otro, porque ya hemos señalado anteriormente que, rompiendo el mito que vincula empresa familiar y pyme, nada impide que una empresa familiar (siempre que haya alcanzado el grado de madurez suficiente y resulte necesario acudir al mercado secundario para obtener recursos financieros) salga a bolsa y se convierta, por tanto, en sociedad cotizada¹⁷⁰⁷. Y adicionalmente a todo ello, el carácter cotizado de la sociedad tampoco impediría que la familia empresaria pudiera tener un interés particular en el seno de la misma que aconsejaría, para su mejor tutela, la adopción de un protocolo: "*aunque el grupo familiar no llegare a controlar la cotizada, el grupo familiar podría estar no obstante interesado en constituir un sindicato de defensa de la posición de minoritario mediante la "agrupación de acciones"; agrupación que bien puede asentarse en un protocolo familiar*"¹⁷⁰⁸.

En ambos casos, sea publicando pactos parasociales de mercantiles cotizadas, sea publicando protocolos de empresas familiares, se trata de fomentar la transparencia de las mismas y proteger así la seguridad del tráfico, ahondando en la idea de convertir estas sociedades en "*casas de cristal*",

¹⁷⁰⁴ Interesa destacar que, como ocurre con el RD 171/2007, la doctrina especializada criticó también en su momento la "*defectuosa técnica legislativa*" con que se reguló la obligatoria publicidad de pactos parasociales en sociedades cotizadas. También como en el caso del protocolo, se criticaba que el legislador no aclarase el alcance del clausulado del pacto que debía ser objeto de comunicación, depósito y publicación (FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: "El significado de...", ob. cit., pág. 96).

¹⁷⁰⁵ Vid. en su conjunto el capítulo 6 y, en particular, sus apartados 6.2 y 6.4.

¹⁷⁰⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 180.

¹⁷⁰⁷ MENÉNDEZ REQUEJO, S.: "Estrategia financiera de...", ob. cit., págs. 161-163.

¹⁷⁰⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 177-178.

garantizando así que sus eventuales inversores conozcan la realidad de las mismas¹⁷⁰⁹.

4. Amplitud y poca concreción en el objeto del protocolo: la definición del RD señala que el protocolo persigue “lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”. Al margen de la más que evidente referencia explícita al modelo de los tres círculos¹⁷¹⁰, la amplitud de este objeto justifica la amplitud de los posibles sujetos involucrados (como ya hemos señalado en el apartado 2 de la presente relación) y entronca con la búsqueda del consenso en la familia empresaria a la que se había referido ya la Ponencia del Senado de 2001¹⁷¹¹. Por otro lado, como es fácil advertir, el tono del RD en este punto tiene más puntos de conexión con la doctrina empresarial que con la jurídica, lo cual se aprecia tanto en lo terminológico como en lo sustantivo¹⁷¹².

Es preciso añadir que, sin perjuicio de las críticas que se puedan hacer al modo en que ha regulado el acceso del protocolo a la publicidad registral –por ser un acceso ciertamente limitado–, debe reconocerse al RD 171/2007 la importancia que ha tenido a la hora de definir en un texto legal, como acabamos de señalar tanto el concepto de empresa familiar como el de protocolo. Y aunque dichas definiciones sean también mejorables –en particular la relativa al protocolo familiar, en la que el legislador podría haber introducido términos más claros como la palabra “contrato”¹⁷¹³– es necesario destacar que, por lo menos, su introducción en un texto legislativo permite que sean figuras conocidas ya por nuestro Derecho, sin perjuicio del mayor desarrollo que ambas puedan precisar en un futuro, a fin de mejorar la regulación en este momento existente¹⁷¹⁴.

8.1.1.3.2. Facultad para promover la publicidad.

A pesar de las críticas de la doctrina y del Consejo Económico y Social al modo en que el Proyecto de RD del Ministerio de Justicia regulaba la legitimación de promover la publicidad del protocolo¹⁷¹⁵, concediendo ésta al órgano de administración de la sociedad, el texto final del RD mantuvo esa atribución. Las críticas doctrinales, a las que nos referiremos más adelante¹⁷¹⁶, tienen que ver sobre todo con el hecho de que

¹⁷⁰⁹ TAPIA HERMIDA, A.: *Derecho del mercado de valores*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2003, pág. 68.

¹⁷¹⁰ TAGIURI, R./DAVIS, A.: “Bivalent attributes of...”, ob. cit., pág. 201.

¹⁷¹¹ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 37.

¹⁷¹² Vid. apartado 3.1.3.

¹⁷¹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 12.

¹⁷¹⁴ Vid. epígrafe 7.3.3.

¹⁷¹⁵ Vid. epígrafe 8.1.1.2.

¹⁷¹⁶ Vid. epígrafe 8.1.3.

esta atribución pueda suponer sustraer a los firmantes de un documento de naturaleza contractual la capacidad de decidir el grado de publicidad que dan al acuerdo alcanzado, así como al tratamiento diferente que se dará a dos normas que pretenden influir en la organización estructural de la sociedad mercantil: los estatutos sociales (que son publicados cuando se publicita el acuerdo de la junta) y el protocolo familiar (que es publicado según el criterio del órgano de administración). Especialmente, teniendo en cuenta que el protocolo puede contener elementos con carácter íntimo o confidencial (relativo a cuestiones matrimoniales o sucesorias, fundamentalmente), razón por la cual entienden algunos estudiosos que habría sido mejor atribuir la facultad de publicar el protocolo, mediante el oportuno apoderamiento, a alguno de sus firmantes¹⁷¹⁷.

Pero a pesar de que dichas críticas no carezcan de fundamento, consideramos oportuno analizar en este punto los motivos por los que se justificaría que el legislador mantuviera la opción introducida ya en el Proyecto de RD. Al respecto, cabe recordar en primer lugar la importancia que nuestro Derecho concede a la figura del administrador, al que se otorga la plena capacidad de generar derechos y obligaciones para la sociedad¹⁷¹⁸, con la trascendencia que esto puede revestir tanto para la sociedad administrada como, también, para el conjunto del mercado. Una buena muestra de la voluntad legislativa de otorgar al administrador plenas facultades sobre la sociedad es la limitación que contienen los actuales artículos 124.4 y 185.6 del RRM (para anónimas y limitadas respectivamente), que no permiten inscribir una enumeración de dichas facultades¹⁷¹⁹, precisamente para evitar confusiones respecto a su amplio alcance¹⁷²⁰. De hecho, ni siquiera estando inscritas serían eficaces frente a terceros las limitaciones impuestas a las facultades de los administradores, tal y como establece el artículo 234 de la LSC.

Todo ello obedece a la evolución que esta figura ha experimentado en nuestro Derecho, en el que se ha pasado de considerarlos unos mandatarios amovibles (de conformidad con la redacción originaria del CCom), a abandonar esa tesis contractualista con la LSA de 1989 y pasar a considerarlos sujetos investidos de poder en el seno de la sociedad, con naturaleza de verdadero órgano social¹⁷²¹. Y es precisamente esta amplia consideración de las facultades del administrador la que

¹⁷¹⁷ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 306.

¹⁷¹⁸ MARTÍNEZ SANZ, F.: “Artículo 123. Nombramiento”, en ARROYO, I./EMBID, J. M.: *Comentarios a la...*, volumen II, ob. cit., pág. 1.288.

¹⁷¹⁹ La RDGRN de 16 de marzo de 2009, considera ociosa la enumeración de las facultades de los administradores, por lo que rechaza la inscripción de la cláusula estatutaria que las contenga.

¹⁷²⁰ La norma resultó novedosa en nuestro ordenamiento en el momento de su introducción y buscaba evitar las extensas cláusulas de estilo de enumeración de facultades (BARBA DE VEGA, J.: “Administradores”, en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, A. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 386).

¹⁷²¹ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 959.

justifica que, de entrada, no tenga por qué excluirse de su ámbito de capacidad la toma de decisiones acerca de la publicidad del protocolo.

En segundo, lugar, es preciso recordar que la LSC concede a los administradores facultades específicas, como la legitimación para impugnar acuerdos nulos y anulables de la junta (artículo 206.1), por lo que puede predicarse que los administradores son “*exclusivos depositarios*” de determinadas funciones¹⁷²². Desde este punto de vista, por tanto, resulta congruente también que se les pueda habilitar de manera expresa, como hace el RD 171/2007, para llevar a cabo determinadas actuaciones con carácter exclusivo, como puedan ser en este caso las tendentes a dotar de publicidad al protocolo familiar.

Pero a pesar de que sea el órgano de administración el competente para acordar la publicación, no puede interpretarse que dicha habilitación le conceda una libertad absoluta al respecto. Los administradores deberán atender al interés social¹⁷²³ a la hora de publicar el protocolo, por lo que quedarán sujetos a la correspondiente responsabilidad en caso de que lo hagan contraviniendo dicho interés: pueden por tanto los administradores publicar el protocolo contra la opinión de sus otorgantes (con las consecuencias que ello pueda tener respecto al futuro de esos administradores si los otorgantes del protocolo tienen, a su vez, mayoría suficiente para acordar su cese en la junta), pero no contra el interés social¹⁷²⁴. No es difícil advertir las dificultades que esta regulación implica: siendo el interés social un concepto jurídico indeterminado, el órgano de administración deberá calificar cuándo concurre y cuando no esa circunstancia¹⁷²⁵.

Otra precisión a tener presente es que, a pesar de que el administrador pueda de manera general acordar la publicación del protocolo contra la opinión de sus firmantes, no puede publicarlo sin el consentimiento de éstos cuando se incluyan sus datos personales, tal y como establece el artículo 3.2 del RD 171/2007¹⁷²⁶. De este modo, por tanto, los firmantes del protocolo disponen de un modo indirecto para vetar la publicación del protocolo en atención a la LOPJ, puesto que lo más habitual será que el protocolo incluya datos de carácter personal, que es precisamente lo que menudo desincentivará que la familia empresaria esté interesada en darle publicidad¹⁷²⁷.

¹⁷²² SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 261.

¹⁷²³ El interés social se define como interés de la propia sociedad, diferenciado de los intereses particulares de sus socios, por más que el primero pueda ser la suma de los segundos. Esta concepción es la que viene manteniendo el Supremo en las STS de 4 de marzo de 2000, 29 de noviembre de 2002 o 7 de marzo de 2006.

¹⁷²⁴ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar y...”, ob. cit., pág. 1.149.

¹⁷²⁵ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 99.

¹⁷²⁶ GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 44.

¹⁷²⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 72.

8.1.1.3.3. La publicidad a través de la web corporativa.

Al margen de las vías por las que el RD 171/2007 prevé que el protocolo familiar pueda acceder a la publicidad registral, se contiene en dicho texto una forma adicional de publicidad del documento, a través de la página web corporativa, configurada como mecanismo alternativo al registral¹⁷²⁸ y que es, a diferencia de las vías registrales de publicidad, una vía de carácter privado¹⁷²⁹. Se trata de la vía prevista por su artículo 4: *“El órgano de administración de las sociedades mercantiles de personas o de capital no cotizadas, podrá acordar la publicación del protocolo familiar en el sitio web de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro mercantil, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”*.

La redacción del precepto en el RD resulta mucho más completa que la que constaba en el Proyecto de 2006, que recogía esta posibilidad de publicidad electrónica en su artículo 1: *“Toda sociedad podrá publicar en su sitio corporativo o web su protocolo familiar siempre que así lo decida el órgano de administración”*. Especialmente trascendente resulta advertir, en el contraste entre el Proyecto y el RD finalmente adoptado, la exigencia de que la web corporativa constara inscrita en el Registro, por cuanto es un mecanismo claro de seguridad jurídica¹⁷³⁰ que no se había previsto en la redacción inicial de la norma.

Esta publicidad del protocolo familiar a través de la página web corporativa se ha visto alterada, además, por una peculiar sucesión de modificaciones legislativas, entre las que debe destacarse la derogación del artículo 9 de la LSSI, al que expresamente se remite el artículo 4 del RD. Efectivamente, pocos meses después de la promulgación del RD 171/2007, el artículo 4.3 la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información derogó el citado artículo 9 de LSSI, por lo que el artículo 4 del RD 171/2007, que debía complementarse necesariamente con el precepto derogado, quedó igualmente sin posibilidades prácticas de aplicación.

Sin embargo, la publicación del protocolo a través de la web corporativa de la sociedad parece ser de nuevo posible –aunque con matices– con las modificaciones que la Ley 25/2011, de 1 de agosto, introdujo en la LSC. Entre las distintas medidas

¹⁷²⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J./PEÑAS MOYANO, M. J.: “La empresa familiar...”, ob. cit., pág. 172.

¹⁷²⁹ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 306; RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 1.150.

¹⁷³⁰ En un Dictamen de 17 de enero de 2002, relativo al Anteproyecto de la LSSI, el Consejo de Estado advirtió lo siguiente: *“Sin un instrumento que permita conocer de modo fiable la identidad del sitio Web desde el que se prestan los servicios de la sociedad de la información, el resto de las garantías establecidas para la salvaguarda de los intereses públicos o de los consumidores pueden quedar despojadas de toda efectividad, con grave deterioro de la seguridad jurídica”*.

introducidas por la referida Ley, que entre otras cuestiones vino a aclarar las dudas generadas por la forma en que la web corporativa podía utilizarse para convocar juntas generales¹⁷³¹, se contaba el establecimiento de un mecanismo para dotar de suficiente publicidad a la página web de la sociedad, señalando que el acuerdo de su creación debía ser inscrito en el Registro Mercantil o notificado a todos los socios, según contemplaba el artículo 11 bis que se incorporaba a la LSC. Este precepto obliga a que la creación de la web corporativa sea acordada por la junta general y que, en caso de supresión o traslado (que compete a los administradores), se inscriba esta circunstancia en el Registro o, en su caso, se notifique a todos los socios, estableciendo además la obligación adicional de que la propia página web informe de ello.

Aunque el artículo 4 del RD 171/2007 se haya mantenido inalterable desde su entrada en vigor –incluso durante el tiempo en que su aplicabilidad resultó imposible–, podemos apuntar que la nueva combinación de normas permite de manera razonable entender que se habrá cumplido con sus exigencias si, al publicar el protocolo en la página web corporativa, se encuentra ésta debidamente comunicada al Registro Mercantil, mediante el mecanismo ahora previsto por el artículo 11 bis de la LSC. Entendemos, por tanto, que de las dos posibilidades que ofrece el referido precepto a la hora de dotar de cognoscibilidad a la web corporativa –inscripción registral o notificación individualizada a los socios– sólo la primera resulta plenamente compatible con el espíritu del citado artículo 4 del RD 171/2007. Y es que la referencia que éste realiza al ahora derogado artículo 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, nos hace deducir el carácter necesario de que la web conste inscrita en el Registro, lo cual representa una importante diferencia con la notificación a los socios: mientras la inscripción permite publicidad *erga omnes*, incluso frente a terceros que no tengan vinculación alguna con la sociedad, la notificación se limitaría a dar a conocer la web únicamente a los socios, con lo que entendemos que no se habría respetado la garantía que el artículo 4 del RD 171/2007 quería establecer.

Cabe hacer finalmente dos apuntes más. El primero, que a pesar de la sucesión de modificaciones legislativas a la que nos acabamos de referir, la posibilidad de publicar el protocolo en la web no es algo que creara el RD 171/2007 ni algo que impidieran plenamente determinados cambios normativos: como la publicación de

¹⁷³¹ El Real Decreto 12/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo modificó el artículo 173 de la LSC, para permitir que las sociedades convocasen su junta a través de la web corporativa. La puesta en marcha de esta nueva fórmula de convocar la junta generó dudas sobre su aplicación, obligando a la DGRN a pronunciarse al respecto en una Instrucción de 18 de mayo de 2011: “*la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección electrónica de dicha página web y el sistema de acceso a la misma*”. En otra Instrucción, de 27 de mayo de 2011, se añadió lo siguiente: “*la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar dicha página web al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores, para su constancia por nota al margen*”. Como se puede observar, la DGRN trataba con estas medidas de asegurar la cognoscibilidad de la web corporativa, a fin de garantizar los derechos de los socios.

cualquier otro contenido en la página web corporativa, era una práctica perfectamente lícita si así lo consideraba oportuno la familia empresaria, no existiendo norma alguna que lo prohibiera¹⁷³². Otra cosa es que, antes del RD fuera una cuestión totalmente ajena a Derecho y, tras su promulgación, estuviera amparada por una norma concreta.

El segundo, que esta publicidad del protocolo que se efectúe a través de la web corporativa puede reforzarse, además, con la constancia de la misma en el Registro Mercantil. En este caso, el Registrador debería comprobar en calificación la efectiva publicidad en la web, procediendo entonces a inscribir la instancia que a tal efecto hubieran suscrito los administradores de la sociedad¹⁷³³.

8.1.2. Publicidad registral del protocolo familiar.

Como hemos visto en el apartado anterior, el RD 171/2007 introduce la posibilidad de que las empresas familiares otorguen publicidad registral (prescindiremos ya de referirnos a la publicidad extrarregistral *ex art.* 4 del citado RD) a sus protocolos. Dicha posibilidad se articula, además, mediante dos posibles niveles: el de dejar mera constancia de la existencia de un protocolo (art. 5) y el de consignar su contenido en el Registro Mercantil (art. 6 y, de forma indirecta, art. 7). La importancia del RD 171/2007 es por tanto, en este ámbito, la de posibilitar el acceso del protocolo familiar al Registro Mercantil, acceso que tenía vetado con anterioridad, al no existir norma alguna que expresamente contemplase esta posibilidad¹⁷³⁴.

Al respecto, cabe recordar que la publicidad registral reposa sobre la base de una admisión con carácter *numerus clausus*, en virtud de la cual el acceso al Registro está vetado para cualquier acto o documento distinto de aquéllos para los que expresamente se haya habilitado una vía de entrada¹⁷³⁵, puesto que, “*la relación de sujetos y actos inscribibles tiene carácter de numerus clausus, por lo que no pueden acceder al Registro Mercantil otros distintos de los expresamente autorizados por la Ley o por el RRM*”¹⁷³⁶. Se trata sin duda de una limitación justificada por razones obvias de seguridad del tráfico y de protección de terceros. Y es que, como es fácil de apreciar, dejar abierta la posibilidad de que el Registro acogiera actos y documentos no previstos expresamente

¹⁷³² RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, *ob. cit.*, pág. 1.150.

¹⁷³³ FERNÁNDEZ MAESTU, J. L.: *Reglamento del Registro Mercantil*, *ob. cit.*, pág. 676.

¹⁷³⁴ RDGRN de 25 de marzo de 2002: no cabe la inscripción registral cuando no existe una norma legal que recoja aquello que se pretende inscribir.

¹⁷³⁵ Doctrina consolidada por la DGRN, de la que cabe destacar su Resolución de 5 de abril de 1983.

¹⁷³⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Fundamentos de Derecho Mercantil*, volumen I, *ob. cit.*, pág. 190. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, segunda edición, pág. 211.

por ninguna norma tendría, como efecto perjudicial para los terceros, el de “dotar de oponibilidad a aquellos actos inscritos y publicados que hubieran accedido al Registro por la mera decisión del interesado”¹⁷³⁷, generándose además una peculiar diferencia en cuanto a la eficacia de un mismo acto cuando un sujeto hubiera decidido inscribirlo y otro no. Y es precisamente la necesidad de respetar este principio de tipicidad registral la que justifica, a juicio de la doctrina¹⁷³⁸, que el legislador no haya reconocido la posibilidad de la inscripción del protocolo familiar como tal, de forma directa e íntegra, puesto que habrá entendido que gran parte de su contenido no merece ni puede ser objeto de publicidad registral, por cuanto incluye elementos demasiado heterogéneos, teniendo además muchos de ellos una escasa o hasta nula trascendencia jurídica, lo cual chocaría con el principio de legalidad propio de nuestro sistema registral¹⁷³⁹.

En todo caso, la publicidad registral introducida por el RD 171/2007 puede efectuarse de tres formas distintas, según cuál sea el grado de transparencia (y eficacia obligacional) del que la sociedad quiera dotar al documento, puesto que cada una de estas formas implica un distinto nivel de publicidad para el mismo¹⁷⁴⁰. Se trata de las siguientes:

- a. Constancia registral de la existencia del protocolo (art. 5 del RD 171/2007): se hace constar en el Registro Mercantil la existencia del documento, pero no su contenido. Asimismo, se indica si el protocolo se puede consultar en la web corporativa de la sociedad. En todo caso, el Registrador no puede calificar el contenido del protocolo y ni siquiera solicitar que se le presente una copia del mismo, debiendo limitarse a dejar constancia de sus datos identificativos.
- b. Inclusión entre la documentación de las Cuentas Anuales (art. 6 del RD 171/2007): junto con el resto de documentos que integran las Cuentas Anuales (todos los establecidos por el artículo 254.1 de la LSC), puede incluirse una copia o testimonio, total o parcial, del protocolo –que deberá constar necesariamente en documento público–, en la medida en que es un documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad¹⁷⁴¹. En este caso, el protocolo (o parte del mismo) será objeto de depósito en el Registro y de calificación formal por parte del Registrador, pero sin que éste entre a analizar su

¹⁷³⁷ ROJO, A.: “El Registro Mercantil”, ob. cit., pág. 119.

¹⁷³⁸ GARRIDO DE PALMA, V.: “La publicidad del protocolo familiar”, ob. cit., pág. 65.

¹⁷³⁹ Cualquier sistema registral que permita la publicidad material debe observar el principio de legalidad. En el caso de Francia, por ejemplo, la inscripción no producía antiguamente efectos de publicidad material, sino que resultaba “*un simple casillero*”. En el momento en que empezó a generar dicho efecto (mediante el Decreto de 30 de mayo de 1984), debió incorporar también la observancia del principio de legalidad (ESTURILLO LÓPEZ, A.: “Estudio de la...”, ob. cit., pág. 2.457).

¹⁷⁴⁰ El Preámbulo del RD 171/2007 remarca la voluntad de establecer distintas vías de acceso del protocolo al Registro, “*de menos a más, en razón de su eficacia*”.

¹⁷⁴¹ Obsérvese la correlación entre este precepto y el artículo 519 de la LSC, que exige la publicación de los pactos parasociales celebrados en el seno de una sociedad cotizada. El precepto, que llega al Texto Refundido de la LSC como calco del derogado artículo 112 de la LMV, se introdujo en ésta mediante la Ley 26/2003, de 17 de julio, que tenía el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. En ese caso, como en el del RD 171/2007 en lo referido al protocolo, se trataba de una medida dirigida a reforzar el buen gobierno de dichas sociedades.

legalidad¹⁷⁴², ya que su función se cumple exigiendo simplemente que las cuentas están integradas por los documentos que exige la legislación societaria¹⁷⁴³.

- c. Inscripción de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo (art. 7 del RD 171/2007): al inscribir acuerdos sociales adoptados de conformidad con lo dispuesto por un protocolo publicado, la inscripción deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, después de que haya sido objeto de calificación por parte del Registrador. Se trata de la única vía que permitirá dotar al protocolo de eficacia más allá de sus firmantes¹⁷⁴⁴, como señala el Preámbulo del RD: *“Este último caso será el único que suponga un efecto de publicidad material y no mera publicidad noticia”*.

A todo ello debe añadirse, además, que la publicidad registral del protocolo será en cualquier caso potestativa para la sociedad (art. 2.3), lo cual no es nada frecuente en nuestro derecho registral, en el que lo común es que la publicidad sea obligatoria¹⁷⁴⁵, como establecen el artículo 19 del CCom –salvo para el empresario individual no naviero- y el artículo 4 del RRM, obligatoriedad que halla su razón de ser en las más elementales necesidades de seguridad jurídica. Al respecto, debe recordarse que nuestro ordenamiento no autoriza la inscripción, sino que la exige, estando obligados incluso los Notarios a advertir a los otorgantes de esta circunstancia (artículo 82 del RRM)¹⁷⁴⁶. La singularidad del RD 171/2007 es por tanto notable en este aspecto, razón por la cual empezaremos el análisis de las cuestiones registrales de la publicidad de los protocolos refiriéndonos precisamente a su carácter voluntario, así como a las reservas propias de la familia empresaria sobre esta materia, que suponen la principal razón que vendría a justificarlo.

Con todo, es importante hacer una precisión previa muy importante: el RD no plantea la publicidad del protocolo como una herramienta de transparencia o de buen gobierno, sino más bien como un modo de alcanzar un reconocimiento legal de su eficacia y oponibilidad *erga omnes*¹⁷⁴⁷. Esta situación puede generar suspicacias, porque aleja la regulación de la publicidad del protocolo de la regulación propia de la

¹⁷⁴²El Registrador únicamente controla la formalidad del documento, pero no califica su legalidad. Se trata, *mutatis mutandi*, de la calificación formal prevista por el artículo 280 de la LSC para las cuentas anuales, a las que no se conceden las presunciones de exactitud y de validez. En el caso concreto de las cuentas, el Registro no garantiza ninguno de sus datos económicos (GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos...”, ob. cit., pág. 278). Consecuencia, de ello, *“si las cuentas depositadas son inexactas, el tercero no tiene ningún derecho de elección o de oposición entre registro y realidad jurídica extrarregistral como ocurre en los demás supuestos de fe pública/inoponibilidad”* (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Publicidad material y...*, ob. cit., pág. 41).

¹⁷⁴³ ESTURILLO LÓPEZ, A.: “Estudio de la...”, ob. cit., pág. 2.476.

¹⁷⁴⁴ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “La sucesión en...”, ob. cit., pág. 304.

¹⁷⁴⁵ La obligatoriedad de la inscripción es la regla general, por lo que el Registro asume junto a sus funciones de publicidad una clara función de control del tráfico mercantil (GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos...”, ob. cit., págs. 284-285).

¹⁷⁴⁶ ROJO, A.: “El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 206.

¹⁷⁴⁷ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 97.

publicidad de los pactos parasociales de las cotizadas (*ex* artículo 518 y ss. de la LSC), aunque es ésta una cuestión que no afecta a nuestro estudio. Desde el punto de vista del presente trabajo, lo que en definitiva interesa es el fomento de esa eficacia y oponibilidad del protocolo, por más que la contribución del RD haya sido en este aspecto ciertamente limitada.

8.1.2.1. Naturaleza reservada de los pactos familiares.

El carácter potestativo de la publicidad registral del protocolo puede suponer, en la práctica, que sean pocas las empresas familiares que se decidan a publicar sus protocolos, existiendo varias razones para ello. En primer lugar, debemos tener presente que el protocolo, en tanto que tipo particular de pacto parasocial o extraestatutario¹⁷⁴⁸, nace a priori con la categoría de pacto reservado, conocido inicialmente sólo por sus firmantes, a quienes puede interesar mantenerlo precisamente con esa condición. Y es que el pacto puede ser reservado tanto por no ser inscribible (al menos parcialmente)¹⁷⁴⁹ como también porque, aun siéndolo, decidan libremente sus firmantes que no sea inscrito¹⁷⁵⁰. En este sentido, podemos aventurar incluso que será habitual que los firmantes del pacto (o en nuestro caso, protocolo) quieran mantenerlo en un ámbito reservado o, cuanto menos, alejado de la publicidad registral, *“intención que pudiera estar fundamentada, sencillamente, en el deseo de que no se conociera ese pacto por motivos comerciales o estratégicos, propios de los accionistas firmantes”*¹⁷⁵¹. Por lo tanto, es fácil advertir que existen motivos suficientes para mantener, en términos generales, el carácter reservado de lo extraestatutario, resultando además que, en el caso del protocolo, la propia naturaleza del objeto que regula –relaciones familiares– puede hacer aconsejable mantener una especial discreción acerca del mismo.

Por ello, frente al citado criterio general restrictivo respecto a la publicidad, común en todos los pactos extraestatutarios, podemos encontrar un criterio, probablemente más restrictivo todavía, en el ámbito de la empresa familiar: la voluntad de la familia de mantener en un ámbito lo más íntimo posible todo un conjunto de pactos, acuerdos y reglas que no quieren exponer a los ojos de cualquier tercero, que es precisamente lo que ocurriría con su inscripción registral. Podemos

¹⁷⁴⁸ Vid. epígrafe 6.1.

¹⁷⁴⁹ Vid. apartado 7.4, en relación a los distintos tipos de contenidos (susceptibles o no de inscripción registral) que puede presentar el protocolo.

¹⁷⁵⁰ SÁNCHEZ-CRESPO, A.J./BELLVER SÁNCHEZ, A./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.: *La empresa familiar: manual...*, ob. cit., pág. 55.

¹⁷⁵¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Los pactos sociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia”, en AAVV: *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal*, tomo III, ob. cit., 2007, pág. 19.

señalar, en definitiva, que los pactos familiares tienen una naturaleza especial y cualificadamente reservada.

Esta voluntad de mantener reservados los pactos internos de la familia y la empresa es, a juicio de la doctrina¹⁷⁵², el principal motivo por el que no cabe esperar un alud de protocolos en el Registro Mercantil, puesto que dotar de publicidad a los referidos documentos conllevaría “*la quiebra de la discreción y reserva características de los pactos de la familia relativos a la empresa [...], sería sin duda alguna perturbador y en su asentamiento registral engañoso y productor de inseguridad jurídica potencialmente conflictiva*”, basándose esta inseguridad jurídica en el hecho de que el documento contendría normas con efecto únicamente *inter partes*, junto con declaraciones y recomendaciones que poco sentido tendría encontrar en el Registro Mercantil. En todo caso, la entrada en vigor del RD 171/2007 no generó ningún efecto masivo de depósito registral de protocolos¹⁷⁵³.

Efectivamente, no es ésta una cuestión baladí. Los pactos parasociales de carácter general –excluyendo de dicho carácter al protocolo familiar– son, en el fondo, acuerdos con una base y una finalidad estrictamente económicas, patrimoniales, societarias. Están generalmente destinados a regular cuestiones como el ejercicio del derecho de voto o las restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones¹⁷⁵⁴, por lo que no parece que su publicidad registral pueda suponer ninguna invasión en una esfera especialmente íntima de sus firmantes. Sin embargo, dotar de publicidad a determinados acuerdos que cierren el acceso a la sociedad a familiares por afinidad o que obliguen a éstos a abandonar su condición de socio cuando se produzca, por ejemplo, una ruptura del vínculo matrimonial (cuestiones frecuentemente contenidas en los protocolos)¹⁷⁵⁵, supone *exponer*, ante los ojos de cualquier tercero, aspectos muy íntimos de la regulación de las relaciones entre sociedad y familia que, previsiblemente, muchas familias empresarias van a preferir mantener reservados.

La regulación del RD 171/2007, por mucho que pueda parecer insuficiente si se persigue la máxima eficacia posible del protocolo, resulta por lo menos congruente con esta realidad, a la que se había referido ya la Ponencia del Senado al apuntar que el acceso a la publicidad registral se proyectara únicamente sobre aquellos pactos del protocolo que pudieran incidir en las relaciones de la sociedad con terceros¹⁷⁵⁶. Esto justificaría el acceso al Registro únicamente de determinadas reglas (por ejemplo las restricciones a la

¹⁷⁵² GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 92.

¹⁷⁵³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 12.

¹⁷⁵⁴ PÉREZ MILLÁN, D.: “Pactos parasociales con terceros”, en *Eprints Complutense*, núm. 42/2011, pág. 4.

¹⁷⁵⁵ Vid. epígrafe 5.1.4.4.

¹⁷⁵⁶ “Informe de la Ponencia...”, ob. cit., pág. 40.

transmisibilidad de títulos) y dejando siempre fuera del mismo los contenidos más morales del protocolo y las recomendaciones que la familia empresaria prefiriera mantener como reservadas (y que, en definitiva, ninguna eficacia ganarían por aparecer en el Registro Mercantil).

Parece que la voluntad de mantener en secreto ciertas materias que se incardinan en las relaciones internas de la familia –aun cuando tengan su reflejo en la sociedad- será un elemento que llevará, previsiblemente, a que muchos protocolos se mantengan en su actual estado reservado, prefiriendo sacrificar una seguridad jurídica y una eficacia eventualmente superiores antes que sacar a la luz determinadas intimidades familiares. De hecho, ya desde el momento de la tramitación del RD 171/2007, se advirtió que tanto los destinatarios de la norma (las empresas familiares), como los profesionales del Derecho albergaban serias dudas sobre la conveniencia de una publicación sistemática de los protocolos¹⁷⁵⁷. Es importante añadir, además, que el RD 171/2007 faculta al órgano de administración de la sociedad para decidir si da o no publicidad –decidiendo incluso en qué grado- al protocolo familiar, por lo que la recomendación general a las familias empresarias será que hagan constar en el protocolo una negativa expresa a su publicidad cuando quieran evitarla¹⁷⁵⁸. De lo contrario, los administradores serán perfectamente libres de decidir al respecto.

Pero este interés por la protección de la intimidad de la familia empresaria –un interés que no cabe desconocer ni menospreciar- puede decaer frente a otro objetivo que resulta igualmente importante conseguir: la eficacia. En este sentido, la publicidad registral dotaría al protocolo de mayores posibilidades de eficacia en cuanto, constando su contenido en el Registro, nada impediría por ejemplo el establecimiento de la prestación accesoria consistente en su cumplimiento, siendo ésta una posibilidad de la que más adelante hablaremos¹⁷⁵⁹.

8.1.2.2. Los distintos grados de publicidad.

Junto al problema que acabamos de destacar acerca del carácter especialmente reservado de los pactos familiares, existe otro elemento que puede desanimar a muchas familias empresarias a dar publicidad a su protocolo. Se trata de algo si cabe más grave todavía: las dudas que genera el efecto que dicha publicidad va a tener de cara a conseguir el objetivo que se persigue, que es el de dotar al protocolo de una mayor eficacia jurídico-obligacional.

¹⁷⁵⁷ VIERA GONZÁLEZ, J. A.: “Empresa y protocolo...”, ob. cit., pág. 1.702.

¹⁷⁵⁸ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 114.

¹⁷⁵⁹ Vid. epígrafe 8.2.2.

La doctrina se ha mostrado en líneas generales muy escéptica sobre el valor añadido que, en cuanto a eficacia obligacional, va a tener la publicidad del protocolo, sobre todo por el modo en que está concebido su acceso al Registro (básicamente, cuando se haga por las vías de la comunicación o del depósito). El carácter potestativo de la publicidad previsto por el RD 171/2007, sin perjuicio de resultar comprensible a tenor de lo expuesto en el epígrafe anterior, genera muchas dudas acerca de su aplicación real, puesto que anteriores experiencias que nuestro ordenamiento ha introducido en esta línea han resultado ser poco eficaces, por lo que considera que la publicidad del protocolo se quedará probablemente en una “*mera anécdota*”¹⁷⁶⁰. Y esto podría ser más grave todavía porque, como señalábamos, buena parte de la doctrina resaltó ya desde el primer momento que el depósito del protocolo en el Registro Mercantil no dotaría al documento de una mayor fuerza jurídica, puesto que “*la publicidad registral no agrega ninguna eficacia “societaria” ni de otra índole a los pactos*”¹⁷⁶¹.

Consideramos que el escepticismo doctrinal está más que justificado y, de hecho, incluso el legislador parece intuir los problemas que la publicidad del protocolo suscitará, por lo que en la Exposición de Motivos del propio RD señala ya que se prevén fórmulas distintas para el acceso al Registro, graduadas de menor a mayor eficacia, “*a fin de dotar de la mayor flexibilidad la publicidad en atención a los intereses de cada sociedad afectada*”. Se deduce, por tanto, que el legislador era consciente ya de las reticencias que las familias empresarias podían manifestar a la hora de hacer públicos sus protocolos, por lo que no sólo se apuesta por la línea de la publicidad potestativa sino, también, por la publicidad de la mera existencia del protocolo, de forma que su contenido se mantenga reservado en el ámbito de la familia (respondiendo así a la preocupación de buena parte de las familias empresarias¹⁷⁶²).

Conviene en este punto, por tanto, hacer una breve mención a los distintos tipos de publicidad registral y, en consecuencia, al modo en que la misma podrá incidir sobre el protocolo, según cuál sea la vía por la que el mismo acceda al Registro Mercantil. Así, debemos establecer una distinción entre los dos tipos de publicidad que, desde el punto de vista del derecho registral, generarán las vías establecidas por el RD 171/2007: la “*publicidad noticia*”, que recaerá en el las vías previstas por los artículos 5 y 6, y la “*publicidad material*”, que solamente se generará en el caso de la vía prevista en el artículo 7.

¹⁷⁶⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar...*, ob. cit., pág. 12.

¹⁷⁶¹ PAZ-ARES, C.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., págs. 747-749.

¹⁷⁶² GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La familia empresaria”, ob. cit., pág. 72.

8.1.2.2.1. Publicidad noticia.

Respecto al primero de los citados efectos registrales, el de “publicidad noticia”, debe señalarse que se trata de un tipo de publicidad menor (ergo, dotará al protocolo de menos eficacia que la publicidad material), que se utilizará respecto a “*aquellos casos y hechos registrables en relación con los cuales la publicidad registral predispuesta para los mismos por el legislador no supone que se revista a lo publicado del carácter de “verdad oficial” (eficacia declarativa ordinaria)*”¹⁷⁶³. Lo que se permite de este modo es que cualquier tercero tenga la posibilidad de conocer determinados datos, pero sin que de ello se deriven consecuencias jurídicas para ellos, ni positivas ni negativas, por la mera constancia de dichos datos en el Registro¹⁷⁶⁴. La publicidad es en este caso un mero vehículo para permitir el conocimiento por parte de terceros, pero carece de ninguna otra utilidad más allá de la puramente informativa¹⁷⁶⁵.

Esta publicidad noticia es la que se obtendrá cuando el protocolo acceda al Registro Mercantil por las vías previstas en los artículos 5 y 6 del RD 171/2007. No cabe desmerecer su importancia, puesto que la constancia registral de datos o noticias relevantes sobre los sujetos que operan en el tráfico mercantil permite que cualquier tercero acceda a los mismos¹⁷⁶⁶. En este sentido, debe destacarse que la publicidad noticia (llamada también publicidad formal) tiene como gran consecuencia una presunción de conocimiento que tiene plenos efectos jurídicos: “*la cognoscibilidad, es decir, la mera posibilidad de conocer, equivale al conocimiento*”¹⁷⁶⁷. Sin embargo, de poco va a servir poder predicar que el tercero conocía la existencia del protocolo si no puede extenderse esa cognoscibilidad al contenido del mismo, puesto que no podrá exigírsele en ese caso la observancia de dicho contenido.

Por este motivo, la vía prevista por el artículo 5 del RD es la más débil de todas: el sujeto que consulte el Registro tendrá constancia de que la empresa familiar sobre la que busca información tiene otorgado un protocolo familiar, pero no obtendrá ningún dato acerca de su contenido. Por lo tanto, es inevitable que esa falta de revisión por parte del Registrador conlleve, necesariamente, la falta de eficacia declarativa ordinaria acerca de un contenido que, siendo desconocido, resulta imposible manifestar si se ajusta o no a Derecho, por lo que no podría invocarse la máxima, establecida por los

¹⁷⁶³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 181-182.

¹⁷⁶⁴ ROJO, A.: “El Registro Mercantil...”, ob. cit., pág. 199.

¹⁷⁶⁵ Para distinguir mejor los elementos dotados de publicidad material de aquéllos que sólo gozan de publicidad noticia, el Registro italiano tiene una sección específica para estos últimos, cosas que no ocurre en el español (FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Publicidad material y...*, ob. cit., pág. 40).

¹⁷⁶⁶ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos...”, ob. cit., págs. 326-327.

¹⁷⁶⁷ ROJO, A.: “El Registro Mercantil”, ob. cit., pág. 113.

artículos 201 del CCom y 7.1 del RRM, de que lo inscrito se presume exacto y válido¹⁷⁶⁸. Y es que es precisamente la calificación o verificación que el funcionario competente (en este caso, el Registrador) lleva a cabo lo que “*justifica que el Estado atribuya credibilidad a lo que el Registro proclama*”¹⁷⁶⁹, no teniendo sentido alguno, por tanto, otorgar credibilidad a un documento que el Registrador ni siquiera ha podido solicitar que se le exhiba, puesto que el propio artículo 5.2 del RD se lo prohíbe expresamente¹⁷⁷⁰. Lo único que sí podrá y deberá comprobar el Registrador es que el protocolo pueda consultarse en la página web corporativa cuando así se le hubiera declarado, así como el hecho de que no exista otro protocolo anterior, salvo que el nuevo tenga por objeto modificar o sustituir el antiguo, siempre que de este modo se haya manifestado por parte del órgano de administración¹⁷⁷¹.

Mayores ventajas ofrecerá el depósito en el Registro del protocolo, según el mecanismo establecido por el artículo 6 del RD 171/2007, cuya ejecución práctica plantea, eso sí, algunos problemas por el hecho de estar necesariamente vinculado al depósito de las Cuentas Anuales¹⁷⁷² y, por ende, a las limitadas facultades calificadoras del Registrador sobre ese depósito¹⁷⁷³. En ese caso, el contenido (total o parcial) del protocolo constará ya en el Registro, por lo que la cognoscibilidad alcanzará también a ese contenido. Sin embargo, también sobre ese contenido pesará únicamente el carácter de mera publicidad noticia, sin que puedan, por tanto, ser oponibles las obligaciones que eventualmente contenga a cualquier tercero. Y es que aun estando el texto del protocolo en el Registro, sus cláusulas no habrán sido objeto de calificación por el Registrador, quien se habrá limitado, en su función calificadora, a analizar la identidad del documento, su integridad y la legitimación de quien lo haya llevado al Registro¹⁷⁷⁴. Es decir, sólo habrá calificado el documento de manera formal, pero no de manera

¹⁷⁶⁸ Debe matizarse que la inscripción no convalida aquello que, legalmente, tenga carácter nulo. Sin embargo, opera a priori una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual lo inscrito producirá efectos “*en tanto no se inscriba la declaración de su inexactitud o nulidad*”, como señala la DGRN en sendas resoluciones de 2 de enero de 1992 y de 6 de junio de 1994.

¹⁷⁶⁹ CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales...*, ob. cit., pág. 270.

¹⁷⁷⁰ Cabe señalar que la doctrina es mayoritariamente partidaria de que la calificación sea una garantía de legalidad pero no un freno para la autonomía de la libertad de los socios. Al respecto, lo relativo a “*relaciones entre socios y al funcionamiento interno de la sociedad debería entenderse como fundamentalmente dispositivo*”, en cuyo caso el Registrador debería realizar una interpretación lo más extensiva posible de las leyes societarias, con el objeto de que el documento presentado –que recoge la voluntad de los socios- pudiera ser inscrito (GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos...”, ob. cit., pág. 322).

¹⁷⁷¹ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 1.151.

¹⁷⁷² Por el modo en que está prevista la norma, no es posible el depósito del protocolo de manera autónoma, sino que sólo puede efectuarse acompañando a las Cuentas. En el caso de sociedades que no estén obligadas al depósito de Cuentas, sólo podrán depositar el protocolo si depositan también, de forma voluntaria, dichas Cuentas (RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., págs. 1.151-1.152). Esto puede conducir al absurdo de tener que esperar todo un año para depositar el protocolo (FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 103).

¹⁷⁷³ Para un estudio de esta cuestión, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Sobre la calificación mercantil contable”, en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (ed.): *La calificación registral*, 2ª edic., tomo III, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 2.491-2.505.

¹⁷⁷⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El nuevo Registro ...*, ob. cit., pág. 439.

material, siendo la calificación sustantiva –el análisis por parte del Registrador de la legalidad del acto inscribible- el elemento clave para que los asientos registrales puedan gozar de legitimación y fe pública registral¹⁷⁷⁵. A pesar de ello, no puede olvidarse que el propio RD señala en su Exposición de Motivos que el protocolo “*en ningún caso podrá afectar a la organización de la sociedad según conste inscrita en el Registro Mercantil*”, por lo que el Registrador no podrá eludir cierta calificación acerca del respeto a esos límites societarios impuestos a la autonomía de la voluntad¹⁷⁷⁶.

Resulta interesante, en todo caso, plantear en este punto las dudas acerca del efecto que el protocolo depositado por esta vía puede desplegar frente a la sociedad. Por un lado, deberíamos entender que la sociedad queda obligada a respetar el contenido del protocolo por una interpretación *sensu contrario* del artículo 29 de la LSC, en el sentido de que, si los pactos reservados entre los socios no son oponibles a la sociedad, como es la principal finalidad que desde siempre la doctrina¹⁷⁷⁷ ha señalado para el referido precepto, debemos poder deducir que aquéllos que dejen de tener carácter reservado (como ocurre cuando se depositan en el Registro Mercantil) pasan a serle oponibles.

Con todo, debemos precisar que seguirá existiendo una notable diferencia entre las normas contenidas en los estatutos sociales y las contenidas en ese protocolo depositado en el Registro, diferencia que, a la postre, acabará suponiendo que las primeras sean de aplicación preferente frente a las segundas, aun cuando es frecuente que en el protocolo (y en muchos pactos parasociales) se otorgue preferencia a este propio pacto frente a lo dispuesto en los estatutos, lo cual nunca podrá tener más efecto que, en todo caso, el *inter partes* propio de su naturaleza contractual, puesto que sólo las partes son las que se han obligado, entre ellas, a priorizar el protocolo o el pacto frente a los estatutos¹⁷⁷⁸.

Y es que los estatutos, por la vía de los artículos 114.1.4º y 175.1.3º del RRM, en relación a las sociedades anónimas y a las de responsabilidad limitada respectivamente, son objeto de inscripción (que no de mero depósito) registral y, en consecuencia, de calificación por parte del Registrador, lo cual hace que recaiga sobre su contenido la presunción *iuris tantum* de legalidad que los artículos 20.1 del CCom y 7.1 del RRM conceden a los actos inscritos, debido a la calificación que sobre ellos se ha llevado a cabo¹⁷⁷⁹. El contenido del protocolo depositado (que no inscrito), en cambio, no goza de dicha presunción de legalidad, por lo que es posible que contenga cláusulas

¹⁷⁷⁵ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos...”, ob. cit., pág. 306.

¹⁷⁷⁶ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 1.152.

¹⁷⁷⁷ GARRIGUES, J./MENÉNDEZ, A./URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, tercera edición, pág. 169.

¹⁷⁷⁸ Vid. apartado 4.1 respecto a la regulación entre protocolo y documentos societarios, así como el apartado 6.5 en cuanto a su inserción en la regulación de las sociedades mercantiles.

¹⁷⁷⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *El Registro Mercantil*, ob. cit., págs. 115-119.

que, aparte de no ser inscribibles, no estén siquiera ajustadas a Derecho, con lo cual se estaría extralimitando el ámbito de autonomía de la voluntad de los socios, que viene acotado por el respeto a los principios configuradores del tipo social elegido, a la hora de configurar normas inscribibles.

Podemos concluir, por tanto, que la sociedad deberá guiarse por lo dispuesto en sus estatutos sociales, no quedando sometida a las disposiciones del protocolo familiar, aun en el caso de que éste conste depositado en el Registro. Esto significa que la mera publicidad noticia tendrá, a efectos prácticos, muy poca incidencia sobre la eficacia jurídica y obligacional del protocolo, siendo más interesante recurrir a la otra vía que el RD 171/2007 permite a través de su artículo 7, que es la que le confiere efectos plenos de publicidad material (los antes citados de legitimación, oponibilidad y tracto sucesivo), siendo estos efectos los que, como señalábamos anteriormente, resultarán verdaderamente útiles para dotar de mayor eficacia vinculante al protocolo familiar, especialmente los dos primeros, que van íntimamente relacionados entre sí, hasta el punto de que pueda considerarse que “*el principio de legitimación tiene como una de sus consecuencias que los actos sujetos a inscripción, una vez inscritos, son oponibles a terceros incluso de buena fe*”¹⁷⁸⁰, por lo que la oponibilidad acaba derivando directamente de la legitimación de los actos y documentos inscritos.

En todo caso, es interesante remarcar que el depósito del protocolo sí permitirá reforzar su fuerza vinculante *inter partes*. Aunque nuestro derecho de contratos esté regido por un carácter marcadamente espiritualista, teniendo el mismo grado de obligatoriedad un contrato verbal que uno escrito, o uno privado que uno elevado a público (salvo cuando exista requisito específico *ad solemnitatem*¹⁷⁸¹), es evidente que un tipo de contrato podrá tener mayor facilidad para desplegar sus efectos que otro. Así, aunque el mero consentimiento verbal entre dos sujetos sea suficiente para que se entienda que existe contrato (artículo 1.278 del CC), desplegándose por tanto el efecto de *lex privata* del artículo 1.091 del CC, es obvio que la prueba del contenido de las obligaciones y de las características de éstas resultará mucho más sencilla cuando exista un documento firmado y, más aún, cuando dicho documento esté elevado a público.

Lo que distingue al documento público es la garantía de que las manifestaciones recogidas en el mismo han sido efectuadas por las partes otorgantes, así como la fecha de las mismas, pero no su veracidad intrínseca¹⁷⁸². Trasladado al

¹⁷⁸⁰ SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen I, 28ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 149.

¹⁷⁸¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil. Comentado...*, ob. cit., pág. 1.284. La doctrina discutió en su momento si, en el caso concreto del contrato de sociedad, se exigía o no forma *ad solemnitatem*, por entender que el CC no lo hacía y el CCom parecía sugerirlo: Girón considera que no se exige requisito de forma, por cuanto la escritura pública “*ni quita ni pone al contrato*”, aunque sea necesaria para la inscripción registral (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., págs. 228-229).

¹⁷⁸² LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de Obligaciones*, volumen I, ob. cit., pág. 385.

protocolo familiar, cuando éste se otorgue ante Notario o se eleve a público su contenido, se tendrá fe pública acerca de la identidad de sus firmantes y de su contenido en un momento determinado, pero ello no supondrá que dicho contenido sea ajustado a Derecho en lo sustantivo, tal y como se deduce del artículo 145 del RN¹⁷⁸³. Y lo mismo ocurre con su depósito en el Registro Mercantil: dicho depósito será prueba fehaciente, otorgará fe pública y certeza frente a terceros de la fecha en que el documento ha accedido al Registro, así como de la identidad corpórea de su contenido, pero no garantizará su legalidad al no haber sido objeto de calificación.

La importancia del depósito en el Registro a través del artículo 6 del RD, pues, reposa en la garantía de integridad de su contenido y la cognoscibilidad del mismo, lo cual resulta muy útil a la hora de configurar eventuales prestaciones accesorias¹⁷⁸⁴, respecto a las cuales el propio RD introduce una modificación del artículo 187.1 del RRM para delimitarlas mejor y, en particular, para aclarar que pueden tener o no contenido económico y consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer¹⁷⁸⁵. Una posibilidad para reforzar la eficacia del protocolo es incorporar a los estatutos una prestación accesoria consistente en obligar a los socios al cumplimiento del protocolo, siendo inexcusable para ello *“la determinabilidad de su contenido instrumentada bajo forma de depósito registral”*¹⁷⁸⁶.

Desde este punto de vista, por tanto, el depósito del protocolo es una innegable herramienta de seguridad jurídica para el futuro socio de la compañía, quien podrá conocer de antemano –mediante consulta al Registro Mercantil– el contenido de un pacto que, como socio, se verá obligado a respetar¹⁷⁸⁷. Si dicho pacto, el protocolo, estuviera únicamente recogido en documento privado, existiría siempre el riesgo de modificaciones por parte de sus firmantes. Si estuviera recogido en escritura pública y la prestación accesoria se refiriera a un documento por tanto protocolizado, no existiría riesgo de modificación, pero el futuro socio –a quien presumimos a estos efectos como no firmante del pacto– carecería de legitimidad para obtener una copia (artículo 224 del RM)¹⁷⁸⁸. Por lo tanto, lo que el depósito en el Registro Mercantil añade a la escritura pública es la cognoscibilidad por parte de ese tercero que, a futuro, puede quedar

¹⁷⁸³ El tenor literal del precepto limita el alcance de la fe pública del Notario: *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”*. No obstante, el mismo precepto obliga al Notario a efectuar cierto juicio de legalidad, de modo que no pueda otorgarse ante él un contrato contrario a la ley o al orden público.

¹⁷⁸⁴ Vid. epígrafe 8.2.2.

¹⁷⁸⁵ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 139.

¹⁷⁸⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 245.

¹⁷⁸⁷ Estableciendo una vez más el paralelismo con los pactos parasociales de sociedades cotizadas y su régimen de obligatoria publicidad, podemos señalar que la información debe recibirse *ex ante*, con carácter previo a la toma de la decisión de acceder a títulos de un determinado capital (HERNÁNDEZ SÁINZ, E.: *“La obligación de...”*, ob. cit., pág. 172).

¹⁷⁸⁸ RRDGRN de 18 de diciembre de 2008 o de 2 de junio de 2011.

sujeto a las normas del protocolo si adquiere finalmente la condición de socio. Consecuencia de ello, por tanto, aun cuando la vía de acceso al Registro habilitada por el artículo 6 del RD para el protocolo no conceda mayor publicidad al documento que la mera publicidad noticia, es evidente que le otorga un plus de eficacia *inter partes* respecto al que le otorgaba el artículo 5, por cuanto servirá de mecanismo de garantía para quienes son terceros al tiempo del depósito y pueden devenir, con posterioridad, sujetos obligados por las normas protocolarias.

Y cabe añadir finalmente, para cerrar este epígrafe, que la constancia registral de la existencia del protocolo (artículo 5 del RD) y el depósito del mismo junto con las Cuentas Anuales (artículo 6) pueden tener un efecto adicional, fuera ya del terreno jurídico, como elemento reputacional¹⁷⁸⁹: la decisión por parte de la familia empresaria de hacer públicas sus normas, de conformidad con los principios de buen gobierno corporativo¹⁷⁹⁰, puede permitir a la empresa familiar gozar de mayor prestigio en el mercado¹⁷⁹¹.

Efectivamente, el legislador parece haber pensado también en las políticas de buen gobierno de sociedades y, por este motivo, hace una referencia expresa a la cuestión tanto en la Exposición de Motivos del RD 171/2007 como, también, en su artículo 6. No obstante, es muy previsible que la voluntad de transparencia difícilmente pueda triunfar cuando la publicación es potestativa, como difícilmente lo hubiera hecho en el caso de las sociedades cotizadas si el artículo 519 de la LSC o, en su momento, el antiguo artículo 112 de la LMV, hubieran revestido este mismo carácter dispositivo¹⁷⁹². Sobre todo, teniendo en cuenta que, como hemos señalado anteriormente, la voluntad de mantener reservados sus pactos internos será la tendencia más natural de la mayoría de familias empresarias.

8.1.2.2.2. Publicidad material.

La tercera de las vías previstas por el RD para el acceso del protocolo al Registro Mercantil es, como indica su Preámbulo, la única que generará “*un efecto de publicidad material y no mera publicidad noticia*”, como ocurre con las vías ya estudiadas de sus

¹⁷⁸⁹ En Estados Unidos, se considera que las empresas con un protocolo familiar ofrecen una garantía adicional a terceros, sobre todo de cara a obtener financiación, porque se entiende que tienen una seguridad más estructurada en la continuidad (CASADO JUAN, F.: “Los protocolos familiares...”, ob. cit., págs. 148-149).

¹⁷⁹⁰ Vid. referencias a los códigos de buen gobierno en el epígrafe 5.2.1.2.2.

¹⁷⁹¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 186-187.

¹⁷⁹² Las consecuencias de la no publicidad de los pactos parasociales en caso de sociedades cotizadas son dobles: por un lado, la comisión de una infracción grave; por el otro, la sanción de la ineficacia del pacto (FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “El significado de...”, ob. cit., pág. 96).

artículos 5 y 6. Se trata del mecanismo previsto por el artículo 7 del RD: “*Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública*”.

La importancia de la publicidad material es innegable, como advierte la doctrina clásica: “*el fin de la publicidad es la atención a intereses de terceros*”¹⁷⁹³. Podemos señalar que es la que dota de verdadera “*significación jurídica*” al Registro Mercantil, debido a los efectos que produce sobre los hechos inscritos¹⁷⁹⁴. Y es que, tras su inscripción, como señalábamos, estos hechos (o en nuestro caso normas) podrán oponerse a terceros, incluso en el caso de que éstos no los conozcan (prima la cognoscibilidad sobre el conocimiento), invirtiendo así la situación de que un hecho no inscrito, aun conociéndolo el tercero, no pueda serle oponible, como resulta evidente con los pactos omnilaterales de todos los socios que, a pesar de ello (de ser por tanto conocidos por la sociedad¹⁷⁹⁵), resultan societariamente inoponibles¹⁷⁹⁶. Al respecto, no resulta difícil advertir que la oponibilidad de lo inscrito –que es el efecto típico y genuino de los sistemas registrales modernos, hasta el punto de ser la verdadera razón de ser de los Registros Mercantiles¹⁷⁹⁷– es, sin duda, la gran ventaja que la publicidad registral (con carácter material) puede aportar al protocolo familiar.

Cabe apuntar, con todo, que esta oponibilidad queda sujeta a garantizar plenamente la cognoscibilidad de lo inscrito, para lo que es preciso que todo acto sujeto a inscripción se publique en el BORME para resultar oponible a terceros, tal y como exige el artículo 21 del CCom¹⁷⁹⁸. Esta obligatoria publicación en el BORME no garantiza obviamente el conocimiento de esos actos inscritos por parte de los terceros, pero sí refuerza su cognoscibilidad, por lo que resulta una regulación más garantista para esos terceros que la derivada del RRM de 1956, para el que la mera inscripción era ya causa suficiente de oponibilidad, tal y como rezaba su artículo 2: “*Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos, y no podrá invocarse su ignorancia*”. Tras la modificación del artículo 21 del CCom en 1989, complementada con la regulación que el RRM de 1996 hace de la cuestión (vid. su artículo 9.1, que exige la publicación en el BORME, frente al artículo 2 del RRM de 1956), la regla general de oponibilidad de lo inscrito subsiste, pero “*ha visto un tanto debilitada su eficacia*”.

¹⁷⁹³ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 237.

¹⁷⁹⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Fundamentos de Derecho...*, ob. cit., págs. 198-199.

¹⁷⁹⁵ STS de 10 de febrero de 1992 (caso *Munaka*).

¹⁷⁹⁶ NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales...*, ob. cit., pág. 136.

¹⁷⁹⁷ CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales...*, ob. cit., pág. 335 y 341.

¹⁷⁹⁸ Según la redacción que le dio al mismo la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades.

tradicional”, por cuanto no gozará de plena inoponibilidad por la mera inscripción¹⁷⁹⁹. Este sistema de doble publicidad es objeto de crítica hoy, por cuanto parece claramente obsoleto exigir como garantía adicional la publicación en el BORME si, a través de Internet, cualquier tercero puede tener acceso casi inmediato al asiento registral una vez ha sido practicado¹⁸⁰⁰. Pero, a pesar de ello, es el sistema vigente.

Hecho este apunte de carácter más formal, retomamos el breve estudio de la caracterización de la publicidad material para destacar la enorme trascendencia que la misma tiene en el tráfico jurídico. Ello es porque “*produce efectos en la esfera privada de los terceros, exceptuando así al principio de eficacia relativa (inter partes) de los contratos*”¹⁸⁰¹, por lo que permite extender el efecto inicialmente *inter partes* del protocolo hasta convertirlo en efecto *erga omnes*, de modo que pueda resultar oponible a la sociedad y, por tanto, pueda ser tenido en cuenta como un mecanismo adicional al estatutario a la hora de regularla. Es importante, con todo, introducir un matiz: esta publicidad no protege a los terceros en cuanto a los negocios jurídicos o actos dispositivos que realicen en interacción con la sociedad, sino que únicamente les asegura la existencia y capacidad de la sociedad, así como la legitimación de quienes la representan¹⁸⁰². En este caso, únicamente garantiza la plena constancia de las normas que afectarán a la mercantil, pero no así el efecto que su existencia pueda tener sobre esos terceros que, eventualmente, puedan verse sometidos de manera directa o indirecta a la aplicación de las mismas.

Basta con un breve repaso a lo expuesto ya en el presente trabajo acerca de los límites de la eficacia del protocolo como contrato¹⁸⁰³ para apreciar la relevancia que dotarlo de publicidad registral material va a tener, puesto que será la única manera de conseguir que terceros totalmente ajenos a su suscripción puedan verse afectados por las disposiciones contenidas en el mismo. Por lo expuesto, resulta evidente que será la publicidad material la que más interesará que pueda tener el protocolo familiar en aras a defender su eficacia y, en particular, su oponibilidad a terceros entre los que se halla también la propia sociedad, lo cual sólo puede lograrse por la vía del artículo 7 del RD 171/2007.

El análisis detallado de este precepto nos sugiere distintas cuestiones sobre las que merece la pena una breve reflexión. En primer lugar, es muy importante precisar que no es el propio protocolo el que va a ser objeto de inscripción registral, sino que lo serán los acuerdos sociales adoptados en ejecución del mismo y, en todo caso, serán objeto de inscripción también “*en la hoja abierta a las sociedades mercantiles (familiares) a*

¹⁷⁹⁹ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “Principio y fundamentos...”, ob. cit., págs.334-340.

¹⁸⁰⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Publicidad material y...*, ob. cit., pág. 68.

¹⁸⁰¹ EIZAGUIRRE, J.M.: *Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 228.

¹⁸⁰² GARRIDO CERDÁ, E.: “La calificación registral mercantil”, ob. cit., pág. 316.

¹⁸⁰³ Vid. epígrafe 7.2.2.

*las que aquél afecte, las oportunas cláusulas estatutarias inscribibles*¹⁸⁰⁴. Es decir, lo que accederá al Registro mediante el artículo 7 del RD son acuerdos y cláusulas de los estatutos, que son en definitiva los hechos inscribibles. El acceso del protocolo al Registro por esta vía será, en consecuencia, indirecto.

Profundizando en esta línea, puede señalarse que el hecho de que lo inscribible sean las *“cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo familiar”* (como reza el título del artículo) nos sitúa en la idea de inscribir el protocolo como parte de los estatutos sociales¹⁸⁰⁵ o, también, en la inscripción directa de cláusulas estatutarias inscribibles que, entendemos, habrán nacido del protocolo familiar. Además, en estos casos, aunque los acuerdos adoptados tengan su origen en el protocolo, su carácter inscribible hace que su publicidad sea en estos casos de carácter obligatorio y no de carácter potestativo, debiendo ser objeto por tanto de la oportuna calificación registral¹⁸⁰⁶.

En segundo lugar, cabe destacar que debe existir un protocolo previamente publicado, puesto que se exige que los acuerdos adoptados lo hayan sido *“en ejecución de un protocolo familiar publicado”*, por lo que entendemos que este artículo 7 no sería aplicable cuando dicho protocolo se mantuviera reservado entre sus firmantes, bajo la forma de documento privado, ni tampoco en el caso de que, aun habiéndolo elevado a público, no hubiera sido presentado ante el Registro Mercantil, por cuanto debemos distinguir entre el documento *“público”* y el *“publicado”*. Sólo en el segundo de los casos gozará el protocolo del doble efecto que el Registro le otorga en términos de cognoscibilidad y credibilidad¹⁸⁰⁷, aunque este último se reserve en estos casos sólo a efectos de calificación formal. Ello será así porque la presentación del protocolo, a estos efectos, deberá haberse hecho por cualquiera de las vías previstas en los artículos 5 y 6 del RD, si bien en ambos casos tendrá que haberse realizado mediante el depósito del protocolo, a fin de que conste su contenido, a pesar de lo permitido en sentido contrario por el artículo 5.2. Por lo tanto, esa primera publicidad habrá tenido carácter de publicidad noticia y sólo la de las cláusulas que entren al Registro por la vía del artículo 7 tendrá verdadero carácter de publicidad material. Y es que sólo las cláusulas estatutarias en cuestión habrán sido objeto de calificación en Derecho por parte del Registrador. Asimismo, ante el silencio que el RD guarda al respecto, cabrá también considerar cumplido el requisito de publicación previa del protocolo cuando su contenido conste en la página web corporativa¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar...*, ob. cit., pág. 172.

¹⁸⁰⁵ GARRIDO DE PALMA, V.: *“La familia empresaria...”*, ob. cit., pág. 92.

¹⁸⁰⁶ DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: *“Reflexiones sobre el...”*, ob. cit., pág. 111.

¹⁸⁰⁷ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: *“Principios y fundamentos...”*, ob. cit., pág. 356.

¹⁸⁰⁸ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: *“El protocolo familiar...”*, ob. cit., pág. 1.154.

Podemos deducir de ello que sólo podrán ser inscribibles en el Registro –como es natural, para que puedan desplegarse los efectos propios de la publicidad material– aquellas partes del protocolo familiar que sean susceptibles de convertirse en cláusulas estatutarias. Quedarán fuera de dicha inscripción, por lo tanto, los contenidos menos jurídicos del protocolo¹⁸⁰⁹, así como todos aquellos que, por su objeto, sean contrarios a la prohibición de inscribir hechos registralmente atípicos¹⁸¹⁰, y sólo podrán acceder a ella los contenidos netamente jurídicos y que, por supuesto, estén ajustados a Derecho (según el resultado de la calificación). En definitiva, no es inscribible por esta vía el protocolo como tal, sino sólo los acuerdos inscribibles, lo cual redundará en diferenciar el pacto social del parasocial: sólo se inscribe aquello que cumple todos los requisitos de adopción de un pacto (o acuerdo) social¹⁸¹¹.

La vertiente positiva de la cuestión es indudable: estas cláusulas pasarán de tener la eficacia jurídica *inter partes* propia de la naturaleza contractual del protocolo a tener la eficacia *erga omnes* que les concederá su inscripción registral¹⁸¹². El hecho de que la familia empresaria haya consignado ciertas regulaciones en el protocolo y no en los estatutos dejará, por tanto, de ser un obstáculo para su eficacia, puesto que cualquier tercero –incluyendo, naturalmente, a la sociedad– quedará sometido a observar una norma que se le ha convertido en oponible, por ser éste el efecto general que producirá su inscripción registral¹⁸¹³.

Sin embargo, la vertiente negativa puede ser la artificiosidad de un mecanismo que podría ser más sencillo: si todas las cláusulas del protocolo inscritas en el Registro son susceptibles de incorporación a los estatutos sociales, parece que resultaría mucho más ágil trasladarlas a éstos¹⁸¹⁴ y que, por tanto, no fuera necesario que el régimen de la sociedad constara en dos tipos distintos de normas que forzosamente deberán conjugarse, con los posibles problemas de aplicación práctica que esto podría conllevar.

8.1.2.3. Particularidades en el acceso del protocolo al Registro Mercantil.

Para cerrar el análisis de las cuestiones relacionadas con la publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil, y antes de referirnos a otros

¹⁸⁰⁹ Vid. apartado 3.2.1.

¹⁸¹⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Publicidad material y...*, ob. cit., 58.

¹⁸¹¹ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., págs. 105 y 107.

¹⁸¹² CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales...*, ob. cit., pág. 335 y 341.

¹⁸¹³ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos...”, ob. cit., pág. 334.

¹⁸¹⁴ Vid. epígrafe 4.2.1.

Registros, consideramos oportuno estudiar brevemente tres particularidades que se derivan del RD 171/2007. Se trata de las siguientes:

- a. Acceso al Registro de protocolos de sociedades con distintos grupos familiares.
- b. Acceso al Registro de protocolos de grupos de sociedades.
- c. Política de protección de datos personales.

La primera cuestión planteada (letra a), relativa al acceso al Registro de sociedades con distintos grupos familiares, deriva de la limitación establecida por el artículo 2.2 del RD 171/2007, por el que *“la sociedad sólo podrá publicar un único protocolo”*, aunque permite que éste sea objeto de diversas formas de publicidad¹⁸¹⁵ y que se lleven a cabo cuantas modificaciones del mismo sean convenientes, cosa lógica por otro lado: los propios cambios legislativos que se vayan sucediendo pueden obligar a la familia empresaria a tener que introducir modificaciones en el protocolo inicial¹⁸¹⁶.

El legislador justifica esta limitación en la Exposición de Motivos del RD, señalando que obedece a un objetivo de seguridad jurídica: *“Se considera que ésta es la fórmula que mejor garantiza la seguridad jurídica que debe presidir la publicidad que ofrece el Registro mercantil, en aras a la certeza de los operadores y ciudadanos sobre el marco regulatorio de la entidad”*. Esta justificación de seguridad jurídica puede reforzarse, además, en la consideración de que una sociedad deba tener un único protocolo familiar, aunque haya después varios pactos o acuerdos distintos celebrados internamente dentro de cada grupo, rama o tronco familiar (en el caso de aquellas sociedades en las que exista más de uno). Y es que hay autores que entienden que estos pactos no son en sí mismos verdaderos protocolos, puesto que un protocolo debe tener la voluntad de regular la organización de la empresa y de las relaciones de ésta con su familia en su conjunto, no de manera fragmentada¹⁸¹⁷.

Esta interpretación legislativa y doctrinal podría chocar con otras posibles interpretaciones en sentido contrario: al fin y al cabo, analógicamente, el artículo 519 de la LSC no prohíbe la publicación de más de un pacto parasocial en una sociedad cotizada y, de hecho, la publicidad sería obligatoria para todos los que existieran, siempre que pudieran considerarse, eso sí, sindicatos de voto en sentido estricto¹⁸¹⁸. Pero es preciso señalar en este punto que el protocolo familiar, a diferencia de lo que ocurre con los pactos parasociales, precisa tener un carácter singular en la empresa a la que se refiera. Un pacto parasocial, por su propia definición, no busca (no al menos

¹⁸¹⁵ Entendemos, por tanto, que un mismo protocolo puede recorrer las tres vías de acceso al Registro contenidas en los artículos 5, 6 y 7 del RD, al margen también de la vía de la publicidad extrarregistral de su artículo 4. Además, como hemos señalado anteriormente, la fórmula prevista en el artículo 7 parece hacer necesario que se haya producido con anterioridad otra forma de publicidad del protocolo.

¹⁸¹⁶ DÍEZ SOTO, C. M.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 318.

¹⁸¹⁷ GARRIDO DE PALMA, V.: “La familia empresaria...”, ob. cit., pág. 89.

¹⁸¹⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “El significado de...”, ob. cit., pág. 95.

necesariamente) la defensa de los intereses de la sociedad, sino únicamente la defensa de los intereses de aquellos socios que lo hayan suscrito. Por ese mismo motivo, la existencia de múltiples grupos de socios, con intereses distintos cada uno de ellos, puede dar lugar a la existencia de múltiples pactos extraestatutarios, por cuanto cada pacto obedecerá a la defensa de un interés concreto. De hecho, el propio RD introduce una modificación de los artículos 114.2 y 175.2 del RRM a fin de permitir la inscripción de multitud de pactos alcanzados entre los socios para regular cuestiones concretas¹⁸¹⁹, sin que ello suponga un verdadero protocolo.

El protocolo familiar busca defender intereses comunes, de ahí que su gestación se base en lograr el más amplio consenso en el seno de la familia empresaria, aunque ello implique un proceso de gestación de meses o hasta de años¹⁸²⁰. Es perfectamente posible que, del mismo modo que con los pactos parasociales, cada rama familiar establezca con posterioridad un pacto propio que agrupe el interés de sus miembros frente al interés de los miembros de las otras ramas, quienes se pueden dotar a su vez de sus propios pactos. Pero ninguno de estos pactos tendrá carácter protocolario, sino que únicamente perseguirá la defensa de los intereses concretos de sus firmantes. El protocolo pretende por su propia idiosincrasia ser el acuerdo marco que regule las relaciones entre empresa familiar y propiedad (familia empresaria en su conjunto)¹⁸²¹, por lo que sólo cabe un único protocolo por sociedad.

A mayor abundamiento, si ya advertíamos anteriormente de las posibles disfunciones que puede generar una duplicidad de normativas relativas a la sociedad mercantil familiar (estatutos sociales por un lado y protocolo por otro), resulta evidente que la coexistencia de múltiples protocolos complicaría mucho más todavía la situación, resultando además carente de sentido que varios protocolos accedieran al Registro para tratar de regular una misma sociedad sobre la base, presumiblemente, de intereses distintos. Es preciso que la familia empresaria sea capaz de aglutinar los intereses de todas sus ramas en el otorgamiento del protocolo, de modo que éste sea un documento único, sin perjuicio del desarrollo, al margen, de eventuales acuerdos privados adicionales y conceptualmente muy diferenciados: es básico alcanzar acuerdos de consenso entre todos los sujetos implicados para determinar cómo será el protocolo¹⁸²². Y eso es lo que explica, además, que generalmente quieran los firmantes del protocolo dotar a éste de cierta supremacía o prevalencia respecto a las normas propias de la sociedad (buscando el efecto de lo que la doctrina francesa ha venido a calificar como acuerdos supra-estatutarios)¹⁸²³, lo cual sólo se entiende si existe un único documento con ese rango.

¹⁸¹⁹ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 1.154.

¹⁸²⁰ MARTÍNEZ, J.: “Introducción al protocolo...”, ob. cit., págs. 62-63.

¹⁸²¹ DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La sociedad familiar...”, ob. cit., pág. 202.

¹⁸²² SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 86-87.

¹⁸²³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 64-65.

La segunda cuestión planteada (letra b), el acceso al Registro de los protocolos que afecten a distintas sociedades, parte también de la base del artículo 2.2 del RD, que prevé la posibilidad de que el protocolo se publique en este caso de manera fragmentada: “en el supuesto de que el protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierne”. Entendemos que esta norma resultará útil cuando la familia empresaria haya organizado su negocio a través de un grupo de sociedades, estructura cada vez más habitual en la práctica y que viene a romper la tradicional concepción de la sociedad mercantil como entidad aislada (las llamadas “sociedades-isla”), para insertarla en estructuras más complejas, en el marco de las cuales se adoptan las decisiones de mayor calado¹⁸²⁴. Una evolución que va acorde con la traslación de una economía de “estructura atómica” a una de “estructura molecular”¹⁸²⁵ y a la que la empresa familiar no es ajena: es relativamente frecuente que, alcanzado un determinado grado de desarrollo, empresa y familia hayan crecido, de modo que exista una diversidad de unidades productivas en el plano mercantil y una diversidad de ramas en el familiar, empezando a percibirse la conjunción de todo ello en una misma sociedad como una concentración del riesgo incómoda y excesiva, que puede además suponer pérdida de eficacia empresarial¹⁸²⁶. Ante ello, la alternativa puede ser la creación de un grupo de sociedades con mercantiles distintas para dar respuesta al nuevo escenario que con el tiempo se habrá ido creando.

La norma prevista por el artículo 2.2 del RD es congruente con la posibilidad de que, efectivamente, no todas las normas del protocolo tengan por objeto incidir sobre la totalidad de las empresas que pertenezcan al grupo. En puridad, a pesar de su pertenencia a ese grupo, cada una de ellas podría disponer de su propio protocolo: el mismo precepto proscribía que haya más de un protocolo por sociedad, pero no se refiere a grupos y, aun dentro de éstos, cada sociedad integrante tiene su propia autonomía. No obstante, estimamos preciso hacer una reflexión acerca del modo en que un protocolo debe operar en un grupo de sociedades, reflexión que entronca de hecho con la que hemos realizado acerca de la proscripción de publicar más de un protocolo por sociedad.

Es sabido que en los grupos de sociedades, a pesar de que cada mercantil integrante tenga una autonomía legal y funcional propia y un interés también propio y determinado, existe asimismo un interés de grupo, interés que resulta innegable a pesar de que el grupo en sí no tenga personalidad jurídica propia y que acaba imponiéndose a menudo a los intereses particulares de las sociedades integrantes

¹⁸²⁴ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I, ob. cit., pág. 591.

¹⁸²⁵ GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001, págs. 1-2.

¹⁸²⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Aspectos jurídico-mercantiles...”, ob. cit., pág. 138.

cuando éstos son contrarios a aquél¹⁸²⁷. Este interés de grupo se ejerce gracias a la dirección unitaria del mismo, la “*unidad de decisión*” a la que alude el artículo 42 del CCom o el “*control*” (por parte de una sociedad sobre las demás o por parte de una o varias personas que actúen sistemáticamente de forma conjunta) al que alude el artículo 4 de la LMV. Esta dirección unitaria del grupo es fruto de la cesión, por parte de cada una de las sociedades dominadas, a favor de la sociedad o persona dominante, de una parte determinada de su independiencia, dando lugar así a “*la “transferencia” de competencias empresariales de la sociedad dominada a la dominante que, a su vez, deberá establecer el “plan empresarial” conjunto del grupo*”¹⁸²⁸.

No se trata de una cesión fácil de visualizar. Cada sociedad tendrá sus estatutos, su junta y su órgano de administración. No cabe la posibilidad de desprenderse de ninguno de estos elementos en aras a que el grupo –que por otro lado no es un sujeto autónomo al no tener personalidad jurídica propia- pueda aplicar sus normas de manera directa. Sin embargo, esta dificultad a la hora de determinar dónde reside el *control* no es exclusiva de los grupos de sociedades, sino que es una forma más de reconocer la “*disociación existente desde hace mucho tiempo entre la propiedad y el control en la empresa moderna*”¹⁸²⁹, disociación que también puede apreciarse cuando, como consecuencia de un sindicato de voto, los acuerdos de la sociedad mercantil no se tomen en el espacio que les es propio (la junta), sino en un foro de acceso más restringido y transparencia a priori inexistente¹⁸³⁰. Llevado al extremo, puede afirmarse que el desplazamiento de la capacidad de decisión hacia la sociedad dominante puede ser de tal magnitud que la sociedad dominada acabe viendo cómo sus órganos languidecen por completo: “*la Junta General queda vaciada de contenido; es como un órgano fantasma, algo así como el alargamiento del órgano de administración central*”¹⁸³¹.

Cuando una familia empresarial organice su negocio a través de un grupo de sociedades, existirá igualmente ese llamado interés de grupo, que en este caso bien podemos considerar “*interés de la familia*”. Y en este sentido, es preciso remarcar que la familia será generalmente sólo una (aun cuando pueda estar dividida en múltiples ramas) y, por tanto, el interés de la misma sólo podrá ser uno (aun cuando no sea plenamente coincidente con el de cada rama). Pero ocurre con las ramas familiares lo mismo que ocurría con las sociedades mercantiles: cada una de ellas se ve obligada a sacrificar su interés particular para servir al interés común, sea éste el del grupo

¹⁸²⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades*, volumen II, ob. cit., págs. 1.842-1.843.

¹⁸²⁸ EMBID IRUJO, J. M.: *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, págs. 10-11.

¹⁸²⁹ GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de...*, ob. cit., pág. 75.

¹⁸³⁰ Vid. epígrafe 5.2.1.1.2.

¹⁸³¹ PAZ-ARES, C.: “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ob. cit., pág. 1.480.

mercantil, sea el de la familia entendida en su sentido más extenso o, también, sea la conjunción de estos dos.

La existencia de un interés único justifica que exista una “*unidad de decisión*”, que es el elemento clave para la existencia de un verdadero grupo de sociedades y que reposa sobre una estructura piramidal, que es la más habitual en el mercado, sin perjuicio de otras formas de asociación entre empresas que no parecen tan adecuadas al objeto de nuestro estudio¹⁸³². Parece natural pensar que la cúspide de la pirámide, que en el caso de un grupo de sociedades genérico será ocupada por el órgano de administración de la matriz¹⁸³³, deba ser ocupada en el caso de un grupo de sociedades no sólo por dicho órgano de carácter societario, sino también por el consejo de familia, por cuanto es a éste a quien corresponde velar por el interés de la misma¹⁸³⁴.

Por este motivo, consideramos que es conveniente que el protocolo no se acceda al Registro de manera fragmentada, es decir, dividiendo sus partes entre las distintas mercantiles sobre las que pretenda proyectar sus efectos. El protocolo deberá ser el documento que sirva de base para definir y proteger el interés del grupo, por lo que parece que lo más razonable es dotarlo de publicidad a través de su matriz. Hecho esto, nada impedirá que, adicionalmente, de conformidad con el artículo 2.2 del RD, cada una de las mercantiles integradas en el grupo publique aquella parte del documento que más directamente le concierna.

Por otro lado, retomando lo que ya habíamos comentado acerca del artículo 7 del RD, que exige la publicación previa del protocolo para que pueda inscribirse en el Registro que los acuerdos adoptados en la sociedad han sido fruto de su aplicación, podríamos señalar que la publicidad del protocolo a través de la matriz (vía artículo 6 del RD) podría servir de base, de publicación previa, para permitir la correcta aplicación del artículo 7 en cada una de las filiales e, incluso, en la propia matriz.

No cabía esperar, con todo, una regulación profusa sobre la publicación del protocolo en grupos de sociedades, teniendo presente la reticencia habitual que el legislador acostumbra a mostrar a la hora de hablar de grupos de sociedades, como demuestra el hecho de que no exista un régimen específico en nuestro derecho para regular esta realidad¹⁸³⁵, ante lo que las normas relativas a los grupos se hallan

¹⁸³² Puede hablarse de grupos articulados sobre la base de la subordinación (estructura piramidal) y de grupos basados en la coordinación (estructura horizontal), que pueden ser fruto de la creación de cárteles o de acuerdos de *joint venture* (BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I, ob. cit., págs. 592-593).

¹⁸³³ FUENTES NAHARRO, M.: “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, en *DTDDMUC*, núm. 19/2008, págs. 6-7.

¹⁸³⁴ Vid. epígrafe 5.2.2.2.

¹⁸³⁵ FUENTES NAHARRO, M.: “Accionistas externos de...”, ob. cit., pág. 9.

dispersas por nuestro ordenamiento¹⁸³⁶. Sin embargo, podemos encontrar una interesante analogía en sede de pactos parasociales: el artículo 522 de la LSC extiende el régimen de obligatoria publicidad de los mismos a los acuerdos que se hayan adoptado en el seno de una entidad (entendemos que una sociedad mercantil) que ostente el control sobre una sociedad cotizada. Esta norma se contenía ya en el antiguo artículo 112 de la LMV, que obligaba a esta publicidad de los acuerdos adoptados en la sociedad controlante dentro de una estructura de grupo¹⁸³⁷, por entender lógicamente que los pactos en la matriz podían proyectar efectos (por lo menos indirectos) en las filiales.

Es obvio que los acuerdos que se adopten en la matriz del grupo, sobre la base del protocolo familiar que se haya otorgado en su seno, se proyectarán de un modo u otro sobre las restantes sociedades que lo integren. Por ello, aunque puede que el protocolo no pretenda regular de manera directa situaciones concretas de las mismas, parece lógico que el régimen de publicidad que se quiera otorgar respecto a la matriz alcance, también, a las filiales. De lo contrario, la transparencia que operaría respecto a la primera no se predicaría respecto a las segundas. En este sentido, un modo de garantizar que los terceros que se relacionasen con estas sociedades filiales pudieran tener cognoscibilidad del protocolo que –aun indirectamente– pueda afectarlas, sería hacer constar en la hoja de la sociedad (por la vía del artículo 5 del RD) la posible afectación sobre la misma de un protocolo otorgado en la matriz (a cuyo contenido se pudiera tener acceso por la vía del artículo 6 del RD).

La tercera cuestión planteada (letra c) es la relativa a la forma en que los protocolos familiares inscritos deberán cumplir con la actual legislación en materia de protección de datos personales, establecida fundamentalmente por la LOPD. El artículo 3.2 del RD 171/2007 indica la necesidad de contar con el consentimiento previo de las personas cuyos datos personales consten en el protocolo¹⁸³⁸, cuestión sobre la que se incide también en su Exposición de Motivos: *“Si el protocolo incluyere datos relativos a la intimidad de los otorgantes del mismo y se pretendiere una publicidad de los mismos (por ejemplo, pactos sobre el régimen personal de la familia, prohibiciones u obligaciones personales -vg. casarse en régimen de separación de bienes o que el consorte pueda o no ser socio, o bien que los hijos deban estudiar en tal o cual universidad-), supuesto en el cual el acceso a la publicidad*

¹⁸³⁶ Además del citado art. 42 del CCom, que es su norma básica, se hace referencia a los grupos en el art. 4 de la LMV, el art. 18 de la LSC, art. 78 de la Ley de Cooperativas (únicamente para este ámbito), arts. 372-374 del RRM (obligaciones de consolidación de cuentas), RD 1815/1991 sobre cuentas consolidadas, y, a efectos fiscales, arts. 38.2 y 181.1.d de la LGT, art. 81 de la LIS y art. 51 del RIS. Aparte de su falta de ordenación sistemática, cada uno de estos preceptos se refiere a su ámbito de aplicación, sin pretender por tanto establecer un verdadero régimen jurídico de los grupos.

¹⁸³⁷ EMBID IRUJO, J. M.: “El buen gobierno...”, ob. cit., pág. 959.

¹⁸³⁸ Consentimiento expreso que deberá tener carácter de inequívoco, como establece el artículo 6 de la LOPD, sobre todo cuando se trate de datos especialmente protegidos, con arreglo a su artículo 7, entre los que se contarían algunos de los incluidos en el protocolo.

de la concreta clàusula debe claramente contar con el consentimiento expreso y cualificado al que se refiere la Ley 15/1999”.

El régimen de protección de los datos personales se puede acabar configurando, de forma indirecta, como una forma de control de los firmantes del protocolo sobre las posibilidades de acceso al Registro del mismo, sustrayéndolo de este modo del órgano de administración o, por lo menos, generando sobre éste la amenaza de una eventual exigencia de responsabilidad *ex* artículo 236 de la LSC. Así, en caso de que el órgano de administración pretendiera dar publicidad al protocolo contra de la voluntad de sus firmantes, la protección de los datos personales podría convertirse en una limitación a la facultad del referido órgano, una suerte de *derecho de veto* (inusual en nuestro Derecho de sociedades)¹⁸³⁹ a favor de los firmantes del protocolo, puesto que no se podría publicar el documento de forma íntegra si no contase con la aquiescencia de todas las personas cuyos datos de carácter personal constasen en cualquier parte del documento.

Esta necesidad de recabar el consentimiento de los firmantes del protocolo para su publicación puede llegar a suponer el “*verdadero talón de Aquiles de la publicidad del protocolo familiar*”¹⁸⁴⁰, entendiendo que la protección establecida para los datos personales afecta directamente a las posibilidades de aplicación del propio RD. En este sentido, cabe destacar que la protección a la intimidad personal ofrecida por la LOPD será superior a la promoción de la publicidad de los protocolos familiares. No sólo por una cuestión de rango, que enfrenta a una Ley Orgánica con un Real Decreto, sino especialmente por el carácter protegido que la Audiencia Nacional¹⁸⁴¹ y la propia Agencia de Protección de Datos¹⁸⁴² han venido reconociendo a los datos de quienes firman un documento como el protocolo familiar, al entender que no están actuando como empresarios ni como personas físicas que desarrollan una actividad empresarial. Y es que, aun cuando el documento se refiera a la sociedad mercantil, contiene también otros datos que poco o nada tendrán que ver con ésta y sí, en cambio, con parcelas íntimas de sus otorgantes.

8.1.2.4. Acceso a otros registros.

El RD 171/2007 recoge como única publicidad registral posible para el protocolo familiar la del Registro Mercantil, lo cual resulta congruente con las recomendaciones

¹⁸³⁹ MARTÍNEZ NADAL, A.: *El principio mayoritario...*, ob. cit., pág. 28.

¹⁸⁴⁰ GARRIDO DE PALMA, V.: “La publicidad del...”, ob. cit., págs. 69-70.

¹⁸⁴¹ SSAN de 21 de noviembre de 2002, de 11 de febrero de 2004 o de 27 de abril de 2005.

¹⁸⁴² Resolución de 27 de febrero de 2001.

que a tal efecto había realizado la Ponencia del Senado¹⁸⁴³ y con la Disposición Final de la LSLNE que las convertía en mandato para la adopción de las medidas reglamentarias correspondientes. Sin embargo, como hemos manifestado ya en muchas ocasiones a lo largo del presente trabajo, el protocolo familiar no sólo aborda cuestiones de carácter societario, sino también otras de carácter civil patrimonial y familiar¹⁸⁴⁴. Por ello, resulta interesante analizar si es posible su inscripción en otros registros, debido precisamente a su proyección sobre esos otros aspectos que nada tienen que ver con la sociedad mercantil.

Cabe plantearse en primer lugar si es posible la inscripción del protocolo en el Registro Civil, en el que tienen cabida los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros determinados por la Ley: nacimiento, filiación, nombre y apellidos, emancipación y habilitación de edad, modificaciones judiciales de la capacidad, declaraciones de ausencia o fallecimiento, nacionalidad y vecindad, patria potestad, tutela y representaciones, matrimonio y defunción (artículo 1 de la LRC). Especialmente interesante podría resultar el hecho de que, dentro de las inscripciones relativas a los matrimonios, el artículo 77 de la LRC permita la inscripción de las capitulaciones matrimoniales, por lo que “*el único resquicio para la inscripción de los protocolos familiares sería una analogía con la inscripción de los capítulos matrimoniales y acuerdos conyugales*”¹⁸⁴⁵. Respecto a dicha analogía cabe destacar, de entrada, que existe un importante punto de coincidencia entre la publicidad prevista para los pactos matrimoniales (*ex* artículo 77 de la LRC) y la de los protocolos familiares (*ex* RD 171/2007), que es su carácter potestativo. Así, las capitulaciones matrimoniales únicamente se inscribirán cuando así lo deseen los cónyuges otorgantes, sin que la no inscripción suponga obstáculo alguno para su eficacia en el seno del matrimonio, más allá lógicamente de implicar una renuncia al efecto *erga omnes* que tendrían en caso de dotarse de la correspondiente publicidad registral¹⁸⁴⁶.

Con todo, la analogía resultaría excesivamente forzada. Y es que, a pesar de que el protocolo incluya a menudo recomendaciones en el sentido de adoptar un régimen económico matrimonial determinado, dicha recomendación carecerá de eficacia vinculante¹⁸⁴⁷ y, además, el objeto del protocolo no es en ningún caso la regulación del régimen económico de la sociedad conyugal, sino que la referencia a la misma puede ser un efecto o un complemento del protocolo, pero no su causa principal. De ahí que deba descartarse, en definitiva, la posibilidad de inscribir el protocolo en el Registro Civil ¹⁸⁴⁸. Lo que sí podrán inscribirse, lógicamente, son las capitulaciones matrimoniales que se hayan otorgado en atención a pactos protocolarios, lo cual

¹⁸⁴³ “Informe de la Ponencia...”, *ob. cit.*, pág. 40.

¹⁸⁴⁴ Vid. apartados 4.1.2 y 4.1.3.

¹⁸⁴⁵ BOSCH CARRERA, A.: “Publicidad y acceso...”, *ob. cit.*, pág. 239.

¹⁸⁴⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, *ob. cit.*, pág. 102.

¹⁸⁴⁷ ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios...”, *ob. cit.*, págs. 220-221.

¹⁸⁴⁸ BOSCH CARRERA, A.: “Publicidad y acceso...”, *ob. cit.*, pág. 239.

supondrá una forma indirecta de que algunas disposiciones del protocolo (incluso en cierto modo su espíritu configurador) tenga acceso a ese Registro.

En segundo lugar, puede analizarse la posible inscripción del protocolo en el Registro de la Propiedad, aunque ya de entrada parece una opción inviable, por cuanto el objeto de dicho Registro (el dominio y los derechos reales sobre bienes inmuebles, *ex* artículos 605 del CC y 1 de la LH) no es el más adecuado para dar cabida al protocolo. El único punto para una posible apertura de dicho Registro al protocolo sería una eventual analogía con la explotación agrícola o industrial (artículo 8.2º de la LH), debiendo recordar a este respecto que la transmisión de la explotación agrícola sirve de justificación tradicional para los pactos sucesorios¹⁸⁴⁹, así como para la conservación de su integridad de conformidad con la actual redacción del artículo 1.056.2 del CC¹⁸⁵⁰. Pero no existen puntos de conexión suficientes entre empresa familiar y explotación agrícola (vinculada a una o varias fincas) como para que esta inscripción del protocolo resulte posible¹⁸⁵¹.

Sí que resultará posible, en cambio, la inscripción parcial e indirecta del protocolo en el Registro de la Propiedad por dos vías: por un lado, cuando sus disposiciones afecten a derechos reales sobre bienes inmuebles que formen parte de la empresa familiar (como ocurrirá, por ejemplo, cuando las capitulaciones matrimoniales otorgadas de conformidad con el protocolo sean inscribibles por afectar a inmuebles)¹⁸⁵²; por el otro, porque los pactos sucesorios sí son inscribibles en este Registro (artículos 14 de la LH y 77-80 del RH)¹⁸⁵³.

En todo caso, como puede verse, el acceso del protocolo al Registro Civil y al Registro de la Propiedad será siempre parcial e indirecto, por cuanto lo que se inscribirá en dichos Registros serán documentos otorgados de conformidad con el protocolo, no el protocolo en sí mismo, aunque ello no difiera mucho, si se piensa, de la vía de acceso, *ex* artículo 7 del RD 171/2007, al Registro Mercantil. Con todo, a pesar de las limitaciones expuestas, pueden ser fórmulas interesantes para aumentar la eficacia del protocolo por la vía de la publicidad registral, sobre todo teniendo en cuenta su carácter complementario con la publicidad en el Registro Mercantil. Mientras en éste sólo podrá inscribirse aquello que guarde relación directa con la sociedad, en los otros Registros se podrá inscribir lo que guarde relación con la familia, por lo que la suma de todas esas distintas publicidades puede reforzar la capacidad ejecutiva del protocolo,

¹⁸⁴⁹ Vid. apartados 4.1.3.2 y 4.1.3.3.

¹⁸⁵⁰ Vid. epígrafe 4.1.3.1.

¹⁸⁵¹ BOSCH CARRERA, A.: “Publicidad y acceso...”, *ob. cit.*, pág. 240.

¹⁸⁵² DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, volumen IV, *ob. cit.*, pág. 160.

¹⁸⁵³ BOSCH CARRERA, A.: “Publicidad y acceso...”, *ob. cit.*, págs. 240 y 245.

avanzando en ese deseable camino que va de la eficacia *inter partes* que le es natural¹⁸⁵⁴ a la eficacia *erga omnes*.

8.1.3. Crítica a la regulación del Real Decreto 171/2007.

Tras el análisis realizado en las páginas precedentes de este capítulo, podemos concluir que el RD 171/2007, que debía dar respuesta al mandato de facilitar el acceso del protocolo familiar al Registro Mercantil, ha resultado una norma incompleta y manifiestamente poco ambiciosa, razón por la cual ha recibido severas críticas de la doctrina¹⁸⁵⁵. Aunque en los epígrafes anteriores ya nos hemos referido, al analizar el contenido del RD, a las distintas lagunas que presentaba, estimamos oportuno cerrar su análisis con un último repaso a algunas cuestiones que revisten especial trascendencia.

Lo más destacado que cabe apuntar es que el RD no ha dado plena cobertura a la necesidad que el protocolo tenía –y sigue teniendo– de poder gozar de una publicidad registral material que garantizase su eficacia frente a terceros y, en particular, su oponibilidad a la sociedad (oponibilidad que acaba siendo determinante a la hora de permitir que el protocolo sea una norma societaria o se quede en un mero contrato entre varios o todos los socios)¹⁸⁵⁶. Este objetivo no se ha cumplido, principalmente porque ninguna de las vías descritas de acceso al Registro permite que el protocolo consiga dotarse de publicidad material¹⁸⁵⁷, lo cual resulta lógico al observar los mecanismos previstos para cada una de esas vías.

Ni siquiera la vía prevista por el artículo 7 del RD, la única respecto a la cual predica su Exposición de Motivos que será la única que permitirá esa publicidad material y no la mera publicidad noticia de las otras dos (artículos 5 y 6) resulta plenamente satisfactoria en este aspecto, al no permitir una verdadera inscripción del protocolo, sino sólo de los efectos que el mismo proyectará en la adopción de acuerdos sociales¹⁸⁵⁸. Cabe preguntarse, por tanto, si el protocolo alcanza de este modo eficacia *erga omnes* o si, sencillamente, esa eficacia deriva de la adopción de acuerdos, eficacia que no precisaba para ello de medidas adicionales como las planteadas por el RD, teniendo presente el carácter soberano de la junta general¹⁸⁵⁹, cuyos acuerdos “*son leyes que han de acatarse por todos los órganos y socios de la sociedad*”¹⁸⁶⁰. Esos acuerdos serían

¹⁸⁵⁴ Vid. epígrafe 7.2.1.

¹⁸⁵⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 37.

¹⁸⁵⁶ Problemas de eficacia derivados de su condición de pacto parasocial (vid. apartado 6.2).

¹⁸⁵⁷ PAZ-ARES, C.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., págs. 747-749.

¹⁸⁵⁸ Vid. epígrafe 8.1.2.2.2.

¹⁸⁵⁹ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J.M.: “La junta general”, ob. cit., pág. 19.

¹⁸⁶⁰ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo II, ob. cit., pág. 480.

perfectamente válidos, por tanto, si se hubieran adoptado en atención a los estatutos o, no siendo contrarios a éstos ni a las leyes imperativas, por la mera voluntad de los socios, razón por la cual poco aporta en este sentido el RD 171/2007.

Otra de las cuestiones respecto a las que cabría pedir al RD una mayor reflexión respecto a la atribución de facultades para la publicación del protocolo, de modo que su control quedase más vinculado a la junta general en lugar de estarlo, como ahora, al órgano de administración, teniendo en cuenta sobre todo que “*debe ser el grupo familiar empresario el que intuya la necesidad de dotarse de un protocolo*”¹⁸⁶¹ y, por ende, de tomar las medidas que estime más pertinentes para reforzar su eficacia. La junta, como reunión de socios, representa a la propiedad¹⁸⁶², por lo que es evidente que será el reflejo de la familia empresaria en cuyo seno se encuentra concentrada la tenencia de títulos sociales. Y aun admitiendo que será frecuente que exista cierto grado de coincidencia entre los titulares del capital y los administradores, pudiendo considerarse incluso que esa cierta coincidencia es uno de los rasgos característicos de las empresas familiares¹⁸⁶³, nada impide que se produzca una separación entre un órgano y el otro, especialmente cuando la sociedad se haya desarrollado hasta tal punto que pueda estar gestionada por administradores ajenos a la familia, contratados precisamente en aras a fomentar la profesionalización de la empresa, elemento sin duda clave para asegurar su viabilidad futura¹⁸⁶⁴. Esta disociación entre propiedad y gestión puede hacer, por tanto, que los firmantes del protocolo pierdan el control respecto a la publicidad del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de veto indirecto que, en atención a las normas protectoras de los datos de carácter personal, hemos señalado anteriormente¹⁸⁶⁵.

Debe destacarse, además, que el protocolo pretende establecer una regulación estructural de la compañía mercantil, en lo que supone sin duda un punto de conexión con los estatutos sociales, respecto a los cuales las facultades dispositivas del órgano de administración son ciertamente muy limitadas¹⁸⁶⁶. Se deduce del modo en que el legislador ha previsto las reglas en materia, por ejemplo, de modificación de estatutos, que su voluntad es someter siempre la cuestión a la propiedad, articulando incluso mecanismos adicionales para la protección de los intereses de los minoritarios¹⁸⁶⁷. Por

¹⁸⁶¹ PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., pág. 220.

¹⁸⁶² BARBA DE VEGA, J.: “Junta general”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 330.

¹⁸⁶³ PÉREZ-FADÓN, J.J.: *La empresa familiar...*, ob. cit., pág. 17.

¹⁸⁶⁴ RUS RUFINO, S./RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. P.: “¿Qué es una...”, ob. cit., pág. 27.

¹⁸⁶⁵ Vid. epígrafe 8.1.2.4.

¹⁸⁶⁶ Debe destacarse, además, que se trata de una atribución que ni siquiera en el ámbito estrictamente societario se le concede al administrador, quien no puede por sí solo modificar estatutos (competencia reservada a la junta, *ex arts.* 160 y 285 de la LSC) y no decide libremente si los inscribe o no en el Registro, por ser dicha inscripción un mandato legal (*arts.* 290 de la LSC y 158 y 195 del RRM). Como únicas excepciones, el administrador puede acordar el traslado del domicilio social dentro del término municipal (artículo 285.2 de la LSC) y puede acordar aumentos de capital hasta el importe máximo establecido por la junta (artículo 297 de la LSC).

¹⁸⁶⁷ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, tomo II, ob. cit., pág. 785.

lo tanto, podemos afirmar que el establecimiento de la reglamentación interna de la sociedad corresponde a sus socios. Si a ello sumamos que la publicidad del protocolo perseguirá en términos generales gozar de oponibilidad frente a la sociedad, es decir, convertirse en una nueva fuente normativa para la organización de la misma (bien de modo directo, bien de modo indirecto), parecería razonable que la decisión sobre dicha publicidad quedara también reservada para la junta general, en la que cabe presumir la presencia de un mayor número de firmantes del protocolo.

A mayor abundamiento, conviene recordar que el protocolo establecerá también normas para regir las relaciones entre empresa y familia e, incluso, entre los familiares mismos entre sí, lo cual desaconsejaría nuevamente dejar en manos del órgano de administración la decisión sobre la publicidad de un documento en el que se contienen tales previsiones, respecto a las que es lógico que se deba preservar la discreción que la familia empresaria acostumbra a preferir¹⁸⁶⁸. Por ello, como el artículo 3.1 del RD es muy claro en la atribución al órgano de administración de la facultad de decidir acerca de la publicidad del protocolo, parece claro que toda familia empresaria que quiera mantener el mismo con carácter reservado deberá hacerlo constar expresamente en el documento¹⁸⁶⁹.

Por otro lado, debemos señalar también que el RD 171/2007 no responde ni siquiera formalmente a las expectativas generadas. En este sentido, cabe destacar que se presentaba como un instrumento que debía tener como principal objetivo el de regular la publicidad del protocolo familiar pero, a la postre, puede acabar valorándose más bien como una forma encubierta de modificación del RRM, haciendo uso de la técnica legislativa -muy común, por otro lado, en nuestro sistema- de modificar una normativa determinada mediante toda una suerte de normas dispersas que, en un principio, nada tenían que ver con la modificada. De hecho, el breve articulado del Real Decreto resulta tremendamente simple a la hora de regular la publicidad del protocolo (con el agravante, antes comentado, de la inaplicabilidad práctica en la que sólo unos meses después cayó su artículo 4), mientras que se incluye en su Disposición Final Segunda una significativa modificación del RRM, que afecta a sus artículos 114, 124, 175, 185, 186, 187 y 188. En todo caso, puede justificarse la inclusión de estas modificaciones en el citado RD 171/2007 por el hecho de que, en el fondo, al igual que se pretende al regular la publicidad del protocolo, se trata de modificaciones que intentan dar respuesta a varias cuestiones que se plantean de forma general en el ámbito de las empresas familiares.

Finalmente, como última cuestión a remarcar, es preciso hacer notar que el RD 171/2007 no parece satisfactorio, a juicio de la doctrina, ni siquiera desde el punto de vista formal, resultando más una "*mini-reforma*" del RRM (aplicable por tanto a todas

¹⁸⁶⁸ GARRIDO DE PALMA, V. M.: "La familia empresaria...", ob. cit., pág. 72.

¹⁸⁶⁹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 113.

las sociedades) que una norma expresamente concebida para la empresa familiar¹⁸⁷⁰, como cabía esperar teniendo en cuenta su génesis¹⁸⁷¹. De ahí que pueda señalarse que que el citado RD 171/2007 “*ha vuelto a evidenciar el carácter sui generis de las empresas familiares y la necesidad de un estudio maduro y sosegado a la hora de abordar su configuración y planificación*”¹⁸⁷².

Pero es justo reconocer que, si bien la técnica legislativa es susceptible de mejora en su aspecto formal, la citada reforma del RRM ha resultado satisfactoria en lo sustantivo. Así, puede destacarse por ejemplo que el nuevo apartado 5 del artículo 188 del RRM, incorporado precisamente por el RD, ha servido por ejemplo para llenar lagunas legales que se habían detectado tanto en sociedades conyugales como en materia de sucesión de la empresa familiar¹⁸⁷³, en dos materias que precisaban una regulación más clara¹⁸⁷⁴. Y es que debe destacarse que, con el nuevo artículo 188.5 del RRM, se ha querido plasmar legislativamente una realidad que ya operaba en las empresas familiares, al establecer “*reglas de representación o habilitación que la práctica societaria ha demostrado que constituyen auténticas lagunas en la articulación de la sociedad conyugal y en la sucesión de la titularidad de la empresa familiar, objetivo esencial de la publicidad del protocolo*”¹⁸⁷⁵. Pero no se trata propiamente de una verdadera novedad legislativa sino, más bien, de una llamada de atención acerca de la posibilidad – totalmente lícita- de que, en ambos casos, puedan ejercerse los derechos vinculados a la participación en el capital social tanto en caso de disolución de la sociedad conyugal como en el de fallecimiento del socio. No es que dichos derechos no pudieran ejercerse, sino que la regulación no era lo suficientemente clara al respecto, cuestión que ha venido a zanjar definitivamente la ampliación del artículo 188 del RRM.

Por otro lado, la reforma del RRM destaca también por haber introducido, mediante los nuevos artículos 124.2.d y 175.2.e del citado Reglamento, la posibilidad de crear comités consultivos, posibilidad especialmente interesante para la empresa familiar¹⁸⁷⁶, a pesar de que el modo en que se haya introducido en nuestro Derecho haya podido generar alguna confusión terminológica, por las eventuales confusiones entre estos comités (que son órganos autónomos) y los comités delegados del consejo

¹⁸⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 37.

¹⁸⁷¹ Vid. epígrafe 7.3.2.2 y apartado 8.1.1.

¹⁸⁷² GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El Protocolo Familiar: los retos de su publicidad”, en *E&J*, núm. 111/2007, pág. 44.

¹⁸⁷³ GALEOTE MUÑOZ, M. P.: “Los protocolos familiares”, ob. cit., pág. 1.015.

¹⁸⁷⁴ Concretamente, el nuevo artículo 188.5 del RRM señala que será posible regular en los estatutos sociales dos tipos de situaciones. La primera, la de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, en la que el socio debe poder ejercer dichos derechos aun cuando, propiamente, no se haya producido una verdadera atribución de representación sobre las participaciones. La segunda, la posibilidad de que sea el propio socio causante quien, en el título sucesorio, designe a un representante que ejerza los derechos sociales durante el tiempo en que permanezca constante la comunidad hereditaria.

¹⁸⁷⁵ SÁNCHEZ-CRESPO, A.: *El protocolo familiar*, ob. cit., pág. 125.

¹⁸⁷⁶ VELAYOS LLUÍS, C.: *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 79.

de administración¹⁸⁷⁷. De este modo, se abre la puerta a la inscripción de los comités consultivos propios de la empresa familiar, que resultarán fundamentales debido a la propia complejidad de la misma –en la que coinciden los intereses empresariales y familiares, que pueden a menudo estar en situación de conflicto-¹⁸⁷⁸, siendo preciso, además, que todos ellos trabajen coordinadamente¹⁸⁷⁹.

Por último cabe destacar que se establece también la posibilidad de que los socios alcancen un pacto unánime sobre los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de transmisión de las participaciones sociales, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* (art. 175.2.b del RRM). Entendemos que, por esta vía, podría llegar a excluirse la necesidad de recurrir a la valoración efectuada por un experto independiente que establece el artículo 353 de la LSC para los casos en que no exista acuerdo sobre el referido valor razonable, teniendo en cuenta que dicha necesidad entra en juego a falta de acuerdo, por lo que se trata de un mecanismo subsidiario para su determinación¹⁸⁸⁰.

8.2. Medidas extrarregistrales de eficacia.

Tras analizar, en la primera parte de este capítulo, las distintas medidas para dotar de mayor eficacia al protocolo familiar en sede registral, es momento ahora de analizar otras medidas que permitan, por otras vías, alcanzar ese mismo objetivo o por lo menos, asegurar el cumplimiento de las disposiciones previstas en el documento. Podemos señalar que, en esencia, existen tres fórmulas para reforzar la eficacia del protocolo al margen del Registro Mercantil.

La primera de ellas es el despliegue o la ejecución del protocolo a través de otros documentos cuya eficacia jurídica sea superior. Se trata de concebir el protocolo como una *tool box* o caja de herramientas, es decir, como el primer elemento a partir del cual ir desplegando todos los demás¹⁸⁸¹, cosa que será del todo necesaria, tal y como convienen en señalar todos los estudiosos, incluso aquéllos más alejados de la ciencia jurídica, por entender que las premisas del protocolo deben “*reforzarse legalmente*”, para lo que será preciso trasladarlas a los documentos oportunos¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 150-151.

¹⁸⁷⁸ LANSBERG, I.: *Los sucesores en...*, ob. cit., pág. 394-395.

¹⁸⁷⁹ Vid. epígrafe 5.2.3.

¹⁸⁸⁰ EMPARANZA, A.: “Artículo 353. Valoración de las participaciones o de las acciones del socio”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, ob. cit., pág. 2.509.

¹⁸⁸¹ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 669.

¹⁸⁸² GALLO, M. A./AMAT, J.: *Los secretos de...*, ob. cit., pág. 217.

Pero no profundizaremos más en la cuestión en este momento, por cuanto ya nos hemos referido anteriormente a la necesidad de trasladar las reglas del protocolo tanto a los estatutos sociales como a los documentos familiares¹⁸⁸³. Nos referiremos ahora, en los dos epígrafes siguientes, a dos cuestiones que no han sido objeto de estudio previamente en el presente trabajo. Se trata de las cláusulas penales y de las prestaciones accesorias (figura de naturaleza civil contractual la primera, societaria la segunda), que pueden resultar útiles para conseguir esa mayor eficacia del protocolo que consideramos que la familia empresaria deberá perseguir.

8.2.1. Cláusulas penales.

Podemos señalar que las cláusulas penales son una forma clásica en nuestro Derecho civil, al que se incorporaron provenientes de la tradición romanista¹⁸⁸⁴, para reforzar los efectos del contrato desde un doble punto de vista: el preventivo y el reparador¹⁸⁸⁵. Se puede definir esta figura como el acuerdo accesorio que las partes añaden a otra obligación –principal- para asegurar su cumplimiento en aquellos supuestos en que no cabe cumplimiento forzoso *in natura* de dicha obligación principal, estableciéndose una prestación especial por parte del deudor si incumple la primera¹⁸⁸⁶. Ésta es, además, la idea con la que esta figura se ha venido manteniendo en los trabajos más recientes de reforma del CC¹⁸⁸⁷ y también la que se ha incorporado al CEC¹⁸⁸⁸. Su utilidad en relación al protocolo familiar es evidente, siendo de hecho la cláusula penal la forma más simple y tradicionalmente utilizada para mejorar la fuerza autoejecutiva de los pactos parasociales, especialmente en caso de sindicatos de voto¹⁸⁸⁹, tal y como se manifiesta en la doctrina comparada¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸³ Vid. apartado 4.2.

¹⁸⁸⁴ En el Derecho romano, se permitía ya crear una obligación y, al mismo tiempo, otra accesorio que sirviera de garantía para el cumplimiento de la primera. Era la llamada *stipulatio poenae*, que permitía exonerar al acreedor de la necesidad de probar los daños producidos por el incumplimiento (ROCA SASTRE, R. M./PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., págs. 333-334).

¹⁸⁸⁵ STS de 12 de enero de 1999: “*la función esencial de la cláusula penal aparte de su función general coercitiva es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento*”.

¹⁸⁸⁶ DÍAZ ALABART, S.: *La cláusula penal*, ob. cit., pág. 55.

¹⁸⁸⁷ Vid. ARANA DE LA FUENTE, I.: “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Indret*, núm. 4/2010.

¹⁸⁸⁸ Para un estudio del tratamiento de la cláusula penal en el Derecho europeo de contratos, vid. DE CASTRO VÍTORES, G.: “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo II, Dykinson, Madrid, 2003.

¹⁸⁸⁹ PAZ-ARES, C.: “El *enforcement* de...”, ob. cit., pág. 29.

¹⁸⁹⁰ PROVERBIO, D.: *I patti parasociali...*, ob. cit., págs. 121-125.

En el caso de nuestro ordenamiento, la cláusula penal se encuentra regulada por los artículos 1.152 a 1.155 del CC y tiene como principal nota característica que es una facultad concedida al acreedor de la relación obligatoria principal, quien puede exigirla para resarcirse del incumplimiento de ésta. Cuando es el deudor quien tiene la posibilidad, a su arbitrio, de liberarse del cumplimiento pagando el importe de la pena (generalmente de contenido pecuniario), no se trata de una cláusula penal en sentido estricto, sino más bien de una obligación facultativa con cláusula de sustitución¹⁸⁹¹, de modo que opera como una obligación alternativa¹⁸⁹². En el caso de la cláusula penal, el propio artículo 1.153 del CC excluye la concesión de esta facultad al deudor (salvo que así se haya pactado expresamente), de modo que no se estipula como *favor debitoris*, obligación facultativa, pena de desistimiento o pena de arrepentimiento, que serían instituciones distintas a ésta¹⁸⁹³. Esto reviste una gran trascendencia en sede de protocolo familiar: puesto que la finalidad de la cláusula penal será disuadir a los firmantes de incumplir los pactos alcanzados, más que resarcirles económicamente por los eventuales daños que dicho incumplimiento conllevaría, es especialmente importante distinguir conceptualmente cómo opera la cláusula. Debe entenderse como una amenaza que da lugar a una sanción y no como un precio a pagar para, con ello, incumplir libre y alegremente las obligaciones asumidas¹⁸⁹⁴. Y aunque el efecto pudiera ser el mismo (tener que asumir el pago de una cantidad ante el incumplimiento de una obligación), es dialécticamente necesario remarcar que no hay un firmante del protocolo que elige pagar o cumplir, sino un firmante que incumple de manera ilícita y que, por ello, es sancionado.

Debe señalarse que la cláusula penal es una figura que se encuentra regulada en múltiples ordenamientos, aunque con alcances distintos¹⁸⁹⁵ y parte de la premisa de

¹⁸⁹¹ SANTOS BRIZ, J.: “Artículo 1.152”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, volumen VI, ob. cit., pág. 346.

¹⁸⁹² Para un estudio de las obligaciones alternativas y, en particular, de las facultades de elección respecto a las mismas, puede verse RAMS ALBESA, J.: *Las obligaciones alternativas*, 2ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 39-60. La doctrina entiende sin fisuras que una cláusula penal no puede considerarse en modo alguno como un supuesto de obligaciones alternativas (ROCA SASTRE, J. M./PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., pág. 336).

¹⁸⁹³ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Artículo 1.153”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., págs. 332-333.

¹⁸⁹⁴ Esto supondría una *facultas solutionis*, que permitiría al obligado liberarse con la realización de una prestación distinta (en este caso el pago de la sanción pecuniaria), como es propio de las obligaciones con facultad alternativa (DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, ob. cit., págs. 146-147).

¹⁸⁹⁵ En el Derecho belga, por ejemplo, la cláusula penal se configura hoy sólo como una medida resarcitoria, estableciendo una indemnización prefijada, pero careciendo de función disuasoria; en Alemania se distinguen dos tipos de cláusulas penales: la propiamente dicha (*Vertragstrafe*) y la que se limita a fijar una indemnización anticipadamente (*pauschalierter Schadensersatz*); en Portugal se limita el alcance de la cláusula señalando que la indemnización pactada entre las partes no podrá exceder del perjuicio efectivo, correspondiendo al deudor incumplidor probar el exceso; el ordenamiento italiano, permite un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes. Un estudio completo del modo de regular la institución en éstos y otros ordenamientos lo encontramos en DÍAZ ALABART, S.: *La cláusula penal*, ob. cit., págs. 9-47.

servir como mecanismo de sanción frente a un incumplimiento contractual de carácter ilícito¹⁸⁹⁶. Pretende sancionar al incumplidor cuando no ha surtido el efecto disuasorio que inicialmente se pretendía, pero de manera punitiva: no se le permite elegir una alternativa, sino que se le impone un castigo. Esto se aprecia claramente en la cláusula penal, nada infrecuente en pactos parasociales, que permite a los demás socios firmantes, en caso de incumplimiento por parte de uno de ellos, comprar las acciones de éste por debajo del precio de mercado o de su valor real¹⁸⁹⁷.

Es importante destacar que, para su constitución, la cláusula penal requiere la existencia de una obligación principal válida, de modo que no operaría si dicha obligación principal fuera nula¹⁸⁹⁸, debido precisamente a su carácter accesorio¹⁸⁹⁹. En el caso del protocolo familiar, por tanto, la cláusula penal puede operar únicamente respecto a las obligaciones válidas y exigibles, no pudiendo proyectar sus efectos, por ejemplo, sobre las recomendaciones (aunque revistieran formalmente aspecto de normas coercitivas) relativas al modo de testar o de establecer el régimen económico matrimonial, por ser cuestiones que quedan fuera del ámbito del comercio¹⁹⁰⁰. La nulidad de tales pretendidas normas, *ex* artículo 1.255 del CC, conllevaría la imposibilidad de constituir –y por ende de ejecutar– la cláusula penal.

Una cuestión de vital importancia a la hora de configurar la cláusula es determinar el *quantum* indemnizatorio que, en su ejecución, deberá abonar el incumplidor. Reiterando que su finalidad debe ser preventiva más que resarcitoria (teniendo presente que no puede operar de manera reparadora), es evidente que la sanción debe resultar lo suficientemente gravosa para los obligados como para que ninguno de ellos se atreva a contravenir el protocolo, ante el temor de la ejecución en su contra de la cláusula penal. Dicho de otro modo, la cláusula penal debe operar como un estímulo para el cumplimiento de la obligación: “*si el deudor considera mucho más ventajoso cumplir que incumplir, optará, naturalmente, por lo primero. [...] La cláusula entonces refuerza el vínculo*”¹⁹⁰¹.

Asumiendo, por tanto, que la cláusula penal deberá contener una sanción considerable (para poder suponer una amenaza suficiente), cabe precisar que puede operar sobre la misma una actuación moderadora por parte del Juez que conozca una

¹⁸⁹⁶ La licitud o ilicitud del incumplimiento es la que diferencia, respectivamente, las arras penitenciales de las penales. Así, estas últimas operan cuando se ha producido una infracción por parte de uno de los obligados (ESTIVAL ALONSO, L.: *El contrato de arras*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006, pág. 59). Las SSTs de 31 de mayo de 2002 y de 25 de octubre de 2006 han afirmado que las arras penales son una modalidad concreta de cláusula penal.

¹⁸⁹⁷ GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, en *Indret*, núm. 3/2007, pág. 27.

¹⁸⁹⁸ LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones*, volumen I, ob. cit., pág. 258.

¹⁸⁹⁹ MARÍN GARCÍA, I.: “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Indret*, núm. 2/2009, pág. 13.

¹⁹⁰⁰ Vid. epígrafe 7.4.2.

¹⁹⁰¹ ROCA SASTRE, J. M./PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., pág. 347.

eventual controversia derivada de la misma¹⁹⁰². La precisión es importante teniendo en cuenta que el artículo 1.154 del CC obliga al Juez (a modo de deber y no de facultad discrecional)¹⁹⁰³ a modificar equitativamente la pena cuando el incumplimiento por parte del deudor fuera únicamente parcial, siendo necesaria además esta intervención moderadora incluso en caso de que el deudor obligado no la hubiera solicitado¹⁹⁰⁴. Pero es más importante todavía porque la doctrina ha entendido que esta obligación de moderación equitativa de la cláusula penal no sólo opera en los casos que encajan en la dicción literal del precepto (que nos situaría en la clásica discusión entre *non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus*), sino que deberá operar también cuando se entienda que la pena sea excesiva en atención a la obligación incumplida: “*implícitamente debe comprenderse también el supuesto en que la pena sea desproporcionada o desorbitada [...] una pena excesiva podría ser declarada nula a tenor de la ley de 23 de julio de 1908, sobre represión de la usura, como análoga a un préstamo usurario*”¹⁹⁰⁵. Y aunque ello sea, como apuntábamos, exceder con mucho la dicción del precepto, no deben albergarse dudas de que será la línea que seguirán los tribunales, por cuanto es la que se ha ido imponiendo en todos los ordenamientos de nuestro entorno, aun cuando inicialmente sólo los germánicos introducían la posibilidad de moderación de la pena por razones de equidad¹⁹⁰⁶.

Esta interpretación doctrinal, por loable que sea en términos de equidad, es contraria a la finalidad disuasoria de la cláusula y puede suponer un grave problema en el caso de los protocolos familiares, porque el carácter extensivo que otorga al precepto (en su sentido literal mucho más restrictivo) supone dejar en manos del Juez la determinación del carácter exorbitante de la cláusula penal y, por tanto, trasladar hacia dicho Juez la interpretación del alcance de la efectividad de la autonomía de la voluntad de las partes, que se ve de este modo reducida y constreñida por la intervención de los Poderes públicos¹⁹⁰⁷. Asimismo, se genera un escenario de tremenda inseguridad jurídica, debido a lo profuso de la casuística, sobre todo porque el Juez, cuando se pronuncie sobre el carácter desproporcionado de la cláusula penal, lo que estará haciendo en realidad es pronunciarse, de manera indirecta, sobre el

¹⁹⁰² La facultad moderadora del Juez en caso de cláusula penal es una manifestación concreta de una idea general de nuestro Derecho de daños, basada en criterios de equidad. Para un estudio de la moderación en el resarcimiento de daños, FUENTES GUÍÑEZ, R. A.: *La extensión del daño contractual*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 468-495.

¹⁹⁰³ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil...*, ob. cit., pág. 1.212.

¹⁹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, ob. cit., pág. 160.

¹⁹⁰⁵ SANTOS BRIZ, J.: “Artículo 1.154”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código...*, volumen VI, ob. cit., págs. 354-355.

¹⁹⁰⁶ El Código de Napoleón de 1804 establecía la inmutabilidad de la pena en Francia, mientras el Código Civil italiano de 1865 ofrecía la misma solución. Pero tanto la reforma del Código francés de 1985 como el nuevo Código italiano de 1942 introdujeron la posibilidad de moderar la pena en atención a la equidad. El Código portugués de 1966 también lo preveía y el artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos establece también la moderación de la pena excesiva en relación a la cuantía del daño efectivo (MARÍN GARCÍA, I.: “Cláusula penal: la facultad moderadora del juez”, en *Indret*, núm. 1/2008, págs. 6-7).

¹⁹⁰⁷ LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: *Fundamentos de Derecho...*, ob. cit., pág. 305.

determinado valor que deberá, en realidad, revestir una disposición protocolaria adoptada por la familia empresaria.

Esto equivale a decir que, en definitiva, será el Juez quien determinará qué valor pecuniario resulta el adecuado, qué precio entiende que tiene cualquiera de las obligaciones pactadas en el protocolo, con las dificultades que ello conlleva: ¿qué valoración económica merece incumplir un pacto de sindicación de acciones si, con ello, se resquebraja la unidad familiar en la propiedad de la empresa? La respuesta a preguntas de este tipo no es sencilla, porque el perjuicio ocasionado por el incumplidor va más allá de la valoración económica del acto que ha llevado a cabo: el problema no guarda relación con el valor de los títulos, sino la pérdida de la identidad o hasta del control (en función de la proporción de capital que representen) de la compañía. Esto podría llegar a situarnos en el terreno de los *daños punitivos*, en cuya virtud se justificaría la incorporación al protocolo de cláusulas penales especialmente severas, por cuanto la conducta del incumplidor se podría considerar particularmente intolerable, atendiendo a las circunstancias en que llevó a cabo éste el hecho dañoso¹⁹⁰⁸.

La recomendación que puede efectuarse a las familias empresarias es que, además de establecer cláusulas penales severas, las elaboren de un modo que permita al Juez entender justificadamente su razón de ser. Así, parece más conveniente establecer una cláusula que obligue al incumplidor de la sindicación (por mantener el mismo ejemplo) pagar a los demás firmantes del protocolo una sanción del quíntuplo del valor obtenido en la venta en lugar de una mera cantidad establecida a tanto alzado, que sería más susceptible de ser entendida como exagerada por parte de un tribunal. Con todo, esto supone abrir la puerta para que el incumplidor efectúe una transmisión por un precio simulado y, con ello, eluda la contundencia de la cláusula penal. En definitiva, por tanto, consideramos preciso advertir del grave riesgo que la interpretación más extensiva del artículo 1.154 del CC puede suponer en este ámbito, debiendo tener en cuenta además que la norma es de Derecho imperativo y, por tanto se excluye la posibilidad de pacto entre las partes que excluya la revisión judicial del importe de la pena¹⁹⁰⁹, lo cual limita otra posibilidad que en su caso resultaría interesante para garantizar mejor, en el protocolo, la efectividad de la cláusula penal.

Por otro lado, será importante también tener en cuenta el elemento intencional, ya que buena parte de la doctrina considera que no cabe moderación de la pena cuando el incumplidor ha obrado dolosamente¹⁹¹⁰. En este contexto, por tanto, vuelven a cobrar especial sentido los contenidos morales del protocolo como recurso

¹⁹⁰⁸ Para un análisis de los daños punitivos y la función preventiva de la responsabilidad civil, REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª edic., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 82-96.

¹⁹⁰⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Artículo 1.154”, en CAÑIZARES LASO, A. (coord.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 339.

¹⁹¹⁰ DÍAZ ALABART, S.: *La cláusula penal*, ob. cit., pág. 105.

interpretativo: puede ser en la descripción de la filosofía o de los valores de la empresa familiar donde se recojan elementos suficientes para permitir al Juez valorar adecuadamente el alcance del incumplimiento y, sobre todo, el carácter doloso del mismo, con lo cual no cabría ya introducir modificación alguna sobre el alcance de la cláusula. Cuestiones que revisten especial importancia en el contexto actual, en que la clásica regla de la interpretación subjetiva de los contratos se ve complementada con la necesidad de tener en cuenta los cánones de razonabilidad y de buena fe en el actuar de los contratantes¹⁹¹¹, cuya actitud frente al protocolo debe ser valorada a la hora de entender que la cláusula penal establecida resulte o no adecuada incluso bajo el prisma de la equidad.

Finalmente, debe remarcar que el RD 171/2007 ha introducido la posibilidad de inscribir las cláusulas penales, gracias a la modificación introducida en los artículos 114.2 y 175.2 del RRM, regulando en ambos casos que se podrán inscribir las *“cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida por los artículos 6 y 7”* del citado RD. La redacción de los preceptos modificados puede resultar confusa a la hora de determinar su alcance: nótese, por ejemplo, que no es inexcusable que el protocolo haya sido publicado, pero sí lo es que las obligaciones garantizadas estén inscritas: en consecuencia, las cláusulas penales sólo podrán inscribirse cuando sancionen incumplimientos de obligaciones inscribibles, es decir, que guarden relación con la sociedad y que sean acordes con la legislación societaria¹⁹¹², quedando fuera de este ámbito de inscripción, por tanto, las cláusulas que garanticen obligaciones contractuales dirigidas exclusivamente a regular relaciones *inter partes*, ya que dichas obligaciones no serían inscribibles.

Pero ante esto cabe señalar dos interpretaciones doctrinales que dotan a los preceptos modificados de un sentido más amplio y, sin duda, más razonable. Por un lado, puede afirmarse que la obligación de que el protocolo esté por lo menos depositado en el Registro sí resulta inexcusable, por evidentes motivos de seguridad jurídica: es necesario que el documento goce por lo menos de publicidad formal y no simplemente de la mera determinabilidad extra-registral de su contenido que permitiría su publicación, *ex* artículo 5 del RD, en la página web corporativa¹⁹¹³. Por otro lado, se entiende que la inscripción de las cláusulas penales persigue evitar la creación de prestaciones accesorias para garantizar la observancia del protocolo, pero quedan al margen de los efectos de dicha inscripción todos los pactos parasociales que se mantengan reservados, es decir, que no se hayan ni inscrito ni depositado¹⁹¹⁴.

¹⁹¹¹ VATTIER FUENZALIDA, C.: “La interpretación del...”, *ob. cit.*, pág. 2.719.

¹⁹¹² Vid. epígrafe 7.4.1.

¹⁹¹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, *ob. cit.*, pág. 91.

¹⁹¹⁴ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo y...”, *ob. cit.*, págs. 1.154-1.155.

Es decir, a pesar de que la nueva redacción que el RD da a los artículos 114.2 y 175.2 del RRM parece sugerir lo contrario cuando se interpreta *ad peddem litterae*, resulta mucho más congruente entender que el protocolo sí debe estar inexcusablemente depositado en el Registro (sin lo cual no hay suficiente seguridad jurídica), pero basta para la eficacia de las cláusulas con ese depósito, sin ser exigible adicionalmente la inscripción de su contenido.

8.2.2. Prestaciones accesorias.

La LSC regula las prestaciones accesorias en sus artículos 86 a 89, en una regulación unitaria tanto para sociedades anónimas como de responsabilidad limitada. No se ofrece en la LSC un concepto de prestaciones accesorias, que se definen en sentido negativo, destacando únicamente que son distintas de las aportaciones de capital y remarcando que no podrán integrar en ningún caso dicho capital social¹⁹¹⁵. Tal vez la falta de incorporación a nuestro Derecho de un concepto de prestación accesorio deriva de lo ilustrativa que resulta su nomenclatura: se trata de obligaciones que el socio asume a favor de la sociedad, adicionales a la aportación¹⁹¹⁶ que corresponda como contravalor de los títulos asumidos¹⁹¹⁷. Es decir, son compromisos cumulativos y no sustitutivos (de ahí su carácter accesorio) a la ineludible obligación de aportar al capital social lo que resulte procedente, que es la aportación ordinaria y que tiene en sí misma carácter esencial¹⁹¹⁸. En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de verdaderas obligaciones sociales, razón por la cual no se diferencian conceptualmente de las aportaciones al capital¹⁹¹⁹.

En su origen¹⁹²⁰, las prestaciones accesorias sólo estaban pensadas para las sociedades de responsabilidad limitada: el legislador no las tuvo en cuenta en la LSA de 1951 y las introdujo en el artículo 10 de la LSRL de 1953, si bien rápidamente la

¹⁹¹⁵ PEÑAS, M. J.: “Artículo 86. Carácter estatutario”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 736.

¹⁹¹⁶ La aportación se define inicialmente como “*el contenido del aspecto obligacional de la posición jurídica del socio*”. Las doctrinas italiana y francesa son las que difundieron la idea pecuniaria de la aportación, equiparándola a “*la contribución de cada socio a la formación del patrimonio social*” (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 213).

¹⁹¹⁷ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 216; LLAGARIA VIDAL, E.: “Las prestaciones accesorias...”, pág. 15.

¹⁹¹⁸ BARBA DE VEGA, J.: “Prestaciones accesorias”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 211.

¹⁹¹⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Prestaciones accesorias”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar...*, tomo IV, ob. cit., págs. 437.

¹⁹²⁰ El primer antecedente lo encontramos en Alemania, a mediados del siglo XIX: se constituyeron en aquella época diversas sociedades dedicadas a elaborar azúcar y, necesitando para ello una determinada clase de remolacha, sus socios se obligaron a cultivarla y entregarla a la sociedad (LLAGARÍA VIDAL, E.: “Las prestaciones accesorias...”, ob. cit., pág. 16.

doctrina entendió que podían utilizarse también en sede de anónimas, mediante la posibilidad del artículo 11 de la LSA de 1951 de incluir pactos lícitos, tanto en el momento de la constitución de la sociedad como posteriormente¹⁹²¹. A pesar de ello, se trata de una figura que ha tenido una escasa difusión en la práctica, como si el empresariado de nuestro país no se hubiera interesado por las posibilidades que ofrece de cara a regular las relaciones entre los socios y, sobre todo en las sociedades de responsabilidad limitada, sus posibilidades de intensificar el carácter personalista de la compañía¹⁹²². Por otro lado, las prestaciones accesorias pueden ser el vehículo que permita exigir a los socios asumir determinadas obligaciones para con la sociedad que no serían viables como aportaciones, como ocurre por ejemplo con el trabajo o los servicios¹⁹²³.

Por todo ello, la doctrina ha venido entendiendo tradicionalmente que las prestaciones accesorias permiten conseguir *“una mayor intensidad en la contribución del socio a la consecución del fin social, más allá de la aportación de capital, mediante la imposición a aquél de otras obligaciones adicionales, vinculadas a su condición de miembro de la compañía”*¹⁹²⁴. Parece evidente que las empresas familiares, en que la condición de socio tiene un marcado carácter personalista y en que, además, la consecución del fin social debe entenderse como un objetivo especialmente compartido entre todos los socios, pueden ser un espacio idóneo para la implantación de este tipo de prestaciones.

Precisamente, las posibles utilidades de las prestaciones accesorias en la empresa familiar son muchas: pueden consistir en que los socios se comprometan a asumir cargos de administración, a prestar servicios (remunerados o no) a favor de la sociedad, a no competir con ésta, a realizar aportaciones suplementarias (créditos a la sociedad, prestación de avales), etcétera¹⁹²⁵. Pero la que puede resultar más útil, en relación con nuestro objeto de estudio, es la de obligarse a cumplir el propio protocolo, resultando de este modo las prestaciones accesorias el *“mecanismo idóneo para garantizar, en primera instancia, la aceptación del protocolo familiar por los nuevos socios y, en un segundo momento, el efectivo cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo”*¹⁹²⁶. Establecida en los estatutos la prestación accesoria consistente en aceptar y cumplir el protocolo, puede dicha prestación operar tanto a modo de cláusula restrictiva de la transmisión

¹⁹²¹ LOJENDIO OSBORNE, I.: “Aportaciones sociales”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 3º, Civitas, 1994, pág. 44; TORRALBA SORIANO, V.: “Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, ob. cit., pág. 2.589.

¹⁹²² VIÑUELAS SANZ, M.: *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 18-19.

¹⁹²³ BARBA DE VEGA, J.: “Prestaciones accesorias”, ob. cit., pág. 210.

¹⁹²⁴ BONARDELL, LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.: “Artículo 36. Objeto y título de la aportación”, en ARROYO, I./EMBED, J. M.: *Comentarios a la...*, volumen I, ob. cit., pág. 398.

¹⁹²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Prestaciones accesorias”, ob. cit., pág. 444.

¹⁹²⁶ DÍEZ SOTO, C.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 321.

(el nuevo socio no puede alcanzar esta condición si no acepta el protocolo)¹⁹²⁷ como, también, como fórmula para garantizar su cumplimiento, debido a la posibilidad de excluir al socio o accionista que voluntariamente las incumpla. Así lo establece, aunque sólo para sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 350 de la LSC¹⁹²⁸.

Esta prestación accesoria ha generado suspicacias entre un sector de la doctrina¹⁹²⁹, que considera que la técnica de obligar estatutariamente a cumplir, mediante una prestación accesoria, lo dispuesto en un pacto extraestatutario como es el protocolo, supondría un modo de confundir lo social y lo parasocial, resultando un fraude de ley, sobre todo por la heterogeneidad propia de los protocolos familiares, que en muchos casos ni siquiera imponen obligaciones en sentido estricto¹⁹³⁰. Sin embargo, debe precisarse que esta prestación accesoria no convertiría en estatutario lo parasocial, sino que únicamente supondría obligar societariamente al cumplimiento de un cuerpo normativo extraestatutario, sin que ello desnaturalizase la distinción entre un tipo de reglas y el otro¹⁹³¹. Y es que no sería la regulación de la sociedad la que se vería afectada, sino que serían las obligaciones de los socios lo que pasaría de tener naturaleza puramente contractual a tener naturaleza (y exigibilidad) societaria¹⁹³². Se trataría en definitiva de que un incumplimiento en sede contractual tuviera trascendencia en sede societaria mediante una aplicación cumulativa de normas legales y convencionales de ambos planos.

El problema principal para quienes no admiten la posibilidad de esta prestación accesoria parece ser la determinabilidad de su contenido, por cuanto los socios se estarían obligando a cumplir una obligación que quedaría recogido en un documento distinto a los propios estatutos. El RD 171/2007, con la modificación introducida sobre el artículo 187.1 del RRM parece haber pretendido a clarificar con exactitud en qué puede consistir la prestación accesoria, reforzando asimismo su observancia mediante la inscripción de las sanciones que se establezcan para el caso de incumplimiento¹⁹³³. Asimismo, la inscripción de dichas prestaciones accesorias en el Registro Mercantil habría venido a cerrar el problema técnico con el que se habían encontrado los operadores cuando no se permitía el acceso del protocolo a dicho Registro: el recurso que utilizaba cierta doctrina era el de asegurar la determinabilidad extra-registral del contenido del protocolo (por ejemplo, con su elevación a público), si bien esto ha

¹⁹²⁷ La cláusula podría articularse a modo de restricción sobre las condiciones personales del adquirente (vid. epígrafe 5.1.4.3) o señalando que es necesario aceptar el protocolo como una de las causas por las que la sociedad autorizará la transmisión (vid. epígrafe 5.1.4.2).

¹⁹²⁸ El precepto ha tomado la redacción del artículo 98 de la derogada LSRL de 1995 y ha extendido su régimen también a las sociedades anónimas.

¹⁹²⁹ Girón Tena ya advertía que resultaba difícil distinguir entre prestaciones accesorias, cuya naturaleza es jurídico-societaria, y pactos parasociales, cuya naturaleza es contractual (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 55).

¹⁹³⁰ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y...”, ob. cit., págs. 55-56.

¹⁹³¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, ob. cit., págs. 231-232.

¹⁹³² FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 421.

¹⁹³³ RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El protocolo familiar y...”, ob. cit., pág. 1.157.

dejado ya de ser necesario, gracias a las posibilidades introducidas por el RD 171/2007¹⁹³⁴.

Pero a pesar de todo ello, un sector de la doctrina sigue considerando que la constancia registral del contenido del protocolo no es garantía suficiente para permitir que opere la prestación accesoria de cumplimiento del mismo. Un modo de resolverlo sería incorporar a los estatutos *“las concretas obligaciones incluidas en el protocolo familiar cuyo cumplimiento es el objeto de la prestación accesoria que pretende reforzar la eficacia de dicho protocolo”*¹⁹³⁵. Pero esto nos situaría de nuevo ante la necesaria admisión de que el protocolo carece de fuerza obligacional suficiente *per se*, debiendo trasladarse a los documentos –en este caso societarios– que resulten oportunos¹⁹³⁶, lo cual supondría tener que admitir que la reforma operada en el RRM por el RD 171/2007 sobre este punto concreto carecería de cualquier trascendencia.

El debate doctrinal, que no parece cerrado en este momento, es sin duda interesante porque contrapone la voluntad de dotar de mayor eficacia al protocolo y la prudencia a la hora de aplicar, en caso de incumplimiento del mismo, algunos de los mecanismos más severos de nuestro Derecho de sociedades: entre éstos, la supresión temporal del derecho al dividendo o a la suscripción preferente de acciones o participaciones y, sobre todo, la exclusión del socio incumplidor¹⁹³⁷. Es obvio que la exclusión es la mayor sanción posible que se puede aplicar a un socio, por lo que se debe reservar únicamente para aquellos casos en que, por su comportamiento o por sus circunstancias, dicho socio ponga en peligro la paz social, pudiendo entonces la sociedad expulsarle a instancia de los demás consocios¹⁹³⁸. La gravedad de la sanción exige, como es lógico, que el incumplimiento de la obligación por parte del socio haya sido igualmente grave. De hecho, la exclusión se equipara a una resolución individual del contrato de sociedad, en el que el socio ha asumido esas prestaciones accesorias que, por tanto, debe cumplir como parte de sus obligaciones sociales¹⁹³⁹.

En este sentido, el artículo 350 de la LSC establece que la sociedad podrá expulsar al socio que incumpla *“voluntariamente”* cualquier prestación accesoria, de modo que no cabrá tal sanción en caso de incumplimiento involuntario¹⁹⁴⁰. De este modo, la LSC mantiene la línea de la LSRL de 1989, que vincula la exclusión a un incumplimiento culpable por parte del socio, si bien la cuestión siempre podrá ser

¹⁹³⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 90-91.

¹⁹³⁵ SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y...”, ob. cit., pág. 56.

¹⁹³⁶ Vid. apartado 4.2.

¹⁹³⁷ Díez Soto, C.: “El protocolo familiar...”, ob. cit., págs. 181-182.

¹⁹³⁸ UGENA MUÑOZ, S.: “La separación y exclusión de socios”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de...*, ob. cit., págs. 682-683.

¹⁹³⁹ GARCÍA VILLAVERDE, R.: *La exclusión de...*, ob. cit., págs. 275-276.

¹⁹⁴⁰ El precepto realiza una adaptación integradora del artículo 98 de la LSRL de 1989, que no incluía el término *“voluntariamente”*, con el artículo 25.2 del citado cuerpo legal, que establecía expresamente que no cabía la exclusión, salvo mención estatutaria en sentido contrario, en caso de incumplimiento involuntario.

modificada en los estatutos, de modo que incluso en casos de culpa leve o levísima se pueda excluirse al socio, de igual modo que, en el sentido inverso, un incumplimiento claramente culpable no necesariamente deba suponer la exclusión, que será en todo caso potestativa para la sociedad¹⁹⁴¹. El reproche culpabilístico, por tanto, no es el elemento esencial de la exclusión, que no persigue tanto la sanción al socio como la defensa de los intereses sociales¹⁹⁴², aunque el elemento culposo acostumbra a estar más presente en algunos casos (como el fraude a la sociedad) que en otros de carácter más objetivo (como un daño a la sociedad en el que no haya mediado negligencia)¹⁹⁴³.

Es interesante, al respecto, establecer un paralelismo entre la amenaza de exclusión en caso de incumplimiento de la prestación accesoria y la amenaza que supone también, en otro terreno, la ejecución de una cláusula penal. Del mismo modo que dicha cláusula tiene como objetivo esencial disuadir del incumplimiento, la exclusión debe concebirse –al menos inicialmente– como un modo también de disuadir del incumplimiento de la prestación accesoria asumida. Y cuando ésta sea el cumplimiento del protocolo familiar, se verán sus socios-firmantes obligados a respetarlo, bajo el riesgo de verse apartados de la sociedad. De hecho, ambas figuras podrían incluso combinarse, de modo que los estatutos previesen la posibilidad de establecer cláusulas penales que castigasen al incumplidor de la prestación accesoria¹⁹⁴⁴, lo cual facilitaría la justificación de la exclusión de dicho socio¹⁹⁴⁵. De este modo se establecería un régimen adicional de sanción que, como comentábamos, debería servir para reforzar el cumplimiento voluntario del protocolo, ante la amenaza de verse cualquier eventual incumplidor tan severamente castigado.

Finalmente, cerraremos este epígrafe con unos breves apuntes formales acerca de las prestaciones accesorias. En primer lugar, debe destacarse que se mantiene en la actual regulación de la LSC la reserva estatutaria de las prestaciones accesorias, es decir, la necesidad de que consten inscritas en los estatutos sociales como premisa básica para su validez¹⁹⁴⁶. Dicha reserva estatutaria, que no se contenía en la LSRL de 1953, se introdujo en el artículo 22 de la de 1989, con lo que se pretendía romper el carácter contractualista de la figura, derivado de su presencia en la escritura de

¹⁹⁴¹ VIÑUELAS SANZ, M.: *Las prestaciones accesorias...*, ob. cit., págs. 266-267.

¹⁹⁴² STS de 26 de marzo de 1994: “no es precisamente un acto de naturaleza propiamente sancionadora, sino que opera como instrumento de defensa para la conservación de la empresa”.

¹⁹⁴³ GARCÍA VILLAVERDE, R.: *La exclusión de...*, ob. cit., págs. 117-118.

¹⁹⁴⁴ VIÑUELAS SANZ, M.: *Las prestaciones accesorias...*, ob. cit., págs. 273-274.

¹⁹⁴⁵ Apreciada la causa que permita la exclusión, la sociedad puede acordarla y tendrá efecto desde la fecha de ese acuerdo si el socio hubiera asistido a la junta o, si no lo hubiera hecho, desde la fecha en que se le comunique fehacientemente. Si la exclusión es fruto de una sentencia judicial, tendrá efecto desde el momento en que se declare su firmeza. Con todo, si la sentencia es desestimatoria de una acción de impugnación promovida por el socio excluido, la fecha de efectos de la exclusión será la del acuerdo, porque la sentencia no será en este caso constitutiva, sino que se limita a confirmar la legalidad de dicho acuerdo (BERCOVITZ ÁLVAREZ, R.: “Separación y exclusión de socios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La Sociedad de...*, ob. cit., pág. 807).

¹⁹⁴⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., pág. 90.

constitución y no en los estatutos, que obligaba además a la lógica unanimidad de los otorgantes para proceder a su posterior modificación¹⁹⁴⁷. Desde este punto de vista, por tanto, la actual regulación de las prestaciones accesorias (heredera de la contenida en la LSRL de 1989) ha mantenido el carácter societario de las prestaciones accesorias, al ser necesaria su incorporación en la normativa propia de la compañía en la que desplegarán sus efectos. Todo ello puede resumirse afirmando que, con su actual regulación, “la prestación accesorio no es una prestación de carácter convencional en el sentido de que traiga causa de un contrato directamente establecido entre el socio y la sociedad, sino de la potestad que la Ley concede a los estatutos sociales para imponer a los socios una obligación distinta de las aportaciones de capital”¹⁹⁴⁸.

Por lo que respecta a su configuración, las prestaciones pueden ser personales (si van vinculadas a socios concretos) o reales. En el primer caso, se trata de obligaciones vinculadas a la figura del socio y pueden llegar a tener, por tanto, carácter personalísimo, con los consiguientes problemas en caso de transmisión o fallecimiento¹⁹⁴⁹, ya que las prestaciones se habrán configurado en atención a las peculiaridades del socio obligado y no estarán al alcance de cualquiera¹⁹⁵⁰. En el segundo, las llamadas *propter rem*, van unidas a determinadas acciones o participaciones y, por tanto, se convertirán en obligación para el socio que sea su titular¹⁹⁵¹. En el caso de la empresa familiar, parecería a priori que, debido a la importancia del aspecto *intuitu personae*, serían las prestaciones personales las que tendrían más sentido y, de hecho, será así cuando se trate de que un determinado socio, en atención a sus determinadas características, ejecute una prestación concreta, por ejemplo en forma de servicios profesionales. Sin embargo, cuando la prestación accesorio consista en el cumplimiento del protocolo familiar, tendrá mucho más sentido vincularla a las acciones o participaciones, de modo que la mera tenencia de éstas, con independencia de las características personales de su titular, obligue a éste a acatar las normas del citado protocolo.

Como última cuestión a señalar, es preciso apuntar que los estatutos sociales deberán establecer también si las prestaciones accesorias tienen carácter gratuito o retribuido (artículo 86 de la LSC) y, en este último caso, el más habitual¹⁹⁵², deberá determinarse también su importe, no siendo posible que supere al valor de la prestación (artículo 87). Esto ha generado, como es lógico, un intenso debate doctrinal

¹⁹⁴⁷ PEÑAS MOYANO, M. J.: “Prestaciones accesorias”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 610.

¹⁹⁴⁸ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J. L.: “Sociedad de responsabilidad limitada: principios...”, ob. cit., pág. 1.157.

¹⁹⁴⁹ Para las obligaciones personalísimas, lo más recomendable parece crear un único título, equivalente al valor nominal de todo el capital que quiera vincularse a la prestación, que lleve aparejada la obligación de su cumplimiento (LLAGARÍA VIDAL, E.: “Las prestaciones accesorias...”, ob. cit., pág. 35).

¹⁹⁵⁰ TORRALBA SORIANO, V.: “Las prestaciones accesorias...”, ob. cit., pág. 2.592.

¹⁹⁵¹ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 211-214.

¹⁹⁵² LLAGARÍA VIDAL, E.: “Las prestaciones accesorias...”, ob. cit., pág. 31.

acerca de qué debe entenderse como valor de la prestación, que ha sido una de las cuestiones más dudosas y conflictivas que se han planteado en esta materia¹⁹⁵³.

Lo que ha pretendido el legislador con esta limitación a la retribución o, por expresarlo más correctamente, con esta necesaria proporcionalidad entre retribución y prestación, es evitar que el pago de la prestación se utilizara de forma fraudulenta para el menoscabo del capital social¹⁹⁵⁴. La LSRL de 1953 era especialmente restrictiva sobre esta cuestión, señalando que sólo cabía retribuir las prestaciones accesorias con cargo a beneficios, lo cual podía suponer en muchos ejercicios la imposibilidad de llevar a cabo verdaderamente la retribución, pero esta idea ha sido superada por la regulación actual, que no exige esa existencia de beneficios y persigue únicamente evitar devoluciones o reintegros de capital a los socios efectuados de manera encubierta¹⁹⁵⁵, de manera que se rompiera el principio de igualdad de trato de los socios a la hora de percibir los beneficios de la compañía¹⁹⁵⁶. En el caso de la empresa familiar, en el que ya hemos apuntado reiteradamente a lo largo del presente trabajo la necesidad de una especial cautela en materia retributiva¹⁹⁵⁷, resultará especialmente importante no valerse de esta vía para encubrir dividendos no acordados, pensiones vitalicias a favor de los fundadores, mejoras salariales ni, en general, cualquier tipo de actuación que pueda fomentar la confusión de patrimonios entre empresa y familia.

Superando los distintos riesgos señalados, es evidente que la figura de las prestaciones accesorias puede resultar muy útil para alcanzar un doble objetivo. Por un lado, el de extender la aplicación de las normas societarias a las relaciones entre el miembro de la familia y la empresa familiar; por el otro, el de asegurar a los miembros de la familia su vinculación de una manera concreta a dicha empresa familiar, valiéndose de los mecanismos societarios en caso de que el resto de familiares quieran extinguir esa vinculación¹⁹⁵⁸. Como se ha venido destacando en el presente epígrafe, pueden resultar un mecanismo muy útil para establecer cierto grado de interrelación entre lo societario y lo contractual, de modo que los mecanismos mercantiles de aseguramiento de obligaciones puedan tener plasmación en compromisos que, por su naturaleza jurídica, han nacido como civiles-contractuales.

¹⁹⁵³ PEÑAS, M. J.: “Artículo 87. Prestaciones accesorias retribuidas”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 747; también el precio de transmisión de este tipo de acciones o participaciones ha generado debate doctrinal, debido a los problemas surgidos cuando el mecanismo estatutariamente previsto para la determinación del precio no permiten al socio obtener el valor real de sus títulos (TORRALBA SORIANO, V.: “Las prestaciones accesorias...”, ob. cit., págs. 2.601-2.606).

¹⁹⁵⁴ VIÑUELAS SANZ, M.: *Las prestaciones accesorias...*, ob. cit., pág. 217.

¹⁹⁵⁵ PEÑAS MOYANO, M. J.: “Prestaciones accesorias”, ob. cit., págs. 627 y 629.

¹⁹⁵⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Prestaciones accesorias”, ob. cit., pág. 461.

¹⁹⁵⁷ Vid. en particular el epígrafe 3.2.2.4

¹⁹⁵⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Prestaciones accesorias”, ob. cit., págs. 478-479.

8.3. Ejercicio de acciones coercitivas basadas en un protocolo familiar.

Consideramos oportuno cerrar este capítulo, en el que hemos analizado distintas fórmulas para dotar al protocolo de mayor eficacia jurídica, hablando de las distintas acciones coercitivas que, en su caso, pueden resultar interesantes para la ejecución del mismo. En un Estado de Derecho, es el propio Estado el que tiene el monopolio de la coerción¹⁹⁵⁹, de modo que ningún particular puede obligar a otro a cumplir lo pactado de manera forzosa, sino que precisa para ello de la decisión del órgano en el que el Estado haya delegado dicha capacidad. El poder judicial es el principal depositario de esa capacidad coercitiva¹⁹⁶⁰, pero no dispone de una libertad absoluta en su ejercicio, sino que debe ejercerlo con arreglo a las normas establecidas por el ordenamiento. Es el principio de legalidad, que encontramos recogido en los artículos 117.1 de la CE y 1 de la LOPJ, así como en el artículo 1 de la LEC en lo que se refiere a la legalidad procesal. Asimismo, se concede un carácter subsidiario a la equidad en la actuación de los tribunales, tal y como establece el artículo 3.2 del CC, que en modo alguno puede interpretarse como fuente generadora de normas, sino simplemente como mecanismo para aplicarlas en atención a las circunstancias particulares del caso enjuiciado¹⁹⁶¹.

Mayor importancia reviste la equidad, en cambio, en el caso del arbitraje, institución privada en la que el Estado puede delegar también la función de resolver controversias de Derecho privado no necesario¹⁹⁶², y a la que frecuentemente dirigen los protocolos para la resolución de los eventuales conflictos que surjan en su ejecución o interpretación¹⁹⁶³. Equidad que, eso sí, estuvo a punto de desaparecer de nuestros arbitrajes domésticos con la reforma de 2011, que se planteó inicialmente reservar tan sólo para los arbitrajes internacionales este criterio para la resolución de controversias, aunque al final se mantuvo también para los internos¹⁹⁶⁴.

Dedicaremos los tres epígrafes siguientes a analizar las posibles acciones, tanto judiciales como arbitrales, tendentes a conseguir la ejecución del protocolo cuando no

¹⁹⁵⁹ BOUZA-BREY, L.: “El poder y...”, ob. cit., pág. 41.

¹⁹⁶⁰ El Estado de Derecho requiere la existencia de tribunales independientes e imparciales que aseguren el respeto por parte de todos los ciudadanos a las leyes, siendo dichos tribunales los encargados de resolver las controversias civiles, administrativas y laborales, así como de reprimir los delitos y faltas (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: “Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./MARTÍNEZ LÁZARO, J. (dirs.): *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo III, CGPJ, Madrid, 2009, págs. 147-149.

¹⁹⁶¹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil. Comentado...*, ob. cit., págs. 18-19.

¹⁹⁶² MERINO MERCHÁN, J. F./CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de Derecho arbitral*, 3ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 83.

¹⁹⁶³ Vid. epígrafe 3.2.2.6.

¹⁹⁶⁴ SANJURJO RÍOS, M. I.: “El arbitraje de equidad contra las cuerdas. El proceso de reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, en DAMIÁN MORENO, J. (dir.): *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 77 y 103.

se produce su cumplimiento voluntario por parte de sus firmantes. Dicho cumplimiento voluntario debe ser, al menos como desiderátum, el primer objetivo, sobre todo en relaciones entre familiares, que deben estar regidas por una convicción en la bondad de la obligación¹⁹⁶⁵. Sin embargo, es preciso disponer de la capacidad de forzar la ejecución del protocolo –o el resarcimiento por su incumplimiento– cuando esa convicción no sea por sí sola capaz de mover a sus otorgantes. Sólo cuando el método autocompositivo para la solución del eventual conflicto (el acuerdo entre las partes) falle, debe acudir a un procedimiento heterocompositivo (judicial o arbitral) que esté ya previsto en el protocolo¹⁹⁶⁶.

Es necesario saber que existe la amenaza de someter la cuestión a los tribunales y tener que obedecer el dictado de éstos: nos lleva eso a la idea de que las obligaciones se cumplen en nuestro día a día sin necesidad de acudir a la tutela de un juez, puesto que se pagan las deudas o se respetan las propiedades de los otros. Pero cabe tener presente que todo ello ocurre gracias, precisamente, a la existencia de la amenaza coercitiva, aunque ésta no llegue a materializarse: *“que todo esto se pueda hacer sin acudir al proceso no quiere decir que se haga sin el proceso. Se hace sin utilizar el proceso pero no sin la posibilidad de recurrir al proceso. El proceso está ahí, si no como algo actual, como algo posible”*¹⁹⁶⁷.

De ahí la importancia de que el protocolo esté dotado de capacidad ejecutiva suficiente. No para que tenga que hacerse uso de ella sino, precisamente, para que su mera existencia sea garante de un cumplimiento que, asumido voluntariamente por todos sus firmantes, haga innecesario ese uso. Se conjugarán de este modo los dos elementos clave en la evolución del concepto jurídico de sociedad: la idea de que *“la sociedad constituía un cuerpo moral”*, propia de sus orígenes romanistas, con la concepción de la misma como relación jurídica basada en el Derecho de obligaciones, determinada por la codificación francesa¹⁹⁶⁸.

8.3.1. Acciones de base civil.

Las acciones de base civil son las que plantean menos problema, si bien son también las que menor (o nula) trascendencia societaria van a conseguir. En este sentido, aunque es evidente que el resarcimiento *in natura* sería lógicamente el más

¹⁹⁶⁵ ROCA SASTRE, J. M./PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., pág. 353. Señala Vicent Chuliá al respecto que *“el Protocolo a veces no tiene carácter de contrato obligatorio, pero aun así generalmente se cumple”* (VICENT CHULIÁ, F.: “Organización jurídica de...”, ob. cit., pág. 29.

¹⁹⁶⁶ MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M.: “La resolución de...”, ob. cit., pág. 209.

¹⁹⁶⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E.: “Derecho y proceso”, en GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho y proceso*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 192.

¹⁹⁶⁸ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 156.

deseable cuando resultara posible, material y jurídicamente¹⁹⁶⁹, muy a menudo esto resultará imposible: efectuada una transmisión de acciones incumpliendo disposiciones del protocolo no trasladadas a los estatutos pero ajustada a éstos, por ejemplo, no cabrá este mecanismo.

El presupuesto básico en el que interesará la ejecutividad del contrato protocolario en sede judicial será aquél en que se haya producido, por parte de alguno de los firmantes, su incumplimiento, entendido éste como un hecho objetivo: no importará que exista o no causa justificada, culpa o dolo, sino sencillamente la falta de cumplimiento de la prestación debida¹⁹⁷⁰, sin perjuicio de la importancia que la voluntad obstativa del deudor pueda tener de cara por ejemplo a acordar la resolución contractual¹⁹⁷¹. Teniendo el protocolo familiar la naturaleza jurídica propia de todo contrato¹⁹⁷², las acciones a emprender en caso de incumplimiento serán, esencialmente, el cumplimiento forzoso o la indemnización por daños y perjuicios. Como puede verse, se trata básicamente de las posibilidades previstas por el artículo 1.124 del CC, que prevé también la resolución contractual, aunque sea ésta una posibilidad menos adecuada para este supuesto, para las relaciones sinalagmáticas¹⁹⁷³. Se trata en todo caso de posibilidades que no se producen de manera automática, sino que debe ser declarada en un proceso judicial salvo que medie entre las partes la aceptación de cualquiera de estos efectos¹⁹⁷⁴: por lo tanto, es una premisa inexcusable para acudir a dicho procedimiento tener previamente una obligación contractual claramente establecida.

La acción de cumplimiento forzoso es la que parece más útil para el buen fin del protocolo, por cuanto es la que busca que se produzca su ejecución en los términos en que sus otorgantes la previeron, tanto si es como consecuencia de una ejecución judicial como si se obtiene un cumplimiento tardío realizado por el deudor de manera voluntaria¹⁹⁷⁵, aunque, eso sí, una vez compelido a ello. Generalmente, en atención al tipo de obligaciones asumidas mediante el protocolo, buscará el cumplimiento de un *facere* de carácter personalísimo o de un *non facere*, según sea la cláusula protocolaria concreta que interese ejecutar o defender¹⁹⁷⁶. No obstante, el cumplimiento forzoso

¹⁹⁶⁹ PAZ-ARES, C.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 714.

¹⁹⁷⁰ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 863.

¹⁹⁷¹ La “*voluntad obstativa al cumplimiento*” por parte de un obligado es uno de los criterios aplicados por el Supremo para apreciar que cabe la resolución del contrato (SSTS 26 de enero de 1980, de 13 de noviembre de 1985 o de 21 de enero de 1999), pudiendo consistir dicha voluntad obstativa en una mera inactividad, persistente y prolongada, por parte del obligado (STS de 18 de abril de 1991).

¹⁹⁷² Vid. apartados 7.1 y 7.2.

¹⁹⁷³ Las relaciones en el seno de una sociedad mercantil son sinalagmáticas de manera mediata e indirecta: el interés de cada contratante se satisface mediante las prestaciones de los demás al interés común (GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 139).

¹⁹⁷⁴ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil. Comentado...*, ob. cit., págs. 1.115-1.116.

¹⁹⁷⁵ MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 186.

¹⁹⁷⁶ PAZ-ARES, C.: “Los pactos parasociales...”, ob. cit., pág. 715.

resulta especialmente difícil en el caso del protocolo familiar, debido precisamente al carácter *intuitu personae* del mismo: sólo cabe ejecución *in natura* si la obligación no es personalísima, de modo que no resultará posible que un tercero distinto del sujeto obligado incumplidor cumpla en su nombre, tal y como establece el artículo 1.161 del CC¹⁹⁷⁷.

Llegados a esa situación de imposibilidad de forzar el cumplimiento de la obligación principal, es momento de referirse al resarcimiento de los daños y perjuicios. Se trata de un remedio de carácter sustitutorio y subsidiario: supone la sustitución de la obligación principal, cuando ésta no puede cumplirse ni siquiera forzosamente, por el que se entiende que es su equivalente pecuniario¹⁹⁷⁸. Se conoce por ello como cumplimiento *id quod interest* o por equivalencia, por cuanto el resarcimiento opera ante la falta de una posibilidad más deseable, que sería el cumplimiento de la obligación¹⁹⁷⁹. Este carácter de compensación económica más que de reparación del daño (que de ser posible lo sería mediante el cumplimiento forzoso) hace que la indemnización por daños y perjuicios no sea el mejor camino para dar solución a los incumplimientos del protocolo familiar cuando éstos, a pesar de garantías contractuales adicionales como las cláusulas penales a las que antes nos hemos referido¹⁹⁸⁰, se acaben consumando.

Pero el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados no solamente opera de manera autónoma, sino que puede acumularse tanto a la acción de cumplimiento forzoso, a la que ya nos hemos referido, como a la de resolución a la que nos referiremos después. Y es que, incluso en caso de cumplimiento final de la obligación, el obligado que inicialmente ha incumplido puede haber generado un daño al acreedor o puede haber obtenido un beneficio injustificado, por lo que entra en juego igualmente una acción resarcitoria para evitar que el obligado especule con el incumplimiento¹⁹⁸¹. De igual modo, cuando se acuerda la resolución del contrato, cabe igualmente la indemnización por los daños e incluso por el lucro cesante, por cuanto son elementos que habrían operado de modo distinto en caso de cumplimiento exacto (así como puntual y voluntario) de la obligación¹⁹⁸², existiendo siempre una obligación general de mitigar el daño¹⁹⁸³.

Por lo que respecta a la resolución del contrato cuando se produzca su incumplimiento, debemos señalar que no parece la opción más adecuada en relación al

¹⁹⁷⁷ ABELLA RUBIO, J. M.: “Efectos del incumplimiento”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coord.): *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2012, pág. 362.

¹⁹⁷⁸ LETE DEL RÍO, J. M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de Obligaciones*, volumen I, ob. cit., pág. 247.

¹⁹⁷⁹ ABELLA RUBIO, J. M.: “Efectos del incumplimiento”, ob. cit., pág. 361.

¹⁹⁸⁰ Vid. epígrafe 8.2.1.

¹⁹⁸¹ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., pág. 1.072.

¹⁹⁸² SANTOS BRIZ, J.: “Artículo 1.124”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Comentario del Código Civil*, volumen 6, ob. cit., pág. 269.

¹⁹⁸³ MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato...*, ob. cit., págs. 180-181.

protocolo, del mismo modo que tradicionalmente no se ha considerado que el ejercicio individual de la acción resolutoria del artículo 1.124 del CC sea adecuado en sede de sociedades mercantiles¹⁹⁸⁴. En tanto que contrato complejo¹⁹⁸⁵, destinado a regular relaciones entre múltiples partes y que llega a operar como una verdadera *sociedad interna*¹⁹⁸⁶, el protocolo contendrá una pluralidad de obligaciones cruzadas entre un número más o menos amplio de sujetos, por lo que el incumplimiento de una de esas obligaciones por parte de uno de esos sujetos no puede llevar, *per se*, la resolución de la totalidad del contrato. Así lo ha venido entendiendo la doctrina clásica, al señalar que “*las prestaciones de cada una [de las partes] se dirigen a la consecución de un fin común y la nulidad, anulabilidad, incumplimiento e imposibilidad que afecten a una sola de las partes no implican nulidad, anulabilidad, resolución o disolución respecto de las otras, salvo que la participación de la primera, dadas las circunstancias, haya de considerarse esencial para aquél*”¹⁹⁸⁷. Aunque la doctrina parte del análisis de la resolución contractual realizando una equiparación entre contratos sinalagmáticos y contratos bilaterales¹⁹⁸⁸, el concepto bilateral no debe entenderse como un término excluyente de los contratos multilaterales, sino más bien como una contraposición a los contratos unilaterales. De este modo, contratos con múltiples partes otorgantes como puedan ser los de sociedad tendrán cabida también en esta categoría¹⁹⁸⁹.

Existe debate entre la doctrina acerca de cuál es el momento en que se produce realmente la resolución del contrato cuando el contratante perjudicado la promueve. Algunos autores sostienen que, siendo la resolución una facultad que el CC concede a dicho contratante, es éste quien determina dicha resolución, limitándose la posterior sentencia judicial a declarar si la misma se ajustó o no a Derecho¹⁹⁹⁰. Por el contrario, otros autores entienden que es la sentencia judicial la que provoca una verdadera resolución, considerando que el perjudicado no hace más que promover una demanda que solicite precisamente del tribunal una sentencia constitutiva en ese sentido¹⁹⁹¹. Pero tanto en un caso como en el otro, lo cierto es que la resolución plantea problemas de orden práctico que, como ocurre en el caso de los contratos de sociedad, hacen que los remedios indemnizatorios resulten una solución mucho más adecuada¹⁹⁹².

¹⁹⁸⁴ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, ob. cit., pág. 140.

¹⁹⁸⁵ DÍAZ GÓMEZ, M. A./DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el ...”, ob. cit., pág. 101.

¹⁹⁸⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit., págs. 62-63. Como sociedad interna puede funcionar también, en una línea muy similar, un sindicato de voto (GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Sindicatos de accionistas”, ob. cit., pág. 81).

¹⁹⁸⁷ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, pág. 133.

¹⁹⁸⁸ CLEMENTE MEORO, M. E.: “Artículo 1.124”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, ob. cit., pág. 230.

¹⁹⁸⁹ RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 93.

¹⁹⁹⁰ CLEMENTE MEORO, M. E.: “Artículo 1.124”, ob. cit., pág. 235.

¹⁹⁹¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4ª edic., Comares, Granada, 2009, págs. 221-222.

¹⁹⁹² CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, ob. cit., págs. 1.151-1.152.

Es preciso, para cerrar este epígrafe, hacer una breve mención a la forma en que debe estar recogido el protocolo familiar a fin de facilitar una acción civil por incumplimiento contractual, que permita obtener una sentencia que conceda cualquiera de las pretensiones señaladas y permita, posteriormente, de ser precisa, su ejecución¹⁹⁹³. En este sentido, aunque el protocolo familiar se beneficia del carácter espiritualista de nuestro Derecho de contratos (artículos 1.254 y 1.258 del CC), sin serle por tanto exigible requisito alguno en cuanto a su forma (artículo 1.278 del CC), es muy recomendable reforzar dicha forma en aras a facilitar eventuales acciones en caso de incumplimiento. No debe olvidarse, al respecto, que una cosa es la obligación formal de documentar un contrato (que en términos generales no operará) y la recomendación estratégica, con vistas a un eventual proceso judicial, de tenerlo documentado, pensando en la carga de la prueba que se exigirá a quien ejercite acciones judiciales al respecto (artículo 217 de la LEC). En caso de litigio, el tribunal deberá resolver atendiendo a aquellas pruebas que las partes hayan aportado, sin tener en consideración lo que pueda ser cierto pero no se haya acreditado: lo relevante en este sentido será la verdad “formal”, es decir, el fruto de lo demostrado en el proceso, y no una pretendida verdad “material” de difícil consecución en el plano real¹⁹⁹⁴. Para conseguir sus objetivos procesales, por tanto, la más elemental prudencia obliga a las partes a proveerse previamente de las fuentes de prueba que mejor podrán acreditar sus afirmaciones sobre los hechos, como es el caso –entre otras fuentes- de los documentos¹⁹⁹⁵.

Podemos retomar en este punto la idea que sobre el protocolo hemos venido manteniendo desde el inicio del presente trabajo, como instrumento coercitivo capaz de vincular a todos sus firmantes cuando ello fuera preciso¹⁹⁹⁶. No siempre será estrictamente necesario que exista una norma determinada en el protocolo (o en los estatutos o en otros documentos) para que la familia empresaria actúe de una determinada manera, pero es recomendable que esa norma exista por mera prevención. Del mismo modo, no es necesario que el protocolo esté preparado para ser una prueba en un eventual proceso judicial, por cuanto es posible (y deseable) que dicho proceso no llegue a celebrarse nunca, pero también en este caso es conveniente disponer de un documento que, de ser necesario, tenga la mayor fuerza probatoria posible.

Lo más recomendable será, en la mayoría de los casos, otorgar una escritura pública o elevar a público el documento privado que recoja el protocolo, lo que

¹⁹⁹³ Para un estudio de las acciones declarativas y ejecutivas ante el incumplimiento contractual, OSTOS MOTA, M. J.: “La reclamación procesal por razón del incumplimiento”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coord.): *Cumplimiento e incumplimiento...*, ob. cit., págs. 493-612.

¹⁹⁹⁴ BONET NAVARRO, J.: *La prueba en el proceso civil*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, págs. 43-52.

¹⁹⁹⁵ ABEL LLUCH, X.: *Derecho probatorio*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012, pág. 25.

¹⁹⁹⁶ Vid. apartado 1.2.

conllevará un examen de su legalidad¹⁹⁹⁷. La escritura aportará una tríada de ventajas a la hora de asegurar la eficacia del protocolo y su importancia en un eventual proceso: será prueba de las relaciones jurídicas privadas que documenta, tendrá la fuerza probatoria propia de los documentos públicos (artículo 319 de la LEC) y garantizará su permanencia en el tiempo¹⁹⁹⁸. Esto último no sólo será útil con vistas a un eventual proceso judicial sino, también, para garantizar la exactitud, integridad y vigencia del protocolo con su versión precisa y términos exactos, lo cual resultará del todo necesario en caso de que se quiera, por ejemplo, establecer en los estatutos de la empresa familiar una prestación accesoria dirigida a obligar a todos los socios al cumplimiento de dicho protocolo¹⁹⁹⁹. Por lo tanto, por más que nuestro Derecho de contratos permita una regulación marcadamente antiformalista de las obligaciones, parece evidente que es muy aconsejable documentar el protocolo y hacerlo, además, en escritura pública.

8.3.2. Acciones de base societaria.

Como acabamos de ver en el epígrafe anterior, el protocolo es por sí mismo una base lo suficientemente sólida como para emprender acciones civiles fundadas en la relación contractual entre las partes. Esto resulta plenamente congruente con el hecho de que el protocolo sea un contrato. Sin embargo, cuando lo que se plantea ante un eventual incumplimiento del protocolo familiar son acciones de carácter societario, la solidez del documento queda en entredicho, debido precisamente al hecho de que el protocolo sea, en este aspecto, un acuerdo parasocial²⁰⁰⁰.

Teniendo en cuenta que el protocolo pretende proyectar sus efectos sobre una sociedad mercantil, esta dificultad a la hora de ser la base para acciones judiciales de carácter social parece un punto débil bastante importante, por cuanto se tambalea la capacidad coercitiva de las normas pactadas por la familia empresaria como reglas de obligado cumplimiento. Podemos afirmar que los remedios legales generales no tutelan convenientemente el interés de los firmantes de un pacto parasocial, por lo que interesará utilizar los mecanismos que permite el Derecho de sociedades y, en particular, la impugnación de acuerdos sociales²⁰⁰¹, que tiene como gran particularidad permitir al Estado, por la vía de las decisiones judiciales, inmiscuirse en las relaciones privadas entre particulares, con el doble objetivo de preservar tanto el imperio de la Ley como los intereses de los minoritarios²⁰⁰². De ello se deduce la importancia de este

¹⁹⁹⁷ GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit., pág. 696.

¹⁹⁹⁸ ABEL LLUCH, X.: *La prueba documental*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010, págs. 75-76.

¹⁹⁹⁹ Vid. epígrafe 8.2.2.

²⁰⁰⁰ Vid. epígrafe 6.1.

²⁰⁰¹ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 350.

²⁰⁰² ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.: *Impugnación de acuerdos sociales*, ob. cit., págs. 23-26.

mecanismo, razón por la cual necesariamente ha entendido el legislador que era preciso permitir su uso únicamente cuando concurrieran unas causas de nulidad y anulación de acuerdos muy tasadas y delimitadas (artículo 204 de la LSC), como también un plazo de ejercicio de la acción breve (con una caducidad de 40 días, *ex* artículo 205 de la LSC) y una legitimación activa igualmente limitada (artículo 206 de la LSC), en aras a garantizar una mínima seguridad jurídica respecto a los acuerdos adoptados²⁰⁰³. No en balde, se considera que la impugnación de acuerdos es “*la mayor fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica*” para el desarrollo de la actividad de las sociedades mercantiles, razón por la cual el ordenamiento jurídico es favorable al mantenimiento de dichos acuerdos, como revelan las normas citadas y como se deduce del hecho de presumirlos válidos hasta que se los declare, en su caso, nulos²⁰⁰⁴. Es preciso, por tanto, un ejercicio ponderado de este tipo de acciones, tal y como la doctrina clásica ha venido siempre señalando: “*El principio mayoritario tolera sin peligro cuantas correcciones sean necesarias para asegurar la justicia de sus decisiones. Ahora bien, la minoría, o si se quiere el accionista aislado, también debe ser constreñido a no salir de sus propios límites, porque si perjudicial sería dejar a la sociedad anónima sometida al poder omnímodo de quienes representen en la junta la mayoría del capital, peligroso sería igualmente el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable*”²⁰⁰⁵.

El objetivo de una impugnación de acuerdos sociales es conseguir la ineficacia de los mismos, aunque el resultado de la acción será la mera declaración judicial de la invalidez de un acuerdo, nunca la sustitución por el acuerdo alternativo: el juez puede considerar un abuso de la mayoría el acuerdo de destinar los beneficios a reservas, pero no puede sustituir la voluntad social ordenando que dichos beneficios se distribuyan como dividendos²⁰⁰⁶. Para conseguir ese acuerdo alternativo, será necesario que la voluntad social se forme de nuevo y lo haga de manera distinta a la inicial, de acuerdo con las normas legales y estatutarias que resulten de aplicación, en atención al principio mayoritario que rige nuestras sociedades²⁰⁰⁷. Y ello teniendo en cuenta que, de cara a esa adopción posterior de acuerdos sobre la materia que haya sido objeto de impugnación, regirán los efectos de cosa juzgada material de la sentencia recaída, por lo que no será inscribible un acuerdo que trate de reproducir aquél que fue en su momento anulado²⁰⁰⁸.

²⁰⁰³ MUÑOZ, L.: “La impugnación de los acuerdos sociales”, en CAMPUZANO, A. B.: *La sociedad de...*, ob. cit., pág. 1.020.

²⁰⁰⁴ RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: *Impugnación de acuerdos...*, ob. cit., pág. 303.

²⁰⁰⁵ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J. M.: “La junta general...”, ob. cit., pág. 305.

²⁰⁰⁶ ROJO, A.: “Artículo 204. Acuerdos impugnables”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la...*, tomo I, ob. cit., pág. 1.436.

²⁰⁰⁷ MADRAZO, J.: “La junta general”, ob. cit., págs. 362-366.

²⁰⁰⁸ GARNICA MARTÍN, J.: “Efectos de la sentencia recaída en materia de impugnación de acuerdos sociales”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R./GARRIDO ESPA, L. (dirs.): *Órganos de la...*, tomo I, ob. cit., págs. 556-557.

En el caso del objeto del presente estudio, hay dos cuestiones básicas a tener presentes a la hora de plantearse el ejercicio de una acción de impugnación de acuerdos sociales, cuando el objeto de ésta sea dejar sin efecto el eventual incumplimiento de las normas establecidas por el protocolo familiar. La primera de ellas, aunque pueda parecer de Perogrullo, es que esta acción sólo cabe acudir a este mecanismo para impugnar acuerdos: no son impugnables, por ejemplo, los contratos que se celebren por parte de la administración social, ni tampoco las actuaciones efectuadas en ejecución de acuerdos previamente adoptados por los órganos sociales, ni tampoco los actos de órganos unipersonales como el administrador único²⁰⁰⁹, ni a pesar de la polémica doctrinal acerca de este último caso²⁰¹⁰. En consecuencia, sólo cabrá acudir a la impugnación cuando la infracción de las normas protocolarias se haya producido en la adopción de acuerdos sociales.

La segunda cuestión a tener presente es qué alcance puede tener la infracción de lo dispuesto en el protocolo a la hora de adoptar los acuerdos. Dejando de lado los acuerdos nulos, que serían los contrarios a la Ley²⁰¹¹, el ámbito en el que cabría la impugnación por contravención del protocolo sería el de los acuerdos anulables, que serían los contrarios a los estatutos o los lesivos del interés social (artículo 204.2 de la LSC). En aras a facilitar la mayor eficacia del protocolo para servir de base a una acción de impugnación, lo más adecuado sería que los actos contrarios al mismo fueran anulables como lo son los contrarios a los estatutos, pero no es ése el caso: el protocolo familiar no tiene el mismo rango que los estatutos sociales, por más que pueda constar en documento público, depositado en el Registro, o incluso suscrito por la totalidad de los socios. Sea cual sea su forma extrínseca, el protocolo es un pacto parasocial y, como tal, su inobservancia no se equipara a efectos de impugnación con la inobservancia de los estatutos²⁰¹². Y ni siquiera el recorrido seguido por nuestro ordenamiento respecto a dichos pactos, desde la antigua ineficacia hasta la actual inoponibilidad, ha sido capaz de cambiar esa realidad²⁰¹³, por lo que nuestros tribunales siguen rechazando las acciones de impugnación basadas en la contravención de un pacto²⁰¹⁴.

²⁰⁰⁹ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.: *Impugnación de acuerdos sociales*, ob. cit., págs. 26-27.

²⁰¹⁰ No se entiende justificado que la minoría tuviera un cauce de impugnación cuando el órgano de administración fuera pluripersonal y no cuando fuera unipersonal, por lo que los socios con al menos un 5% del capital deberían tener la vía de la impugnación en todos los casos, incluso en el de administrador único (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “La impugnación de los acuerdos sociales”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R./GARRIDO ESPA, L. (dirs.): *Órganos de la...*, tomo I, ob. cit., págs. 393-395).

²⁰¹¹ A estos efectos, el término “Ley” debe entenderse en su sentido más amplio: serán nulos los acuerdos que contravengan cualquier norma imperativa y no sólo las normas reguladoras de las sociedades de capital (MUÑOZ, L.: “La impugnación de...”, ob. cit., pág. 1.025).

²⁰¹² FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales...*, ob. cit., pág. 357.

²⁰¹³ Vid. apartado 6.2.2.

²⁰¹⁴ Las SSTS 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de marzo, que desestimaron que la impugnación de acuerdos pudiera fundarse en la infracción de un pacto parasocial, siguen representando la jurisprudencia más reciente sobre la materia.

Sentado lo anterior, el único modo por el que la infracción del protocolo puede servir de base para la impugnación es considerar que el acuerdo adoptado de ese modo resulta lesivo para la sociedad, lo cual no es fácil. El concepto de acuerdo lesivo es impreciso y, en todo caso, deberá ser siempre objeto de apreciación judicial, siendo necesario por tanto probar ese carácter²⁰¹⁵. Y debido a la trascendencia de las sentencias estimatorias en procedimientos de impugnación, por las razones expuestas al principio de este epígrafe, el criterio jurisprudencial a la hora de apreciar el carácter lesivo del acuerdo es necesariamente restrictivo²⁰¹⁶.

El argumento para solicitar la impugnación de los acuerdos sería considerar que el incumplimiento del pacto parasocial supondría una lesión para el interés social, aunque debemos advertir que esta posibilidad ya ha sido rechazada por un tribunal. Concretamente, la SAP Castellón 536/2012, de 12 de noviembre, rechazó la petición basada sobre este motivo: *“El argumento en torno al cual se articula la impugnación es que el acuerdo es contrario al interés social por contravenir un previo convenio entre los socios”*, argumento que relacionaba el respeto al pacto con el interés social, pero que el tribunal no admitió. En consecuencia, difícilmente puede prosperar una acción de impugnación basada en esta premisa, sin perjuicio de que la línea jurisprudencial pueda variar en el futuro, sobre todo en atención a la importancia de los pactos omnilaterales y su eventual equiparación con juntas generales. A este respecto, convendría no olvidar que una infracción de este tipo de pactos es una forma de deslealtad hacia el interés común de todos los socios y, por ende, esta vía de impugnación podría ser más prometedora de cara al futuro de lo que la jurisprudencia existente parecería sugerir²⁰¹⁷.

Finalmente, es preciso cerrar este epígrafe recordando que la legislación societaria ofrece otra posibilidad en caso de controversia en el seno de una sociedad mercantil, como es la exclusión de socios (artículo 350 de la LSC). Se trata de un mecanismo sin duda útil, que puede ejercerse además de forma extrajudicial pese al debate doctrinal vivido en su momento al respecto²⁰¹⁸, en los supuestos en que se incumpla la prestación accesoria de cumplir el protocolo, por lo que nos remitimos, respecto a la cuestión, a lo ya comentado anteriormente²⁰¹⁹. Pero es un mecanismo de aplicación tasada: carece de sentido la pretendida exclusión estatutaria *“sin causa”*²⁰²⁰,

²⁰¹⁵ ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*, tomo I, ob. cit., pág. 423.

²⁰¹⁶ La STS 991/2011, de 17 de enero, anula los acuerdos por su carácter lesivo, extensible incluso a acuerdos del Consejo de Administración. Pero las resoluciones que no aprecian el carácter lesivo si no está suficientemente acreditado, son numerosas: SAP Madrid 73/2010, de 22 de marzo; o SAP Valencia 372/2008, de 17 de diciembre. Cabe precisar, además, que el acuerdo debe ser lesivo para la sociedad y no para uno, varios o incluso todos sus socios (STS 873/2011, de 7 de diciembre).

²⁰¹⁷ SÁEZ LACAVE, M. I.: *“Los pactos parasociales...”*, ob. cit., pág. 22.

²⁰¹⁸²⁰¹⁸ GARCÍA VILLAVERDE, R.: *“Exclusión de los socios mayoritarios de una SRL por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad”*, en *RdS*, núm. 3/1994, págs. 289-290.

²⁰¹⁹ Vid. epígrafe 8.2.2.

²⁰²⁰ GARRIDO DE PALMA, V.: *“La familia empresaria”*, ob. cit., págs. 978-979.

que permitiría a la sociedad poner en marcha el mecanismo ante eventuales discrepancias en su seno, como lo es también la también difícilmente admisible exclusión por “justa causa”, puesto que lo vago de esta cláusula concedería a la junta una discrecionalidad excesivamente amplia²⁰²¹.

Lo fundamental, de cara a permitir el ejercicio de acciones de carácter societario, tanto si nos referimos a impugnación de acuerdos como a exclusión de socios, cuando su objeto sea resolver las situaciones creadas por el incumplimiento del protocolo familiar, será que las normas de éste hayan sido debidamente trasladadas a los estatutos e inscritas en el Registro Mercantil como cláusulas estatutarias. En definitiva, se trata de adoptar las mismas medidas de refuerzo de la eficacia de dichas normas que ya hemos venido señalando con anterioridad²⁰²².

8.3.3. Arbitraje.

A pesar de que el Estado sea el titular del monopolio judicial (artículo 117 de la CE), de modo que ninguna otra autoridad pueda revestir la facultad jurisdiccional²⁰²³, se reconoce hoy universalmente la llamada jurisdicción convencional o paccionada, a la que se ha concedido una facultad sustitutoria de la jurisdicción del Estado²⁰²⁴ a la hora de dirimir conflictos de Derecho privado²⁰²⁵. Nótese que juzgar no equivale a ejecutar lo juzgado²⁰²⁶, por lo que la institución arbitral sustituye al Estado en la tarea juzgadora pero lo acaba necesitando para, en caso de que no se acate voluntariamente lo juzgado, entren en acción las facultades coercitivas del Estado (la ejecución del laudo se regirá por las normas de la LEC, tal y como establece el artículo 44 de la LA). Y es que es el Estado, como ya hemos indicado anteriormente, el único titular de la capacidad coercitiva²⁰²⁷, entendida como la facultad de forzar a los particulares, contra su voluntad, a cumplir unas determinadas normas públicas (leyes) o privadas (contratos).

²⁰²¹ ALONSO LEDESMA, C.: “La autonomía de...”, ob. cit., pág. 121.

²⁰²² Vid. apartado 4.2.1.

²⁰²³ MERINO MERCHÁN, J. F.: “Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje”, en MERINO MERCHÁN, J. F.: *Curso de Derecho arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 27.

²⁰²⁴ MERINO MERCHÁN, J. F./CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de Derecho...*, ob. cit., pág. 86.

²⁰²⁵ A pesar de que la Ley 11/2011 introdujera un mecanismo para resolver controversias jurídicas surgidas entre organismos públicos, se trata de una institución que ha levantado suspicacias entre los estudiosos y que, en todo caso, se aleja de nuestro objeto de análisis, que son las relaciones entre particulares. Un estudio de esta figura lo encontramos en PÉREZ DEL BLANCO, G.: “El “arbitraje institucional” o procedimiento administrativo para la resolución de los conflictos intraadministrativos en la Administración General del Estado”, en DURÁN MORENO, J. (dir.): *La reforma de...*, ob. cit., págs. 175-210.

²⁰²⁶ OLIVENCIA RUIZ, M.: “Evolución y rasgos del sistema arbitral español”, en MERINO MERCHÁN, J. F.: *Curso de Derecho arbitral*, ob. cit., pág. 53.

²⁰²⁷ Vid. epígrafe 8.3.

El arbitraje es una figura clave en este terreno, en el que se configura como un método extrajudicial de solución de controversias, de carácter fundamentalmente civil y mercantil, que resulta una alternativa válida y eficaz a la potestad de los tribunales de Justicia, con importantes ventajas en cuanto a sencillez y rapidez²⁰²⁸. Podrá operar en todo tipo de “*controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho*”, tal y como establece el artículo 2 de la LA, por lo que se excluirán de su ámbito las cuestiones indisponibles.

Determinar qué materias son de libre disposición y cuáles no lo son resulta una tarea laboriosa y complicada. Puede resumirse con la idea de que las materias no disponibles son aquéllas respecto a las cuales “*la consecuencia jurídica [de las pretensiones de las partes] sólo puede ser decretada por un juez*”²⁰²⁹. Hay cuestiones que quedan sometidas a arbitrajes específicos, como es el caso del arbitraje de consumo, las controversias por transporte terrestre, las relativas a marcas, cooperativas, deportes o relaciones laborales, por citar algunas de las materias cuyos arbitrajes se regularán en normas específicas y no mediante las disposiciones de la LA, cuyo ámbito natural serán “*relaciones contractuales, pero también cuestiones de hecho, siempre que de ellas puedan dimanar controversias jurídicas entre las partes*”²⁰³⁰.

El protocolo familiar, como contrato, es un elemento que obviamente puede someterse a arbitraje y, de hecho, será habitual que se pacte en el mismo la sumisión de sus eventuales controversias a un procedimiento arbitral. El convenio arbitral, tanto si reviste forma de cláusula protocolaria como si se suscribe en un documento autónomo, produce un doble efecto sobre las relaciones entre las partes: por un lado, un efecto contractual positivo de obligar a las partes a dirimir sus controversias en sede arbitral; por el otro, un efecto procesal negativo de impedir a los tribunales de Justicia conocer dicha controversia²⁰³¹. Cabe advertir, con todo, que algunas materias de las que se abordarán en el protocolo pueden no ser arbitrables: es el caso, fundamentalmente, de las relaciones entre cónyuges, los pactos entre los cuales no siempre tienen carácter dispositivo²⁰³²; y la regulación de los testamentos, sobre los que el arbitraje tiene un ámbito de actuación ciertamente limitado que convendría seguramente extender²⁰³³. En todo caso, se trata de las cuestiones sobre las que no cabrá establecer en el protocolo normas imperativas, sino únicamente meras recomendaciones²⁰³⁴, por lo que de ningún

²⁰²⁸ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P.: *El nuevo régimen del arbitraje*, Bosch, 2011, pág. 13.

²⁰²⁹ MONTERO AROCA, J./ESPLUGUES MOTA, C.: “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje”, en BARONA VILAR, S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 142.

²⁰³⁰ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P.: *El nuevo régimen...*, ob. cit., pág. 39.

²⁰³¹ MERINO MERCHÁN, J. F./CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de Derecho...*, ob. cit., pág. 449.

²⁰³² VIOLA DEMESTRE, I.: “Arbitraje y Derecho de familia”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (dir.): *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, volumen 4, Palestra, Perú, 2007, pág. 59.

²⁰³³ YÁÑEZ VIVERO, M. F.: “Arbitraje y Derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (dir.): *El Arbitraje en...*, volumen 4, ob. cit., pág. 109.

²⁰³⁴ Vid. epígrafe 7.4.2.

modo darán lugar –por más que el arbitraje fuera posible- a poner en marcha un mecanismo coercitivo para asegurar su cumplimiento.

Dentro de los contenidos que pueden alcanzar capacidad ejecutiva, ha suscitado también muchas dudas el conocido como “arbitraje estatutario”, es decir, la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos en el seno de las sociedades mercantiles y, en particular, la posibilidad de valerse de este mecanismo para la impugnación de los acuerdos sociales. Al entenderse que esta última cuestión estaba regulada por un Derecho imperativo, como lo es el societario, se venía considerando tradicionalmente que no cabía su sumisión a arbitraje²⁰³⁵. A pesar de una larga tradición histórica favorable, cuyo ejemplo más claro es que el CCom de 1829 (tomando como base las Ordenanzas de Bilbao²⁰³⁶) establecía el arbitraje forzoso para todos los conflictos societarios²⁰³⁷, la LSA de 1951 excluyó la vía arbitral para la resolución de dichas controversias, lo que dio lugar a una tensión doctrinal y jurisprudencial que se prolongó durante más de cincuenta años²⁰³⁸, con una clara tendencia aperturista hacia el arbitraje que encontró un punto de apoyo fundamental en la STS de 18 de abril de 1998, que puntualizó lo siguiente: *“El carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos”*²⁰³⁹.

Ya la LA de 2003 recogió esta tendencia jurisprudencial favorable al arbitraje, que corría pareja a los avances del arbitraje internacional en otras materias importantes del Derecho mercantil, como la propiedad industrial, la defensa de la competencia o el concursual²⁰⁴⁰. Asimismo, se acogió favorablemente de este modo la tendencia doctrinal que entendía que la arbitrabilidad debía anudarse al carácter patrimonial de la controversia, de modo que podrían someterse a arbitraje todas las materias que tuvieran un contenido patrimonial evaluable económicamente, lo que convertiría en arbitrables todas las disputas societarias, por cuanto la posición como socio persigue en esencia una finalidad económica²⁰⁴¹. Esto alcanzaba tanto a los derechos claramente

²⁰³⁵ MONTERO AROCA, J./ESPLUGUES MOTA, C.: “Artículo 2. Materias...”, ob. cit., págs. 150-152.

²⁰³⁶ Aunque no contuvieran una regulación completa de las sociedades, las Ordenanzas de Bilbao, sí contenían unas primeras directrices que se materializarían posteriormente en ese CCom de 1829 (GARCÍA VILLAVERDE, R.: *La exclusión de...*, ob. cit., págs. 77-78).

²⁰³⁷ CAMPO VILLEGAS, E.: “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en *RJC*, núm. 2/1998, pág. 314.

²⁰³⁸ OLAVARRÍA IGLESIA, J.: “Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario”, en BARONA VILAR, S. (coord.): *Comentarios a la...*, ob. cit., págs. 646-670.

²⁰³⁹ Esta línea se ha seguido también en las SSTs de 30 de noviembre de 2001 y de 15 de septiembre de 2004. La DGRN también ha adoptado la misma postura, señalando en su Resolución de 1 de octubre de 2001, que declaró inscribible una cláusula modelo para el sometimiento a arbitraje de los conflictos societarios y de la impugnación de acuerdos sociales.

²⁰⁴⁰ PERALES VISCASILLAS, M. P.: “Arbitraje en Derecho Societario”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (dir.): *El Arbitraje en...*, volumen 3, ob. cit., págs. 269-270.

²⁰⁴¹ ALONSO-MUÑUMER, M. E./MUÑOZ PÉREZ, M. F.: “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en MERINO MERCHÁN, J. F.: *Curso de Derecho arbitral*, ob. cit., pág. 343.

patrimoniales (como la cuota de liquidación de un socio) como aquéllos que, sin ser patrimoniales, pueden generar una obligación resarcitoria (pecuniaria) y, por tanto, son también disponibles y arbitrables²⁰⁴².

Pero fue la reforma de la LA operada en 2011 la que definitivamente vino a disipar todas las dudas doctrinales, si es que todavía quedaba alguna²⁰⁴³, al establecer expresamente que, junto a la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver todos los conflictos surgidos en el seno de la sociedad (artículo 11 bis.1), se pueda también acudir al arbitraje para la impugnación de acuerdos sociales (artículo 11 bis.3)²⁰⁴⁴, aunque fuera ésta una posibilidad que, en su momento, generase oposición por parte de voces doctrinales especialmente autorizadas²⁰⁴⁵. La diferencia básica entre el régimen general de resolución de conflictos societarios y el de impugnación de acuerdos es que este último sólo podrá someterse a arbitraje institucional, por razones de mayor seguridad jurídica, al poder incorporar una referencia a la institución que deberá conocer el procedimiento y, de este modo, ofrecer esa información a todos los socios²⁰⁴⁶.

Superadas, por tanto, las dudas acerca de la posibilidad de someter a arbitraje los eventuales conflictos que puedan surgir en el seno de una sociedad mercantil, que han sido abordadas de hecho en todos los ordenamientos de nuestro entorno²⁰⁴⁷, parece evidente que nada obsta a que las controversias derivadas del protocolo se resuelvan por esta vía, tanto en lo que respecta a su carácter contractual como en lo relativo a su proyección sobre la empresa familiar.

Es muy recomendable que el propio protocolo, como culminación de las negociaciones en el seno de la familia empresaria para la regulación de su sociedad

²⁰⁴² RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: *Impugnación de acuerdos...*, ob. cit., págs. 46-47.

²⁰⁴³ A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 apuntara expresamente que la norma “*aclara las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital*”, puede entenderse que en el momento de promulgarse ya no existían tales dudas, por cuanto la jurisprudencia era pacífica al admitir dicho arbitraje (OLAVARRÍA IGLESIA, J.: “Artículo 11 bis...”, ob. cit., págs. 684-687).

²⁰⁴⁴ Para un mayor análisis de las razones sustantivas por las que cabe someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales, vid. CAMPOS VILLEGAS, E.: “El arbitraje en...”, ob. cit., págs. 337-349.

²⁰⁴⁵ Teniendo en cuenta que la resolución sobre la impugnación produciría efectos para todos los socios, intervinientes o no en la litis, no debería dejarse en manos de los litigantes la disposición, en base a sus concesiones recíprocas, de esos derechos ajenos, sobre todo cuando el debate tuviera que ver con el acomodo del acuerdo a la legalidad vigente (URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J. M.: “La junta general...”, ob. cit., págs. 364-365).

²⁰⁴⁶ ARIZA COLMENAREJO, M. J.: “La regulación del arbitraje estatutario”, en DAMIÁN MORENO, J. (dir.): *La reforma de...*, ob. cit., pág. 44.

²⁰⁴⁷ Italia lo admite, pero exigiendo que conste expresamente previsto en los estatutos; Francia también lo admite, sin que la cláusula estatutaria sea en su caso imprescindible; Alemania también lo admite, tras la modernización de su Ley Arbitral en 1998, y prevé incluso que el arbitraje no excluya la colaboración con la jurisdicción; por lo que respecta a los países anglosajones, Gran Bretaña admite el arbitraje societario que guarde relación con contenidos patrimoniales, mientras que Estados Unidos lo admite de forma muy extensiva. Para un repaso de todos estos ordenamientos, RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: *Impugnación de acuerdos...*, ob. cit., págs. 130-216.

mercantil, recoja ya los métodos de resolución de controversias y, en particular, apueste por sistemas como el arbitraje o cualquier otra herramienta de resolución alternativa de conflictos, para evitar encontrarse en puntos muertos cuando dichos conflictos afloren²⁰⁴⁸. Para que ello sea posible, sin embargo, es muy importante haber previsto la sumisión a arbitraje del modo más eficaz posible, siendo fundamental también en este caso el modo en que dicha sumisión esté regulada: si se ha hecho mediante cláusula estatutaria, tendrá plena eficacia frente a la sociedad; si se ha hecho mediante pacto parasocial, sólo será eficaz para sus firmantes²⁰⁴⁹. En consecuencia, será conveniente que la cláusula protocolaria de sumisión a arbitraje se traslade a los estatutos sociales, a fin de garantizar su eficacia *erga omnes* y, muy en particular, sobre todo cuando se quieran resolver por esta vía impugnaciones de acuerdos sociales, su oponibilidad a la sociedad. La inscripción de la cláusula estatutaria arbitral (que deberá estar redactada con la mayor claridad posible) en el Registro Mercantil es fundamental para evitar futuros conflictos en el seno de la sociedad²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁸ MARTÍN CASTEJÓN, P.: “Resolución de conflictos...”, ob. cit., pág. 426.

²⁰⁴⁹ MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M.: “La resolución de...”, ob. cit., págs. 212-215.

²⁰⁵⁰ RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: *Impugnación de acuerdos...*, ob. cit., pág. 373.

9. Conclusiones

Empezábamos este trabajo citando, en su introducción, una idea de Hobbes: “*Words without swords are merely words*”. Con ello, nos refiriéndonos a la necesidad de que los pactos que los individuos alcanzaran entre sí (*words*) estuvieran adecuadamente reforzados por medidas coercitivas que garantizaran su cumplimiento (*swords*). El estudio realizado en las páginas precedentes nos ha permitido concluir que, efectivamente, esta necesidad se pone de manifiesto también en el ámbito concreto de la empresa familiar y más todavía en el de su protocolo.

La necesidad resulta doble. Por un lado, debido a la idiosincrasia propia de la empresa familiar, que hace especialmente conveniente que todos los actores implicados en la misma sean capaces de consensuar acuerdos para la organización tanto de la sociedad como de la familia y, asimismo, de las relaciones entre ambas. Por el otro, una vez cubierta esta primera necesidad, es decir, una vez puestas sobre el papel las reglas del juego (*words*), es el turno de abordar la segunda necesidad: la de garantizar su cumplimiento, para lo que es necesario aprovechar los distintos medios que el Derecho pone al alcance de la familia empresaria para conseguir ese objetivo. Se trata de asegurar el pacto con todos aquellos elementos que, a modo de *swords*, garanticen su eficacia.

El presente trabajo ha ahondado en ambas necesidades. Por un lado, se han estudiado las razones que llevan a apreciar la necesidad de otorgar un protocolo en la empresa familiar y, por el otro, se han analizado las fórmulas mediante las cuales dicho protocolo puede desplegar una verdadera eficacia obligacional. De todo ello, podemos ahora extraer un total de nueve conclusiones que exponemos a continuación.

1. Las particularidades de la empresa familiar aconsejan la adopción de una regulación consensual propia.

Como se ha visto, la empresa familiar presenta unas particularidades que hacen necesaria la existencia de instrumentos, como el protocolo, que permitan dar respuesta a toda una serie de situaciones y problemas que, no siendo exclusivos de la empresa familiar, sí que la afectan con mayor intensidad de lo que pueden hacerlo sobre el resto de sociedades. Descartando la idea, valorada en algunos momentos, de un tipo social específico, que entendemos que conllevaría más problemas que soluciones, sí consideramos que interesante avanzar en la línea de dar respuestas concretas a algunos de los problemas particulares de esta clase de empresas, como ha pretendido hacer el RD 171/2007 en lo relativo a la publicidad del protocolo, si bien con menor repercusión de la pretendida, lo que hace necesaria una reforma legislativa de la que posteriormente hablaremos.

Debe reconocerse, no obstante, que no todos los problemas de la empresa familiar parecen poder hallar una respuesta en el mundo del Derecho. Sí es posible que se articulen algunas medidas jurídicas útiles como, por ejemplo, permitir a la sociedad de responsabilidad limitada la emisión de obligaciones como forma para recabar financiación, o extender el sistema dual de administración (reservado ahora para la sociedad anónima europea) con el fin de atribuir un papel societario vinculante a los órganos propios de la empresa familiar (como el consejo de familia), que podían hacer las veces de órganos de supervisión como se hace en otros ordenamientos como el alemán o, más limitadamente, el italiano. Sin embargo, otras cuestiones se escapan a las posibilidades de regulación jurídica. Es el caso, por ejemplo, de la reticencia del fundador de la sociedad a cesar en su administración o del temor de los sucesores a asumir responsabilidades. Como es fácil advertir, son cuestiones emocionales y psicológicas que escapan al objeto de nuestro estudio, aunque no por ello debemos dejar de tenerlas presentes.

En cualquier caso, las particularidades de la empresa familiar hacen necesario recurrir a todos los instrumentos que estén a su alcance para autorregularse, por lo que entendemos que dichas particularidades justifican suficientemente la adopción de un protocolo familiar, especialmente por la incidencia que el mismo puede tener en aras a dar respuesta a la vocación de continuidad de la empresa como familiar. Es decir, descartamos la opción de una regulación legal *ad hoc* basada en la creación de un tipo social específico pero, por el contrario, entendemos preciso establecer una regulación consensual propia lo más completa posible, lo que obliga a ir más allá de las posibilidades que ofrecen los estatutos sociales.

2. El protocolo familiar útil es el eminentemente jurídico.

Hemos podido constatar la existencia de un intenso debate doctrinal acerca de la esencia y de los contenidos del protocolo. Aunque el debate sigue abierto, nosotros podemos concluir, en lo relativo al presente estudio, que sólo el protocolo familiar que tenga un carácter eminentemente jurídico va a resultar verdaderamente útil.

Desde la óptica del Derecho, poco nos van a interesar los aspectos morales, por cuanto no son jurídicamente determinables, regulables ni exigibles. No negamos la posibilidad de que el protocolo contenga elementos poco jurídicos como puedan ser, por ejemplo, la historia de la empresa, sus valores o sus objetivos (a pesar de que estos contenidos no tendrán jamás acceso al Registro Mercantil). Lo que sí negamos es que dichos elementos sean suficientes y, también, que deban ser los más importantes.

El protocolo debe ser, ante todo, ejecutable. Por este motivo, es preciso que esté organizado como un conjunto de normas, axiomas que recojan situaciones previsibles, ordenando ante las mismas conductas concretas y, además, estableciendo consecuencias punitivas en caso de incumplimiento (cláusulas penales, por ejemplo, y hasta la posible exclusión del socio). El protocolo precisará, por tanto, un sacrificio en la esfera de la libertad de todos sus firmantes, como lo exige generalmente todo

contrato, puesto que deberán someterse a unas reglas vinculantes que ellos mismos adoptan para beneficio común de la sociedad y de la familia.

Dicho esto, es importante reconocer la importancia de las relaciones familiares y el valor del compromiso. Un protocolo familiar no es un contrato cualquiera celebrado entre extraños. Por eso, debe confiarse que, si se sientan bien sus bases, su cumplimiento podrá llevarse a cabo de una forma voluntaria por parte de sus firmantes. El escenario más deseable es el del cumplimiento por convicción, aunque es evidente que el protocolo debe estar reforzado con las oportunas medidas de eficacia que sólo podrán proyectarse sobre sus contenidos jurídicos y vinculantes.

3. Los ámbitos de regulación del protocolo familiar son heterogéneos.

A pesar de que el protocolo no debe entenderse como una solución para todos los problemas de la empresa familiar, como más adelante remarcaremos, los ámbitos de regulación que alcanza son muy diversos.

En el ámbito más puramente societario, podemos señalar que los más importantes serán los relativos a la propiedad y al gobierno de la empresa (que son las dos grandes áreas sustantivas del protocolo que pretenden una mayor proyección sobre la sociedad mercantil). Por lo que se refiere a la propiedad, en aras a alcanzar el objetivo de mantener el capital social en manos de los miembros de la familia, será usual el establecimiento de cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones (al margen de otras soluciones alternativas como la emisión de títulos sin derecho de voto cuando sea preciso recabar financiación). En lo relativo al gobierno, el protocolo configurará un tipo determinado de política corporativa, definiendo los rasgos característicos de la junta y del órgano de administración, sin perjuicio de acabar de perfilarlos en los estatutos sociales y, si los hay, en los respectivos reglamentos internos. Igualmente, podrá crear y regular órganos *ad hoc*, tales como la asamblea familiar, el consejo de familia o los diversos comités consultivos especializados. Todo ello debidamente coordinado, para evitar injerencias que entorpecieran el normal funcionamiento de la compañía.

En el ámbito de las relaciones entre sociedad y familia, el protocolo incidirá en aspectos tan diversos como el régimen de acceso de familiares a puestos de trabajo y/o de administración en la empresa, el modo de conceder préstamos o la cobertura de las necesidades de los fundadores retirados. Además, podrá establecer recomendaciones en cuestiones como la elección del régimen matrimonial de los socios o la forma en que éstos deberán ordenar su sucesión en lo relativo a su participación en el capital social.

Pero como todas estas cuestiones se refieren a relaciones sometidas a normas *ius cogens* deberán reflejarse también, en aras a una verdadera eficacia jurídica, en otros documentos que configurarán, en su conjunto, la arquitectura normativa de la empresa familiar.

4. El protocolo familiar es un contrato.

La naturaleza jurídica del protocolo es la de un contrato, tal y como lo califica sin fisuras la doctrina. Por lo tanto, su fuerza jurídica vinculante va a ser la de todo contrato, es decir, la eficacia *inter partes*. Tendrá carácter de ley para sus firmantes (*ex art. 1.091 del CC*), pero no podrá generar obligaciones para terceros.

Es en este punto en el que encontramos uno de los principales problemas en orden a la verdadera eficacia del protocolo. Y es que, pretendiendo muchas de sus normas incidir sobre la sociedad, que es, a todos los efectos, un tercero, esa incidencia queda sometida a la voluntad de las partes. En consecuencia, el firmante del protocolo que incumpla lo acordado en el mismo con respecto a la sociedad, puede venir obligado a satisfacer cláusulas penales o verse sancionado de cualquier otro modo (hasta llegar a la exclusión), pero los efectos de ese incumplimiento se proyectarán igualmente sobre la sociedad, lo cual resultará especialmente grave en el caso de las transmisiones de acciones y participaciones. Cuando se hayan realizado de forma legal y estatutariamente correcta, serán perfectamente válidas y obligatorias para la sociedad, aunque se hayan hecho en contravención del protocolo, salvo que éste goce de publicidad registral material por la vía (indirecta) del art. 7 del RD 171/2007, supuesto en el que se habría reforzado una eficacia que, en su ausencia, cabrá considerar como estrictamente contractual.

Debemos concluir también, aun cuando ello no suponga ningún cambio respecto a lo que acabamos de manifestar, que el protocolo es, aparte de un contrato, un tipo particular de pacto parasocial, por cuanto tiene por objeto regular entre socios, al margen de los estatutos, cuestiones referidas a una sociedad mercantil. De hecho, su voluntad de restringir los movimientos de capital con terceros lo asemeja a los sindicatos de bloqueo, mientras que su objetivo de incidir en el gobierno de la sociedad lo sitúa en el ámbito de los sindicatos de voto. Además, se ve sometido a los problemas de eficacia a los que se enfrentan todos los acuerdos extraestatutarios, que resultan por definición inoponibles a la sociedad, incluso cuando los hayan suscrito todos los socios (pactos omnilaterales) e incluso cuando la propia sociedad haya sido parte de los mismos. Se trata de escenarios que generan en buena parte de la doctrina la convicción de que, por sus circunstancias especiales, deben motivar una respuesta distinta de la mera inoponibilidad, si bien es ésta una cuestión que, *lege data*, admite muy poca discusión.

5. El protocolo debe conjugarse con otros documentos sociales y familiares.

Uno de los errores más frecuentes detectados en la elaboración y firma de un protocolo es la creencia, por parte de sus otorgantes, de que se encuentran frente a una solución universal para todos los problemas de su empresa familiar. Como hemos visto, sin embargo, el protocolo no puede tener una voluntad totalizadora de resolver todos los conflictos y deberá verse complementado por toda una serie de documentos

adicionales de regulación, entre los que se contarán como mínimo los estatutos sociales, las capitulaciones matrimoniales y los testamentos o contratos sucesorios.

Y es que el protocolo por sí solo es, jurídicamente, incompleto. La ventaja que tiene de reunir en un solo documento disposiciones relativas a la sociedad y a la familia conlleva, como reverso, la imposibilidad de considerarlo el documento fundamental y plenamente vinculante en cada uno de estos ámbitos. En el de la sociedad, dichos caracteres los reunirán los estatutos sociales, mientras que en el de la familia lo harán las capitulaciones matrimoniales y las disposiciones sucesorias.

Por este motivo, es interesante que el protocolo se refiera a cuestiones de los dos ámbitos, por cuanto podrá de este modo establecer un conjunto de reglas que sirvan para la consecución de unos mismos objetivos y funcionen de forma coordinada. Sin embargo, esta visión conjunta del protocolo debe desplegarse en el resto de documentos. Por un lado, es recomendable que todas las normas referidas a la sociedad se trasladen a los estatutos, a fin de que puedan disponer así de publicidad registral material y, por lo tanto, tengan eficacia *erga omnes*, siendo oponibles a la sociedad y a cualquier tercero. Por el otro, es imprescindible que los firmantes del protocolo trasladen su acuerdo a los documentos familiares oportunos.

Cabe destacar que, por cuestiones de orden público, será muy difícil poder establecer en el protocolo normas coercitivas en relación a los regímenes económicos matrimoniales y a los testamentos. En el primer caso, porque se entiende que la elección del régimen, aun teniendo trascendencia patrimonial, no puede ser objeto de contrato entre personas distintas de los propios contrayentes. En el segundo, porque siguen existiendo muchas trabas al pacto sucesorio en el ordenamiento común español, a pesar de su presencia en la mayoría de ordenamientos forales que, sobre la base de antiguos negocios jurídicos relacionados con la agricultura, los permiten con mayores o menores reservas, debiendo destacar al respecto la amplitud con que se regulan actualmente en Cataluña. En todo caso, las previsiones protocolarias acerca de cualquiera de estas cuestiones serán siempre revocables –válidamente– por parte de sus otorgantes, por lo que sólo cuando estén contenidas en los documentos adecuados podrán considerarse verdaderamente eficaces.

6. El protocolo presenta problemas de ejecutividad jurídica.

En relación directa con lo expuesto en la conclusión anterior, es evidente que el protocolo presenta problemas de eficacia jurídica que podemos dividir en tres grandes ámbitos. El primero de ellos es el de validez en relación a las normas para regular las relaciones familiares, derivado del carácter *ius cogens* de muchos elementos del Derecho de familia, tal y como ya hemos señalado.

El segundo es el de la colisión entre la autonomía de la voluntad de los socios a la hora de regular su sociedad y las normas legales de obligado cumplimiento, que serán *grosso modo* las del tipo social elegido. Cuando el protocolo se quede en un mero contrato (con carácter civil), debemos entender que será posible que los socios establezcan entre sí pactos que no sean acordes con la legislación societaria (a modo de

ejemplo, exigir la unanimidad en la adopción de acuerdos sociales, lo cual contravendría lo dispuesto por el artículo 200 de la LSC). Esos pactos tendrán plena eficacia *inter partes* y serán válidamente vinculantes para sus firmantes (siguiendo con el mismo ejemplo, un sindicato de voto podría registrarse perfectamente por esa regla). Ahora bien, si se pretende trasladar el protocolo a los estatutos o, directamente, inscribir registralmente acuerdos adoptados de conformidad con alguna de sus cláusulas (*ex art. 7 del RD 171/2007*), esos pactos que contravengan las normas configuradoras del tipo social no serán válidos, por lo que la autonomía de la voluntad (elemento básico en la formación de un contrato) quedará cercenada por la imperatividad de la legislación social, que conllevará la calificación negativa por parte del Registrador.

El tercero de los ámbitos problemáticos es el de la publicidad registral. Aunque el RD 171/2007 se presentaba como una medida revolucionaria para el protocolo familiar, al permitir por vez primera su acceso al Registro, lo cierto es que no ha respondido a las expectativas creadas. El estudio realizado nos permite concluir que, efectivamente, el modo en que se prevé la publicidad registral del protocolo es decepcionante, por establecer una regulación demasiado tímida y que difícilmente va a generar una respuesta satisfactoria por parte de las empresas familiares españolas, como se ha advertido ya en estos primeros años desde su promulgación.

Por un lado, debe señalarse el carácter dispositivo del acceso del protocolo al Registro, que supondrá, en la práctica, que muy pocas empresas decidan llevarlo a cabo (a modo de ejemplo de la falta de incidencia de las normas dispositivas, basta con pensar en las pocas transmisiones de participaciones inscritas en el Registro de Bienes Muebles). No obstante, no podemos criticar esta medida, por cuanto entendemos que no sería posible predicar la obligatoria inscripción (como ocurre con los pactos parasociales de las cotizadas, *ex artículo 519 de la LSC*) respecto a un documento que contiene cuestiones íntimas que, legítimamente, la familia querrá mantener reservadas.

Sí podemos ser más críticos, en cambio, con las formas en que se ha previsto el acceso al Registro. La primera de ellas, la mera constancia de su existencia (art. 5), es rechazable por inútil, ya que no aporta ninguna eficacia adicional al protocolo. La segunda, la del depósito junto a las cuentas anuales (art. 6), es criticable por cuanto sólo añade a la anterior la constancia del contenido (puede que parcial) del protocolo, dándole por tanto efectos de mera publicidad noticia. La tercera, la de la inscripción de determinadas cláusulas adoptadas en ejecución del protocolo (art. 7), es la más eficaz de las tres, puesto que es la única que es objeto de calificación sustantiva por parte del Registrador y, consecuentemente, la única que dota de publicidad material a lo inscrito. Aun así, cabe señalar que sería necesario haber previsto, en esta vía de acceso, la calificación de todo el protocolo como documento jurídico (quitándole, en todo caso, sus eventuales contenidos morales), de forma que todo el contenido obligacional del mismo se pudiera inscribir en el Registro, gozando de una tutela similar a la de los estatutos sociales.

En definitiva, por tanto, consideramos que el legislador debió haberse comprometido más con el protocolo, permitiendo un acceso directo al Registro que lo dotara de una verdadera presunción de exactitud y validez que le dieran aquello que

mejor parece que puede ayudar a su ejecutividad: plena oponibilidad a terceros y, muy particularmente, plena oponibilidad a la sociedad mercantil familiar.

7. Deben adoptarse medidas jurídicas en aras a la eficacia del protocolo familiar y del modelo de empresa consensuado.

Habiendo señalado que el protocolo, desde el momento de su nacimiento como contrato, goza de eficacia *inter partes*, parece claro que el camino a seguir, en orden a dotarlo de una mayor fuerza jurídica, es permitirle alcanzar una eficacia *erga omnes*. No obstante, entendemos que la fuerza jurídica pretendida para el protocolo es, en realidad, la pretendida para la forma en que la familia empresaria haya decidido regular la sociedad y sus relaciones con ésta. Es decir, la finalidad no es la eficacia del protocolo como documento, sino la eficacia del modelo de empresa familiar consensuado. Por este motivo, entendemos que la eficacia de todo el sistema se basará en la adopción de medidas previas, coetáneas y posteriores al otorgamiento del protocolo.

Como medida previa fundamental, consideramos que deberá elegirse el tipo social más adecuado para la empresa familiar. Al respecto, no es preciso reiterar en este punto las ventajas que la sociedad de responsabilidad limitada parece ofrecer en lo relativo, sobre todo, a disponer de una sociedad cerrada que encaje con el interés de la familia empresaria de mantener la propiedad del capital social. Cada familia deberá elegir el tipo social que mejor se adapte a sus necesidades, pero siendo conscientes de que esa elección condicionará todos los procesos posteriores.

Como medidas coetáneas a la elaboración del protocolo, entendemos que resulta importante articular de un modo conjunto cuantos documentos familiares y sociales sea necesario adoptar. Asimismo, en el momento en que se otorgue el protocolo, es fundamental prever en el mismo cláusulas penales o prestaciones accesorias (o una combinación de ambas figuras) que aseguren el cumplimiento de sus disposiciones o, cuando menos, ejerzan un efecto disuasorio sobre los eventuales incumplidores. Además, en los estatutos sociales pueden preverse soluciones para los incumplimientos de los socios en determinadas cuestiones: es el caso, por ejemplo, de las cláusulas restrictivas de las transmisiones *mortis causa*, configuradas a modo de cláusulas de rescate, para el caso de que el socio haya testado en sentido contrario al recomendado (que no impuesto) por el protocolo.

Como medidas posteriores, junto con la adaptación de todos los documentos de la sociedad y de la familia a las normas previstas en el protocolo (si es que no se ha hecho ya en la fase anterior o, en todo caso, los documentos nuevos que vayan surgiendo), es importante aprovechar las posibilidades de acceso al Registro Mercantil concedidas por el RD 171/2007, en particular la prevista en su artículo 7, puesto que sólo dotando al protocolo de publicidad material podrá reforzarse suficientemente, al convertirlo al menos parcialmente en oponible a terceros.

8. La regulación adecuada de la empresa familiar debe pivotar sobre la conjunción entre un protocolo publicado y unos documentos sociales y familiares acordes con el mismo.

Una de las principales conclusiones a las que podemos llegar tras el estudio realizado es que el protocolo familiar, por los problemas de eficacia antes señalados, debe reforzarse mediante las referidas medidas de publicidad registral y traslación a otros documentos de la sociedad y de la familia. La carencia de fuerza jurídica que el protocolo tendrá, a falta de la adopción de dichas medidas, no debe entenderse como un defecto que convierta este documento en inservible o accesorio, sino que debe llevar a considerar el protocolo como la primera piedra de un edificio normativo que necesariamente se deberá completar. Es interesante retomar, en este punto, la visión del protocolo como *tool box* o caja de herramientas. Y es que podemos verlo como el instrumento a través del cual se diseña una política jurídica global para la empresa familiar, diseño que precisará de un conjunto de herramientas concretas para su desarrollo.

En el momento en que se introdujo la visión del protocolo como caja de herramientas (2005), todavía no existía ninguna norma que permitiera el acceso del mismo al Registro Mercantil, aun cuando el encargo databa de la LSLNE de 2003 y tenía su antecedente en las recomendaciones de la Ponencia del Senado de 2001. Por lo tanto, en ese momento sólo el traslado de las cláusulas inscribibles del protocolo a los estatutos sociales podía dotarlas de eficacia *erga omnes*. Sin embargo, en virtud al incompleto y, aun así, necesario RD 171/2007, el protocolo puede ser, a la vez, la caja de herramientas desde la que salgan todas las otras (estatutos, capitulaciones matrimoniales, testamentos y pactos sucesorios) y también herramienta en sí mismo, por cuanto puede no sólo dirigir la regulación de los otros documentos sino, también, ser una fuente más –verdaderamente eficaz– de regulación de la sociedad y de la familia.

9. Es precisa la introducción de nuevas medidas legislativas para asegurar la eficacia del protocolo.

Al margen de las posibles reformas legislativas que la empresa familiar pueda requerir en otros ámbitos que no son el propio del presente estudio (por ejemplo, en el terreno de la financiación), consideramos que es imprescindible la introducción de nuevas medidas normativas que permitan asegurar mejor la eficacia jurídica del protocolo.

Sin voluntad exhaustiva, pero sí con el ánimo de señalar las más importantes, entendemos que las medidas a adoptar serían como mínimo las cinco siguientes:

- a. Crear una nueva regulación patrimonial específica para las acciones y participaciones de la empresa familiar: se deberían poder distinguir como un elemento autónomo dentro del patrimonio de sus titulares, con la finalidad de que pudieran gozar de un tratamiento especial que permitiera que la regulación del protocolo le fuera directamente aplicable y vinculante, incidiendo en aspectos como el régimen matrimonial o la facultad testamentaria sin que ello pudiera considerarse contrario al orden público de nuestro ordenamiento. Se pueden establecer para ello diversos requisitos, como por ejemplo que el protocolo esté inscrito en el Registro Mercantil (véase la letra (c) siguiente), pero consideramos que un tratamiento específico y diferenciado de las acciones y participaciones puede posibilitar su plena tutela, sin afectar a la libertad de contrayentes y causantes en el resto de ámbitos, sobre los que podrían continuar estableciendo las disposiciones que considerasen oportunas.
- b. Permitir ampliamente los pactos sucesorios: como tipo particular de la propuesta realizada en la letra (a), esta medida haría posible la plena validez contractual de las recomendaciones que el protocolo hiciera en este sentido y garantizaría la irrevocabilidad (generalmente deseada por los firmantes del protocolo) del testamento que cualquiera de ellos hubiera otorgado. En definitiva, esta medida protectora de la transmisión de la empresa familiar no diferiría mucho de las distintas instituciones sucesorias con las que, tradicionalmente, los derechos forales han protegido la transmisión unitaria de las explotaciones agrarias familiares. Consideramos que la línea a seguir sería la establecida por el legislador catalán en la regulación que, sobre estos pactos, se contiene en el Libro IV del CCCat, valorando muy positivamente en este aspecto la última reforma del CC relativa al pago de legítimas.
- c. Permitir el acceso directo del protocolo al Registro Mercantil con efectos de publicidad material: frente a las poco eficaces vías de los arts. 5 y 6 del RD 171/2007 y frente a la compleja e indirecta vía de su art. 7, debería ser posible la inscripción (luego, calificación sustantiva en Derecho por parte del Registrador) respecto al protocolo como documento, de forma directa, y no sólo de las cláusulas otorgadas en ejecución del mismo. Consideramos que todo el documento debería tener acceso al Registro –aun manteniendo dicho acceso con carácter potestativo para la sociedad-, sin perjuicio de que el Registrador inscribiera únicamente su contenido jurídico (es decir, las reglas que contuviera) y dejara a un lado el resto (los eventuales contenidos morales).
- d. Dotar de eficacia frente a la sociedad a las normas del protocolo que tengan carácter interno, aun cuando no gocen de publicidad registral: teniendo en cuenta que, como hemos apuntado a lo largo del trabajo, en muchos casos la familia será reacia a dotar de publicidad sus pactos, entendemos que la elevación a público del protocolo ante Notario debe ser suficiente para que, asegurada de este modo la validez formal del documento (en cuanto a su otorgamiento), pueda desplegar efectos frente a la sociedad, una vez se garantice también –mediante un reconocimiento de su órgano de administración o de su junta- que tiene conocimiento del contenido del

protocolo (es decir, que no puede calificarse como pacto reservado). Estos efectos sólo podrían afectar al ámbito interno de la sociedad (por ejemplo en cuestiones como su régimen de gobierno) y no a cuestiones que pudieran tener efectos frente a terceros distintos de la propia sociedad (por ejemplo las transmisiones de acciones o participaciones), puesto que el protocolo no tendría la publicidad necesaria para ello. Esta medida, en todo caso, serviría para dotar de eficacia frente a la sociedad a determinadas normas del protocolo que, en su defecto, tienen mera eficacia contractual entre sus firmantes.

En definitiva, por tanto, podemos distinguir la existencia de tres planos en lo referido a la eficacia jurídico-obligacional del protocolo familiar. El primero de los planos es el de su naturaleza contractual, del que deriva una limitada eficacia subjetiva (por cuanto tiene carácter *inter partes*) y objetiva (por cuanto hay elementos que escapan a sus posibilidades de regulación). El segundo plano es el del protocolo reforzado mediante todos los mecanismos que el Derecho pone hoy a su alcance: fundamentalmente, su traslado a los documentos sociales y familiares oportunos y su publicidad registral.

Finalmente, debemos referirnos al tercer plano, que es el desiderativo, es decir, el del protocolo dotado de una publicidad registral directa y con eficacia material, desplegando efectos sobre todas las cuestiones trascendentes para la sociedad. A día de hoy, con la regulación actual, este protocolo de mayor eficacia jurídica no es todavía posible. Por ello, debemos concluir este trabajo reiterando la necesidad de que familias empresarias y legislador tomen todas las medidas oportunas para que el protocolo sea un documento verdaderamente útil. Las primeras, adoptándolo en la forma más adecuada (es decir, la jurídica) y dotándolo de todos los mecanismos de eficacia que tienen a su alcance. El segundo, introduciendo las reformas legislativas necesarias para que esa eficacia sea superior en el futuro. Sólo de este modo el escepticismo acerca de la utilidad práctica del documento y las dudas que plantea su ejecución podrán encontrar una respuesta satisfactoria que, a su vez, sirva para establecer una regulación adecuada de las sociedades familiares.

En cualquier caso, estimamos oportuno concluir este trabajo con una reflexión acerca de la necesidad de integrar ideas y disciplinas en la confección del protocolo. Hemos visto que todo el procedimiento de su estudio y elaboración está trufado de conflictos, debates y tensiones. Desde el punto de vista del Derecho, hemos señalado la existencia de un intenso debate conceptual entre nuestra disciplina y la de otras ramas del conocimiento, fundamentalmente la de las ciencias empresariales. Hemos sido críticos con la falta de juridicidad de la que, en muchas ocasiones ha adolecido el protocolo y hemos remarcado la necesidad de que, para ser una herramienta verdaderamente útil, debe ser configurado como un conjunto de pactos y normas, como un contrato a todos los efectos.

Evidentemente, debe ser así. Pero no puede ser sólo así. Aunque resulte extraño desde el punto de vista de un jurista, el protocolo necesita ser mucho más que la norma finalmente escrita porque también ahí radicará buena parte de su eficacia. De hecho, todas las medidas registrales y extrarregistrales de eficacia no son más que soluciones

ex post, cuando otra parte importante de la solución se encuentra *ex ante*. No olvidemos que las medidas de eficacia a las que nos hemos referido entran en acción cuando se produce el incumplimiento del contrato o, incluso, cuando se advierte el riesgo de su incumplimiento. Sin embargo, si el protocolo es fruto de un verdadero proceso de compromiso y comunicación en el seno de la familia empresaria (si se nos permite el uso de una terminología tan poco jurídica), lo cierto es que será más fácil que su cumplimiento se produzca por convicción. Por ello, aunque debemos seguir defendiendo que el protocolo sea un documento lo más jurídico posible, debemos aceptar que todo aquello que lo ha envuelto desde sus orígenes en el ámbito de las ciencias empresariales, es una parte importante (y útil) de su configuración. Una parte a la que, por tanto, no debemos renunciar. Se trata, sencillamente, de aprovecharla del modo más adecuado.

Bibliografía

ABEL LLUCH, X.: *Derecho probatorio*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012.

-----: *La prueba documental*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010.

ABELLA RUBIO, J. M.: "Efectos del incumplimiento", en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coord.): *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2012.

ADDUCI, E.: *I patti parasociali. Disciplina, giurisprudenza e clausole*, Halley, Matelica, 2006.

ALARCÓN GARCÍA, G.: "El soft law y nuestro sistema de fuentes", en BÁEZ MORENO, A. et al. (dirs.): *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, tomo I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

ALBELLA AMIGO, S.: "Régimen de publicidad de los pactos parasociales", en URÍA, F. (coord.): *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, La Ley, Madrid, 2007.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "Algunos instrumentos jurídicos –contractuales- para la conservación y continuidad de las empresas familiares colectivas. Su endeblez jurídica", en SÁNCHEZ CALERO, F./GARCÍA PÉREZ, R. (coords.): *Protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ALCOVER GARAU, G.: "Estatuto jurídico mercantil de la sociedad limitada nueva empresa", en CUADRADO, J. et al.: *Empresa familiar y sociedad mercantil*, Cámara de Comercio de Madrid, Madrid, 2006.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", en *Indret*, núm. 4/2005.

-----: "Prestaciones accesorias", en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

ALGARRA PRATS, E.: "El régimen de participación", en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho de la familia*, volumen IV, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

ALONSO ESPINOSA, F.: "Acciones sin voto y obligaciones convertibles en acciones en la financiación de la Sociedad Anónima (primeras anotaciones a los artículos 90,92 y

292-294 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre”, en *RGD*, núm. 546/1990.

-----: “La empresa familiar como problema”, en *RDM* núm. 283/2012.

-----: “Sociedad privada europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, en *AAVV: Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

ALONSO LEDESMA, C.: “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”, en *RDM*, núm. 287/2013.

ALONSO-MUÑUMER, M. E./MUÑOZ PÉREZ, M. F.: “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en MERINO MERCHÁN, J. F.: *Curso de Derecho arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4ª edic., Comares, Granada, 2009.

AMAT, J.: “El proceso de planificación estratégica familiar como clave para el éxito del protocolo”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

-----: “El relevo generacional como estímulo a la renovación estratégica en la empresa familiar”, en AMAT, J. (coord.): *La sucesión en la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

-----: “Modelos de protocolos familiares (I). El protocolo familiar-empresarial”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

-----: “Modelos de protocolos familiares (II): presentación de un ejemplo de un protocolo legal”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en *AAVV: Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009.

ANDERSON, M.: “El régimen económico matrimonial”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.): *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 2011.

ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en *AAVV: Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009.

ARANA DE LA FUENTE, I.: “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Indret*, núm. 4/2010.

ARDIZZONI, M.: *German Tax and Business Law*, Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2005.

ARIZA COLMENAREJO, M. J.: “La regulación del arbitraje estatutario”, en DAMIÁN MORENO, J. (dir.): *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, Madrid, 2011.

ARRIBAS ÁLVAREZ, J. F.: *El Registro Mercantil en España*, La Ley, Madrid, 2009.

ARRIOLA ARANA, J. M.: “Titularidad sucesoria en la Empresa Familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar profesional y empresarial: sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

ARROYO, I./EMBED, J. M. (coords.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tecnos, Madrid, 2001.

ASUA GONZÁLEZ, C. I.: “El régimen de separación de bienes”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen IV, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco”, en *RVEA*, núm. 54/2010.

AULETTA, G./SALANITRO, N.: *Diritto commerciale*, 18ª edic., Giuffrè Editore, Milán, 2010.

ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad anónima*, Bosch, Barcelona, 1997.

-----: *La sociedad limitada*, Bosch, Barcelona, 1996.

AYALA CALVO, J. C./MANZANO GARCÍA, G.: “Solución de conflictos en la empresa familiar”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

AZOFRA, F.: “El Informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa”, en *AJUM*, núm. 4/2003.

BADENAS CARPIO, J.M.: “Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar”, en *AC*, 3/2001.

BADOSA COLL, F. (dir.): *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

BAIXAULI GALLEGRO, E.: *El conflicto empresarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BALDUCCI, D.: *La valutazione dell'azienda*, 9ª edic., Edizioni Fag, Milán, 2006.

BALOUZIYEH, J. M.: *Las sociedades mercantiles estadounidenses*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

BALLARÍN MARCIAL, A.: “Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones. Validez y clases”, en *AAMN*, tomo XXX, volumen II, 1991.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: “Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./MARTÍNEZ LÁZARO, J. (dirs.): *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, tomo III, CGPJ, Madrid, 2009.

BARBA DE VEGA, J.: “Administradores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª edic., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “Junta general”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª edic., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “La constitución de la sociedad: escritura y estatutos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “La sociedad limitada nueva empresa”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª edic., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “Prestaciones accesorias”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª edic., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “Régimen de las participaciones sociales”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª edic., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

BARRAL VIÑALS, I.: “Las relaciones patrimoniales entre cónyuges”, en MALUQUER DE MOTES BERNAL, C. J. (coord.): *Derecho de familia*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2005.

BARONA VILAR, S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

BARTUMEU MARTÍNEZ, I.: *Empresa familiar i successió en l'ordenament jurídic del Principat d'Andorra*, Empresa Familiar Andorrana, Andorra la Vella, 2008.

BATALLER GRAU, J./CAMPUZANO, A. B.: “Las sociedades de capital”, en CAMPUZANO, A. B./PASCUAL, M.: *La empresa. Información jurídica, económica y financiera. Organización y gestión de personal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BAUMS, T.: “El desarrollo del derecho de sociedades en Europa: desde la armonización centralizada hasta la *European Model Company Act (EMCA)*”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

BAYOD LÓPEZ, C.: “Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero)”, en *RDCA*, núm. XI-XII/2005-2006.

-----: “Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero)”, en *AAVV: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

-----: “Pactos sucesorios en Aragón”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

BEAUS CODES, A.: “Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles”, en *AAMN*, tomo XVI, 1985.

BELLOSO MARTÍN, N.: “Ética y valores en la empresa y en los negocios: del código de conducta empresarial al distintivo de confianza”, en PÉREZ GIL, J./DE ROMÁN PÉREZ, R. (coords.): *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Burgos, Burgos, 2011.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

-----: “Separación y exclusión de socios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.): *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2ª edic., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, 3ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

BIRHASHIRWA, A.: *L'entreprise familiale et son capital social*, Presses Universitaires de Louvain, Louvaine-la-Neuve (Bélgica), 2009.

BISBAL, J.: “Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio”, en *RJC*, núm. 2/1982.

BLANQUER UBEROS, R.: “Escritura y estatutos en la SRL”, en PAZ-ARES, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.

BLASI PUJOL, R.: “El protocolo familiar como instrumento apto para pactar la compensación económica por razón de trabajo del artículo 41 del Codi de Família”, en *RJC*, núm. 3/2006.

BOLLEFER, S./BERNSTEIN, J.: *Shareholders' Agreements: a Tax and Legal Guide*, 3ª edic., CCH Canadian Limited, Toronto, 2009.

BONET, J. I.: “La constitución de la sociedad”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BONET NAVARRO, J.: *La prueba en el proceso civil*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

BOQUERA MATARREDONA, J.: *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

BOQUERA MATARREDONA, J./LATORRE CHINER, N.: “La Sociedad Privada Europea”, en *RdS*, núm. 33/2009.

BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en VALLE ZAYAS, J./PÉREZ RIVARÉS, J. A./SALELLES, J. R. (dirs.): *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2013.

-----: “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

BOUZA-BREY, L.: “El poder y los sistemas políticos”, en CAMINAL BADIA, M. (coord.): *Manual de ciencia política*, Tecnos, Madrid, 1996.

BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, 14ª edic., Tecnos, Madrid, 2007.

BROSETA PONT, M.: *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1984.

BUONFRATE, A.: “Conciliazione nelle controversia del patto di famiglia”, en BUONFRATE, A./GIOVANNUCCI ORLANDI, C.: *Codice degli arbitrate delle conciliazioni e di alter ADR*, UTET Giuridica, Milán, 2006

BUONOCORE, V.: *Manuale di diritto commerciale*, 3ª edic., Giappichelli, Torino, 2001.

CAFARO, R.: *Il patto di familia. Teoria, prassi, normativa*, Haley, Matelica, 2007.

CALVO VÉRGEZ, J.: *Régimen Fiscal de la Empresa Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

CAMPO VILLEGAS, E.: “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en *RJC*, núm. 2/1998.

CAMPUZANO, A. B.: “La sociedad de responsabilidad limitada”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CANO RICO, J.R.: “Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones en el derecho de sociedades español”, en AAVV: *Derecho de sociedades*, volumen V, McGraw-Hill, Madrid, 2004.

CANO ZAMORANO, L.: “Incidencia de la LSLNE en la situación de la empresa familiar”, en REYES LÓPEZ, M.J. (coord.): *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

CAÑIZARES LASO, A.: “Empresa familiar y aspectos generales de la Ley de sociedad limitada nueva empresa”, en CUADRADO, J. et al.: *Empresa familiar y sociedad mercantil*, Cámara de Comercio de Madrid, Madrid, 2006.

----- et al. (dirs.): *Código Civil comentado*, volumen III, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *Las Capitulaciones Matrimoniales*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1992.

CARDONA GUASCH, O.: “Los espòlits”, en FERRER VANRELL, M. P.: (coord.): *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ª edic., UIB, Palma de Mallorca, 2004.

-----: “Los pactos sucesorios en el Libro III de la Compilación”, en FERRER VANRELL, M. P.: (coord.): *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ª edic., UIB, Palma de Mallorca, 2004.

CARRASCO, A./SABATER, R.: “Gobierno y organización de la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

CASADO BURBANO, P.: *Los principios registrales mercantiles*, CRPME, Madrid, 2002.

CASADO JUAN, F.: “Los protocolos familiares y su incidencia en la empresa familiar”, en AAVV: *La empresa familiar y su relevo generacional*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

CASILLAS, J. C./DÍAZ, C./VÁZQUEZ, A.: *La gestión de la empresa familiar*, Thomson, Madrid, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, volumen 1º, 10ª edic., Editorial Reus, Madrid, 2010.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “Una aproximación al modelo de administración de la sociedad anónima francesa”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

CELAYA IBARRA, A.: *Curso de Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.

CERDÁ GIMENO, J.: *La prohibición de la sucesión contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CERDÁ GIMENO, J.: *Pactos sucesorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

COLASSON, F.: *Le patrimoine professionnel*, Pulim, Limoges, 2006.

COLINO MEDIAVILA, J. L.: “Los préstamos participativos”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2005.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, Bosch, Barcelona, 2003.

CORONA RAMÓN, J.: “Introducción al análisis de la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

-----: “Introducción a los aspectos legales del protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2007.

CORONA, J./MARTÍ, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la Empresa Familiar*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.

CORRALES, A.: “Las participaciones sociales”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CORTÁZAR LORENTE, C.: “Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo”, en AAVV: *Nous reptes del Dret de família*, Documenta Universitaria, Girona, 2005.

CRESPO RODRÍGUEZ, M./ZAFRA JIMÉNEZ, A.: *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*, La Ley, Madrid, 2005.

CUADRADO PÉREZ, C.: “El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Cometa, Zaragoza, 2003.

CUSCÓ, M.A.: “La sociedad limitada nueva empresa”, en CAMPUZANO, A. B.: *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CHECA MARTÍNEZ, M.: *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

CHEESEMAN, H.: *Business law*, Pearson Education, New Jersey, 2004.

CHIONNA, V: *La pubblicità dei patti parasociali*, Giuffrè Editore, Milán, 2008.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: “El pacto de renuncia a la legítima futura en el Derecho Civil de Cataluña”, en *RJC*, núm. 3/1998.

-----: “La legítima y el pacto de *Non Succedendo* en el Derecho Foral de Navarra”, en *RJN*, núm. 22/1996.

DE CARLOS BERTRÁN, L./CONDE VIÑUELAS, V.: “La salida a bolsa de empresas familiares como instrumento de dispersión del capital”, en *AAVV: Empresas familiares y bolsa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

DE CASTRO VÍTORES, G.: “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo II, Dykinson, Madrid, 2003.

DE LA TORRE GARCÍA, A./JUANES LUIS, R.: “El proceso de sucesión en la empresa familiar: revisión, análisis y propuesta de intervención”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo VI, Bosch, Barcelona, 2005.

DE LA VEGA GARCÍA, F.: “Formas societarias y empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Empresa familiar y liquidación de los efectos económicos derivados de la ruptura de las uniones de hecho”, en REYES LÓPEZ, M J. (coord.): *La Empresa Familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

DELGA, J.: *Le droit des sociétés*, Dalloz, París, 1998.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, CRPE, Madrid, 2005.

DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Pactos sucesorios en Cataluña”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.: “Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

DESIDERI, J.P.: *La préférence dans les relations contractuelles*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, Marseille, 1997.

DÍAZ ALABART, S.: *La cláusula penal*, Editorial Reus, Madrid, 2011.

DÍAZ GÓMEZ, M. A.: “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Pecvnia*, nº 12/2011.

-----: “La sociedad familiar de capital: reflexiones sobre su organización y la incidencia del concurso de acreedores”, en *RdS* núm. 38/2012.

-----/DÍAZ GÓMEZ, E.: “Reflexiones sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, en *Pecvnia*, núm. 12/2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Las capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, F./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dirs.): *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2011.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6ª edic., Civitas, Cizur Menor, 2007.

-----/GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volúmenes II y IV, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ SOTO, C.: “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar”, en *REF*, vol. 1, nº 1/2012.

-----: “El protocolo familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

-----: “El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

-----: “La sucesión en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

-----: “La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “El testamento”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

DRURY, R.: “La SPE: un instrumento para las pymes o un cambio de planteamiento en la armonización de las sociedades de capital cerradas”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G.: *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

DUCHÉNEAUT, B.: *Les dirigeants de PME*, Maxima, París, 1996.

DUGAN, R. et al.: *Closely held companies. Legal and tax issues*, CCH New Zealand Limited, Auckland, 2000.

DURÉNDEZ, A./BERNABÉ, M./ANTÓN, M.: “Análisis económico-financiero de la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

DURÉNDEZ, A. et al.: “Relaciones bancarias y coste de la deuda en la pequeña y mediana empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J./SÁNCHEZ MARÍN, G. (coords.): *El éxito de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en AAVV: *Derecho de sociedades anónimas. Volumen I. La fundación*, Civitas. Madrid, 1991.

EASTERBROOK, F. H. / FISCHER, D. R.: *La estructura económica del Derecho de las sociedades de capital*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2002.

EGEA FERNÁNDEZ, J.: “El nou règim jurídic de la successió contractual”, en *RJC*, núm. 1/2009.

-----: “Protocolo familiar y pactos sucesorios”, en *Indret*, núm. 3/2007.

-----/FERRER RIBA, J. (dirs.): *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, volumen II, Atelier, Barcelona, 2009.

EIZAGUIRRE, J.M.: *Derecho de sociedades*, Civitas, Madrid, 2001.

-----: *Derecho mercantil*, 5ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

EMBED IRUJO, J. M.: “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, en *RDM*, núm. 284/2012.

-----: “A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *RdS*, núm. 2/2007.

-----: “Cuestiones de tipología societaria en la Ley de Sociedades de Capital”, en *AAVV: Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, en *RDM*, núm. 249/2003.

-----: “El presente incierto del Derecho de sociedades”, en *RDM*, núm. 272/2009.

-----: *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003.

ESCUIN, I.: “La empresa familiar en el marco del Derecho de sociedades”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

ESCUTIA ABAD, M. M.: “Els pactes successoris”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir): *Dret Civil Català. Dret de Sucessions*, vol. III, Bosch, Barcelona, 2010.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La Sucesión Contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C.: “La infracapitalización y la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2005.

ESPINA, D.: *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.: *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, Barcelona, 2007.

ESTEBAN VELASCO, G.: “Administración y control. Sección primera: El sistema dual”, en ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coords.): *La sociedad anónima europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

-----: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción

de la disolución”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

-----: “¿Es oportuno introducir en España la opción del sistema dual de administración y control? Algunas cuestiones de política jurídica y de régimen jurídico”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “La acción individual de responsabilidad”, en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ESTIVAL ALONSO, L.: *El contrato de arras*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010.

ESTURILLO LÓPEZ, A.: “Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria”, en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (ed.): *La calificación registral*, 2ª edic., tomo III, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

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

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “La dualidad de tipos de sociedades de capital: análisis y perspectivas”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “La sociedad comanditaria por acciones”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIII, Civitas, Madrid, 1992.

-----: *Derecho de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-----/ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Fundamentos de Derecho Mercantil*, volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 2ª edic.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *RdS*, núm. 29/2007.

-----: *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, 2ª edic., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

-----: *El protocolo familiar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

-----: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho civil catalán”, en *RDM*, núm. 284/2012.

-----: “La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada”, en *Revista General de Derecho*, núm. 596/1994.

-----: *Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

-----: “Sobre la calificación mercantil contable”, en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (ed.): *La calificación registral*, 2ª edic., tomo III, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

FERNÁNDEZ GIMENO, J.P.: “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, en BLASCO, F. et al. (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

-----: *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *La sucesión forzosa*, Comares, Granada, 2004.

-----: *Los testamentos*, 2ª edic., Comares, Granada, 2005.

-----: *Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y contractual*, Comares, Granada, 2007.

FERNÁNDEZ MAESTU, J. L.: *Reglamento del Registro Mercantil*, La Ley, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del Derecho societario español”, en *RdS*, núm. 22/2004.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *El Registro Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S.: “La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa”, en *Iura Vasconiae*, núm. 6/2009.

-----: “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, en *RDP*, núm. 23/2009.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Empresa familiar y régimen sucesorio”, en CUADRADO, J.: *Empresa familiar y sociedad mercantil*, edita: Cámara de Comercio de Madrid, Madrid, 2006.

-----: “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”, en *RdS*, número 19/2002, págs. 89-113.

-----: “Régimen de los cambios de socios *inter vivos* en la sociedad limitada”, en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI, volumen 5º, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

-----: *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

FERRER VANRELL, M. P.: “La sucesión contractual”, en FERRER VANRELL, M. P.: (coord.): *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3ª edic., UIB, Palma de Mallorca, 2004.

-----: “Notas sobre el tratamiento legal de la “diffinitio” en el art. 50 de la Compilación Balear y en los arts. 50 y 51 del Proyecto de reforma, a la luz de sus antecedentes históricos”, en *RJC*, núm. 1/1990.

FERRER VANRELL, M. P./CARDONA GUASCH, O. P.: “Los pactos sucesorios en la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

FONT GALÁN, J. I.: “La empresa en el Derecho mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, 11ª edic., Ariel, Barcelona, 2006.

-----/PAGADOR LÓPEZ, J.: “Hacia un estatuto material de la empresa. Bases normativas comunes para un concepto jurídico-patrimonial de la empresa”, en AAVV: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

FONT RIBAS, A.: “Problemàtica del Dret de Societats”, en AAVV: *Jornades de Dret Andorrà. La problemàtica del Dret de Societats*, Centre de Barcelona de l’Institut d’Estudis Andorrans i Comissió de Cultura del Col·legi d’Advocats d’Andorra, Andorra la Vella, 1986.

FONT SEGURA, A.: “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, en *Indret*, núm. 2/2009.

FUENTES GUÍÑEZ, R. A.: *La extensión del daño contractual*, La Ley, Madrid, 2009.

FUENTES NAHARRO, M.: “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, en *DTDDMUC*, núm. 19/2008.

GALÁN LÓPEZ, C.: “Cláusulas de autorización o consentimiento a la transmisión de acciones”, en ALONSO UREBA, A. et al. (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, volumen 2, Civitas, Madrid, 1994.

GALAPERO FLORES, R./ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Régimen Jurídico Fiscal y Laboral de la Empresa Familiar*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GALEOTE MUÑOZ, M.P.: “Los protocolos familiares”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-----: *Sindicatos de voto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GALGANO, F.: *Il contratto di società. Le società di persone*, 2ª edic., Zanichelli, Bolonia, 1980.

-----: *Il negozio giuridico*, Giuffrè Editore, Milán, 1988.

GALVE GÓRRIZ, C./SALAS FUMÁS, V.: “Fundamentos económicos de la empresa familiar”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la Empresa Familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, en *CRCPEF*, núm. 14/2012.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GALLO, M.A.: “Estructura y contenido de los protocolos familiares”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

-----/AMAT, J.: *Los secretos de las empresas familiares centenarias*, Deusto, Barcelona, 2003.

-----/TOMASELLI, S.: “Estructura y contenido de los protocolos familiares”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

GARCÍA, D./MADRID, A./DURÉNDEZ, A.: “Financiación y sistemas de control de gestión en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

GARCÍA CANTERO, G.: “Hacia un concepto europeo de contrato”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2003.

GARCÍA COLLANTES, J. M.: “La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA-CRUCES, J. A.: “Cuestiones de actualidad en torno a la responsabilidad societaria y concursal de los administradores”, en DÍAZ MORENO, A. et al. (dirs.): *II Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Cuestiones sobre el régimen de transparencia de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A./GARCÍA

VIDAL, A. (eds.): *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GARCÍA GARCÍA, L.: *La nota de calificación*, CRPME, Madrid, 2008.

GARCÍA MEDINA, J.: "Panorama de la sucesión contractual "mortis causa" (I y II)", en *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*, volumen V, 2003.

GARCÍA-MONCÓ, A.: "La empresa familiar en la Ley de Sociedades de Capital: implicaciones fiscales", en *Pecunia*, núm. 12/2011.

GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M.: "El nuevo régimen jurídico de las sociedades de capital. Contenido, significado e implicaciones de la refundición normativa operada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital", en PÉREZ GIL, J./DE ROMÁN PÉREZ, R. (coords.): *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Burgos, Burgos, 2011.

GARCÍA RUBIO, M. P./HERRERO OVIEDO, M.: "Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia", en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Exclusión de los socios mayoritarios de una SRL por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", en *RdS*, núm. 3/1994.

-----: *La exclusión de socios. Causas legales*, Montecorvo, Madrid, 1977.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: "Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable", en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.): *Instituciones de Derecho privado*, tomo VI, volumen 1º, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

GARCÍA MANDALONIZ, M.: "El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social", en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GARCÍA PÉREZ DE LEMA, D./MADRID GUIJARRO, A./DURÉNDEZ GÓMEZ-GUILLAMÓN, A.: "Financiación y sistemas de control de gestión en la empresa familiar", en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

GARCÍA-PITA LASTRES, J. L.: "La sociedad anónima familiar cotizada (I) (El acceso de las empresas familiares al mercado de capitales)", en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar profesional y empresarial: sus protocolos*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2005.

GARCÍA VIDAL, A.: *Las instrucciones de la junta general a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

GARNICA MARTÍN, J.: “Efectos de la sentencia recaída en materia de impugnación de acuerdos sociales”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R./GARRIDO ESPA, L. (dirs.): *Órganos de la sociedad de capital*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARRIDO CERDÁ, E.: “La calificación registral mercantil”, en *AAMN*, tomo XXXI, 1992.

GARRIDO DE PALMA, V.: “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

-----: “Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión mortis causa y Estatutos sociales. Armonización con el protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

-----: “El emprendedor y la sociedad limitada nueva empresa”, en GARRIDO DE PALMA, V. (dir.): *Estudios sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

-----: “La familia empresaria ante el Derecho”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

-----: “La familia empresaria”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen VIII, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

----- et al.: *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Cizur Menor, 1995.

-----: “La familia empresaria. Su protocolo jurídico”, en CUADRADO, J. et al.: *Empresa familiar y sociedad mercantil*, Cámara de Comercio de Madrid, Madrid, 2004.

-----: “La publicidad del protocolo familiar”, en *RJC*, núm. 1/2008.

GARRIDO FALLA, F. et al.: *Comentarios a la Constitución*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 2001.

GARRIDO GARCÍA, J. M.: “El buen gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea”, en *RMV*, núm. 1/2007.

-----: “El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea”, en *RdS*, núm. 20/2003.

-----: “Una acción, un voto: el principio de proporcionalidad de capital y control en la Unión Europea”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones*, 2ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2009.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Derecho mercantil y derecho civil”, en *AAMN*, tomo XV, 1967.

-----: “Sindicatos de accionistas”, en *AAMN*, tomo IX, 1957.

-----/MENÉNDEZ, A./URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 3ª edic., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976.

GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, A.: *La successione per causa di morte*, UTET Giuridica, Milán, 2009.

GETE-ALONSO CALERA, M.C.: *Estudios sobre el contrato*, Atelier, Barcelona, 2008.

GIANNINI, L./VITALI, M.: *I patti parasociali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2008.

GIMENO-BAYÓN, R./ORELLANA CANO, N.: “La responsabilidad de los administradores (I)”, en GIMENO BAYÓN, R./GARRIDO ESPA, L. (dirs.): *Órganos de la sociedad de capital*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GIMENO, A./BAULENAS, G.: “Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española”, en AMAT, J./CORONA, J. (eds.): *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

GIMENO SANDIG, A. (dir.): *Radiografía de la empresa familiar española: fortalezas y riesgos*, Fundación ESADE y FBK, Madrid, 2005.

GINÉS CASTELLET, N.: “Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación”, en *AC*, núm. 5, 3/2011.

GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001.

-----: *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.

GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

-----: “El protocolo familiar”, en MARTÍNEZ DÍE, R. (dir.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho civil común y foral*, volumen 3, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2010.

GÓMEZ MENDOZA, M.: “Acciones sin voto”, en ALONSO UREBA, A. et al. (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, volumen 2, Civitas, Madrid, 1994.

-----: “Cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las participaciones sociales en la sociedad cerrada estadounidense”, en IGLESIAS PRADA, J. L.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: “Derecho y proceso”, en GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho y proceso*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, en *Indret*, núm. 3/2007.

GONZÁLEZ DE ZULUETA, F./PAISÁNT, P.: “El Protocolo Familiar: retos de su publicidad”, en *E&J*, núm. 111/2007.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M.: “Principios y fundamentos del Registro Mercantil”, en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. gral.): *Instituciones de Derecho privado*, tomo VI, volumen 5º, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

GOÑI SEIN, J. L.: “Valor jurídico de los códigos de conducta empresariales”, en GOÑI SEIN, J. L. (dir.): *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011.

GORTÁZAR, C.: “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J. (eds.): *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

GRANDÍO DOPICO, A./RAMA PENAS, O.: *Creación de empresas. Ley 7/2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Netbiblo, La Coruña, 2003.

GRIFFIN, S.: *Company law: fundamental principles*, Pearson Education Limited, Essex, 2006, cuarta edición.

GRIMA FERRADA, J.: “El capital riesgo como alternativa de financiación de la empresa”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El*

patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo V, Bosch, Barcelona, 2005.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. et al.: “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón de matrimonio”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

GUINJOAN, M./LLAURADÓ, J.M.: *El empresario familiar y su plan de sucesión*, Díaz de Santos, Madrid, 2000.

GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: “El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.): *Compendio de Derecho civil. Derecho de familia*, tomo IV, 2ª edic., Dykinson, Madrid, 2005.

GUZMÁN RAMOS, M.: “Criterios prácticos de elección de la forma societaria”, en GIL DEL MORAL, F. et al. (dir.): *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994.

HERNÁNDEZ SÁINZ, E.: “La obligación de difusión de información relevante y sus excepciones”, en *RMV*, núm. 4/2009.

HERNANDO CEBRIÁ, L.: *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

HERRERO OVIEDO, M.: “El renacer de los pactos sucesorios”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.): *Estudios de derecho de familia y de sucesiones*, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009.

HIERRO ANIBARRO, S.: “La política comunitaria de simplificación del derecho de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

-----: *La sociedad limitada nueva empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

-----: “Luces y sombras del proyecto nueva empresa”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

HUGUES, J. E.: *La riqueza de la familia empresaria*, Deusto, Barcelona, 2005.

HURTADO COBLES, J.: *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, Barcelona, 2008.

IMAZ ZUBIAUR, L.: “Pactos sucesorios en el País Vasco”, en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

IMPROTA, D.: *Manuale giuridico dell'imprenditore*, Halley, Matelica, 2007.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./VIGUERA RUBIO, J. M./DÍAZ MORENO, A.: “Constitución de la sociedad”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, volumen 1º A, Civitas, Madrid, 1999

JORDÁ GARCÍA, R.: “Autocartera. Pactos de salida y desinversión en la empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

JOU I MIRABENT, L.: “Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Volumen II, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1987.

LAMARCA MARQUÈS, A.: *El Modo Sucesorio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

LANSBERG, I. / ASTRACHAN, J.H.: “Influence of family relationships on succession planning and training: The importance of mediating factors”, en *Family Business Review*, volume 7/1994.

LANSBERG, I.: *Los sucesores en la empresa familiar*, Granica, Buenos Aires, 2000.

LARGO GIL, R.: “Sociedad nueva empresa”, en *RdS*, núm. 36/2011.

LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: *El nuevo Derecho sucesorio catalán*, Bosch, Barcelona, 2008.

LATORRE CHINER, N.: *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003.

-----: “Reflexiones sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law”, en *RDM*, núm. 281/2011.

LEACH, P. / BOGOD, T.: *Claves de la empresa familiar*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006.

LETE DEL RÍO, J.M./LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones*, volumen I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

LOJENDIO OSBORNE, I.: "Aportaciones sociales", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 3º, Civitas, 1994.

-----: "La acción. Documentación y transmisión", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, volumen I, 11ª edic., Ariel, Barcelona, 2006.

-----: "La sociedad anónima", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, 11ª edic., Ariel, Barcelona, 2006.

LÓPEZ DÍAZ, E.: *Iniciación al Derecho*, Delta, Madrid, 2006.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: *Fundamento de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LÓPEZ-MEDEL, M.: "Política de PYME y empresa familiar en la Unión Europea", en CUADRADO, J. et al: *Empresa familiar y sociedad mercantil*, Cámara de Comercio de Madrid, Madrid, 2006.

LÓPEZ-MORELL, M. A.: "La empresa familiar en la historia", en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis intergal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

LORCA NAVARRETE, A. M.: *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*, IVADP, San Sebastián, 2012.

LUCHENA MOZO, G. M.: *Fiscalidad de la empresa familiar*, Atelier, Barcelona, 2007.

LUJÁN ALCARAZ, J.: "La empresa familiar desde una perspectiva jurídico-laboral", en MONREAL MARTÍNEZ J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

LUQUIN BERGARECHE, R.: "La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: sus retosen el actual contexto social", en *RJN*, núm. 50/2010.

-----: "Pactos sucesorios en Navarra", en GETE-ALONSO CALERA, M. C. (dir.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

LLAGARÍA VIDAL, E.: "Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", en *AAMN*, tomo XXXI, 1992.

LLOPIS GINER, J. M.: "La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil", en REYES LÓPEZ, M J. (coord.): *La Empresa Familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

-----: “Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad”, en AAVV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

LLORENTE MUÑOZ, V.: “Política de dividendos y conflicto en la empresa familiar: el protocolo”, en *REF*, vol. 2 n.º 1/2012.

MADRAZO, J.: “La junta general”, en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “Los pactos parasociales”, en *AAMN*, tomo XXXVII, 1996.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, en MAGARIÑOS BLANCO, V.: *Escritos jurídicos*, tomo I, CGN, Madrid, 2010

MALUQUER DE MOTES, C. J.: “El Derecho de familia”, en MALUQUER DE MOTES, C. J. (coord.): *Derecho de familia*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2005.

MARÍN GARCÍA, I.: “Cláusula penal: la facultad moderadora del juez”, en *Indret*, núm. 1/2008.

-----: “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, en *Indret*, núm. 2/2009.

MARROQUÍN MOCHALES, F./DE DIEGO MISIEGO, I.: “Cláusula estatutaria sobre restricciones a la transmisibilidad de participaciones sociales”, en *RdS*, núm. 26/2006.

MARSAL GUIAMET, J.: “Els heretaments”, en BADOSA COLL, F (dir.): *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

MARTÍN CASTEJÓN, P.: “Resolución de conflictos en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

-----/ORTÍN GARCÍA, J./PÉREZ PÉREZ, C.: “Conflictos en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J./SÁNCHEZ MARÍN, G. (coords.): *El éxito de la empresa familiar. La relación entre negocio y familia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

MARTÍN DEL PESO, R.: “La responsabilidad de los administradores. Algunos problemas jurisprudenciales”, en AAVV: *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, El Derecho, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ, J.: “Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2007.

MARTÍNEZ CORTÉS, J.: “La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

MARTÍNEZ DÍE, R. (dir.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P.: *El nuevo régimen del arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2011.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A.: *La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital*, Cometa, Zaragoza, 2005.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D.: “La armonización del Derecho societario europeo en el siglo XXI”, en *RdS*, núm. 30/2008.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “Información y control de los socios en las sociedades limitadas: tendencias y modelos regulatorios y valoración crítica a propósito de la Propuesta de la Sociedad Privada Europea”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G.: *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M.: “La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

MARTÍNEZ NADAL, A.: *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

MARTORELL ZULUETA, P.: “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en REYES LÓPEZ, M. J. (coord.): *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, 2004.

MATEU DE ROS, R.: *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MAZUELOS BELLIDO, A.: “Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces”, en *REEI*, núm. 8/2004.

MELLERIO, O.: *Transmettre une entreprise familiale*, Eyrolles, París, 2011.

MENÉNDEZ, A.: “El Derecho mercantil como categoría dogmática”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

-----/RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada. Disposiciones generales”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, volumen 1º A, Civitas, Madrid, 1992.

-----/VAQUERIZO ALONSO, A.: “Concepto, denominación y carácter mercantil de la sociedad anónima”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1º A, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

-----/-----: “Disposiciones generales de la Ley de Sociedades Anónimas”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1º A, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MENÉNDEZ REQUEJO, S.: “Estrategia financiera de la empresa familiar”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la Empresa Familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

MENGUZZATO BOULARD, M.: “El desarrollo de las empresas familiares: el reto de una estrategia de crecimiento”, en AAVV: *Empresas familiares y bolsa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

MERINO MERCHÁN, J. F.: “Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje”, en MERINO MERCHÁN, J. F.: *Curso de Derecho arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-----/CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de Derecho arbitral*, 3ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

MEROÑO CERDÁN, A. L./JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D.: “El negocio familiar como empresa”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, en *Pecunia*, núm. 12/2011.

MOLINA MANCHÓN, H./RIENDA GARCÍA, L.: “Órganos de gobierno de la empresa familiar (I)”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la empresa familiar*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.

MOLINA PORCEL, M.: *Derecho de sucesiones*, Dijusa, Madrid, 2007.

MOLL DE ALBA, C./ALONSO HEVIA, M. A.: *Derecho de sucesiones catalán y español. Concordancias y discordancias*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

MONASTERIO ASPIRI, I.: “El pacto sucesorio y la disposición de herencia a favor del sucesor único”, en *Vasconia*, núm. 28/1999.

MONTALENTI, P.: “La experiencia italiana en la configuración de los modelos monista y dualista de administración y control”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MONTEMERLO, D./WARD, J.: *The Family Constitution: Agreements to secure and perpetuate your family and your business*, Family Enterprise Publishers, Marietta (Estados Unidos), 2005.

MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

MOTTI, C.: “Las incidencias de las sociedades personalistas”, en ABRIANI, N. (et al.): *Derecho italiano de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MOYA JIMÉNEZ, A.: *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 6ª edic., Bosch, Barcelona, 2009.

MUÑOZ, L.: “La impugnación de los acuerdos sociales”, en CAMPUZANO, A. B.: *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ PAREDES, M. L.: “Los “ultra vires” de la Ley de Sociedades de Capital”, en AAVV: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MUÑOZ PÉREZ, A. F.: “Posición jurídica y régimen de responsabilidad de los administradores en el sistema dual italiano”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

NAVARRO MATAMOROS, L.: “El juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de las cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada de ámbito familiar (Comentario a la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, en *RDM*, núm. 264-265/2007.

-----: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español*, Comares, Granada, 2009.

NAVAS NAVARRO, S.: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya”, en *Indret*, núm. 2/2009.

NIETO, A./IGLESIAS, F.: *La empresa informativa*, 2ª edic., Ariel, Barcelona, 2000.

NIETO, J.: “Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar”, en *La Notaría*, número 5/2003.

NOGALES LOZANO, F.: *La familia empresaria ante la gestión de sus procesos sucesorios: problemas y soluciones*, Inversiones Editoriales Dossat 2000, Madrid, 2004.

NOVAL PATO, J.: *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

O'CALLAGHAN, X.: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004.

OFRECIO MULET, F.: “La transmisión de acciones nominativas en el derecho de sociedades”, en GIL DEL MORAL, F. et al. (dirs.): *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994.

OLCESE SANTONJA, A.: “Buen gobierno y transparencia en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo VI, Bosch, Barcelona, 2005.

OLIVENCIA, M./NÚÑEZ, P. L.: “Capital mínimo, nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, Civitas, Madrid, 1992.

OLIVENCIA RUIZ, M.: “Algunas cuestiones sobre el derecho de voto en la sociedad anónima”, en *AAMN*, tomo XVII, 1972.

-----: “Evolución y rasgos del sistema arbitral español”, en MERINO MERCHÁN, J. F.: *Curso de Derecho arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-----: “Un código mercantil del siglo XXI”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A./GARCÍA VIDAL, A. (eds.): *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

ONTIVEROS BAEZA, E./RUIZ RODRÍGUEZ, A.: “Retos pendientes y perspectivas de las empresas familiares”, en AAVV: *Empresas familiares y bolsa*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

OPPO, G.: *Contratti parasociali*, Vallardi, Milan, 1942.

OSTOS MOTA, M. J.: “La reclamación procesal por razón del incumplimiento”, en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coord.): *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2012.

OTERO LASTRES, J. M.: “Algunos problemas en materia de junta general en la sociedad de responsabilidad limitada”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.): *Estudios sobre la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R.: “La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad”, en *RdS*, núm. 2/1994.

-----: *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010

PALAZZO, A./MAZZARESE, S.: *I contratti gratuiti*, UTET Giuridica, Milanofiori, 2008.

PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en ÁLVAREZ GARCÍA, M. D./ZUBIRI DE SALINAS, F.: *Reflexiones sobre materias de derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009.

PAZ-ARES, C.: “El enforcement de los pactos parasociales”, en *AJUM*, núm. 5/2003.

-----: “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, en *Indret*, núm. 1/2004.

-----: “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en *AAVV: Derecho de sociedades*, volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002.

-----: “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *AJUM*, número especial Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011.

-----: “La sociedad colectiva: introducción y administración”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, segunda edición.

-----: “La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “Las sociedades mercantiles”, en MENÉNDEZ, A./ROJO, A.: *Lecciones de derecho mercantil*, 8ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

-----: “La validez de los pactos parasociales”, en *La Ley*, núm. 7730/2011.

-----: “Los pactos parasociales. Su eficacia”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

-----: “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, en *ADC*, núm. 4/1983.

-----: “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.

PERALES VISCASILLAS, M. P.: "Arbitraje en Derecho Societario", en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L.: *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, volumen 3, Palestra, Perú, 2007.

PEÑAS MOYANO, M. J.: "Prestaciones accesorias", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1999.

PERDICES HUETOS, A.: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

-----: "Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares", en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

-----: "Sociedad de gananciales y titularidad de participaciones sociales", en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

PÉREZ CARRILLO, E.: "Simplificación en la organización y funcionamiento de los órganos sociales: junta general de socios y consejo de administración", en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: "La cualidad de socio en la sociedad de responsabilidad limitada", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, 11ª edic., Ariel, Barcelona, 2006.

-----: "La sociedad de responsabilidad limitada", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, Ariel, 11ª edic., Barcelona, 2006.

-----: *La sociedad de responsabilidad limitada: disposiciones generales. Fundación. Aportaciones de capital y prestaciones accesorias. Las participaciones sociales. Sociedad unipersonal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.: *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS, Valencia, 2005.

PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: "El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria", en *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, volumen V, 2008.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

PÉREZ MILLÁN, D.: "Pactos parasociales con terceros", en *Eprints Complutense*, núm. 42/2011.

PÉREZ RODRÍGUEZ, M. J. (coord.) et al.: *Fundamentos en la Dirección de la Empresa Familiar*, Paraninfo, Madrid, 2007.

PESO DE OJEDA, G.: "Las acciones sin voto", en GIL DEL MORAL, F. et al. (dir.): *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994.

PETIT LAVALL, M. V.: "Los contratos de financiación de la empresa: el *factoring*", en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2005.

POLO, E.: "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

-----: "Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima" en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Civitas, Madrid, 1992.

POVEDA BERNAL, M. I.: "Aspectos jurídico-familiares de la empresa familiar", en NOGALES LOZANO, F. (coord.): *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Fundación EOI, Madrid, 2007.

-----: "Efectos generales del contrato", en SERRANO CHAMORRO, M. E./POVEDA BERNAL, M. I.: *Nociones de derecho civil empresarial*, 4ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

-----: "La generación siguiente (I): la sucesión del *management*", en CORONA, J. (ed.): *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

POZA, E.: "El líder frente a la sucesión en la empresa familiar", en AMAT, J.: *La sucesión en la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

PROVERBIO, D.: *I patti parasociali. Disciplina, prassi e modelli contrattuali*, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2010.

PUIG FERRIOL, L.: "Present i futur dels pactes successoris catalans", en *RJC*, número 2/2008.

PUIG FERRIOL, L./ROCA TRIAS, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, 6ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Aspectos jurídico-mercantiles de la empresa familiar: la empresa familiar con forma de sociedad mercantil”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Crónica del proceso de elaboración del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital”, en *RdS*, núm. 36/2011.

-----: “El proceso de elaboración de la Ley de Sociedades de Capital”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “El proceso de elaboración de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

-----: “Órganos de gobierno de la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo VI, Bosch, Barcelona, 2005.

QUIJANO GONZÁLEZ, J./PEÑAS MOYANO, M. J.: “La empresa familiar como empresa mercantil”, en NOGALES LOZANO, F.: *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Fundación EOI, Madrid, 2007.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La sociedad de gananciales (1)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “La sociedad de gananciales (2). El activo de la sociedad”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, volumen III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad de gananciales”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho de la familia*, volumen III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

RAMS ALBESA, J.: “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en VVAA: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009.

-----: *Las obligaciones alternativas*, 2ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

REAL, M. J.: *Derecho del mercado*, Gomylex, Bilbao, 2012.

REGLERO CAMPOS, L. F.: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, 3ª edic., Cizur Menor, 2006.

RESCIO, G.: “Junta general de socios. Pactos parasociales”, en ABRIANI, N. (et al.): *Derecho italiano de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

REYES LÓPEZ, M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

----- (coord.): *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

-----: “Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar”, en AAVV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

REYES LÓPEZ, M. J./FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, tomo III, 4ª edic., Dykinson, Madrid, 2009.

ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

-----/MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capitulaciones matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

ROCA SASTRE, R./PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho privado*, volumen I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1995.

ROCA TRÍAS, E. (coord.): *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ, S.: “Algunas dificultades en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en el ámbito del Derecho mercantil”, en AAVV: *Entorno legislativo de la empresa*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

RODRIGUEZ ALCAIDE, J.J./RODRÍGUEZ ZAPATERO, M.: “El relevo generacional en la empresa familiar y el juego de la distribución del beneficio empresarial”, en *La Notaría*, núm. 27/2006.

-----: *La singularidad de la empresa familiar: conceptos básicos para llegar a entenderla*, Cátedra Prasa, Córdoba, 2004.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “La impugnación de los acuerdos sociales”, en GIMENO-BAYÓN COBOS, R./GARRIDO ESPA, L. (dirs.): *Órganos de la sociedad de capital*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Algunas reflexiones sobre la crisis de la junta de las sociedades de capital”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

-----: “La empresa familiar y las reformas de la Ley de sociedades limitadas”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

-----: “Sociedades de responsabilidad limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)”, en *RdS*, núm. 21/2003.

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 *RDM*, núm. 266/2007.

-----: *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Edersa, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ ROSSA, F.: “Bases legals i empresa”, en AAVV: *Les empreses andorranes, quin camí?*, Societat Andorrana de Ciències, Andorra la Vella, 2009.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

-----: *Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas*, La Ley, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S.: “La subordinación de los créditos de los socios en las sociedades de capital”, en LEÓN SANZ, F. J. (dir.): *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ ZAPATERO, M./RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, M./RODRÍGUEZ ALCAIDE, J. J.: *Interpretación de la familia empresaria*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2010.

-----: “El consejero en la empresa familiar”, en *REF*, vol. 2, nº 1/2012.

ROGEL VIDE, C.: *Derecho de obligaciones y contratos*, Cálamo, Barcelona, 2003.

ROJO, A.: “El Registro Mercantil”, en MENÉNDEZ, A. (dir.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007

-----: “El Registro Mercantil (I). Organización y funcionamiento”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

-----/BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2009.

ROMERO PAREJA, A.: *El testamento en España*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

RUEDA ESTEBAN, L.: “La modificación del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2005.

RUIZ CABRERO, J.: “La financiación de las pequeñas y medianas empresas”, en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El patrimonio familiar profesional y empresarial: sus protocolos*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2005.

RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007.

RUS RUFINO, S./RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. P.: “¿Qué es una empresa familiar?”, en CORONA, J. (ed.): *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

SABATER SÁNCHEZ, R./JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D.: “Concepto, dimensiones y modelos de empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

SÁEZ LACAVE, M.I.: “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, en *Indret*, núm. 3/2009.

-----: ¿Por qué prohibir las restricciones del derecho de voto?, en *Indret*, núm. 2/2010.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “La acción y los derechos del accionista”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV, volumen 1º, Civitas, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ-CALERO, F.: “1995-2095, cent anys de Dret Mercantil”, en *RJC*, núm. extraordinario, 1997.

-----: *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

-----: *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

-----: *Principios de Derecho mercantil*, 16ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

-----/GARCÍA PÉREZ, R. (coord.): *Protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. SUCESIONES Y MATRIMONIAL

-----/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen I, 28ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Los pactos sociales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia”, en AAVV: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo III, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: *El protocolo familiar*, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009.

-----: “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, en SÁNCHEZ-CRESPO, A.J. / BELLVER SÁNCHEZ, A./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.: *La empresa familiar: manual para empresarios*, Deusto, Barcelona, 2005.

SÁNCHEZ GIMENO, S./CUESTA LÓPEZ, V.: “El gobierno de la sociedad limitada familiar”, en GARRIDO DE PALMA, V. (dir.): *Estudios sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: “Fallecimiento del socio: ejercicio de derechos y transmisión de participaciones”, en GARRIDO DE PALMA, V. (dir.): *Estudios sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ MARÍN, G./CARRASCO HERNÁNDEZ, A. J.: “Capital humano en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (eds.): *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: “Cuestiones de invalidez testamentaria en la sucesión aragonesa”, en *RDCA*, núm. XVI/2010.

SÁNCHEZ RUIZ, M.: “Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

-----: “Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

SANCHO, C.: “Control y sucesión en la empresa familiar”, en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 63/2005.

SANJURJO RÍOS, M. I.: “El arbitraje de equidad contra las cuerdas. El proceso de reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, en DAMIÁN MORENO, J. (dir.): *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, Madrid, 2011.

SCOTT STORACH, J./ELLIS, J.: *Business Law*, 15ª edic., Oxford University Press, New York, 2007.

SEALY, L./WORTHINGTON, S.: *Cases and materials in Company Law*, 8ª edic, Oxford University Press, New York, 2008.

SERRANO CHAMORRO, M. E./POVEDA BERNAL, M. I.: *Nociones de Derecho civil empresarial*, 4ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Nuevos posibles cauces para la transmisión de la empresa familiar en el Derecho sucesorio catalán”, en SERRANO DE NICOLÁS, A.: *La empresa familiar y su relevo generacional*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SERRANO GÓMEZ, E.: “Los protocolos familiares”, en AAVV: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009.

SEQUEIRA MARTÍN, A./SACRISTÁN BERGIA, F./MUÑOZ GARCÍA, A.: “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima”, en AAVV: *Estudios de Derecho de sociedades y*

Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, tomo III, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2006.

SOLÉ-TRISTÁN, J.: “Un protocolo familiar ¿para qué?”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.

TAGIURI, R./DAVIS, J.A.: “Bivalent attributes of the family firm”, en *Family Business Review*, núm. 9/1996.

TAPIA HERMIDA, A.: “Constitución y frustración de la sociedad anónima”, en AAVV: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007.

-----: *Derecho del mercado de valores*, Cálamo, Barcelona, 2003.

-----: “Nuevos instrumentos de financiación de la Sociedad Limitada en el Derecho Español”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G.: *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “Nuevos instrumentos de financiación de la sociedad limitada en el derecho español”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

TÀPIES LLORET, J.: “De empresa familiar a familia empresaria”, en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 63/2005.

-----/FERNÁNDEZ MOYA, M.: “Rompiendo mitos acerca de la fragilidad de las empresas familiares”, en AAVV: *La empresa familiar y su relevo generacional*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

-----/ROMANCES, J. M./UKOLOVA, E./TOMÀS I REIG, J./DESTRÉE, R.: “Internacionalización de la empresa familiar andorrana”, Working Paper, Estudio-83, IESE Business School – Universidad de Navarra, Barcelona, 2006.

TARRAGONA COROMINA, M.: “Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de acciones”, en *AAMN*, tomo XXXI, 1992.

TENA ARREGUI, R.: “Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica”, en MARTÍNEZ DÍE, R. (dir.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

TILQUIN, T./SIMONART, V.: *Traité des sociétés*, tomo I, Kluwer éditions juridiques, Diegem, 1996.

TORRALBA SORIANO, V.: "Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas", en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

TORRES GARCÍA, T./DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I)", en TORRES GARCÍA, T. (coord.): *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012.

TRIGO GARCÍA, B.: "La transmisión de la condición de socio, ¿convivencia del derecho contractual y del derecho sucesorio, o diferencias irreconciliables?", en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.): *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009.

UGENA MUÑOZ, S.: "La separación y exclusión de socios", en CAMPUZANO, A. B. (coord.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: "El Derecho mercantil", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: "La sociedad anónima. Fundación", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: "La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: "La sociedad anónima: liquidación", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: "La sociedad anónima: las obligaciones", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: "La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: "La sociedad anónima: principios fundamentales", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J.L.: "La Sociedad de responsabilidad limitada. Las participaciones sociales", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “La Sociedad de responsabilidad limitada. Órganos sociales: I. La junta general de socios”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

-----: “Sociedad de responsabilidad limitada: principios fundamentales. Disposiciones generales. Fundación”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A./MUÑOZ PLANAS, J.M.: “La junta general de accionistas”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen general de las sociedades mercantiles*, tomo V, Civitas, Madrid, 1992.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1º.a, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad social corporativa: una reflexión”, en BLASCO, F. et al. (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VARCHETTA, G.: “Successione dell’impresa e successione dell’imprenditore”, en VARCHETTA, G./MAZZALI, F./FIANDRI, M.: *La successione de l’imprenditore. Patto di famiglia tra conferme ed alternative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010.

VARGAS VASSEROT, C.: “El Derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, en *RdS*, núm. 22/2004.

VATTIER FUENZALIDA, C.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, Madrid, 2012.

-----: “Interpretación del contrato”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2003.

-----: “La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable”, en BLASCO, F. et al. (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VAQUERA GARCÍA, A.: *Régimen tributario de la empresa familiar*, Dykinson, Madrid, 2004.

VÁZQUEZ BARROS, S.: *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2005.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

-----: *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

VÁZQUEZ DE SOLA GALINDO, F. A.: "La pequeña reforma de la sociedad limitada en la Ley 7/2003, de 1 de abril, autocartera, participaciones sin voto y protocolo familiar", en FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (dir.): *Novedades legislativas en materia de sociedades*, CGPJ, Madrid, 2005.

VÁZQUEZ GARCÍA, J. R.: "Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Referencia a las que alcanzan a las participaciones sociales", en GIL DEL MORAL, F. et al. (dirs.): *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994.

-----: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

VELARDE ARAMAYO, S./SASTRE IBARRECHE, R.: "Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR", en VELARDE ARAMAYO, S. (coord.): *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

VELARDOCCHIO-FLORES, D.: *Les accords extra-statutaires entre associés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 1993.

VELAYOS LLUÍS, C.: *Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

VÉLAZ NEGUERUELA, J.L.: "Especial problemática de la empresa familiar", en *AJA*, núm. 678/2005.

VERDÚ CAÑETE, M. J.: "Estructura orgánica de la sociedad familiar", en SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

VÉRGEZ, M.: "Régimen de las participaciones sociales en la SRL", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.: *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, volumen 1º B, Civitas, Madrid, 1992.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1991.

-----: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, vigésimo primera edición.

-----: "La publicidad del protocolo familiar", en *RJC*, núm. 1/2008.

-----: "Organización jurídica de la sociedad familiar", en *RDP*, núm. 5/2000.

-----: “Protocolo familiar, organización jurídica y relevo generacional de la empresa familiar”, en SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.): *La empresa familiar y su relevo generacional*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

----- et al: *El buen gobierno de las empresas familiares*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

VIERA GONZÁLEZ, A.: “Empresa y protocolo familiar, ¿un problema de política legislativa?”, en AAVV: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo III, Marcial Pons, Madrid, 2007.

-----: “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, en *RDM*, núm. 270/2008.

-----: *Las sociedades de capital cerradas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

VILLAVERDE, M. J. (ed.)/ROUSSEAU, J. J.: *El contrato social*, Istmo, Madrid, 2004.

VIÑAS I FARRÉ, R.: “La jurisprudència andorrana. Aportació en matèria de societats”, en AAVV: *Jornades de Dret Andorrà. La problemàtica del Dret de Societats*, Centre de Barcelona de l’Institut d’Estudis Andorrans i Comissió de Cultura del Col·legi d’Advocats d’Andorra, Andorra la Vella, 1986

VIÑUELAS SANZ, M.: *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 2004.

VIOLA DEMESTRE, I.: “Arbitraje y Derecho de familia”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (dir.): *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, volumen 4, Palestra, Perú, 2007.

VOLPE, F.: *Patto di famiglia. Artt. 768 bis-768 octies*, Giuffrè Editore, Milán, 2012.

WARD, John: *Cómo crear un consejo de administración eficaz en las empresas familiares*, Deusto, Barcelona, 2004.

YANES YANES, P.: “La simplificación del Derecho de sociedades: *status quaestionis* comunitario y perspectiva española”, en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.): *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “Los pactos parasociales no comunicados”, en AAVV: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz-Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

-----: “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones”, en ALONSO UREBA, A. et al. (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo II, volumen 2, Civitas, Madrid, 1994.

YÁÑEZ VIVERO, M. F.: “Arbitraje y Derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (dir.): *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, volumen 4, Palestra, Perú, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J. M./CABALLERO, J.M. (dirs.): *Código Europeo de Contratos*, tomo II, Dykinson, Madrid, 2003.

ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno y sistema dual de administración. El debate en torno al consejo de vigilancia alemán”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia y de la persona*, tomo 5, Bosch, Barcelona, 2007.

ZUGAZA SALAZAR, J.M.: “El papel del Consejo de Administración y el consejo de familia durante el proceso de transición generacional”, en AMAT, J.: *La sucesión en la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, 2005.

-----: “Orientaciones para elaborar un protocolo familiar”, en AMAT, J./CORONA, J.: *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007.