

El protocolo familiar mortis causa

Tatiana Cucurull Poblet

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT INTERNACIONAL DE CATALUNYA

FACULTAD DE DERECHO



EL PROTOCOLO FAMILIAR *MORTIS CAUSA*

TATIANA CUCURULL POBLET

Tesis Doctoral dirigida por el Catedrático
Dr. D. RAMÓN DURÁN RIVACOBÀ

BARCELONA, 2014

A mi familia.

SUMARIO

	Página
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN.....	15

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR

1. Precedentes	31
2. Componentes de la empresa familiar	38
2.1. Concepto de empresa.....	38
2.2. Concepto de familia.....	43
3. Doctrina jurídica entorno a la definición de empresa familiar	48
4. Características constitutivas de la empresa familiar.....	58
4.1. Naturaleza.....	59
4.2. Actividad económica	60
4.3. Control.....	61
4.4. Gestión.....	62
4.5. Protocolo familiar	62
4.6. Política de endeudamiento.....	63
4.7. Incorporación de nuevos miembros.....	63
5. Formas de relación interna de la empresa familiar.....	64
6. La cultura de la empresa familiar	67
7. Modalidades de empresa familiar.....	71
8. Formas jurídicas de la empresa familiar.....	79
9. La empresa familiar más allá de las PYMES	82
10. Órganos de gobierno de la empresa familiar	85
10.1. Junta de Familia.....	87
10.2. Consejo de Familia	88
10.3. Junta General	91
10.4. Consejo de Administración	93
11. La empresa familiar y su desarrollo legislativo.....	97

CAPÍTULO SEGUNDO
EL PROTOCOLO FAMILIAR

1. Preliminares.....	109
2. Elementos del protocolo familiar	115
2.1. Fisonomía	115
2.2. Finalidad	121
2.3. Sujetos	122
3. Naturaleza jurídica del protocolo familiar.....	124
3.1. El protocolo familiar como contrato.....	124
3.2. Atipicidad contractual del protocolo familiar.....	127
3.3. Eficacia del protocolo familiar	129
4. Modalidades de protocolo familiar.....	133
4.1. Por el porcentaje de participación de los elementos principales que componen la empresa familiar	133
4.2. Por la eficacia de sus cláusulas.....	135
4.3. Por la publicidad del documento	139
5. Contenido del protocolo familiar.....	140
5.1. Adecuación del protocolo a las necesidades socio-familiares.....	140
5.2. Estructura del protocolo familiar.....	141
6. La publicidad del protocolo familiar	154
6.1. Presupuestos	154
6.2. Características y requisitos de la publicidad del protocolo familiar.....	157
6.2.1. Voluntariedad	157
6.2.2. Regulación exclusiva para las sociedades mercantiles no admitidas a cotización	158
6.2.3. Flexibilidad y revisión del documento	160
6.2.4. Responsabilidad del órgano de administración	161
6.3. Modalidades de publicidad del protocolo familiar.....	166
6.3.1. Constancia registral de existencia del protocolo en el Registro Mercantil	167
6.3.2. Protocolo familiar junto con la presentación de las cuentas anuales.....	168
6.3.3. Inscripción registral de las cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo.....	170

CAPÍTULO TERCERO

ÁMBITO JURÍDICO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

1. Instrumentos jurídicos de desarrollo del protocolo familiar.....	173
1.1. Estatutos sociales.....	173
1.1.1. Los estatutos sociales como complemento del protocolo familiar	173
1.1.2. La transmisión de acciones o participaciones de la empresa familiar	175
1.1.3. Órganos de gobierno de la familia empresaria: Junta de Familia y Consejo de Familia	184
1.1.4. Prestaciones accesorias.....	186
1.2. El régimen económico matrimonial de los intervinientes	190
1.2.1. Relevancia de los distintos regímenes matrimoniales	190
1.2.2. Efectos del régimen de separación de bienes en la empresa familiar.....	195
1.2.3. La modificación del régimen: capitulaciones matrimoniales	197
1.2.4. Pactos protocolarios como mecanismo de previsión ante crisis matrimoniales	200
1.3. El testamento	202
1.3.1. Repercusión del testamento sobre la empresa familiar	202
1.3.2. La cuestión de las legítimas.....	205
1.3.3. El impacto de la ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa sobre la entidad familiar	207
1.3.4. La importancia de las figuras del albacea y contador-partidor en la empresa familiar.....	210
2. Específicas figuras jurídicas <i>mortis causa</i> en el protocolo familiar.....	211
2.1. El usufructo universal a favor del cónyuge viudo	211
2.1.1. Preliminares	211
2.1.2. Repercusión del usufructo universal a favor del cónyuge viudo en la continuidad de la empresa familiar	214
2.1.3. El artículo 813 del código civil	216
2.1.4. La cautela <i>socini</i>	218
2.2. La fiducia sucesoria.....	221
2.2.1. Antecedentes históricos	222
2.2.2. El texto actual del artículo 831 del Código Civil	224
2.2.3. La fiducia sucesoria y la empresa familiar	228

2.3. La sucesión contractual	231
2.3.1. Consideraciones generales.....	231
2.3.2. Los pactos sucesorios y la empresa familiar	232
2.3.2.1. Preliminares	232
2.3.2.2. Características de los pactos sucesorios	235
2.3.2.3. Tipología de contratos sucesorios	237
2.3.3. Perspectiva autonómica: los pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña.....	238
2.3.4. La partición como figura paralela a los pactos sucesorios	248
2.4. Estudio comparado: la transmisión de la empresa familiar en Francia	253
2.4.1. Estado de la cuestión: medios de transmisión de la empresa familiar en Francia.....	253
2.4.2. Reformas en el ámbito sucesorio francés: admisión del pacto sucesorio.....	257
2.4.3. La <i>donation-partage</i>	260
2.4.4. La acción de reducción de las liberalidades excesivas	264
2.4.5. La renuncia anticipada a la acción de reducción de liberalidades por lesión a la reserva.....	265
CONCLUSIONES.....	273
ÍNDICE DE SENTENCIAS, RESOLUCIONES Y CONSULTAS	289
ÍNDICE DE INFORMES, DOCUMENTOS, RECOMENDACIONES Y COMUNICACIONES	295
ÍNDICE DE LEGISLACIÓN.....	297
PÁGINAS WEB CONSULTADAS.....	305
BIBLIOGRAFÍA.....	307

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
Art (s)	Artículo (s)
BOA	Boletín Oficial Aragón
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCF	<i>Code Civil des Français</i>
CCIt	<i>Codice Civile Italiano</i>
CCom	Código de Comercio
CDCIB	Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares
CDCN	Compilación del Derecho civil de Navarra
CE	Comunidad Europea
CGI	<i>Code Général des Impôts Français</i>
Const.	Constitución Española
coord.	coordinador
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
dir (s)	director (es)
disp.	disposición
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
E. de M.	Exposición de Motivos
ed.	edición
FBN	Family Business Network
FJ.	Fundamento Jurídico o de Derecho
GEEF	Grupo Europeo de Empresas Familiares
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IBEX	Índice Bursátil Español

LA	Ley de Arbitraje
LCA	Leyes Civiles Aragonesas
LDCG	Ley de Derecho civil de Galicia
LDCPV	Ley de Derecho civil del País Vasco
LDCSEA	<i>Loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins</i>
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LH	Ley Hipotecaria
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LLMOC	Ley por el que se establecen las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales
LMEA	Ley de modernización de explotaciones agrarias
LMV	Ley de Mercado de Valores
LN	Ley del Notariado
LOPD	Leu Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LPPPD	Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad
LRHL	Ley Reguladora de las Haciendas Locales
LRSL	<i>Loi portant la réforme des successions et des libéralités</i>
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSLNE	Ley de sociedad limitada Nueva Empresa
LTCEA	Ley sobre Titularidad Compartida de las Explotaciones Agrarias
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
núm.	número
párr.	párrafo
pg. (s.)	página (s)
PIB	Producto Interior Bruto
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RD	Real Decreto
RH	Reglamento Hipotecario
RN	Reglamento de Organización y Régimen del Notariado
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
S(s)AN	Sentencia (s) de la Audiencia Nacional
S(s)AP	Sentencia (s) de la Audiencia Provincial
S(s)TC	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
S(s)TS	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
secc.	sección

ss.	siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
T.	Tomo
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

La disciplina de la empresa familiar ha dado lugar a numerosos pronunciamientos doctrinales en el ámbito del Derecho. Sin embargo, a pesar de la importancia que este tipo de entidades tiene sobre la economía de un país, puesto que representan un porcentaje muy elevado respecto del total, no existe una legislación específica que regule sus necesidades.

Este tipo de empresas se diferencian del resto, como bien indica su nombre, por su componente “familiar”. Tal atribución caracteriza su esencia y peculiaridad, como, a su vez, la problemática que sufren. Tanto por su organización, la forma de relacionarse internamente, cuanto por su cultura y fines, dista mucho de las demás. Aquí subyace la necesidad de tratarlas de una forma concreta y diferenciada.

En la actualidad, no existe ningún texto legal que defina de una manera clara e inequívoca qué debe entenderse por empresa familiar. Por ello, se examina de manera separada los dos conceptos que la componen: empresa y familia, estableciendo los parámetros que delimitan su ámbito de aplicación a través del análisis de los distintos estudios realizados por la doctrina. Igualmente se conjugan las normas que, de alguna forma, se refieren a ellas. En especial, la normativa tributaria, que ha creado una serie de incentivos fiscales para favorecer su continuidad, consciente de su alto índice de fracaso.

Además de los requerimientos exigidos para ser considerada empresa, debe reunir una serie de requisitos, caracterizados principalmente en que su control esté en manos de una misma familia. Asimismo, la responsabilidad de su gestión debe ser ejercida por uno de sus miembros, quien deberá ocupar un cargo directivo o pertenecer a algún órgano de gobierno de la entidad.

La falta de unanimidad en la definición de empresa familiar por parte de la doctrina es consecuencia directa de su indefinición legal. Esta situación provoca que deban adaptarse a la legislación existente conforme a su forma jurídica. De este modo, carecen de una regulación suficiente para solventar los conflictos que surgen de la combinación de los valores de la familia y la entidad propios de este tipo de organizaciones.

Concretados los parámetros que permiten delimitar y definir la naturaleza de estas entidades, el estudio se centra en la transmisión intergeneracional de las empresas familiares. Este trance supone el principal motivo de su desaparición.

El deseo de todo fundador es que a su fallecimiento la empresa continúe en funcionamiento con la misma filosofía, y bajo el control y dirección de algún miembro de su familia, preferiblemente de un descendiente directo. Sin embargo, conciliar la relación entre empresa y familia no siempre resulta sencillo. Los problemas propios que derivan de esta situación, conducen a realizar un análisis detallado del denominado protocolo familiar. Este documento, propio de tal tipo de entidades, tiene por objeto la satisfacción de las necesidades específicas no cubiertas por la legislación.

No se trata de un documento de reciente creación, puesto que existen algunos de ellos que datan de mediados del siglo XIX. Sin embargo, debido a su escasa eficacia jurídica, no ha sido una herramienta muy utilizada por esta clase de organizaciones. En la actualidad, el concepto de transmisión patrimonial ha evolucionado, así como la industria, los valores sociales y culturales. Esto ha propiciado la modificación de las leyes, que se han adaptado a las nuevas realidades, pero de forma parcial.

Este instrumento jurídico disfrutó de una existencia pacífica durante años. No obstante, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas de 7 de diciembre de 1994, alertó de la necesidad de utilizar esta figura como medio imprescindible para favorecer su continuidad. Pero fue a través del Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa, y posteriormente con la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, actualmente derogada, cuando vuelve a resurgir en España. Esta norma traslada la responsabilidad de su desarrollo a un posterior reglamento, que desemboca años más tarde en la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero.

El protocolo familiar establece el marco en el cual deben desarrollarse los tres pilares fundamentales que componen esta tipología de entidades: familia, propiedad y empresa. Sirve como mecanismo para organizar los aspectos internos de la entidad y comprende toda su realidad. De esta forma abarca no solo aquellas circunstancias

económicas, patrimoniales y de organización, sino también los valores propios de la familia que se quieren reflejar en la entidad.

Su contenido está compuesto por un conjunto de acuerdos adoptados por los integrantes de la empresa en cuestión, que incorporan una serie de principios y reglas. Estos son tanto de contenido moral como jurídico, y servirán de guía de actuación para la entidad familiar. Ante esta cuestión, se justifica la naturaleza contractual del protocolo, a pesar de que ni tan siquiera la normativa la define de este modo, y se analizan los distintos modelos que existen.

Armonizar y dar contenido jurídico a las necesidades tan dispares que conviven en esta clase de organizaciones es el principal objetivo del presente estudio. La finalidad es hallar una fórmula concreta que garantice el éxito de la transmisión generacional. Por ello, y tras el análisis y estudio realizado hasta el momento, se propone la estructura y contenido básico que, a mi juicio, todo protocolo debería contener. Esto se llevará a cabo teniendo muy presente que deberá adaptarse tanto a la singularidad de cada familia como a la estructura y organización de la empresa. Del mismo modo, y para dotar del máximo contenido jurídico a sus disposiciones, a propósito de la novedosa publicación de la Ley 171/2007, de 9 de febrero, se tratan los distintos presupuestos y formas para darles publicidad.

A pesar de que el protocolo haya sido elaborado a través de un proceso de diálogo y culmine en el consenso de todos los firmantes sobre sus cláusulas, no comporta garantía de cumplimiento por parte de quienes lo suscriben. Una vez abierta la sucesión, y cuando el protocolo deba desplegar sus efectos, se advierte que este documento por sí mismo no será suficiente para lograr tal fin. Este hecho requiere una planificación sucesoria mucho más amplia, que ayude a dotar de la máxima validez jurídica a todas las cláusulas en él contenidas. Para ello será necesario contar con la ayuda de otros instrumentos jurídicos, que también son estudiados en profundidad, y siempre desde la perspectiva de satisfacer las disposiciones contenidas en el protocolo.

De este modo, en primer lugar se estudia la figura de los estatutos sociales, puesto que juegan un papel muy importante en cuanto concierne al asunto. Toda sociedad, sea familiar o no, habría de contar necesariamente con este documento que, de forma

obligatoria, debe ser inscrito en el Registro Mercantil, momento en el que gozará de eficacia *erga omnes*. En él será necesario prestar especial atención a aquellas cláusulas destinadas a la transmisión de las acciones, o en su caso participaciones, de la entidad familiar. También se argumenta la necesidad de regular los dos órganos de gobierno propios, la Junta de Familia y el Consejo de Familia. Igualmente, se atiende a la importancia de considerar la inclusión de prestaciones accesorias, como medio de bloqueo a la entrada de terceros extraños a la empresa.

En segundo lugar, se analiza la importancia en la elección del régimen económico matrimonial al que deben someterse tanto los intervinientes como sus futuros sucesores. Cuando dos personas deciden contraer matrimonio su economía pasa, de forma automática, a estar sujeta a una serie de normas. Éstas pueden, o no, adaptarse al funcionamiento y finalidad de este tipo de entidades. La ruptura matrimonial o el fallecimiento de alguno de los socios que integran la entidad familiar pueden acarrear consecuencias negativas para su continuidad. Así, expongo los motivos por los que el régimen de separación de bienes es el más adecuado para las empresas familiares, e igualmente la importancia que las capitulaciones matrimoniales tienen en todo este proceso de planificación sucesoria.

En tercer y último lugar, se profundiza en la figura del testamento. A mi entender, supone el instrumento jurídico de mayor interés para desarrollar las disposiciones protocolarias. Es el único negocio jurídico *mortis causa* que admite la legislación civil en Derecho común. Como se verá, a través de su formalización se evita la apertura de la sucesión *ab intestato*, lo que permite distribuir al mismo tiempo el caudal relicto en beneficio directo para los intereses de la empresa familiar en cuestión.

Por ello, abordo el tema de la legítima como un posible obstáculo para la transmisión eficaz. La entidad generalmente suele constituir la mayoría del caudal relicto. Si a esto se le añade que la naturaleza de las reservas legitimarias es *pars bonorum*, el momento de la partición pasa a convertirse en determinante para la continuidad de la empresa familiar, pues de su distribución dependerá su posible fragmentación. Por otro lado, se examina cómo la publicación de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, ha repercutido beneficiosamente en las entidades familiares. Es un hecho inequívoco que demuestra la actitud activa del legislador para favorecer su continuidad.

Una vez expuestos los instrumentos jurídicos necesarios para dar una mayor eficacia jurídica a las disposiciones contenidas en el protocolo, el capítulo final de la tesis profundiza en las cuestiones sucesorias. Esta circunstancia, como es obvio, es una de las más sensibles en el momento de su elaboración. En consecuencia, procedo al estudio de cinco figuras jurídicas que adquieren especial relevancia en la cuestión.

No debe pasarse por alto que la figura del cónyuge es de gran importancia para la composición del patrimonio familiar, pues su apoyo y ayuda es fundamental para su obtención. Si a ello se le añade el deseo del empresario de garantizar, tras años de matrimonio, que la situación del cónyuge viudo no se vea perjudicada tras su fallecimiento, resulta lógico buscar la vía más adecuada para satisfacer a todas las partes interesadas.

El usufructo universal a favor del cónyuge viudo es una de las fórmulas más utilizadas con este fin. A pesar que la legislación civil común actualmente contempla como derecho del cónyuge supérstite el usufructo de una parte de los bienes que componen la herencia, suele ocurrir que para el causante dicha participación usufructuaria no sea suficiente. Así, puede suceder que desee, tal y como admiten algunas Comunidades con Derecho foral propio, que sea sobre la totalidad de su caudal relicto. De este modo se expone cómo a través del testamento es posible alcanzar tales efectos, aunque siempre permanece bajo la amenaza de lo dispuesto en el artículo 813.2 del Código Civil. De todo ello derivará la importancia de la utilización de la cautela *socini*.

Otra de las posibles vías para hacer partícipe al cónyuge es a través de la fiducia sucesoria. El estudio argumenta cómo el causante puede, a través de testamento, delegar en su consorte la decisión de elegir al sucesor en la entidad familiar. Resulta interesante describir la forma en que esta figura jurídica ha evolucionado a lo largo del tiempo, y cómo tras las modificaciones sufridas su utilización ha sido cada vez mayor.

Al margen de lo expuesto hasta ahora, la tesis se centra en la sucesión contractual como posible alternativa en la planificación de la sucesión de la empresa familiar. El Código Civil español prohíbe de forma expresa cualquier contrato sobre la herencia futura, a excepción de dos casos: la promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales; y la donación, antes del matrimonio, de bienes futuros entre los futuros esposos. De este modo, quedan restringidos los pactos sucesorios en Derecho común. Por

el contrario, la mayoría de las Comunidades con Derecho foral propio que sí los admiten, como es el caso de Cataluña, Galicia, Navarra, Aragón, Islas Baleares y País Vasco.

Existen distintos tipos de contratos sucesorios con finalidades diversas, aunque todos ellos tienen un punto en común, y es que con el pacto se vinculan diferentes voluntades. Este hecho establece desde su formalización un vínculo jurídico entre las partes. Sin embargo, su especialidad radica en que, a pesar de ser un pacto en el que resulta necesaria la intervención de dos o más personas para que surta efecto, no son de aplicación las normas contractuales en exclusiva sin otras matizaciones. Tal peculiaridad se debe a que al celebrarse en mérito a la ordenación de la sucesión del empresario, se regirá también por las normas del Derecho sucesorio.

Con todo, el mayor atractivo que deriva de este instrumento jurídico es su carácter irrevocable. De ello dimana una de las grandes cuestiones sobre la licitud o no de esta figura jurídica, y es la posible limitación a la libertad de testar del causante. Este hecho adquiere una especial relevancia y atención en mi trabajo.

Tras profundizar sobre todas estas cuestiones, centro una parte en el Derecho sucesorio catalán. Con motivo de la publicación de la Ley 10/2008, de 10 de julio, esta disciplina jurídica ha experimentado una gran renovación, siendo los pactos sucesorios la novedad más importante. Tras un detenido análisis de esta figura, pretendo demostrar cómo el uso de este instrumento, a mi juicio, supone la clave del éxito en la transmisión intergeneracional de las empresas familiares.

Finalmente, la presente tesis opta a la mención europea al doctorado. A tal fin he realizado un estudio comparado de dos figuras jurídicas de Derecho francés. En concreto, la renuncia anticipada a la acción de reducción de liberalidades por lesión a la reserva, así como la *donation-partage*. Ambas son figuras propias de una legislación muy próxima a nuestro entorno jurídico y social, que podrían constituir una alternativa eficaz para la transmisión de las empresas familiares, si éstas pudiesen ser incorporadas en nuestra legislación.

No quisiera concluir esta introducción sin dejar constancia de mis más sinceros agradecimientos a todas aquellas personas que de un modo u otro, me han acompañado a lo

largo de la presente trayectoria y han ayudado a iniciarme en este apasionante, aunque a veces arduo, camino de la investigación científica. Por ello, de modo especial, quiero agradecer al Dr. Ramón Durán Rivacoba el haber aceptado la carga de dirigir este trabajo, así como su permanente paciencia y estímulo en su elaboración; a todos mis compañeros de la facultad de Derecho de la Universitat Internacional de Catalunya, en especial a la Dra. María Fernández y a la Dra. Carmen M^a Lázaro, por su constante apoyo y dedicación, y al Sr. Antoni Bosch quien a través de sus clases despertó en mí el interés por el Derecho sucesorio y las ganas de seguir ampliando mis conocimientos en Derecho mediante el doctorado. Asimismo, manifiesto mi gratitud hacia la Universitat Internacional de Catalunya por todo el apoyo institucional que me ha brindado, y en especial por concederme la beca Junior Faculty, cofinanciada por la Obra Social “la Caixa”, que ha contribuido de forma muy significativa a realizar este proyecto.

INTRODUCTION

La discipline de l'entreprise familiale a donné lieu à de nombreux prononcés doctrinaux dans le domaine du droit. Toutefois, malgré l'importance que ce type d'entreprises a sur l'économie d'un pays, puisqu'elles représentent un pourcentage très important par rapport au total, il n'existe pas de législation spécifique qui régule leurs besoins.

Ce type d'entreprises se distingue du reste, comme l'indique leur nom, du fait de la composante «familiale». Une telle attribution caractérise leur essence et leur particularité ainsi que la problématique qu'elles supportent. La façon dont sont établis les rapports en interne est très éloignée des autres types d'entreprises, tant par leur organisation que par leur culture et leurs fins. La nécessité de les traiter d'une manière concrète et différenciée est ici sous-jacente.

Actuellement, il n'existe aucun texte légal qui définisse d'une manière claire et sans équivoque ce qui doit être compris par entreprise familiale. Pour cette raison, les deux concepts qui la composent sont examinés séparément: entreprise et famille, établissant les paramètres qui délimitent leur domaine d'application par l'analyse des différentes études réalisées par la doctrine. De même, y sont combinées les règles qui, d'une certaine manière, se réfèrent à elles ; en particulier, la réglementation fiscale qui a créé une série d'incitations fiscales pour favoriser leur continuité, consciente de leur haut taux d'échec.

Outre les obligations pour être considérée entreprise, elle doit réunir une série de conditions, caractérisées principalement par le fait que son contrôle se trouve entre les mains d'une même famille. De même, la responsabilité de sa gestion doit être exercée par un de ses membres qui devra occuper un poste de direction ou appartenir à un organe de direction de l'entreprise.

Le manque d'unanimité dans la définition de l'entreprise familiale, de la part de la doctrine, est la conséquence directe de sa non définition légale. Cette situation implique que ces entreprises doivent s'adapter à la législation existante conformément à leur forme

juridique. Elles n'ont pas une régulation suffisante pour résoudre les conflits qui proviennent de la combinaison des valeurs de la famille et de l'entreprise, propres à ce type d'organisations.

Une fois précisés les paramètres qui permettent de délimiter et de définir la nature de ces entreprises, l'étude se concentre sur la transmission intergénérationnelle des entreprises familiales. Cette difficulté représente le principal motif de leur disparition.

Le désir de tout fondateur est, qu'à son décès, l'entreprise continue de fonctionner suivant la même philosophie, sous le contrôle et la direction d'un membre de sa famille, de préférence d'un descendant direct. Cependant, concilier la relation entre entreprise et famille ne s'avère pas toujours simple. Les propres problèmes qui découlent de cette situation conduisent à réaliser une analyse détaillée du dénommé protocole familial. Ce document, caractéristique de ce type d'entreprises, a pour objet la satisfaction des besoins spécifiques non couverts par la législation.

Il ne s'agit pas d'un document de création récente puisqu'il en existe certains qui datent du milieu du XIX^e siècle. Toutefois, étant donné sa faible efficacité juridique, cet outil n'a pas beaucoup été utilisé par ce type d'organisations. Actuellement, le concept de transmission patrimoniale a évolué, ainsi que l'industrie, les valeurs sociales et culturelles ce qui a favorisé la modification des lois qui se sont adaptées aux nouvelles réalités mais de façon partielle.

Cet instrument juridique a joui d'une existence pacifique pendant des années. Néanmoins, la communication de la Commission européenne à propos de la transmission des petites et moyennes entreprises, du 7 décembre 1994, a alerté de la nécessité d'utiliser cette procédure comme moyen indispensable pour favoriser leur continuité. Or, c'est par l'intermédiaire du rapport d'étude pour la problématique de l'entreprise et postérieurement grâce à la Loi 7/2003 de la «société limitée Nouvelle Entreprise», du 1 avril, actuellement abrogé, qu'il a réapparu en Espagne. Cette règle déplace la responsabilité de son développement à un règlement postérieur qui aboutira des années plus tard à la publication du décret royal 171/2007, du 9 février.

Le protocole familial établit le cadre dans lequel doivent se développer les trois piliers fondamentaux qui composent ce type d'entreprises : famille, propriété et entreprise. Il sert de mécanisme pour organiser les aspects internes de l'entreprise et contient toute sa réalité. Il comprend, ainsi, non seulement ces circonstances économiques, patrimoniales et d'organisation mais aussi les valeurs propres à la famille que l'on veut refléter dans l'entreprise.

Son contenu est composé d'un ensemble d'accords adoptés par les membres de l'entreprise en question qui incorporent une série de principes et de règles. Ceux-ci ont un contenu tant moral que juridique et serviront de lignes directrices pour l'entreprise familiale. Face à cette question, la nature contractuelle du protocole est justifiée, bien que la réglementation ne la définisse même pas de cette façon, et les différents modèles existant sont analysés.

Harmoniser et donner un contenu juridique aux besoins si différents qui coexistent dans ce type d'organisations est le principal objectif de la présente étude. Le but est de trouver une formule concrète qui garantisse le succès de la transmission générationnelle. Pour cette raison, et après l'analyse et l'étude réalisée jusqu'à présent, nous proposons la structure et le contenu de base qui, à notre avis, tout protocole devrait contenir. Pour cela, il faut bien garder à l'esprit que le protocole devra s'adapter tant à la singularité de chaque famille qu'à la structure et à l'organisation de l'entreprise. De même, pour doter ses dispositions du contenu juridique maximum, à propos de la nouvelle publication de la Loi 171/2007, du 9 février, nous traitons les différentes hypothèses et façons pour leur faire de la publicité.

Bien que le protocole ait été élaboré par l'intermédiaire d'un processus de dialogue et se termine en un consensus de tous les signataires sur ses clauses, il ne comporte pas de garantie de respect de la part de ceux qui le souscrivent. Une fois ouverte la succession et quand le protocole doit déployer ses effets, il est signalé que ce document, par lui-même, ne sera pas suffisant pour obtenir une telle fin. Ce fait requiert une planification successorale beaucoup plus étendue qui aide à doter de la validité juridique maximale toutes les clauses qu'il contient. Pour cela, il sera nécessaire de disposer de l'aide d'autres instruments juridiques, qui sont aussi étudiés de façon approfondie, et toujours dans l'optique de satisfaire aux dispositions contenues dans le protocole.

Premièrement et de cette façon, nous étudions la procédure des statuts sociaux puisqu'ils jouent un rôle très important quant à ce sujet. Toute société, familiale ou non, doit nécessairement disposer de ce document qui doit être obligatoirement inscrit au Registre du commerce, moment où il devient véritablement efficace *erga omnes*. Il sera nécessaire de prêter une attention toute particulière aux clauses concernant la transmission des actions ou, le cas échéant, des parts de l'entreprise familiale. Le besoin de réguler les deux organes de direction propres, l'assemblée de famille et le conseil de famille est aussi allégué. De plus, est prise en compte l'importance de considérer l'inclusion de prestations accessoires comme moyen de blocage à l'entrée de tiers étrangers à l'entreprise.

Deuxièmement, nous analysons l'importance du choix du régime économique matrimonial auquel doivent se soumettre tant les intervenants que leurs futurs successeurs. Quand deux personnes décident de se marier, leur économie sera automatiquement soumise à une série de règles. Celles-ci peuvent, ou non, s'adapter au fonctionnement et au but de ce type d'entreprises. La rupture matrimoniale ou le décès de l'un des associés qui intègrent l'entreprise familiale peuvent entraîner des conséquences négatives pour sa continuité. Ainsi, nous exposons les motifs pour lesquels le régime de séparation de biens est le plus adéquat pour les entreprises familiales et l'importance qu'ont les capitulations matrimoniales dans tout ce processus de planification successorale.

Troisièmement et dernièrement, nous approfondissons la procédure du testament. Nous pensons que celui-ci représente l'instrument juridique de plus grand intérêt pour développer les dispositions protocolaires. C'est la seule forme juridique de commerce *mortis causa* qu'admet la législation civile en droit commun. Comme nous le verrons par la suite, par sa formalisation, l'ouverture de la succession *ab intestat* est évitée, ce qui permet de distribuer, en même temps, le patrimoine successoral en bénéfice direct pour les intérêts de l'entreprise familiale en question.

Pour cette raison, nous abordons le sujet de la part réservataire comme un possible obstacle pour la transmission efficace. L'entreprise constitue généralement la majorité du patrimoine successoral. Si à ceci il est ajouté que la nature des réserves légitimaires est *pars bonorum*, le moment du partage devient cause déterminante pour la continuité de l'entreprise familiale car de sa distribution dépendra sa possible fragmentation. D'autre part, il est examiné comment la publication de la Loi 7/2003 de la «société limitée

Nouvelle Entreprise», du 1 avril, a eu des répercussions positives sur les entreprises familiales. C'est un fait manifeste qui démontre l'attitude active du législateur pour favoriser leur continuité.

Une fois exposés les instruments juridiques nécessaires pour donner une plus grande efficacité juridique aux dispositions contenues dans le protocole, le chapitre final de la thèse approfondit les questions successorales. Cette condition est évidemment une des plus sensibles au moment de leur élaboration. Par conséquent, nous procédons à l'étude de cinq procédures juridiques qui acquièrent une importance toute spéciale dans la question.

Il ne faut pas oublier que la figure du conjoint est d'une grande importance pour la composition du patrimoine familial car son soutien et son aide sont fondamentaux pour son obtention. Si à cela il est ajouté le désir du chef d'entreprise de garantir, après des années de mariage, que la situation du conjoint veuf ne soit pas lésée après son décès, il s'avère logique de chercher la voie la plus adéquate pour satisfaire toutes les parties intéressées.

L'usufruit universel en faveur du conjoint veuf est une des formules les plus utilisées à cette fin. Bien que la législation civile commune considère actuellement comme droit du conjoint survivant l'usufruit d'une partie des biens qui composent l'héritage, il est fréquent que pour l'auteur cette participation usufruitière ne soit pas suffisante. Ainsi, il peut arriver qu'il souhaite, comme l'admettent certaines communautés autonomes ayant un droit régional propre, que ce soit sur la totalité de son patrimoine successoral. De cette manière, il est exposé comment, par le testament, il est possible d'atteindre de tels effets, bien qu'il reste toujours sous la menace des dispositions de l'article 813.2 du Code civil. De tout cela découlera l'importance de l'utilisation de la *cautela socini*.

Une autre voie possible pour faire participer le conjoint est par la fiducie successorale. L'étude montre comment l'auteur peut, par testament, déléguer à son conjoint la décision de choisir le successeur dans l'entreprise familiale. Il est intéressant de décrire la façon dont cette procédure juridique a évolué au fil du temps et comment, après les modifications subies, son utilisation s'est de plus en plus répandue.

En marge de ce qui est exposé jusqu'à présent, la thèse se concentre sur la succession contractuelle comme possible alternative dans la planification de la succession

de l'entreprise familiale. Le Code civil espagnol interdit expressément tout contrat sur l'héritage futur, à l'exception de deux cas : la promesse d'avantager, ou de ne pas avantager, faite dans des capitulations matrimoniales ; et la donation, avant le mariage, de biens futurs entre les futurs époux. Les pactes successoraux sont ainsi restreints en droit commun. Au contraire, la plupart des communautés autonomes ayant un droit régional propre l'admettent, comme c'est le cas de la Catalogne, la Galice, la Navarre, l'Aragon, les Baléares et le Pays Basque.

Il existe différents types de contrats successoraux aux divers buts, bien que tous aient un point commun : par le pacte, se lient différentes volontés. Ce fait établit un lien juridique entre les parties à partir du moment de sa formalisation. Toutefois, sa spécialité réside dans le fait que les règles contractuelles en exclusivité, sans d'autres nuances, ne sont pas obligatoires, bien qu'il s'agisse d'un accord dans lequel est nécessaire l'intervention de deux personnes ou plus pour qu'il prenne effet. Une telle particularité vient du fait qu'en ayant lieu au vu de l'aménagement de la succession du chef d'entreprise, elle sera aussi régie par les règles du droit des successions.

Finalement, le plus grand attrait qui découle de cet instrument juridique est son caractère irrévocable. De cela émane une des grandes questions sur la légitimité ou non de cette procédure juridique ; et c'est la possible limitation de la liberté de rédiger son testament de l'auteur. Ce fait acquiert une importance et une attention toute spéciale dans notre travail.

Après avoir approfondi toutes ces questions, nous concentrons une partie du travail sur le droit des successions catalan. À l'occasion de la publication de la Loi 10/2008, du 10 juillet, cette discipline juridique a connu une grande rénovation, étant les pactes successoraux la nouveauté la plus importante. Après une analyse minutieuse de cette procédure, nous prétendons démontrer comment l'utilisation de cet instrument, à notre avis, représente la clé du succès dans la transmission intergénérationnelle des entreprises familiales.

Finalement, la présente thèse aspire à la mention européenne au doctorat. À cette fin, nous avons réalisé une étude comparative de deux procédures juridiques du droit français. Concrètement, la renonciation anticipée à l'action en réduction de libéralités par

lésion de la réserve, ainsi que la donation-partage ; elles sont, toutes deux, des procédures propres à une législation très proche de notre environnement juridique et social qui pourraient constituer une alternative efficace pour la transmission des entreprises familiales, si celles-ci pouvaient être intégrées dans notre législation.

Je ne voudrais pas conclure cette introduction sans laisser un témoignage de mes remerciements les plus sincères à toutes les personnes qui, d'une façon ou d'une autre, m'ont accompagné tout au long de ce parcours et m'ont aidé à m'initier au passionnant, bien que parfois difficile, monde de la recherche scientifique. Pour cette raison, je souhaite remercier tout spécialement le Dr. Ramón Durán Rivacoba d'avoir accepté la charge de la direction de ce travail, ainsi que pour sa patience permanente et son encouragement dans son élaboration ; tous mes compagnons de la faculté de Droit de l' Universitat Internacional de Catalunya, spécialement la Dr. María Fernández et la Dr. Carmen M^a Lázaro, pour leur soutien constant et leur dévouement et M. Antoni Bosch qui, grâce à ses classes, a réveillé en moi l'intérêt pour le droit des successions et l'envie de continuer à approfondir mes connaissances en droit grâce au doctorat. De même, je souhaite manifester ma gratitude à l'Universitat Internacional de Catalunya pour son soutien institutionnel qu'elle m'a dédié et spécialement pour m'avoir accordé la bourse *Junior Faculty*, cofinancée par l'œuvre sociale de « la Caixa » qui a contribué à la réalisation de ce projet de façon très significative.

Aproximación al concepto de empresa familiar

1. PRECEDENTES

La empresa familiar constituye una de las realidades económicas más importantes del panorama mundial. Esta figura nace de la combinación de dos conceptos que, aparentemente, parecen inconexos; aun así, son dos de los pilares fundamentales de nuestra sociedad: la familia y la empresa.

Según datos publicados por el Instituto de la Empresa Familiar, el 85% de las empresas españolas pueden englobarse dentro de esta denominación. Representan un 70% de PIB y existen 2,9 millones de entidades familiares, que generan 13,9 millones de empleos¹. Un estudio realizado por MARTÍN y CRESPI, recoge en una muestra los siguientes datos, donde se aprecia el impacto de estas organizaciones frente a las que no lo son²:

Cuadro 1. Impacto de las empresas familiares en España

POR TAMAÑO DE EMPRESA	ENF	EF	ENF	EF
	nº empresas		% empresas	
Menos de 50 trabajadores	581	2383	26,95%	31,53%
Entre 50 y 150 trabajadores	876	3760	40,63%	49,76%
Entre 150 y 500 trabajadores	568	1175	26,35%	15,55%
Más de 500 trabajadores	131	239	6,08%	3,16%
TOTAL	2156	7557	100%	100%

Fuente: MARTÍN OLIVER y CRESPI CLADERA (2012)

¹ Extraído del Instituto de la Empresa Familiar: http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_familia.html en fecha 22-12-2013.

² Cfr. MARTÍN OLIVER y CRESPI CLADERA, “La financiación externa de las empresas familiares españolas y el impacto de la crisis; análisis comparado”, *Estudios de la Càtedra Banca March de l’Empresa Familiar*, Islas Baleares, 2012, pg. 18.

Igualmente, un estudio realizado por la consultora ALEXANDER HUGHES señala su relevancia. Estima que en España las entidades familiares generan el 75% del empleo privado. Además, son las responsables del 59% de las exportaciones españolas. Asimismo, el 37% de las empresas españolas que facturan más de mil millones de euros son familiares, y un 70% cotiza en Bolsa. En total, representan el 30% de la capitalización bursátil, y la mitad de las que allí cotizan³. Es más, en el panorama actual de crisis económica y recesión, los principales valores que han roto la tendencia negativa del IBEX 35 son empresas familiares⁴.

En Europa, según la información del Instituto de la Empresa Familiar, representan un 60% sobre el total de las empresas. Un 25 % de las 100 primeras entidades europeas son familiares, y en global suman 17 millones de organismos que dan trabajo a 100 millones de personas⁵. Estos datos coinciden con el estudio de la consultora ALEXANDER HUGHES. Añade que 25 de las 100 mayores empresas europeas son familiares y su rentabilidad está por encima de la media del total de las entidades del continente. Según información publicada por la *Family Firm Institute, Inc.*⁶ su impacto en Europa oscila entre el 60% y el 90%, según cada país; en el ámbito internacional, constituye el 70-90% del PIB⁷. En concreto, en el caso de los Estados Unidos entre el 90-95% están controladas por familias, y generan la mitad del PIB de la nación.⁸

Ante esta situación, SÁNCHEZ-CRESPO indica que al no existir un concepto preciso sobre esta realidad, no es posible cuantificarla; pero que a pesar de ello, a todos los

³ Cfr. PURSALS PUIG (dir), *Estudio sobre la profesionalización de la Empresa Familiar*, Instituto de la Empresa Familiar, Barcelona, 2005, pg. 19.

⁴ PATIÑO, “Las empresas familiares capean mejor la crisis que los gigantes del Ibex”, en *Expansión*, 29-12-2012, pg.3.

⁵ Extraído del Instituto de la Empresa Familiar: http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_familia.html en fecha 27-12-2013.

⁶ Según sus estudios, el índice de empresas familiares respecto del total representa en Europa la siguiente incidencia: Austria, el 80%; Bélgica, el 83%; República Checa, del 80% al 95%; Estonia, el 90%; Finlandia, el 90%; Francia, el 83%; Alemania, el 79%; Hungría, el 70%; Islandia, del 70% al 80%; Italia, el 73%; Luxemburgo, el 70%; Portugal, del 70% al 80%; Eslovaquia, del 80% al 95%; Eslovenia, del 60% al 80%; Suecia, el 80%; Reino Unido, el 65%; Grecia, el 80%. Extraído de la Family Firm Institute, Inc.: <http://www.ffi.org/default.asp?id=398> en fecha 11-09-2011.

⁷ Extraído de la Family Firm Institute, Inc.: <http://www.ffi.org/default.asp?id=398>, en fecha 30-11-2011.

⁸ MCCANN y otros, “Strategic goals and practices of innovative family business”, *Journal of small business management*, 2001, pg.50.

estudiosos sobre el tema no les representa ningún obstáculo señalar su importancia económica, y la incidencia sobre el empleo total⁹.

Además, esta tipología de entidades se enfrenta al reto de desarrollar una renovada perspectiva de la familia. La sociedad occidental ha pasado de estructurarse en la familia extensa de la sociedad agraria, a la nuclear de la sociedad industrial. Asimismo, en la sociedad posindustrial, influyen otros factores como el creciente individualismo, el mayor protagonismo de la mujer, la creciente inestabilidad e incertidumbre laboral y empresarial, entre otras¹⁰.

Cuando pensamos en el concepto de familia lo solemos enlazar con el calificativo de unión, fuerza. Si además trasponemos dicho concepto a la empresa, puede revestirse de unas características que otras empresas no pueden alcanzar: “las familias bien ordenadas son una escuela de virtudes, entre las que destacan las de la unidad y dedicación, que al «trasladarse» de forma natural a la empresa familiar, le dan un impresionante conjunto de fortalezas”¹¹.

Uno de los rasgos más característicos de estas organizaciones es que los valores y la filosofía de la empresa suelen ser mucho más duraderos en comparación con las no familiares. Estas entidades inspiran una gran seguridad tanto a proveedores como a clientes. Además, la imagen de la familia y su trayectoria invitan a confiar en la cultura y la forma de proceder. Sus miembros, también quien se beneficia de su servicio, saben que se rigen por unos valores. Una variación en la dirección, por ejemplo, no supondría grandes cambios ni en la calidad de los servicios que prestan, ni en la forma de trabajar.

Considero así que la empresa se organiza y adapta a la familia, y no al revés. El grupo familiar se encarga de transmitir unos valores que regirán el funcionamiento de la empresa, establece los objetivos y toma las decisiones a nivel empresarial y organizativo. Así, la empresa es la que adapta su estructura a la familia propietaria.

⁹ Cfr. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “La organización del grupo familiar de empresas”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3ª Época, Mayo 1999, pg.109 y ss.

¹⁰ Cfr. AMAT SALAS, “La continuidad de la empresa familiar”, en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000, pgs. 124 y ss.

¹¹ GALLO LAGUNA DE RINS, “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en GARRIDO DE PALMA (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995, pg.58.

La cultura de estas entidades tiene ventajas únicas. La unión entre familiares en el trabajo puede resultar una herramienta muy poderosa, que muchas empresas no familiares desearían tener. La implicación de todos los miembros para su buen funcionamiento no tiene parangón en otra clase de entidades. Así, el hecho de pertenecer a una empresa familiar lleva implícita la garantía de una mayor cohesión entre todos los que la componen.

Por su complejidad la empresa familiar interesa a muchas ramas de la ciencia como la Economía, el Derecho, la Sociología y la Ética. Tiene una gran influencia en el tejido empresarial y social, y por eso es necesario regular los posibles conflictos que puedan surgir en su interior. Pero, además, es necesario conocer en profundidad la cultura de la familia propietaria. Es fundamental comprender cómo es su modo de ser y su forma de trabajar, y cómo crea una imagen *ad extra* donde se reconozcan los valores y virtudes que pretenden identificar a la entidad con la familia. Esta función es de capital importancia para proyectar la empresa en la sociedad, pero no es menos importante en aquellos casos en los que está compuesta por algún miembro que no es de familia.

Una entidad alcanza el calificativo de familiar cuando se da entrada a un miembro de la familia: “la Empresa Familiar nace desde el mismo momento en que el cabeza de familia, responsable de la explotación económica que creó en el pasado, a partir de su propia idea sobre un negocio, es consciente de la necesidad de ampliar y dar entrada a nuevas personas en el proceso productivo para que colaboren en su desarrollo y posibiliten afrontar las nuevas necesidades del mercado”¹². En efecto, debe ser requisito indispensable que otro miembro de la familia, además del fundador, forme parte de la plantilla de la empresa. No es suficiente con que exista una intención de continuidad, sino que es preciso materializarla y hacerla factible a través de dicha incorporación.

Igualmente, por empresa familiar no debe entenderse únicamente aquellas multinacionales u organizaciones que facturan millones de euros. También abarca al artesano o la pequeña tienda que apenas consigue facturar lo necesario para mantenerse. Existe una gran variedad de empresas familiares, sin embargo todas comparten una característica común: están basadas en los lazos familiares; y justamente es su distintivo, su fuerza y lo que las hace distintas y especiales.

¹² NEBRED A VILLASANTE, *El protocolo familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 12, 3ª Época, Mayo 1999, pg. 25.

La empresa familiar ha evolucionado mucho a lo largo de los años. La profesora ANEX-CABANIS ha puesto de relieve la importancia de la empresa familiar durante la primera y segunda Revolución Industrial en Europa, señalando los siguientes estadios o etapas:

1) La creación de la empresa es posible gracias al capital familiar acumulado, ya sea como terratenientes o por ingresos de otras procedencias, pero a escala individual o casi.

2) La familia se organiza alrededor de la empresa: es la familia quien proporciona y nombra a los dirigentes, a la vez que establece una red de relaciones útiles.

3) El papel de la familia se debilita a la vez que la empresa se amplía, aunque dicha presencia no desaparece del todo¹³.

A mediados del siglo pasado, y durante las décadas de los años sesenta y setenta, se experimentó en los países occidentales una fuerte expansión económica que permitió el nacimiento y desarrollo de la mayoría de las empresas familiares actuales. En la actualidad, estas entidades están procediendo a la transición de una primera generación, la de los fundadores, a una segunda, constituida generalmente por los hijos. Pero el relevo no resulta sencillo. Asimismo, la dificultad de la internacionalización o el cambio tecnológico hacen más dificultosa la competencia con empresas multinacionales o de otros países.

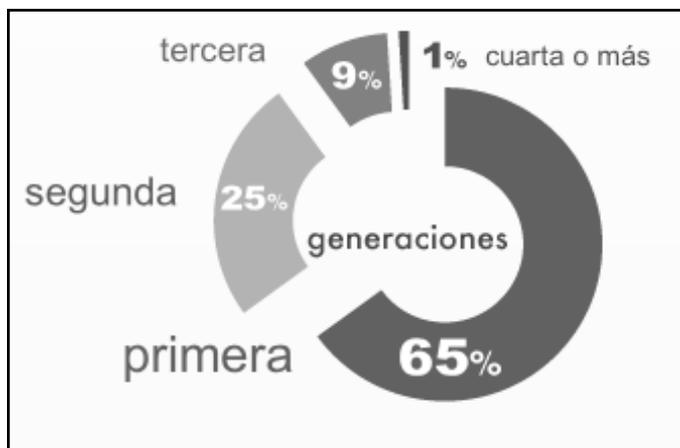
Sin embargo, la empresa familiar encuentra uno de sus mayores problemas en la transmisión de los valores a través de las generaciones. Frente a los cambios sociales, en ocasiones resulta difícil justificar el motivo por el que la familia adoptó ciertos valores en su tiempo. Además, mantenerlos en el seno de la entidad también resulta complicado, pues se incorporan nuevos miembros con otras ideas, y con ello distintas formas de enfocar una misma cuestión.

Algunos estudios señalan que la esperanza de vida de la empresa familiar es mucho menor que las que no ostentan dicho calificativo. Uno de ellos, realizado por el Instituto de

¹³ Cfr. ANEX-CABANIS, "L'entreprise familiale: essai d'approche historique", *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Tome XLI, 1993, pg.21.

la Empresa Familiar afirma que la vida de este tipo de empresas se complica cada vez que hay un cambio generacional¹⁴:

Figura 1. Ciclo generacional



Fuente: Instituto de la Empresa Familiar.

Sobre este tema GALLO afirma que un 70 % de las empresas familiares no pasan a la segunda generación, y que del 30% que lo consigue solo un 15% continúan activas en la tercera¹⁵. Por su naturaleza requieren de una organización, estructura, compromiso y, sobre todo, de una planificación sucesoria diferente al resto de empresas. La mayoría no disponen de ella, en parte debido a que el fundador no siente la necesidad de acometer una situación de relevo generacional, pues la considera muy lejana.

El presidente de la Comisión Europea, José Manuel DURÃO BARROSO, en la Segunda Reunión de Grupo Europeo de Empresas Familiares, celebrada el 29 de octubre de 2007, afirmó que “las empresas familiares han sido gigantes invisibles de la economía europea durante mucho tiempo y, ahora consolidadas en nuestro panorama empresarial, son unos socios naturales para construir una economía abierta e innovadora para el siglo

¹⁴ Extraído del Instituto de la Empresa Familiar: http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_familia.html en fecha 28-12-2013.

¹⁵ GALLO LAGUNA DE RINS, *La sucesión en la empresa familiar*, núm.12, Colección Estudios e informes de “La Caixa”, 1998, pgs.7-8.

XXI. Es hora de que las Empresas Familiares se levanten y alcancen su verdadero potencial en Europa”¹⁶.

Por otra parte, en el plano del Derecho, el legislador tampoco ha optado por aplicarles un trato diferenciado y que se adapte a sus virtualidades. Contrariamente, son consideradas y reguladas según la estructura societaria que hayan querido adoptar en el momento de su constitución. Aun así, en el ámbito fiscal se han introducido una serie de beneficios y exenciones específicos, aunque son de difícil aplicación. No existe pues ninguna normativa que señale las características y requisitos que deben cumplir.

La empresa familiar está presente todos los países como base fundamental de su economía. Sin embargo, no está explícitamente definida en ningún ordenamiento jurídico, ni a nivel estatal ni comunitario. Con esta severidad lo certifica la Ponencia de la Comisión de Hacienda del Senado, celebrada en noviembre de 2001¹⁷. Así, disponer de una definición específica para este tipo de empresas es un paso necesario para poder situarlas adecuadamente en el esquema jurídico actual.

El Código de Comercio tan solo tipifica cuatro formas de sociedad mercantil: la Sociedad Regular Colectiva, la Sociedad Comanditaria (simple o por acciones), la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Del mismo modo ni el Derecho societario, ni la reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización tampoco tipifican a la empresa familiar como figura societaria típica distinta de las anteriores.

El profesor CAYÓN, definió el problema de una manera muy acertada cuando dijo: “La empresa familiar ha sido calificada por los estudiosos como “un fantasma del Derecho”. Se escribe y legisla siempre de modo fragmentario, sobre ella, pero no existe definición legal de la misma sobre la que poder delimitar estas reflexiones”¹⁸.

¹⁶ Extraído de Europa.eu:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, en fecha 28-12- 2013.

¹⁷ Cfr. *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar*. BOCG, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001, pgs.25 y ss.

¹⁸ Cfr. CAYÓN GALIARDO, “La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho interno y comparado”, en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000, pg.14.

2. COMPONENTES DE LA EMPRESA FAMILIAR

2.1. CONCEPTO DE EMPRESA

No existe ninguna normativa que defina de forma unívoca el concepto de empresa. En el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, celebrada en noviembre de 2001, algunos comparecientes ya señalaban que dicho concepto ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico a efectos fiscales y laborales. Pero añaden que solo se ha hecho con carácter prospectivo, y confundiéndolo incluso con el concepto de actividad económica¹⁹.

La Comisión Europea ha elaborado su propia definición, y ha dispuesto que “se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular”²⁰. Es decir, la Comisión requiere de dos supuestos indispensables para que una organización sea considerada como empresa: en primer lugar, que exista una actividad económica y, en segundo término, que ésta sea ejercida de forma habitual. Resulta evidente que toda entidad deba reunir estos dos condicionantes, si bien la Comisión no define lo que se debe entender por actividad económica.

En consonancia con la postura adoptada por la Comisión, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, corrobora su contenido al disponer que como empresa se considera “a cualquier persona jurídica o empresario persona física que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional” (art. 2 LLMOC)²¹. La misma definición es recogida por la norma primera de la Resolución de 29 de diciembre de 2010, del Instituto

¹⁹ Cfr. Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG, núm. 312, de 23 de noviembre 2001), pg.26.

²⁰ 2003/361/CE: Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 124 de 20.5.2003), pg.39.

²¹ Esta definición ha sido acogida por diversas sentencias (cfr. SAP Navarra sec. 3ª, núm. 14/2010, de 27 de enero, SAP Alicante, sec. 8ª, núm. 74/2010, de 11 de febrero, SAP Álava, sec. 1ª, núm. 156/2011, de 17 de marzo, SAP Alicante, sec. 8ª, núm. 224/2011, de 25 de mayo).

de Contabilidad y Auditoría de Cuentas²². Además, dicho concepto es ampliado por la Oficina del Emprendedor de Base Tecnológica Madri+d, al disponer que “una empresa es un sistema que interacciona con su entorno materializando una idea, de forma planificada, dando satisfacción a unas demandas y deseos de clientes, a través de una actividad económica. Requiere de una razón de ser, una misión, una estrategia, unos objetivos, unas tácticas y unas políticas de actuación. Se necesita de una visión previa y de una formulación y desarrollo estratégico de la empresa”²³.

En cuanto a la actividad económica, y sobre si ésta se ejerce con carácter empresarial o no, se pronuncia el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, al regular en sus artículos 78 y 79 el hecho imponible del IAE, delimitándolo al mero ejercicio de actividades empresariales (entre ellas, las industriales, comerciales y de servicios), profesionales o artísticas, que se consideraran como tales cuando supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios²⁴.

La jurisprudencia también ha tratado el tema en diversas ocasiones y ha optado por definirla desde dos ámbitos distintos. Desde el plano económico, como “organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado”; y también como “organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias”. Desde el ámbito jurídico, afirma que según la rama del Derecho desde el que se quiera tratar, dicho concepto será definido de distinta manera, aunque todas mantienen un “núcleo esencial de identidad”. Así, desde el Derecho mercantil se centra más en la finalidad lucrativa o de obtención de beneficios, sin embargo desde el Derecho del trabajo lo que interesa es la condición de empleadora, en cuanto

²² Resolución de 29 de noviembre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales (BOE núm. 318, de 31 de diciembre).

²³ Extraído de la Fundación para el Conocimiento madri+d:

http://www.madrimasd.org/emprendedores/servicios_emprendedores/guia_autoevaluacion/etapa1/concepto.aspx, en fecha 24-10-2011.

²⁴ Sobre este asunto trata la STS (Sala 3ª, secc. 2ª) de 17 de septiembre 2002 la cual, al resolver sobre la posible sujeción a tributación del Impuesto sobre Actividades Económicas sobre el epígrafe correspondiente al alquiler de local por una persona física, dispone que la única interpretación de actividad empresarial, profesional o artística, es la descrita por los arts. 79 y 80 de la Ley 39/1988, desestimando cualquier otra interpretación, y que por tanto dicho epígrafe no está sometido a tributación.

ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización²⁵.

Además, también ha sido objeto de estudio por el Tribunal el concepto de empresa mercantil. Su definición como “unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización, fuente de dinamismo creador y de la actividad en la esfera de la producción económica, rasgos o señas todas ellas de identidad que obligan a la organización empresarial, como tal unidad patrimonial, al cumplimiento de cuantas obligaciones le incumben”²⁶, también puede ayudarnos a delimitar el concepto de empresa.

En el contexto del Derecho Comunitario de la competencia, la jurisprudencia ha definido el concepto de empresa como “cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”²⁷. Además, se matiza en que “el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas”²⁸.

De las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo, al resolver cuestiones relativas a la existencia o no de la transmisión de una empresa a otra, puede desprenderse que es un conjunto organizado de elementos materiales, inmateriales y personales dotados de autonomía funcional o productiva²⁹.

²⁵ Cfr. STS (Sala 4ª). de 17 de julio 1993, STS (Sala 4ª). de 18 de marzo 1994, STS (Sala 3ª, secc. 4ª). de 25 de febrero 1997. Ejemplo de definición desde el punto de vista de la rama del Derecho del Trabajo es la dispuesta en la STS (Sala 4ª). de 25 de septiembre de 1989: “organización unitaria, generadora de empleo, que bajo un poder de dirección utiliza sus trabajadores y medios materiales adecuados, para el desarrollo de una actividad normalmente productiva o de servicios”. La STS (Sala 1ª). de 10 de noviembre 2000 nos habla, atendiendo al punto de vista mercantil, resolviendo la cuestión sobre si las Cooperativas deben ser consideradas o no como comerciantes. La negativa se basa en afirmar que, es un ente sin ánimo de lucro y que su beneficio no pasa a la Sociedad Cooperativa sino directamente al socio. Por el contrario, en la sentencia se afirma que “la mercantilidad de un ente social no debe obtenerse con los viejos criterios del ánimo de lucro o la realización habitual de actos de comercio, sino en el concepto de empresa, en cuanto se trata de empresario social que ejerce una actividad económica con una organización y en nombre propio”.

²⁶ Cfr. STS (Sala 1ª). de 7 de marzo 1994.

²⁷ Cfr. STS (Sala 3ª, Sección 3ª). de 4 de mayo 2007, STJUE (Sala 3ª). de 11 de julio 2006.

²⁸ Sentencia (sala 4ª). de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C.Sas*, caso 170/83, European Court reports pg. 2999, apartado 11.

²⁹ Cfr. STJUE (Sala 5ª). de 14 de abril 1994, STJUE (Sala 6ª). de 7 de marzo 1996.

Las diversas definiciones que han elaborado tanto la jurisprudencia como la doctrina, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, albergan un núcleo en común. Todas concluyen que es una organización de capital y trabajo, y que debe desarrollar una actividad económica. Asimismo, también resulta necesario tener presente que tiene como objetivo la obtención de beneficios, si no estaríamos hablando de otro tipo de entidades.

Desde la perspectiva de las personas integrantes de una empresa, PÉREZ LÓPEZ considera que “una empresa es una organización de personas, es decir, que está formada por personas que trabajan, coordinadas de algún modo, para conseguir ciertas metas o resultados”³⁰. Basada en las relaciones que se generan en su interior, SÁNCHEZ GIL la define como “unidad relacionada de producción”, que establece generalmente en su interior una relación de grupo familiar, asociativa o de salariado, y ello por debajo de la forma jurídica adoptada. Por ejemplo, un empresario individual puede establecer con los miembros de su familia estos tres tipos de relación, familiar, asociativa y de salariado³¹.

Otros autores han delimitado el concepto desde la autonomía de la unidad patrimonial. Así, FERNÁNDEZ GIMENO defiende que “por empresa deberá entenderse la actividad o conjunto de bienes adscritos a la misma que alcancen una unidad patrimonial con vida propia”³². No obstante, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA afirma que “la empresa es una categoría económica con una u otra dimensión que se sitúa en el sector de la producción de la economía nacional y que combina y articula el trabajo asalariado y la financiación ajena, así como el trabajo y el capital propios del empresario y, en ocasiones, de sus familiares, para producir bienes y servicios para el mercado sin rechazar puedan darse supuestos que han dado en llamarse de «autoconsumo»”³³.

Por otra parte, PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ profundiza y matiza el concepto añadiendo dos elementos: la forma en que se debe llevar a cabo la actividad, y la obtención de beneficios. Dicho autor mantiene que “los elementos esenciales que configuran una empresa son:

³⁰ PÉREZ LÓPEZ, *Fundamentos de la Dirección de Empresas*, 5ª ed., Rialp, Madrid, 2002, pg.13.

³¹ Cfr. SÁNCHEZ GIL, *Concepto económico de empresa*, Biblioteca de Fomento Social, Madrid, 1964, pg.13.

³² FERNÁNDEZ GIMENO, *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999, pg.32.

³³ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, “La empresa familiar: notas introductorias”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3ª Época, Mayo 1999, pg.11.

- 1) Que se desarrolle una actividad económica en sentido amplio.
- 2) Actividad organizada o planificada dirigida a un objetivo de acuerdo con un plan racional.
- 3) Que la actividad sea realizada con profesionalidad, de forma continuada, sistemática, duradera y, por último, con ánimo de lucro³⁴.

De todo lo expuesto se puede extraer que, desde una perspectiva económica, la empresa es una entidad autónoma cuyo objeto es la producción de bienes o servicios. Tales son obtenidos gracias a la dirección, por parte del empresario, en la coordinación de los diversos medios de producción, tanto de trabajo humano como de los elementos materiales. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, al no existir ningún precepto que lo defina, solo podremos obtenerlo de forma indirecta a través del concepto de empresario. Del artículo 1 números 1º y 2º del Estatuto de los Trabajadores se desprende que es empresario toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma.

Por tanto, y a modo de conclusión, podemos determinar que una empresa puede ser definida como unidad patrimonial, entendida como un conjunto organizado de elementos materiales, inmateriales y personales. Con independencia de su forma jurídica, ejercerá una actividad económica de forma habitual, continuada y duradera, y su finalidad es la obtención de beneficios a través de la satisfacción de una necesidad del mercado. Tal objeto se materializa en la producción o distribución de bienes o servicios a cambio de una prestación que normalmente suele ser económica. Además, para su existencia, requiere de una razón de ser y de la constitución de unos objetivos cuyos resultados vayan dirigidos a la obtención de ganancias.

³⁴ PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS, Bilbao, 2005, pg.16.

2.2. CONCEPTO DE FAMILIA

La familia es el fundamento de la sociedad. Sin embargo, esta realidad no está sujeta a normativa que defina su concepto y alcance. Los comparecientes a la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar también señalan que en los tiempos actuales el concepto de familia ha perdido algunos de sus perfiles, por lo que se agrava su definición³⁵.

A pesar de ello, el Estado se preocupa de dictar normas protectoras de la familia a través de las distintas ramas del Derecho. Por ejemplo, en el ámbito penal se sanciona, en el artículo 226 y siguientes del Código Penal, el abandono de la familia, el impago de las prestaciones económicas en favor del cónyuge o hijos entre otras. El mismo hecho ocurre en las áreas de índole laboral, administrativo y fiscal.

Además, entre otros derechos fundamentales, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”³⁶. También, en la Carta Social Europea se enuncia que “la familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo”³⁷. El artículo 33.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social” y en su artículo 7 dispone “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”³⁸. Del mismo modo, la Constitución Española también la referencia al disponer que, “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 28 Const.).

La doctrina ha tratado el tema desde diferentes perspectivas. Así, se puede hablar de la existencia de tres tipos de familia: la nuclear, integrada por padres e hijos

³⁵ Cfr. Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001), pg.26.

³⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en resolución de 10 de diciembre de 1948.

³⁷ Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de Octubre de 1961 (BOE núm. 153, de 26 de junio).

³⁸ Comunicación 2010/83/CE, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE núm. C 83 de 30.3.2010).

dependientes de ellos; la extensa, compuesta por varias familias nucleares pero que algunos miembros comparten vínculos de parentesco; y por último la incompleta, en la que se incluyen las madres solteras, divorciados, viudos, etc.

El concepto de familia para ARQUER se basa en las relaciones afectivas que unen a sus miembros. La define como “un sistema social, cuyos miembros están relacionados por vínculos humanos, tales como: consanguinidad, amor, sentimientos, maneras de pensar, etcétera.” Además, distingue los siguientes conceptos:

1) Familia: cuando los vínculos humanos se basan en la comunidad de sangre y amor.

2) Grupo familiar: es aquella que está restringida a padres e hijos que conviven en una vivienda.

3) Clan familiar: es aquella familia ampliada en anchura (parentescos colaterales) y en profundidad (generaciones diversas de ascendientes y descendientes)³⁹.

La perspectiva de DÍEZ PICAZO Y GULLÓN está más orientada al pensamiento de la sociedad. La definición se formula sobre la base del momento en el que la empresa familiar deba definirse en las particularidades sociales de cada lugar y tiempo; es decir, “la familia presupone una determinada manera de organización de grupos sociales reducidos o celulares que comprende sobre todo unas determinadas pautas de comportamiento, un conjunto de creencias y de tradiciones. Solo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas a las que sirve, puede definirse lo que hay que entender por familia en cada momento de su evolución”⁴⁰.

En ese sentido, los planteamientos de ambos autores pueden tenerse por correctos. Es cierto que las relaciones afectivas suelen ser el motor de las familias. Aun así, ni desde un punto de vista jurídico ni empresarial, podemos basarnos en esta circunstancia, puesto que la legislación no tiene en cuenta este parámetro.

³⁹ Cfr. ARQUER ARMANGUÉ, *La empresa familiar*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, pg.34.

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 10ª ed., Tecnos, 2007, pg.32.

Por otro lado, sería muy difícil demostrar y atribuir ciertos derechos a personas que, aunque amparadas por la ley, no guardan un verdadero vínculo familiar como puede ser la consanguinidad, la adopción o incluso la afinidad. Sin embargo, a mi juicio, debemos tener en consideración que el concepto de familia permanece invariable con el paso del tiempo: a pesar de que la sociedad ha evolucionado y se ha legislado cada vez más sobre asuntos relacionados con el concepto de familia, la normativa sigue protegiendo los derechos de la que podríamos denominar la familia tradicional.

Otros autores definen el concepto de familia del siguiente modo: en sentido amplio, como el conjunto de personas constituidas por todas las que descienden de un tronco común. Es la estirpe, la descendencia, lo que determina la relación familiar; en sentido estricto, es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por la unión no matrimonial estable o el parentesco y que constituye un todo unitario. De esta forma, la familia se caracteriza por ser una institución natural, que se funda en la unión del hombre y la mujer, constituida en la unidad. La existencia de un conjunto de poderes y deberes junto a un elemento espiritual o afectivo, adquiere un significado especial en la cohesión del grupo⁴¹.

En el ámbito legislativo, el Código Civil es la normativa encargada de medir los grados de parentesco. Todo queda regulado en su Libro III, Título III, Capítulo IV. Los límites para la línea recta descendente se reflejan en los artículos 930 a 934; la línea recta ascendente, en los artículos del 935 al 942; y, por último, en los artículos 943 a 955, el cónyuge y parientes colaterales. Además, el artículo 175 y siguientes nos habla del caso de los adoptados.

La ley, lo que en realidad pretende, es proteger el patrimonio familiar. Esto se desprende del orden de suceder establecido en el Código Civil en el caso de la sucesión intestada. En un primer lugar de la sucesión coloca a la línea recta descendente, entendiéndola a los hijos y sus descendientes; en segundo lugar, a los ascendientes del causante; y en tercer lugar, al cónyuge. La no prevalencia en la sucesión del cónyuge ha sido promovida de forma expresa por el legislador, con la única finalidad de mantener el patrimonio familiar dentro de la familia, aquella a la que les une vínculos de sangre.

⁴¹ Cfr. DÍAZ-AMBRONA BARDAJI y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de derecho de familia*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, pg.42.

Esta pretensión, queda reforzada por lo dispuesto en el artículo 811 de Código Civil, al cual remite el artículo 942 del mismo. Cuando trata de la sucesión de la línea recta ascendente, dispone: “El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”. Tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo núm. 896/2006 de 25 de septiembre de 2006, el principio que informa el artículo 811 “no es otro que el propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas a aquellas de quienes procedan”⁴².

Sobre este asunto el Tribunal Supremo también se ha pronunciado en su sentencia 212/2008, de 13 de marzo, donde plantea una doble cuestión. La primera es la de determinar si la obligación de reservar constituye una mera limitación en cuanto a la disposición de sus bienes por el ascendiente que heredare de su descendiente. Ésta queda cumplida por el hecho de su atribución a quien ostenta la condición de reservista. O si por el contrario –la segunda cuestión–, da lugar a la imposición de una especie de sucesión forzosa e igualitaria para los reservatarios, similar a la sucesión intestada. En virtud de esto, aquéllos volverían a suceder en cierto modo al primero de los ascendientes a que la norma se refiere en cuanto a determinados bienes. La interpretación que da el Tribunal es “basta que no pasen los bienes a línea distinta de la originaria para que la institución de la reserva haya cumplido su finalidad”. Asimismo amplía que, después de fallecido el reservista, quedará satisfecha la reserva si los bienes objeto de la misma pasan a los parientes del descendiente del que heredó que estén dentro del tercer grado”. De esta manera se consigue proteger el patrimonio familiar evitando que pase a formar parte de una línea distinta de la de procedencia⁴³.

Esta reserva lineal también es contemplada en el artículo 968 del Código Civil para el caso del viudo o viuda (usualmente denominada reserva viudal). Dispone que “el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte (...) pero no su mitad de gananciales”. Con ello, lo que se pretende es

⁴² STS (Sala 1ª). de 25 de septiembre 2006.

⁴³ Cfr. STS (Sala 1ª). de 13 de marzo de 2008.

favorecer a los descendientes comunes del matrimonio contraído entre el viudo o viuda y el causante. Esto es así llegando incluso a generar desigualdad en cuanto al derecho de los hijos extramatrimoniales del cónyuge del que provienen los bienes, en caso de haberlos. Vuelve a evitar así un posible cambio en la línea de sucesión, para el supuesto de que el viudo o viuda tuviera nueva descendencia tras enviudar.

Para que se produzca una verdadera obligación de reservar ciertos bienes de una herencia por parte del favorecido es necesario que exista, en primer lugar, un anterior matrimonio disuelto del que quedan hijos, y un cónyuge a quien el causante donó o legó algo; y en segundo término, o bien que el esposo favorecido contrae ulteriores nupcias, o bien que tiene o adopta otros hijos. Los artículos 968 y siguientes del Código Civil, lo que intentan es encauzar hacia los hijos de un matrimonio ya disuelto los bienes que uno de los padres dio o dejó al otro. La finalidad de no es otra que estos sean conservados dentro de la familia constituida por vínculos de sangre, evitando así que posibles desviaciones del patrimonio familiar hacia otras personas (otros hijos del cónyuge, etc.)⁴⁴.

De la extinción de la reserva habla el artículo 971 del Código Civil al disponer que “cesará además la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes del primero”. Este artículo sigue ayudando a proteger el patrimonio familiar, de tal forma que la obligación de reserva solo desaparecería al morir el reservista. De esta forma, nunca por la disolución del segundo matrimonio sin hijos sobreviviendo el cónyuge casado por segunda vez. El cometido de este artículo no es otro que el garantizar la protección del patrimonio familiar a través del derecho de los reservatarios que vivan al tiempo de fallecer el reservista, tanto si su nacimiento es anterior o posterior al inicio de la reserva. Es decir “la delación se halla condicionada a su supervivencia al reservista. Y si al morir éste hay descendientes del cónyuge premuerto que no habían nacido cuando se produjo la «obligación de reservar» (nietos cuyo padre premurió), también ellos sucederán en los bienes vinculados”⁴⁵.

En el caso de los parientes colaterales, la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en su artículo 20, establece como límite el tercer grado en línea colateral con

⁴⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil V Sucesiones*, en “Las reservas”, 2ª ed, Dykinson, Madrid, 2004, pg.445.

⁴⁵ Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil V...* pgs.446-447.

la finalidad por poder beneficiarse de las reducciones contempladas en su normativa. Sin embargo, en la sucesión *ab intestato*, en caso de no haber cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, el Código Civil pone como máximo el cuarto grado en la línea colateral para tener que heredar⁴⁶.

Con todo, y en cuanto al presente estudio interesa, el término de familia comprenderá al cónyuge, ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción, del fundador de la empresa.

3. DOCTRINA JURÍDICA ENTORNO A LA DEFINICIÓN DE EMPRESA FAMILIAR

Ante la inexistencia de normativa específica que regule el concepto de empresa familiar, han sido mucho los autores que han intentado delimitarla. El profesor VICENT CHULIÁ acierta cuando dice que “no existe un concepto unívoco, ni jurídico ni económico de «Empresa Familiar»”⁴⁷; o como sostiene CAYÓN al afirmar que “se escribe y legisla, siempre de modo fragmentario, sobre ella, pero no existe una definición legal de la misma”⁴⁸. Su definición se hace necesaria para establecer cuáles son los rasgos característicos de una sociedad familiar. En primer lugar, para advertir a los acreedores qué familia o grupo familiar ostenta el control de la sociedad, con la finalidad de poder generar confianza a la hora de realizar cualquier tipo de acuerdo o contrato. Y en segundo término, para delimitar cuándo son aplicables los beneficios fiscales y medidas de otra naturaleza para que sean justificadas, y no constituyan ayudas contrarias a la libre competencia.

⁴⁶ En cuanto a la aplicación de las reducciones contempladas en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la Dirección General de Tributos ha emitido diversas consultas vinculantes por las que considera que, dentro del grupo III del artículo 20 de dicha ley, tan solo podrán incluirse aquellos parientes de segundo y tercer grado por consanguinidad (cfr. Consulta DGT de 20-02-2006 [V0296-06]; Consulta DGT de 12-05-2006 [V0931-06]; y Consulta DGT de 19-07-2013 [V2427-13]). Esta teoría también había sido seguida por la jurisprudencia (cfr. FJ. 1º STSJ de Aragón (Sala de lo Contencioso- Administrativo, secc. 1ª). de 28 de marzo 2001) hasta que, en el año 2003, el Tribunal Supremo consideró que dentro de tal grupo también se incluyen a aquellos parientes por afinidad (STS (Sala 3ª, secc. 2ª). de 18 de marzo 2003. Desde entonces, toda la jurisprudencia ha versado siguiendo este criterio (véase. FJ. 4º STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 1ª). de 10 de enero 2013; FJ. 2º STSJ de Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3ª). de 23 de enero 2013; FJ. 3º STSJ de Castilla-León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 2ª). de 18 de julio 2013). Del mismo modo, y en cuanto a la sucesión *ab intestato* se refiere, la jurisprudencia también señala que en el límite máximo del cuarto grado en línea colateral tan solo incluye a los parientes consanguíneos, quedando expresamente excluidos aquellos que lo son por afinidad (Véase. FJ. 3º SAP de Santa Cruz de Tenerife Barcelona (Secc. 4ª). de 29 de octubre 2008.

⁴⁷ VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 21.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pg.242.

⁴⁸ CAYÓN GALIARDO, op. y loc. cit., pg.14.

Cuando VICENT CHULIÁ define el concepto de empresa, sostiene que puede significar cuatro conceptos o realidades distintas, una de las cuales, y más concretamente cuando se refiere a empresa-sujeto-organización, tiene que ver con el concepto de empresa familiar que, según este autor, puede adoptar diversas formas:

1) *Empresa individual*. El titular es una persona física no casada o uno de los cónyuges.

2) *Sociedad familiar*. Abarca la sociedad unipersonal, que viene a ser una forma de organización de la empresa familiar individual; y la sociedad pluripersonal familiar, sometida al control de un grupo de personas unido por vínculos familiares⁴⁹.

De igual forma, también ha tratado este tema, desde una perspectiva basada en el tamaño de este tipo de empresas, contraponiendo dos grandes conceptos de empresa familiar:

1) La *Microempresa Familiar*. Pequeña comunidad de trabajo no asalariado, como tiendas o negocios artesanales o explotaciones agrarias, que constituyen parte importante del tejido empresarial español y europeo.

2) La *Sociedad Familiar de Capital*. Es un Sujeto-empresa de cierta dimensión que crean una o varias familias, organizado en una Sociedad o grupo de Sociedades, y que se transmite en sucesivas generaciones, manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa. En esta empresa familiar coinciden tres factores: la propiedad (control), la gestión y la conciencia de formar parte de una familia⁵⁰.

Teniendo como punto de partida el grado de participación de los familiares en la empresa, SHANKER y ASTRACHAN, nos proponen la siguiente definición tridimensional:

1) En un sentido amplio. Es en el que se ejerce un control efectivo desde la dirección estratégica, es decir, existe una intención de que la empresa continúe en la

⁴⁹ Cfr. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil...*, pg.22.

⁵⁰ Cfr. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil...*, pg.243.

familia, aunque la participación de ésta en el negocio sea escasa, pero algún miembro de ella influye en la toma de decisiones, ostentando algún puesto directivo o bien ostentando la propiedad de un gran número de acciones o participaciones de la sociedad.

2) En un sentido intermedio. Es la empresa que es dirigida por el fundador o por sus herederos, ejerciendo un control legal de las acciones con voto. En este caso, hay cierta participación de la familia en la empresa.

3) En un sentido restrictivo. Es en el que el control de la empresa es llevado a cabo por varias generaciones, que participan en las operaciones del día a día, y donde varios familiares son los que ocupan los lugares directivos o de gestión de la empresa⁵¹.

Varios son los elementos caracterizadores que permiten calificar a una empresa familiar. Así pues, CAYÓN considera que dichos elementos son:

1) El objeto o actividad de la empresa: la exclusión de este concepto de aquellas sociedades que no tienen por objeto una verdadera actividad empresarial. Es decir, se excluyen las actividades profesionales, las sociedades de cartera y las sociedades de mera tenencia salvo que unas y otras respondan a una forma organizativa de un grupo de empresas.

2) La multiplicidad de relaciones entre un grupo familiar y la empresa: los vínculos que se crean entre sus miembros son *intuitu personae*. Además estas relaciones se manifiestan en lo siguiente:

2.1) Los cargos u órganos de dirección están ocupados por los miembros del grupo familiar.

2.2) La financiación de la empresa suele provenir del grupo familiar y no acude a los mercados de capitales para buscar financiación.

⁵¹ Cfr. SHANKER y ASTRACHAN, “Myths and Realities: Family Businesses’ Contribution to the US Economy – A Framework for Assessing Family Business Statistics”, *Family Business Review*, vol. 9, núm. 2, 1996, pgs.109-110.

2.3) Los trabajadores. Muchos de ellos son miembros del grupo familiar.

2.4) Otras relaciones que también pueden existir entre el grupo familiar y la empresa son: la titularidad de los inmuebles en los que se desarrolla la actividad; la elección de sus clientes o proveedores entre empresas que pertenecen al mismo grupo familiar, etc.

3) La intencionalidad. Entendida como deseo o vocación de continuidad de la empresa en manos de la familia.

4) El elemento formal: el protocolo familiar. Constituye un síntoma o una consecuencia, pero nunca una nota esencial para su identificación.

5) Elemento cuantitativo. No es extraño que la doctrina exija que el tamaño de la empresa sea reducido. Incluso así, es más fácil encontrar todas las características señaladas anteriormente en empresas de pequeña o mediana dimensión, si bien estos límites no excluyen la posibilidad de que se encuentren estas mismas circunstancias en las grandes empresas⁵².

La doctrina fundamenta sus definiciones en tres pilares básicos: el poder de control sobre la entidad, la existencia de vínculos familiares, y una vocación de continuidad hacia las siguientes generaciones. Su cultura, entendida como el conjunto de ideas, valores y pensamientos que se van transmitiendo, está implícita en la transmisión. La principal finalidad es que la filosofía de la empresa no se pierda ni se desvíe de la idea inicial marcada por su fundador.

De este modo, CERDÁ nos propone una definición centrada en la “unidad de decisión”, al afirmar que “el control por la familia es la piedra angular de la empresa familiar”⁵³. Dicho control se desprende del contenido del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, que nos remite directamente a lo dispuesto en el Código de Comercio. Además, para ampliar esta idea añade que “puede afirmarse que la empresa familiar es

⁵² CAYÓN GALIARDO, op. y loc. cit., pgs.16-19.

⁵³ CERDÁ ALBERO, “La empresa familiar: una noción relativa”, en AAVV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi, Navarra, 2004, pg.92.

cuando una familia ostenta o puede ostentar, directa o indirectamente, el control de la empresa, o cuando dicho control corresponde a una o varias personas de la familia o a una o varias familias que actúen sistemáticamente en concierto. Y se habrá de presumir que existe unidad de decisión en cualquiera de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la empresa en cuestión sean consejeros o altos directivos de una empresa controlada por la familia”⁵⁴. Esta postura también fue adoptada por IGLESIAS al sostener que la empresa familiar “se caracteriza por la existencia de vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad se asegura, precisamente, a través de estos vínculos”⁵⁵.

La entrada de algún miembro familiar en la empresa es uno de los requisitos necesarios para que ésta sea considerada familiar. Tal y como dispone GARRIDO DE PALMA “existe ante todo un supuesto de empresa familiar típico: cuando un cabeza de familia da entrada a su cónyuge y a sus hijos nutriendo el fondo social con los elementos patrimoniales afectos al negocio mercantil que antes explotaba como empresario individual”⁵⁶. Para que en una empresa alcance este calificativo es necesario que, además del fundador, trabaje en la entidad otro miembro familiar. Una mera intencionalidad de continuidad resulta insuficiente para la protección por parte del legislador. Por ello es necesario materializarlo de esta forma con el fin de evitar cualquier tipo de fraude en torno a los beneficios de los que pueden gozar estas empresas.

Siguiendo con la visión enfocada en la familia, y con el objetivo que sea la que ostenta el control de la empresa, ARQUER sostiene que la empresa familiar es “aquella empresa de negocios, en la cual la propiedad de los medios instrumentales y/o la dirección, se hallan operativamente en manos de un grupo humano entre cuyos miembros existe relación de familia”⁵⁷. A esta misma tesis, CORONA le añade el deseo de que exista una continuidad generacional al afirmar que “empresa familiar es aquella en la que un grupo

⁵⁴ CERDÁ ALBERO, op. y loc. cit., pg.92.

⁵⁵ IGLESIAS PRADA, “El proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada y la empresa familiar”. *Revista General de Derecho*, 1994, pgs.5417 y ss.

⁵⁶ GARRIDO DE PALMA, “Preámbulo”, en GARRIDO DE PALMA (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995, pg. 25.

⁵⁷ ARQUER ARMANGUE, op.cit., pg.35.

familiar está en condiciones de designar al máximo ejecutivo de la compañía, de fijar la estrategia empresarial de la misma y todo ello con el objetivo de continuidad generacional, basado en el deseo conjunto de fundadores y sucesores de mantener el control de la propiedad y la gestión en la familia”⁵⁸. Otros autores, como CARSRUD, añaden a estas definiciones un componente emocional, y consideran que empresa familiar es aquella en la que la propiedad y la política de la empresa está controlada por miembros de un “grupo de afinidad emocional”⁵⁹. Aun así, no concreta qué debemos entender por este último concepto. Como ya se ha repetido en diversas ocasiones, el carácter emocional que pueda existir entre las relaciones de los miembros que componen la empresa, desde el ámbito jurídico, no estará contemplado ni regulado por ninguna ley.

Otros autores, como GALLO, definen a este tipo de entidades basándose en los nexos de unión de los valores de las dos figuras que la rigen, la familia y la empresa. A este respecto dispone que “tal vez la definición más auténtica ha de basarse en la coincidencia de valores importantes de una empresa y de una familia. En este sentido se debe considerar que una empresa es empresa familiar cuando existe un importante nexo de unión entre una empresa y una familia (...) esta definición, sin embargo, presenta la dificultad de una aplicación práctica rápida en la clasificación de las empresas, pues para poder afirmar de una empresa concreta que es una empresa familiar, sería necesario conocer algo tan difícil de identificar como es la cultura de la empresa y la de una familia con ella relacionada”⁶⁰. Este autor, consciente del tiempo que requeriría lograr los objetivos de esta teoría, ha planteado otro tipo de definición más práctico. Afirma que una empresa podría ser considerada familiar si se dieran alguna de las siguientes tres dimensiones:

1) Dimensión de la propiedad. Es decir, que gran parte de la propiedad de la empresa, normalmente la mayoría, es poseída por una familia que pueda ostentar su poder de control.

⁵⁸ CORONA RAMÓN, *Características de la Empresa Familiar*, Colección Biblioteca de la Empresa Familiar, Associació Catalana de l’Empresa Familiar, 2004, pg.6.

⁵⁹ CARSRUD, “Meanderings of a Resurrected Psychologist or, Lessons Learned in creating a Family Business Program”, *Entrepreneurship Theory and Practice*, 1994, pg.40.

⁶⁰ Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS, “*La empresa familiar: fortalezas y trampas*”, op. y loc. cit., pg.49.

2) Dimensión de poder. En el sentido de que alguno o varios de los propietarios dedican parte de su tiempo a trabajar en la empresa familiar, habitualmente como directivos o miembros de sus órganos de gobierno.

3) Que, al menos, esté incorporada la segunda generación como manifestación de la intención de transmitir con éxito la empresa hacia las generaciones venideras.⁶¹

Con todo, a mi entender, la última definición dada por GALLO resulta la más acertada. Pero cabe añadir que para disponer de una definición más concluyente, no solo es necesario que se den alguna de las tres dimensiones que se proponen, sino que deberían coexistir todas ellas a la vez. De esta forma, resultaría más eficaz para delimitar el concepto de empresa familiar.

La mayoría de la doctrina tiende a formular sus definiciones incluyendo los tres pilares antes comentados. Así pues AMAT considera que “una empresa familiar es aquella en la que hay una familia que es propietaria del total o de una parte relevante de su capital social, lo suficiente para ejercer un control significativo sobre las decisiones de la empresa.” Sin embargo, este autor añade que existen dos aspectos adicionales que ayudan a darle un mayor carácter que son:

1) Cuando la familia puede participar activamente en la gestión de la empresa con uno o varios miembros que trabajen en ella, ya sean en puestos directivos o no.

2) Cuando existe un deseo de continuidad de la empresa del fundador o de la familia propietaria⁶².

También PÉREZ-FANDÓN considera que “se pueden denominar “empresas familiares” las que son propiedad de un grupo familiar o de parentesco en las que, además, interviene activamente en la gestión de la empresa alguno de sus miembros”⁶³. Es decir, la empresa debe pertenecer a una o varias personas que estén ligadas por vínculos de

⁶¹ Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS, *Empresa Familiar. Textos y Casos*, Praxis, Barcelona, 1995, pg.13.

⁶² Cfr. AMAT SALAS, *op.cit.*, pg.123.

⁶³ PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, *op.cit.*, pg.15.

matrimonio o parentesco y, además deben ocupar lugares de dirección. Por lo tanto, los caracteres objetivos que definen este tipo de empresas son:

- 1) Que se trate de una empresa y no de una simple tenencia de bienes o derechos.
- 2) Que sea propiedad de una persona o de un grupo familiar.
- 3) Que este grupo familiar dirija de forma directa y activa la empresa.
- 4) Que haya un propósito de permanencia y continuidad, en el sentido de que se trata de una vocación o deseo de que permanezcan en poder de la familia⁶⁴.

Asimismo, sobre estas características se han pronunciado autores como MARTÍN, quien defiende que una empresa presenta el carácter de familiar “cuando un grupo familiar posee una participación significativa en su capital, que le permite ejercer el control de la misma, y participa, con carácter personal, en su actividades económicas. El carácter familiar imprime a este tipo de empresas una vocación de permanencia gracias al relevo generacional”⁶⁵. También CALAVIA MOLINERO al definirla como “aquella cuya propiedad total o más significativa pertenece a uno o varios propietarios unidos por lazos familiares, participando alguno o algunos de sus miembros en los órganos de gobierno y dirección y cuyo funcionamiento está sometida a unos determinados principios o cultura con clara intencionalidad de ser transmitida”⁶⁶, y SÁNCHEZ-CRESPO, quien además introduce un nuevo concepto, la empresa multifamiliar, afirmando que “podemos considerar como empresa familiar aquella en la que se dan las siguientes circunstancias:

- 1) Una familia (empresa unifamiliar) posee una participación significativa de su capital social, normalmente la mayoría.

⁶⁴ Cfr. PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, op.cit., pg.15.

⁶⁵ MARTÍN FERNÁNDEZ, “Las sociedades holding como instrumento de reorganización del patrimonio familiar (I)”, en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000, pg.24. También en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, “Aproximación a un concepto de empresa familiar”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 43, 1998, pgs. 32-33; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, “La empresa familiar: notas introductorias...”, pg.11.

⁶⁶ CALAVIA MOLINERO, “Sociedad holding familiar: Protocolo familiar y estatutos sociales”, en AAVV., *Fundación Antonio Lancuentra: La empresa familiar*, Escola Universitària d’Estudis Empresarials (UB), Barcelona, 2001, pg.25.

2) Dicha participación permite a la familia ejercer el control político y económico sobre la empresa.

3) La familia participa en la gestión de la empresa de manera activa, mediante el trabajo en la misma de algunos de sus miembros, generalmente en puestos directivos o en el Consejo de Administración.

4) La familia propietaria desea que la empresa continúe en manos de la familia mediante la incorporación a la misma, tanto en la propiedad como en la gestión, de miembros componentes de las siguientes generaciones familiares.

Si esta misma situación se produce con más de una familia participando en la misma empresa nos encontraremos ante una empresa multifamiliar⁶⁷.

En suma, de las definiciones elaboradas por la doctrina se pueden extraer una serie de características comunes como son: una participación importante de la familia en la empresa, la necesidad de que alguno de sus miembros deba estar a cargo de la gestión y ocupando algún lugar directivo, y la clara vocación de continuidad en las siguientes generaciones.

Estas mismas premisas han sido recogidas en el Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar. Dispone que “existe un consenso generalizado sobre las características de las empresas familiares, entre las que podemos señalar:

1) Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social.

2) Que sobre la base de dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa.

⁶⁷ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “La organización del grupo familiar de empresas...”, pg.109.

3) Que la familia participe en la gestión y/o de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el consejo de Administración.

4) Un factor temporal que prácticamente la totalidad de los autores especializados destaca, que es el deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad y/o gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia”⁶⁸.

Si bien la definición de empresa familiar es conceptualmente amplia, nos encontramos con el problema de que un número considerable de empresas no societarias no encuentran cabida en ésta. Esta situación, podría llegar producir algún tipo de discriminación o agravio comparativo.

Por su parte, COURET enumera las siguientes características para delimitar la empresa familiar, añadiendo un nuevo aspecto referente a la procedencia de los recursos financieros de la empresa. De esta forma, dice que se caracteriza por un modo particular de ejercicio del poder económico; es decir, los accionistas principales son miembros de una misma familia. Quien ejerce el poder es el jefe de una familia, por lo que en sus decisiones empresariales se entrecruzan los intereses familiares. Asimismo, esta clase de entidad reposa en una percepción particular del riesgo y la responsabilidad. En cambio, en una organización no familiar se invierten recursos que pertenecen a un tercero, en la empresa familiar con frecuencia se invierten o reinvierten recursos de procedencia familiar. Por último, añade que lo que hoy se denomina “cultura de la empresa” será la dominante en el seno del grupo familiar. Y termina recordando que la empresa familiar está amenazada estructuralmente en su continuidad⁶⁹.

Respecto de este nuevo aspecto cabe señalar que la responsabilidad exigida para el manejo de fondos propios es distinta de la requerida para la administración de bienes ajenos. En el caso de estas entidades, es frecuente la asunción de mayores riesgos. Las

⁶⁸ Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001), pgs.25-26.

⁶⁹ COURET, “Le concept d’entreprise familiale et sa place dans les économies nationales et européennes”, *Annales de l’Université de Toulouse*, Tome XLI, 1993, pg.13.

consecuencias afectarán en exclusiva a los miembros de un mismo grupo familiar, cuyos ideales son conocidos.

Por último, sobre aquellas situaciones en las que existe un patrimonio ganancial, se ha pronunciado RAMS, quien basa su estudio atendiendo las siguientes características:

- “Requiere de un acto de voluntad específico del creador o de los creadores por el cual un elemento patrimonial ganancial o privativo o varios de una u otra caracterización, se separan de la generalidad de la masa, o masas, en que se encuentran o por las que se adquieren con la finalidad específica de crear una unidad económica que será objeto de una gestión propia y separada respecto de la masa o masas en que se integran contablemente.

- La unidad creada debe una consistencia patrimonial propia y separada del resto del conjunto patrimonial”⁷⁰.

Y, siguiendo con la misma definición GARCÍA CANTERO tan solo le añade dos notas: la primera, que es un acto fundacional de destinación económica; y la segunda, la colaboración personal de, al menos, uno de los cónyuges en la explotación⁷¹.

4. CARACTERÍSTICAS CONSTITUTIVAS DE LA EMPRESA FAMILIAR

Para poder adaptar el concepto de empresa a este tipo de organizaciones es necesario no solo identificarlas como tales, sino también conocer en profundidad algunos de los rasgos característicos que la conforman. Esto no implica que obligatoriamente deban coexistir todos ellas en una misma entidad. Si tenemos en cuenta la gran semejanza de las anteriores definiciones, interesa ahora analizar el significado de las características generales más relevantes.

⁷⁰ Cfr. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pg. 141.

⁷¹ Cfr. GARCÍA CANTERO, “*Empresa familiar y sociedad de gananciales*”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995, pg.92.

4.1. NATURALEZA

Por empresa se entiende una “entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, que se dedica a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad”⁷². La Real Academia Española la define como “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”⁷³.

También la Comisión Europea, en la Recomendación 2003/361/CE, ha tratado el tema disponiendo que “se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán así las que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular”⁷⁴.

De igual forma, la jurisprudencia destaca la importancia de la organización a la hora de definirla. Así, la ha configurado como “una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva integrada no solamente por determinados elementos singulares, sino también, por el elemento preponderante de la organización, fuente de dinamismo y creador en la esfera de la producción económica”⁷⁵.

En la misma línea se ha pronunciado la doctrina. Autores como SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE definen la empresa como “una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de unos precios y otros”⁷⁶. También FONT, basándose en dos de los principios contemplados en la Constitución Española (“la libertad de empresa” contemplada en su artículo 38, y la “iniciativa pública en la actividad económica” del artículo 128.2), orienta su definición atendiendo a la exigencia de productividad de la

⁷² MARTÍNEZ MARÍN y otros, *Diccionario de términos jurídicos*, Comares, Granada, 1994.

⁷³ Extraído de la Real Academia Española: <http://buscon.rae.es/draeI/>, 19-09-2011.

⁷⁴ 2003/361/CE: Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 124 de 20.5.2003).

⁷⁵ STS (Sala 1ª), de 7 de marzo 1994.

⁷⁶ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 34ª ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pg.100.

empresa y su subordinación a las “exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Además, del anteriormente mencionado artículo 38, así como al cometido de los poderes públicos, dispuesto en el artículo 129.2 del mismo código, a “fomentar eficazmente las diversas formas de participación en la empresa” de los trabajadores. Por todas estas conclusiones, la define como “organización económica productiva y socioeconómicamente eficiente creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público) atribuido de libertad económica, con participación de los trabajadores”⁷⁷.

Por otra parte, en el ámbito rural podríamos equiparar al concepto de empresa a la definición de explotación agraria dada por Ley 35/2011, de 4 de octubre. Dicha norma la considera como un “conjunto de bienes y derechos organizados por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituye en sí misma unidad técnico-económica, pudiendo la persona titular o titulares de la explotación serlo por su condición de propietaria, arrendataria, aparcera, cesionaria u otro concepto análogo, de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria” (disp. final tercera LTCEA).

De todas las definiciones expuestas se desprenden tres notas características que debe reunir cualquier empresa: que se trate de una organización de capital y trabajo, que se ejerza una actividad económica, y que tenga fines lucrativos.

Sin embargo, opino que para alcanzar el calificativo de familiar estas entidades tan solo podrán adoptar la forma societaria, y sus integrantes deberán estar ligados, en su mayoría, por vínculos familiares.

4.2. ACTIVIDAD ECONÓMICA

Se consideran actividades económicas cualesquiera de carácter empresarial, siempre y cuando supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (cfr. arts. 78 y 79 LRHL). Excluyo intencionadamente el carácter profesional de la actividad económica para las entidades familiares ya que no es posible la transmisión, ni *inter vivos* ni *mortis causa*, de una titulación profesional.

⁷⁷ FONT GALÁN, “La empresa” en AAVV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pgs.67-68.

Como todas las empresas, del tipo que sean, las familiares también pueden dedicarse a cualquier actividad, siempre y cuando ésta sea lícita, determinada y no contraria al orden público. Sin embargo, para que gocen de la exención impositiva del impuesto sobre el patrimonio, no deben tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (cfr. art. 4.8.dos.a) LIP).

Aun así, no existe ninguna norma que regule ni aclare en qué consiste gestionar un patrimonio mobiliario o inmobiliario “por lo que cabe una interpretación literal de la misma (...) la gestión de las rentas pasivas, es decir, elementos que generan rentas por la mera titularidad, sin necesidad de una ordenación de medios materiales y humanos, no siendo necesaria ninguna infraestructura de gestión”⁷⁸.

En el ámbito rural, la Ley 35/2011, de 4 de octubre define la actividad agraria como el “conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales” (disp. final tercera LTCEA), concepto equiparable a actividad económica.

4.3. CONTROL

Por control debe entenderse la capacidad para tomar las decisiones empresariales con el suficiente poder o, lo que es lo mismo, disponer de la mayoría de las acciones o participaciones en caso de las sociedades reguladas por la Ley de Sociedades de Capital. Todo ello sin necesidad de someter estas cuestiones a la aprobación de terceros.

En la Ley General de la Seguridad Social, se establece de una forma más concreta, los requisitos necesarios para poder ostentar el control de una sociedad. Así pues, en dicha ley se considera que se posee el control efectivo, directo o indirecto, de una empresa cuando se posean acciones o participaciones que supongan, al menos, el 50% del capital social de dicha empresa. Además, también se presumirá que existe dicho control cuando para un trabajador concurra alguna de las siguientes circunstancias:

⁷⁸ CALAF AIXALÀ, “La tributación de las empresas familiares”, en AAVV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi, Navarra, 2004, pg.225.

1) Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2) Que su participación en el capital social sea igual o superior a una tercera parte.

3) Si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad, que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo (cfr. disp. adicional vigésima séptima LGSS).

4.4. GESTIÓN

La responsabilidad de la gestión, que recae en los directivos o en los órganos de gobierno de la empresa familiar, debe entenderse como la realización de determinadas tareas. Esto comprende todo lo relacionado con la planificación, la organización, la dirección y el control. Dichas ocupaciones están enfocadas a la obtención de beneficios, mediante la organización de los recursos tanto económicos, como patrimoniales, como humanos.

En las empresas familiares, la gestión debe ser ejercida, por lo menos, por un miembro de la familia que, además, debe ocupar un cargo directivo o ser miembro de los órganos de gobierno de dicha empresa, tales como la Junta General o el Consejo de Administración.

4.5. PROTOCOLO FAMILIAR

El protocolo familiar debería ser el mecanismo que sirviera para organizar la empresa de tal forma que garantice su éxito en el mercado, su continuidad y su traspaso entre generaciones. La única normativa que lo define de una manera expresa es el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, y lo considera como “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 la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad” (art. 2 del RD 171/2007, de 9 de febrero), sin embargo, en esta definición, no tienen cabida las empresas que sí cotizan en bolsa.

La mayoría de la doctrina existente coincide en afirmar que el objetivo del protocolo es el de establecer el marco en el que se puedan desarrollar las relaciones sobre las que se constituyen todas las entidades familiares -familia, propiedad y empresa-. Igualmente, debe preparar el cambio generacional, lo que constituye un compromiso de futuro de los miembros de la familia en relación a la empresa, e intenta evitar recurrir a los tribunales cuando surgen conflictos⁷⁹.

4.6. POLÍTICA DE ENDEUDAMIENTO

A pesar de que parte de doctrina defiende que la búsqueda de la financiación debe realizarse en mercados de capitales y no entre los socios⁸⁰, en mi opinión, esta financiación debería provenir, preferentemente, de la aportación realizada por los socios familiares.

En primer lugar, resultará indudablemente más fácil obtener esta financiación entre los miembros de la familia; se evitan así los requisitos formales que le serían exigidos si acudiese a los mercados financieros, y el previsiblemente elevado coste de estas operaciones. Por otra parte, también se estimula la motivación de los socios para que inviertan en su propia empresa, de la cual conocen su potencial y participan de sus objetivos, frente a otras posibles inversiones cuya rentabilidad y riesgos escapan a su control.

4.7. INCORPORACIÓN DE NUEVOS MIEMBROS

La vocación de continuidad es otro de los requisitos indispensables para las empresas familiares. Por ello, la mera intención de la transmisión intergeneracional no

⁷⁹ Véase. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, en AAVV., *La empresa familiar: manual para empresarios*, Deusto, Barcelona, 2005, pgs.25 y ss.; PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, op.cit., pgs.40 y ss.; WARD, “Protocolo familiar”, en AAVV., *La empresa familiar 4*, Estudios y Ediciones IESE, Navarra, 1993, pgs.207 y ss.

⁸⁰ Cfr. Nieto Sánchez, loc. cit., pg.90.

resulta suficiente y debe materializarse a través de la incorporación de uno o varios miembros de la siguiente generación, con las implicaciones que sobrelleva.

De tal modo, y en vista de que esta realización no quede en el mero plano desiderativo, deberán desarrollarse políticas de formación e incorporación de los nuevos familiares con una serie de condiciones y restricciones. Al tiempo, los distintos órganos de gobierno de la empresa, tienen la obligación de alcanzar un acuerdo sobre una cuestión sensible y fundamental para la continuidad de la empresa. Este hecho es *per se* un claro signo de materialización de este aspecto.

5. FORMAS DE RELACIÓN INTERNA DE LA EMPRESA FAMILIAR

En las entidades familiares se entremezclan las relaciones afectivas con las empresariales y económicas. En consecuencia, se hace necesaria la regulación o el establecimiento de límites entre la familia y la empresa. La finalidad es evitar la toma de decisiones en las que haya prevalecido el afecto en perjuicio de los intereses empresariales. En las entidades de este tipo “confluyen la propiedad, la gestión, la familia y la vocación de continuidad”⁸¹ y, por tanto, es necesario conocer en profundidad las interacciones que en ella se generan y qué efectos producen.

Durante la primera etapa de la empresa, las relaciones que pueden coexistir son muy sencillas, pues suelen centrarse en la figura del fundador. Con el paso del tiempo, y a medida que el negocio funciona y crece, es cuando aumenta el número de personas que forman parte de la entidad. Por tanto, aparece un mayor número de interrelaciones entre sus componentes. Como ya se ha señalado, esto comporta unos objetivos, finalidades y maneras de trabajar frecuentemente dispares, lo que propicia también que surjan tensiones y conflictos en su interior.

La gran dificultad de todo empresario familiar es la conciliación de su condición de trabajador con la de ser miembro de una familia. LANSBERG apunta que “la empresa familiar consta en realidad de dos subsistemas interconectados: la familia y la empresa. Cada uno de estos dos “círculos” tiene sus propias normas, reglas para sus participantes,

⁸¹CANEDA MORALES, “Prólogo”, en AAVV., *La empresa familiar: manual para empresarios*, Deusto, Barcelona, 2005, pg.13.

estructura de valores, y estructuras organizativas. Los problemas surgen porque unas mismas personas deben desempeñar cometidos en los dos círculos, por ejemplo, como padres y como jefes”⁸². Por esta razón, puede decirse que uno de los grandes retos de las entidades familiares es la búsqueda de estrategias que ayuden a conjugar y satisfacer tanto las necesidades como las demandas de estos dos subsistemas, de manera que ninguno de ellos se vea afectado de forma negativa.

Para poder clasificar las relaciones que coexisten dentro de esta tipología de empresa, seguiremos el esquema que crearon los norteamericanos DAVIS y TAGIURI conocido como el modelo de los tres círculos⁸³. Se estructura en base a tres círculos que representan los pilares fundamentales de estas entidades (familia, propiedad y empresa), y de cuyas intersecciones surgen siete subgrupos que representan las distintas modalidades de relación entre las personas que la integran. Según los intereses y funciones que estos miembros ejercen en la empresa, todas ellas pueden situarse en alguno de estos subgrupos que se clasifican en:

1) *Familiares no accionistas*. Se consideran a miembros de la familia que no son ni propietarios ni trabajan en la empresa.

2) *Accionistas*. Son los propietarios de la entidad, pero que no trabajan en ella y tampoco pertenecen a la familia.

3) *Empleados y directivos*. Se refiere a los trabajadores de la empresa, que no pertenecen a la familia y no son propietarios de la entidad.

4) *Familiares accionistas*. Son aquellos miembros de la familia y que, además, son propietarios de la empresa.

5) *Trabajadores familiares no accionistas*. Familiares que tan solo trabajan en la empresa.

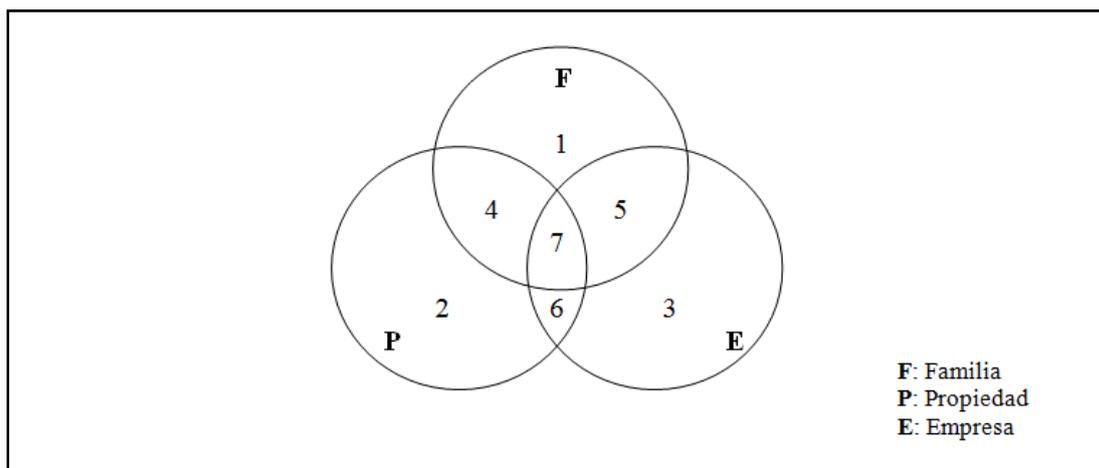
⁸² GERSICK y otros, *Generation to generation. Life Cycles of the Family Business*, Harvard Business School Press, Boston, 1997, pg.5.

⁸³ TAGIURI y DAVIS, “Bivalent attributes of the family”, *Family Business Review*, vol. 9, núm. 2, 1996, pg.200.

6) *Directivos y accionistas no familiares*. Incluye aquellos que son propietarios de la empresa y que también trabajan activamente.

7) *Líderes*. Aquellas personas que son miembros de familia, propietarios y que además trabajan en la entidad⁸⁴.

Figura 2. Modelo de los tres círculos



Fuente: TAGIURI y DAVIS, “Bivalent attributes of the family” (1996)

De lo expuesto se desprende que la situación de una persona en un determinado sector, está condicionada en función de los puntos de conexión que tiene en relación con la organización. Así pues, cuantos menos puntos de conexión tenga, su situación corresponderá a los sectores más externos y de una responsabilidad menor (sectores 1, 2 y 3 de la Figura 3), mientras que los que tengan más puntos de conexión estarán situados en los sectores más internos, y de mayor responsabilidad (sectores 4, 5, 6 y 7).

Esta división sectorial, en la que “clasificamos” a las personas según la posición que ocupan dentro del modelo, nos ayuda a comprender el porqué de muchos de los conflictos que surgen en el seno de la empresa. Igualmente, estructura las prioridades que dichas personas tienen dependiendo de la forma de ver a la entidad, según la posición que ocupan en el modelo. O lo que es lo mismo, “ayuda a todos a ver cómo el rol que ocupa una persona dentro de la organización influye en su punto de vista”⁸⁵. Es por esta razón que se podría afirmar que la empresa ideal sería aquella en la que coincidiesen los intereses

⁸⁴ Cfr. TAGIURI y DAVIS, loc.cit., pgs. 199-208.

⁸⁵ GERSICK y otros, op.cit., pg.7.

de todos los subgrupos o la gran mayoría de ellos. Pero la práctica nos lleva a concluir que raras son las veces en las que esta situación se produce, con lo que la continuidad de la entidad puede resultar negativamente afectada con el surgimiento de estos conflictos.

Estos círculos suelen sufrir cambios constantes, pues las incorporaciones y salidas en los mismos, consecuencia de los matrimonios, la natalidad, los divorcios y las defunciones, les afectan de manera directa. Este movimiento en las relaciones entre los miembros de los tres sistemas suelen producir situaciones de gran riesgo para las empresas familiares. Por este motivo resulta muy aconsejable, e incluso podría afirmarse que necesario, contemplar la previsión de las posibles soluciones en caso de que surgieran conflictos. Como señala GALLO, pueden poner en peligro las fortalezas más básicas de la empresa familiar –la armonía y la dedicación- haciendo que se transformen en sus debilidades más profundas –la desunión y la abstención- conllevando a prolongadas crisis estructurales⁸⁶.

6. LA CULTURA DE LA EMPRESA FAMILIAR

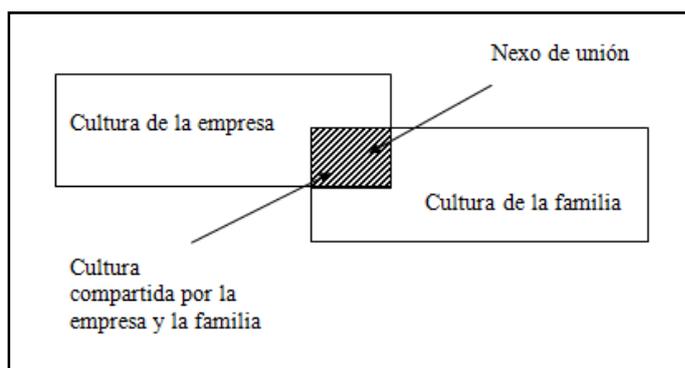
Toda empresa pretende conseguir unos objetivos, y para su consecución es necesario establecer una línea estratégica de actuación y de prioridades. Esta se basa en la filosofía de los dirigentes, que comprende el conjunto de formas de pensar, de sentir y de actuar. A su vez, deben ser compartidas por los miembros que la componen, hecho que termina por conformar las características identificativas de dicha entidad, lo que comúnmente se conoce como “cultura empresarial”.

La cultura se forma a través de las experiencias vividas por sus componentes y de un aprendizaje común, lo que implica que la empresa pase de ser una suma de personas a formar un grupo con sentimientos y valores comunes. Con los resultados obtenidos por las decisiones tomadas, se llegan a establecer creencias válidas para todos los miembros del grupo. Frecuentemente, sucede que esta cultura se va formando cuando la continuidad de la entidad está en peligro, y cuyo origen puede estar en el entorno o en la propia organización; o cuando deben tomarse decisiones que influyan más adelante en el tipo de

⁸⁶ Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS, “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en GARRIDO DE PALMA (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995, pgs.41-42.

empresa que se quiere ser, y los miembros que deban componerla. En las entidades familiares, la transmisión a las siguientes generaciones es muy importante. Precisa de una condición activa por parte de sus miembros para su enseñanza, que debe ser transmitida, en parte, mediante el ejemplo en la vivencia de valores y con la aplicación de creencias en situaciones críticas⁸⁷.

Figura 3. Cultura empresa



Fuente: GALLO LAGUNA DE RINS (1995).

La necesaria coexistencia de los dos elementos que conforman a estas entidades hace imprescindible su armonía. La creación de una filosofía tanto empresarial como familiar debe constituir su esencia, con el objetivo de sobrevivir al fundador y mantenerse después del relevo generacional. La instauración de esta filosofía no es fácil, pues con el paso del tiempo la sociedad evoluciona de forma imprevisible. Por tanto, las empresas deben saber y poder adaptarse a dicha transformación sin renunciar a sus principios propios, que provienen de la figura del fundador.

La doctrina, al tratar el tema de la cultura en la empresa familiar, tiene diferentes puntos de vista en el momento de delimitar los componentes que la forman. Hay quien considera que tan solo está constituida por el conjunto de los valores específicos de cada entidad, aunque debe existir el deseo e intención de la familia de transmitirlos a las generaciones venideras⁸⁸. Otros argumentan que si bien los valores son el núcleo de toda cultura empresarial, pues crean un sentido de identidad que define el carácter fundamental

⁸⁷ Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS, *Empresa Familiar. Textos y Casos*, op. y oc. cit., pgs.3 y ss.

⁸⁸ Cfr. CALAVIA MOLINERO, "Sociedad holding familiar: Protocolo familiar y estatutos sociales", op.y loc. cit., pg. 25.; CALAVIA MOLINERO, "Protocolo familiar y estatutos sociales", en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000, pg.131.

de la familia empresaria, son necesarios, además, los compromisos y la filosofía para conformar la cultura empresarial⁸⁹.

Aunque resulta cierto lo expresado por ambos autores en referencia a que la cultura de la empresa familiar está compuesta por un conjunto de valores, no es menos cierto que éstos comportan la asunción de compromisos por parte del grupo familiar. Uno de los que debería destacar es la verdadera intención de continuidad en las siguientes generaciones. Aun así, a mi juicio, cabría añadir que también influyen en la constitución de estos valores otros elementos derivados de las experiencias vividas en el transcurso de la vida, tanto empresarial como familiar.

Por su parte, GALLO defiende que la cultura de una empresa está estructurada en tres niveles de elementos estrechamente relacionados entre sí:

1) *Los artefactos*. Los constituyen los “objetos visibles” que son considerados tradicionales en la empresa como pueden ser muebles, expresiones audibles que son repetidas habitualmente en la empresa, etc.

2) *Los valores*. Son aquellos “principios operativos” que influyen a la hora de tomar una decisión en la entidad y que tiene que ver con el concepto de lo deseable que cada valor significa para la empresa, como por ejemplo puede ser la preferencia de la autofinanciación.

3) *Las creencias*. Se trata de aquellas respuestas aprendidas a través de las experiencias vividas por la entidad que por haber funcionado en el pasado, se consideran válidas para resolver los problemas futuros⁹⁰.

Sin embargo, a diferencia de GALLO, considero que los artefactos no constituyen ni forman parte de la filosofía de la empresa, aunque se pueda tener apego hacia las cosas materiales. Inevitablemente, con el paso del tiempo se van deteriorando y destruyendo, y a

⁸⁹ Cfr. TAPIES LLORET, *Empresa familiar: ni tan pequeña ni tan joven*, Fundación Jesús Serra, Barcelona, 2009, pg. 57.

⁹⁰ Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS, “*Cultura en empresa familiar*”, en AAVV., *La empresa familiar 4*, Estudios y Ediciones IESE, Navarra, 1993, pgs. 228 y ss.; GALLO LAGUNA DE RINS, *Empresa Familiar. Textos y Casos*, op. y loc. cit., pgs.1 y ss.

lo sumo pueden llegar a conformar un símbolo, sin otra pretensión. Lo verdaderamente importante, y lo que va a ayudar a que la entidad perdure en el tiempo, mantenga su filosofía y su manera de funcionar, son los valores y las creencias.

Lo que hace diferente a una empresa familiar del resto es que los rasgos de la cultura de la familia forman parte de la esencia de la empresa. Asimismo, los propietarios tienen la intención de que sea transmitida a las siguientes generaciones⁹¹. Por esto, en el proceso de la formación identitaria presentan diferencias importantes con las entidades no familiares. El mismo autor las distingue en cuatro puntos:

1) La empresa familiar tiene más grupos de interesados y un mayor número de interrelaciones entre ellos, ya que conviven tres grupos de personas: los propietarios, los trabajadores y los miembros de la familia. Por contra, en una entidad no familiar el grupo de los miembros de la familia ya no existe, resultando más estables las relaciones. La “presión” o los lazos afectivos de sus miembros no existen bajo esta forma.

2) Durante la primera generación -y, parcialmente, en la segunda-, el poder de la empresa familiar se ostenta de forma diferente, caracterizándose por su intensidad. En primer lugar, porque el fundador suele ostentar el poder sin hacer importantes concesiones; y, en segundo término, por su duración, ya que el fundador suele estar al frente desde la iniciación hasta una edad muy avanzada, que normalmente suele ser otros de los graves problemas que podemos encontrar en la entidad familiar. Por el contrario, en la segunda generación suele haber una confrontación entre sus miembros puesto que todos acostumbran a buscar el poder de decisión sobre la empresa.

3) En la entidad familiar, los accionistas acostumbran a tener un compromiso distinto entre ellos y la empresa, ya que suelen ser activos y están comprometidos no solo con su patrimonio, sino también en sus actitudes.

⁹¹ Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS y ESTAPÉ LINARES, “La empresa familiar entre las 1.000 mayores empresas de España, en AAVV., *La empresa familiar 4*, Estudios y Ediciones IESE, Navarra, 1993, pg.22.

4) Los ciclos de evolución y desarrollo de la entidad familiar tiene conexiones con las cambiantes necesidades de los miembros de la familia que la dirigen, y de aquellos que la poseen⁹².

Los elementos que constituyen la cultura de una empresa familiar suelen ser mucho más estables que en otras entidades al no estar sujetas a continuos cambios en la gestión, primando la calidad sobre otros enfoques estratégicos, conformándose con ello una mejor oferta de bienes y servicios, y consolidando la “marca de calidad” como una imagen que suele identificarse con las empresas familiares⁹³.

Resulta evidente que los objetivos empresariales derivan del enfoque que los directivos de la entidad le quieran dar. Teniendo en cuenta que en el caso de las empresas familiares los directivos actuales y los futuros compartirán, por definición, una misma filosofía, se propiciará la consolidación de su oferta como distintivo de calidad.

7. MODALIDADES DE EMPRESA FAMILIAR

La amplia variedad de empresas familiares existentes dificulta una clasificación sobre la base de su tipología. Elaborar un esquema general y común a todas ellas es complejo puesto que al existir una estrecha vinculación entre la familia y la empresa hay que contemplar los distintos valores, objetivos y maneras de organización, entre otros muchos aspectos, únicos de las diferentes familias. Incluso así, para poder comprender mejor este tipo de entidades es necesario proceder a una serie de clasificaciones, sobre la base de las distintas características que les son comunes. Así pues, las empresas familiares pueden clasificarse del siguiente modo:

1) *Por la forma de organización jurídica*, pueden organizarse jurídicamente como:

1.1) Empresa familiar individual, en la que el titular es cualquiera de los progenitores o descendientes.

1.2) Como forma societaria regulada en el ordenamiento.

⁹² Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS, *Empresa Familiar. Textos y Casos, op. y loc. cit.*, pgs.7 y ss.

⁹³ Cfr. CORONA RAMÓN, *op.cit.*, pg.18.

No existe un concepto jurídico que defina explícitamente qué es una empresa individual; sin embargo, en los artículos 5 a 12 del Código de Comercio podemos encontrar alguna de las características e implicaciones que existen entre la empresa y la familia.

Para la creación de una empresa familiar individual no son necesarios ningún tipo de obligaciones o formalidades. El Código de Comercio permite crearlas *de facto*, cuando en su artículo 1 dispone que, para ser considerado comerciante es necesario tener capacidad legal⁹⁴ para ejercer el comercio y que se dediquen a él habitualmente. La gestión debe ser desarrollada por el propio empresario, sin que existan órganos ni sistemas para tomar decisiones. Todo el patrimonio del empresario queda afectado a la responsabilidad por su actividad empresarial⁹⁵.

2) *Por su dimensión* pueden ser: microempresas; pequeña; media; y gran empresa.

La Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003⁹⁶, define los parámetros para pertenecer a cada tipo de empresa. Asimismo, el artículo 108 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, considera a una empresa de reducida dimensión cuando el importe neto de la cifra de negocios habida en el periodo impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros.

La doctrina también propone una clasificación desde otros puntos de vista, en los que las cuestiones meramente materiales pasan a segundo plano. De esta forma, destacan otros aspectos derivados de la estructura familiar como el grado de implicación de la familia en la empresa, el grado evolutivo en la que se encuentra o el estilo de gestión adoptado por sus directivos.

Atendiendo al grado de implicación de los miembros de la familia en la empresa se ha pronunciado CALAVIA MOLINERO. El autor tiene en cuenta la filosofía en cuanto a la incorporación de familiares de forma activa o no en la empresa, el motivo que les ha

⁹⁴ La capacidad legal está regulada en el art. 4 del Código de Comercio de 1885 el cual dispone: “tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes”.

⁹⁵ Cfr. PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, op.cit., pg.21.

⁹⁶ 2003/361/CE: Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003).

llevado a crear la empresa, o las circunstancias por las que forman parte de ella. Para él que existen cuatro modalidades de empresa familiar:

1) *Empresa de trabajo familiar*. A través de la cual los propietarios tienen una intención de que los miembros de la familia trabajen en ella. Esto no significa que no se contraten a personas ajenas a la familia.

2) *Empresa de dirección familiar*. Es aquella en la que los propietarios tienen la voluntad de continuar unidos en la propiedad, pero solo los miembros de la familia más capacitados para dirección son los que trabajarán en ella ocupando cargos en los órganos de dirección o de gobierno.

3) *Empresa familiar de inversión*. Formada por los miembros de una o varias familias que están unidos para hacer inversiones en actividades de negocio, consistiendo su trabajo esencialmente en la adopción de las decisiones de inversión y en su control. No hay una intencionalidad de participar en la gestión y dirección.

4) *Empresa coyuntural*: los miembros de la familia están unidos como propietarios por circunstancias de herencia y no por una elección voluntaria. Cuando hay oportunidad de vender su parte o de asociarse con terceros no se rechazan tales opciones⁹⁷.

Este método de clasificación tiene la ventaja de permanecer invariable a lo largo del tiempo pues, a diferencia del resto, no dependerá del grado de madurez alcanzado por la empresa. Sin embargo, esta clasificación adolece de indefinición en cuanto al tamaño y objetivos de las empresas familiares, datos que suelen ser de gran utilidad para su correcta identificación.

Otros planteamientos, como el de GERSICK y otros, establecen sus clasificaciones sobre la base del grado evolutivo en el que se encuentra la empresa en cada momento. No se puede tratar por igual a una empresa de reciente creación y controlada únicamente por una persona -normalmente el fundador- que a otra empresa en la que su desarrollo ha generado una estructura compleja en la que intervienen varias generaciones. Las

⁹⁷ Cfr. CALAVIA MOLINERO, "Sociedad holding familiar: Protocolo familiar y estatutos sociales", op. y loc. cit., pg.26.

necesidades, objetivos, y conflictos son totalmente dispares. Todo ello se tiene en cuenta para formular la siguiente clasificación:

1) *La propiedad de la empresa pertenece al fundador*. Es la etapa de la creación e iniciación de la empresa. Está controlada por la primera generación de la familia y coincide con los comienzos de la empresa. Suele estar dirigida por un empresario individual. En este tipo de empresas nos encontramos con:

1.1) Problemas de la propiedad: La propiedad pertenece a la persona fundadora, aunque algunas veces es compartida con el cónyuge o con algún socio minoritario. El control de las decisiones estratégicas y operativas es llevado a cabo por el fundador. Sin embargo, el problema aparece cuando hemos de tener en cuenta la figura del cónyuge versus la sociedad. El cónyuge puede adoptar un papel basado en dar apoyo al fundador, sin adoptar ninguna actitud intervencionista; o por el contrario, participar activamente en la gestión de la sociedad, por lo que sería recomendable una regulación con la finalidad de que las decisiones fuesen adoptadas mancomunadamente.

1.2) Problemas de la familia: las variables que dan forma a este tipo de familia y que se deberán tener en cuenta son la misma naturaleza del matrimonio, la distribución de la dirección de la empresa entre los cónyuges, y la relación con el resto de la familia.

1.3) Problemas de la empresa: el fundador es el encargado de trabajar para obtener un producto lo suficientemente valioso como para vender, al mismo tiempo que debe conseguir la lealtad de los clientes, empleados y otras partes interesadas, como de la familia, los bancos y los proveedores.

2) *Asociación de hermanos*. Es la etapa en el que la empresa se encuentra en proceso de crecimiento y desarrollo, momento en el que coincide con una serie de problemas como la finalización de la etapa de control total de la empresa por el fundador, debe darse entrada en la empresa a la siguiente generación, hay una reestructuración de la empresa y sus sistemas con la finalidad de iniciar y mantener su crecimiento.

2.1) Problemas de la propiedad:

2.1.1) Interacción de la expansión de la empresa con la entrada de la segunda generación. Este problema está relacionado con el reparto de las acciones o participaciones, lo que debe estar orientado a conseguir la máxima profesionalización de sus integrantes con la finalidad de alcanzar el crecimiento de la empresa.

2.1.2) Interacción entre la segunda generación con el desarrollo de las siguientes generaciones de la familia. Esto implica la visión a la hora de distribuir la propiedad entre las generaciones más jóvenes, que probablemente estarán decidiendo todavía como quieren orientar su futuro profesional.

2.2) Problemas de la familia. Se encuentra con la dificultad de combinar tres de los factores más importantes en una empresa familiar: la financiación, la afectividad y la interdependencia profesional entre las generaciones. La entrada de una nueva generación puede producir enfrentamientos entre los miembros más jóvenes, los de mediana edad y los que se encuentran en etapa de jubilación, y pueden terminar generando una tensión en las relaciones familiares.

2.3) Problemas de la empresa: cuando la empresa llega a su fase de crecimiento, los directivos se encuentran con las siguientes necesidades:

2.3.1) Conseguir profesionales con conocimientos y habilidades, estructuras organizativas y sistemas de información con la finalidad de mejorar la coordinación para los cambios.

2.3.2) Elaborar un plan estratégico para prevenir futuros problemas como la capitalización, la competencia, el desarrollo de nuevos productos, etc.

3) *Consortio de primos*. Es la etapa de mayor complejidad en la que se encuentra la empresa familiar. Está compuesta por multiplicidad de generaciones e implica la coexistencia de varias ramas familiares. Llegados a este punto, la empresa ya ha alcanzado un nivel de madurez en los negocios. Esta situación puede ser difícil de manejar, pero al mismo tiempo puede generar oportunidades para los miembros de la familia y los

propietarios, ya que activa las relaciones entre los miembros que componen el modelo de los tres círculos⁹⁸ (propiedad, familia y empresa).

3.1) Problemas de propiedad. El aumento de la familia implica una mayor diversidad en la empresa. Aunque, cuando se llega a la tercera generación, suele haber una rama de la familia que es la que se encarga de asumir el control de los negocios. Pero la clave para que exista una gestión eficaz reside en desarrollar un sistema de participación y de gobierno que informe a todos los miembros de la familia (tanto a accionistas como a no accionistas) y que les otorgue un papel en el que puedan participar, a través de sus opiniones, en la empresa, preservando su integridad. En el momento en el que los accionistas no reciben información de forma correcta o si sienten que sus necesidades económicas no están lo suficientemente satisfechas, lo más probable es que el ánimo de vender la empresa vaya creciendo.

3.2) Problemas de la familia. Al coexistir varias familias, cada una de ellas tiene una forma distinta de pensar y de actuar. Aunque a pesar de las diversas generaciones, todas ellas pueden llegar a compartir unos valores básicos que puedan ayudar a definir su identidad. El liderazgo de un miembro de la familia puede ayudar a conseguir este objetivo.

3.3) Problemas de la empresa. Llegados a esta etapa, la empresa se ha convertido, seguramente, en dominante y competitiva en el mercado, pues ya habrá conseguido la fidelidad de su clientela a través de costes o productos ventajosos. Aunque a veces, el tamaño y la madurez de la empresa conllevan desventajas como la falta de enfoque estratégico o un estancamiento en la innovación de sus productos.

4) *Controlada por la familia a la que se le ha pasado el control de mando*: en esta etapa aparecen diversidad de sucesiones y con ello diferentes sueños y retos entorno a los miembros que componen la empresa familiar. En esta etapa la preocupación principal es la unificación para dar continuidad a la empresa⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. TAGIURI y DAVIS., op. y loc. Cit., pgs.199-208.

⁹⁹ Cfr. GERSICK y otros, op.cit. pgs.133 y ss.

Esta clasificación se centra exclusivamente en la composición de la propiedad de la empresa familiar. Si bien es un elemento significativo de su proceso evolutivo, a mi entender no es un factor que aporte ningún dato que resulte útil para efectuar comparaciones, puesto que por sí solo no es determinante para el funcionamiento de la empresa.

A raíz de un estudio realizado por GIMENO, BAULENAS y COMA-CROS, en el que utilizan la base de datos de FBK-Database y en el que se integraron los parámetros de 1.237 empresas familiares españolas, otra parte de la doctrina plantea un nuevo tipo de clasificación, basado en la complejidad y desarrollo de la estructura de la empresa. En este estudio se identifican seis categorías de empresas familiares que son:

1) *Modelo Capitán*. Se compone básicamente de las PYMES (pequeñas y medianas empresas), pero abarca desde empresas realmente pequeñas hasta las medianas. Tienen una edad media de 28 años, aunque a partir de los 20 ya empiezan a decaer, y a partir de los 40 años tiene una presencia muy marginal. Son aquellas empresas que las dirige únicamente el fundador (aunque en ocasiones éste comparte la propiedad con su cónyuge y más adelante con sus hijos), y suelen durar hasta que se retira.

2) *Modelo Emperador*. Su edad media es de 41 años. Existen dos generaciones trabajando juntas, aunque el poder está en manos de una sola persona que es la que lidera tanto la empresa como la familia. El accionariado está también repartido entre dos generaciones distintas. Este modelo se constituye en el tiempo, la frecuencia empieza siendo baja pero crece rápidamente durante los primeros 40 años y después baja drásticamente.

3) *Modelo Equipo Familiar*. En este caso la complejidad de la familia es superior a la complejidad de la empresa. En este modelo se establecen restricciones al acceso de familiares a la entidad, puesto que su escasa dimensión limita la proyección profesional que los miembros de la familia quisieran tener, y optan por trabajar fuera de la empresa. Con el tiempo, la complejidad familiar aumentará y esto hará que este modelo entre en situación de riesgo, dado que la actual estructura de la empresa no podrá absorber a tanto personal. Para ello sería necesario desarrollar más su estructura, pero muchas veces no cuenta ni con los recursos económicos para ello, ni con la organización que se requeriría.

4) *Modelo Familia Profesional*. En este modelo la complejidad de la empresa es notablemente superior a la complejidad de la familia. El crecimiento y desarrollo no se ha debido solo a un líder muy competente, sino a una estructura de empresa familiar bien desarrollada. La familia está muy implicada en la gestión y es el modelo que tiene el mayor número de familiares en puestos de dirección.

5) *Modelo Corporación*. Es en el que se incluye una mayor complejidad tanto de familia como de empresa. Tiene una media de antigüedad de 61 años. Son empresas en las que la familia ha evolucionado hacia la vertiente propietaria más que hacia la vertiente gestora.

6) *Modelo Grupo de Inversión Familiar*. Son aquellas empresas basadas en un modelo en el que las inversiones que realiza la familia son independientes de la relación que mantiene la familia con su empresa familiar¹⁰⁰.

Considero que esta clasificación es la más adecuada porque permite una transición de las empresas a través de las distintas categorías, y combina adecuadamente la madurez empresarial con los objetivos familiares.

Por último, considerando únicamente la finalidad de la empresa, y la forma de gestionarla para que se cumplan los objetivos perseguidos por la familia, es decir el *management*, se pronuncia BOSCH afirmando que existen dos clases de empresa familiar:

“La primera es la de Conveniencia sin una clara visión de permanencia y se crea como un medio de subsistencia.

La segunda es la Permanencia que a su vez se divide en:

- Creada por prestigio social.

- Creada por vocación en una clara identificación del empresario con el producto o servicio.

¹⁰⁰ Cfr. GIMENO SANDIG y otros, *Modelos de empresa familiar. Soluciones para la familia empresaria*, Deusto, Barcelona, 2009, pgs.79 y ss.

Esta tipología presenta tres variantes:

- Empresas de trabajo con el objetivo de proveer de un lugar de trabajo para la familia.
- Empresas de gobierno, en las que se está presente en el gobierno (propiedad) pero no en la dirección.
- Empresas de inversión en las que incluso se puede ostentar el liderazgo pero no con carácter indefinido”¹⁰¹.

8. FORMAS JURÍDICAS DE LA EMPRESA FAMILIAR

El inicio de una actividad empresarial, tanto si la entidad es familiar como si no, requiere de la adopción de una forma jurídica. Pero a diferencia del resto, las organizaciones objeto de estudio deberían responder, además de las necesidades futuras de las empresas, a los intereses de la familia o del grupo familiar.

Normalmente, cuando se trata de entidades de primera generación, suelen adoptar la forma de empresa individual o, para el caso de que existan varios socios, la comunidad de bienes. A pesar de esto, y a consecuencia del paso del tiempo, el volumen de negocio va aumentando y entra la siguiente generación, por lo que suele ser necesaria la organización en forma de sociedad. Esto no es preceptivo, siempre y cuando no se superen los límites que la ley establece para ello. Las decisiones de este tipo suelen alcanzarse teniendo en cuenta la responsabilidad de los socios, el tamaño y las necesidades financieras de la empresa, entre otras razones. Sin embargo, para que una entidad pueda ser considerada familiar considero que, entre otras cuestiones, deberá disponer de un protocolo familiar debidamente inscrito en el Registro Mercantil mediante alguna de las formas establecidas en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Dicho Real Decreto tan solo autoriza la inscripción de sociedades mercantiles no admitidas a cotización, por lo que las empresas familiares tan solo podrán adoptar alguna de las siguientes formas societarias:

¹⁰¹ BOSCH SANS, “Management de la empresa familiar”, en AAVV., *Fundación Antonio Lancuentra: La empresa familiar*, Escola Universitària d’Estudis Empresarials (UB), Barcelona, 2001, pg.88.

1) *Sociedad Colectiva*. Es aquella en la que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen a participar, en la proporción que establezcan, de los mismos derechos y obligaciones, respondiendo subsidiaria, personal y solidariamente de las deudas sociales. El número mínimo de socios debe ser de dos. No existe capital mínimo legal para su constitución. Funciona bajo un nombre colectivo o razón social, la sociedad tiene autonomía patrimonial y responde de sus deudas con su propio patrimonio, aunque los socios también respondan de las deudas sociales subsidiaria, ilimitada y solidariamente. Aparecen reguladas en el Libro II, Título I, Sección II del Código de Comercio, y en el artículo 209 del Reglamento del Registro Mercantil.

2) *Sociedad Limitada*. Tiene carácter mercantil, y el capital social mínimo para la constitución de este tipo de sociedades es de tres mil euros, que estará dividido en participaciones sociales. El número mínimo de socios es uno. La responsabilidad de las deudas sociales contraídas por la sociedad está limitada al capital aportado y, por tanto, no responden con el patrimonio personal de los socios. Están reguladas por la Ley de Sociedades de Capital.

3) *Sociedad Anónima*. Tiene carácter mercantil, el capital social mínimo es de sesenta mil euros, y está dividido en acciones. El número mínimo de socios es uno y no responden personalmente de las deudas sociales. Están sometidas a la regulación de la Ley de Sociedades de Capital.

4) *Sociedad limitada Nueva Empresa*. En este tipo de sociedades tan solo podrán ser socios las personas físicas, y el número máximo es de cinco. El capital social no podrá ser inferior a tres mil euros, ni superior a ciento veinte mil euros¹⁰², y solo podrá ser desembolsado mediante aportaciones dinerarias. La responsabilidad de los socios está limitada al capital aportado. Su regulación se encuentra en el Título XII de la Ley de Sociedades de Capital.

5) *Sociedad Comanditaria Simple*. Es una sociedad en la que coexisten socios colectivos que aportan trabajo y que pueden aportar o no capital y socios comanditarios

¹⁰² Modificación introducida por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE núm. 184, de 2 de agosto).

que solo aportan capital. También se dedica a la explotación del objeto social en nombre colectivo, por tanto el número mínimo de socios es de dos. No existe un capital mínimo legal y los socios colectivos tienen responsabilidad ilimitada. Los socios comanditarios tienen la responsabilidad limitada a su aportación, y se regulan por lo dispuesto en el Libro II, Título I, Sección III del Código de Comercio.

6) *Sociedad Comanditaria por Acciones*. Está compuesta por un número mínimo de socios de dos, deberá disponer de un capital social mínimo de sesenta mil euros y estará dividido en acciones. Está integrada por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, por lo menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo. Su regulación es la dispuesta en la Ley de Sociedades de Capital.

7) *Sociedad Cooperativa*. Está constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para realizar actividades empresariales encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático. El número mínimo de socios es de tres, y su capital mínimo es el que está establecido en los Estatutos de sociedad, por lo que no hay un mínimo legal exigible. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad. Son reguladas en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, sin perjuicio de las legislaciones que en el ámbito de sus competencias, posean determinadas Comunidades Autónomas.

8) *Sociedad Laboral*. Pueden constituirse como sociedades anónimas, las y deberán tener un capital social mínimo de sesenta mil euros; o de responsabilidad limitada, cuyo capital deberá ser, como mínimo, de tres mil euros. En ambos casos la mayoría de este capital social es propiedad de trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo es por tiempo indefinido. El capital social está dividido en acciones nominativas o en participaciones sociales. Se establece un mínimo de tres socios cuya responsabilidad estará limitada al capital aportado. Son reguladas por la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales y, en lo que no esté por esta ley, se aplicará lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo general, la mayoría de empresas familiares suelen adoptar la forma jurídica de sociedad limitada, fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar, porque la inversión en el capital social es mucho menor que en otro tipo de sociedades; y en segundo término, por la limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales contraídas por la sociedad. Pero con la regulación de la modalidad de sociedad limitada Nueva Empresa, regulada como especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada según la Ley de Sociedades de Capital, se crea un nuevo tipo de sociedad.

Aunque su configuración es similar a las de responsabilidad limitada, su constitución es mucho más sencilla por los siguientes motivos: el mínimo del capital social se equipara a las sociedades de responsabilidad limitada, aunque se establece un límite máximo de ciento veinte mil euros. Los trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución podrán realizarse mediante soportes electrónicos, informáticos y telemáticos, lo que agiliza los trámites burocráticos. Y finalmente, la conversión en sociedad de responsabilidad limitada es muy sencilla, pues solo requiere acuerdo de la Junta General. Es suficiente la mayoría ordinaria, y la adaptación de los estatutos sociales a lo establecido para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Los únicos inconvenientes que podría presentar la constitución de este tipo de sociedades, es que los socios solo podrán ser personas físicas y no podrán superar el número de cinco.

9. LA EMPRESA FAMILIAR MÁS ALLÁ DE LAS PYMES

La mayoría de emprendedores que deciden iniciar un proyecto no suelen disponer de grandes recursos económicos para realizar fuertes inversiones. Además, la financiación de las empresas familiares proviene, en su mayor parte, de las aportaciones de capital que realizan los familiares, por lo que su crecimiento se ve supeditado al poder económico de la familia. Es por ello que gran parte de ellas nacen y son consideradas como pequeñas y medianas empresas (PYMES), pero no siempre es así.

En ocasiones, para referirse o identificar a las entidades familiares aplicando la legislación europea, se utilizan normativas relativas a las PYMES, que si bien sí son aplicables al tipo de organizaciones objeto de estudio, se basará en función de su tamaño y no por su naturaleza. Por esta razón, la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (94/1069/CE), reconocía las causas de derecho sustantivo y fiscal que dificultaban la transmisión de la empresa y aconsejaba adoptar reformas con el fin de dar continuidad y supervivencia a las PYMES¹⁰³; también la comunicación de la Comisión de 29 de julio de 1994 que apoyaba la reducción del impuesto sobre sucesiones y donaciones sobre este tipo de empresas¹⁰⁴; la Recomendación de la Comisión, de 25 de mayo de 1994, relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas (94/390/CE)¹⁰⁵; o las Recomendaciones del Forum de Lille (celebrado los días 3 y 4 de febrero de 1977) sobre la transmisión de empresas (*The European Forum on the Transfer of Business*).

Para poder identificar a las empresas familiares según su tamaño, primero es necesario delimitar qué debe entenderse por PYME. Así pues, según la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión, de 6 de mayo de 2003¹⁰⁶, la noción de PYME engloba tres tipos de empresas:

Cuadro 2. Tipos de empresas

Tipo de empresa	Microempresa	Pequeña empresa	Mediana empresa
Empleados	< 10	< 50	< 250
	y	y	y
Volumen de negocios anual (Millones de €)	≤ 2	≤ 10	≤ 50
	o	o	o
Balance general anual (Millones de €)	≤ 2	≤ 10	≤ 43

Fuente: Elaboración propia

¹⁰³ 94/1069/CE: Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 385 de 31.12.1994), pgs.14 – 17.

¹⁰⁴ Comunicación 94/204/CE, sobre la transmisión de empresas: acciones en favor de las PYME (DOCE núm. C 204 de 23.7.1994), pgs.1-23.

¹⁰⁵ 94/390/CE: Recomendación de la Comisión, de 25 de mayo de 1994, relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 177 de 9.7.1994), pgs.1-19.

¹⁰⁶ 2003/361/CE: Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 124 de 20.5.2003), pgs.36-41.

Sin embargo, en la Ley de Sociedades de Capital se considera pequeña sociedad la que puede formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviado. De conformidad con el artículo 257 de esta Ley tan solo podrán formularlos “las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- 1) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.
- 2) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.
- 3) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta” (art. 257 LSC).

Ambas definiciones coinciden en cuanto al número de personal asalariado, mientras que difieren en la cifra anual de negocios, siendo la dispuesta en la Ley de Sociedades de Capital una cifra intermedia de la que propone la Comisión Europea, por lo que la legislación española es más restrictiva respecto a esta cuestión.

Según información facilitada por la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa¹⁰⁷, a fecha 1 de enero de 2012 el número total de empresas en España es de 3.142.928, de las que 3.139.106 son consideradas PYMES, atendiendo al número de empleados (de 0 a 249 asalariados), representando un 99,88% sobre el total. Las 3.822 restantes son consideradas grandes empresas, es decir, aquellas que están compuestas por una plantilla de más de 250 asalariados, y que representan un 0,12% del total.

¹⁰⁷ Extraído de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio:
<http://estadisticas.ipyme.org/Empresas/Anuales/InformesAnualesEmpresas2012.aspx?idInforme=1>, en fecha 6-12-2014.

Cuadro 3. Empresas españolas según tamaño y porcentaje del total, a 1 de enero de 2010

Tipo de empresa Nº asalariados	Microempresas		Pequeñas	Medianas	Total PYMES	Grandes	Nº total empresas
	0	1-9	10-49	50-249		250 o más	
Según su tamaño (nº asalariados)	1.680.369	1.326.618	113.148	18.979	3.139.106	3.822	3.142.928
Distribución porcentual	53,46	42,21	3,60	0,6	99,88	0,12	100

Fuente: Elaboración propia a partir de datos suministrados por Estadísticas PYME, y elaborado por la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa.

De los datos expuestos podemos afirmar que la mayoría de empresas en España son PYMES (en números absolutos), y que “también es cierto que la mayoría de las PYMES son familiares, pero esto no permite afirmar que las empresas familiares sean solo PYMES”¹⁰⁸. La incidencia de las grandes empresas familiares en la economía española ha sido objeto de estudio por parte TÀPIES. Basándose en las 2.254 mayores empresas españolas cuyas ventas son superiores a 50 millones de euros en el año 2005, concluyó que, el 57% de estas son empresas familiares, representando un 35% de la suma de ventas y el 42% del empleo generado por dichas empresas¹⁰⁹.

En conclusión, en nuestro país existen múltiples empresas familiares de gran tamaño, que incluso cotizan en bolsa, como pueden ser Acciona, Inditex, Campofrío, Pescanova, Catalana Occidente, Ferrovial, etc. Pese a poderse afirmar que la gran mayoría de este tipo de empresas se engloban dentro del concepto de PYME, no cabe aseverar que la empresa familiar es sinónimo de PYME.

10. ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA EMPRESA FAMILIAR

Las empresas familiares se crean desde la gestión. El fundador, quien ha concebido la idea y la ha sabido desarrollar, es en los inicios su motor y su alma. Mientras la responsabilidad permanece en sus manos, no suele distinguirse la propiedad de la gestión. Pero a medida en que la empresa va creciendo, o bien ha pasado el tiempo suficiente para que su fundador deje gradualmente sus funciones, cediendo sus poderes a la siguiente

¹⁰⁸ TÀPIES LLORET, op.cit., pg.13.

¹⁰⁹ Cfr. TÀPIES LLORET, op.cit., pgs.47-48.

generación, aparece la necesidad de crear unos órganos encargados de regular las funciones y relaciones entre la familia, la propiedad y la empresa.

Con frecuencia ocurre que con la incorporación de la segunda generación, el fundador suele establecer unas pequeñas concesiones, y delega parte de su poder entre algunos de los miembros entrantes. Estas aprobaciones cuentan con la conformidad de los sujetos escogidos, y comportan una aceptación tácita por parte del resto de la familia. Sin embargo, este equilibrio se rompe con la entrada de la tercera generación, momento que además suele coincidir con la salida de su fundador. Esta nueva situación hace necesaria la creación de ciertos órganos que sean los encargados de gestionar, establecer las reglas y adoptar las medidas para un funcionamiento consensuado.

Es por todo esto que en la mayoría de las empresas familiares se pueden distinguir dos órganos de gobierno, que se pueden clasificar en:

1) Los órganos de gobierno de la familia empresaria, que se componen por la Junta de Familia y el Consejo de Familia.

2) Los órganos de gobierno de la empresa familiar, en los que se encuentran la Junta General y el Consejo de Administración.

Asimismo, según el tipo de empresa, su tamaño y las necesidades que pueda tener, se pueden crear otros comités para cuestiones más concretas que pueden depender o no del Consejo de Familia. Estos pueden ser tales como el comité de formación y selección de los miembros familiares que deban o quieran trabajar en la empresa, el comité de arbitraje, etc. Entre otros autores, GALLO hace referencia a estos comités de dirección, al visionar el momento de crecimiento de estas empresas y afirma que aparece “la necesidad de «segmentar» responsabilidades creando con ello «unidades de estructura», en razón de la diversificación de productos y mercados, así como para lograr el oportuno nivel técnico y de dedicación a funciones cada vez más especializadas”¹¹⁰.

¹¹⁰ GALLO LAGUNA DE RINS, *Empresa Familiar. Textos y Casos*, op. y loc. cit., pg.220.

10.1. JUNTA DE FAMILIA

Es un órgano compuesto por miembros de la familia. Sus funciones son básicamente consultivas y, por tanto, sus acuerdos tienen carácter meramente informativo. Por ello, no vinculan obligatoriamente ni a los órganos de gobierno ni a la gestión de la empresa. Según TUA LÓPEZ es “un foro familiar en el que todos los integrantes de la Familia, accionistas/partícipes o no de la empresa familiar, pueden participar y manifestar sus opiniones e inquietudes sobre la misma”¹¹¹. Entre sus funciones se encuentran:

1) Informar a la familia de la marcha de la empresa y de los acontecimientos que puedan afectarle.

2) Definir los objetivos de la familia en relación con la empresa, con el fin de darle continuidad.

3) Fomentar la cordialidad de las relaciones entre los miembros de la familia, con la finalidad de evitar conflictos.

4) Detectar los posibles problemas que puedan surgir en la familia y que puedan afectar negativamente a la empresa.

5) Llevar los conflictos surgidos al Consejo de Administración, para que sean éstos los que decidan las medidas adecuadas para solucionar el conflicto¹¹².

La Junta Familiar suele ser especialmente necesaria cuando se incorpora la segunda generación a la entidad. Es entonces cuando el número de familiares con intereses empresariales distintos aumenta, y también el momento en el que empiezan a surgir los primeros conflictos. Por ello, sería favorecedor que en la Junta estuvieran representadas tanto las distintas generaciones como ramas familiares, para evitar así posibles discriminaciones entre ellos. Además, sería conveniente que dispusiera de un miembro familiar que ejerza como líder y sea el encargado de presidir y organizar las reuniones que

¹¹¹ TUA LÓPEZ, “La regulación de los protocolos familiares”, *Noticias Jurídicas*, marzo 2007, pg.3.

¹¹² Cfr. SERRANO GÓMEZ, “Los protocolos familiares”, vLex, 2011 (Id.vlex:VLEX-219659733), pg.12; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, op. y loc. cit., pgs.57 y ss.

deban llevarse a cabo, como mínimo una vez al año. A su vez, sería aconsejable que éste no ejerciera ningún cargo, ni en el Consejo de Familia ni en el Consejo de Administración, y que periódicamente fuera rotando¹¹³.

En suma, la Junta de Familia está compuesta por los distintos miembros familiares, en la que preferiblemente deberían estar representadas las distintas generaciones y ramas familiares que se han incorporado a la empresa. Su objetivo principal es escuchar las opiniones de todos, tanto de aquellos que participan de una manera activa como lo que no, con la finalidad de establecer los valores y principios que regirán la entidad, y que deberán trasladarse al Consejo de Administración.

10.2. CONSEJO DE FAMILIA

Es lógico que, a partir de una determinada edad, los miembros pertenecientes a una familia empresaria quieran entrar y tener un lugar funcional en la entidad. A diferencia de la Junta de Familia, este es un órgano que tiene como función principal favorecer la coordinación entre la empresa y la familia, e implica que las decisiones ya no las tome solamente el empresario, sino que son fruto de debate y, algunas veces, por medio de acuerdos consensuados por algunos de sus miembros más influyentes. Sus decisiones no suelen tener carácter vinculante para la entidad. Es un órgano que se encarga de velar por el cumplimiento del protocolo y para que se hagan efectivos los pactos que contiene. Formarán parte, con carácter general, el fundador o fundadores y representantes de las distintas ramas familiares, que no necesariamente deben trabajar activamente en la empresa¹¹⁴.

El Consejo de Familia tiene encomendadas cinco grandes funciones, que deberá llevar a cabo con la finalidad de que la empresa pueda perdurar en el tiempo, así como hacerse un hueco importante en el mercado y en la sociedad. Adoptará políticas empresariales que ofrezcan garantías a los consumidores, fomentando y participando, además, en las acciones sociales de su comunidad. Estas funciones son:

¹¹³ SEGURA DE LASSALETA, “Gobierno estable de la empresa familiar”, en AAVV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi, Navarra, 2004, pgs.118 y ss.

¹¹⁴ Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc.cit., pg. 11.

1) *Ejercer autoridad.* Como representa a la propiedad, es el órgano encargado de decidir dónde poner los límites como propiedad; es decir, hasta qué punto las decisiones le compete a él y no al Consejo de Administración. Es importante que el Consejo no expanda en exceso el ejercicio de su potestad, pues sino éste resultaría incompetente. Otra de las grandes funciones que tiene encomendadas es cambiar la relación de poder, en el sentido de conferirlo a los propietarios, de forma que estos sean los superiores jerárquicos de cualquier otra persona o institución que tome decisiones en la entidad. Además, debe definir cómo se reparte la autoridad entre los familiares, quien trabajará activamente en la compañía y quien no, los salarios, qué dividendos se repartirán, etc. Por otra parte, también deberá establecer unos objetivos en beneficio de la familia, razón por la que se ha creado la empresa, y trasladarlo al Consejo de Administración, quien deberá velar por su cumplimiento.

2) *Socializar.* Es un instrumento para que los miembros de las siguientes generaciones vayan tomando conocimiento de lo que significa formar parte de la empresa familiar. Además, suele ser el Consejo el encargado de transmitir los valores de la familia para la sociedad, la cultura de la empresa.

3) *Representación-estatus.* El formar parte de la empresa no tiene por qué ser mediante una participación en los órganos directivos, sino que ésta puede “publicitarse” a través de otras actividades de carácter cultural, deportivo, a través de fundaciones, etc.

4) *Estimular la cohesión alrededor del espíritu emprendedor.* Es el encargado de construir un proyecto común que tenga la capacidad de atraer las voluntades de los individuos que la componen y que la compondrán.

5) *Crear límites y reglas.* En el sentido de que es este órgano el que deberá regular todo el tema de los salarios que percibirán los familiares, decidir quién deberá trabajar en la empresa y quién no, preparar la sucesión, etc.¹¹⁵

¹¹⁵ Cfr. GIMENO SANDIG y otros, op.cit., pgs.152 y ss.

Si contemplamos de una forma más detallada estas funciones, se puede ver de una manera más clara la importancia que el Consejo de Familia tiene para las empresas familiares pues, de todo ello, se pueden extraer los siguientes objetivos:

- 1) Servir de vínculo entre la familia, el Consejo de Administración y la Dirección de la empresa.
- 2) Definir la implicación y el compromiso de la familia con la empresa.
- 3) Concienciar a los miembros de la familia sobre los derechos y responsabilidades que representa el formar parte de la empresa.
- 4) Estimular la redacción y difusión de la historia familiar.
- 5) Gestionar y negociar el protocolo familiar, así como sus futuras modificaciones y actualizaciones.
- 6) Preparar a los miembros familiares para incorporarse de una manera adecuada y constructiva a la empresa.
- 7) Dirigir e impulsar el proceso de sucesión en la empresa familiar.
- 8) Determinar el grado de intervención de los familiares en la empresa.
- 9) Decidir sobre los problemas de relación que existan en la relación de familia y la empresa.
- 10) Velar por los derechos de los miembros de la familia que no trabajan en la empresa, sean o no propietarios.
- 11) Contribuir a facilitar que exista una comunicación eficaz entre los miembros de la familia.

12) Fomentar la transparencia de la información a la familia, sobre los asuntos que confieren a la empresa y la propiedad¹¹⁶.

Una de las cuestiones que plantea el Consejo de Familia es el criterio que se debe seguir en relación a quiénes deben formar parte de él, y por cuántos miembros debe estar compuesto. Al fin y al cabo, dependerá del tamaño de la familia y de la etapa del ciclo de vida de la empresa; pero, para que exista una composición equilibrada, y evitar así futuros conflictos, sería conveniente que estuvieran representadas en él todas las ramas familiares. Esto incluye tanto a los socios que trabajan como los que no trabajan en la empresa y que, además, estén representadas las diferentes generaciones¹¹⁷.

Este Consejo deberá servir como garante de los intereses familiares y tiene como misión el armonizar las relaciones entre la familia y la empresa. El logro de conseguir una transparencia de la información ayudaría a que la propia familia incremente su compromiso e implicación con la entidad. Para su correcto funcionamiento, debe estructurarse a través de un Presidente y un Secretario, ambos elegidos por los miembros componentes del Consejo y debe celebrar, como mínimo, dos reuniones anuales¹¹⁸.

10.3. JUNTA GENERAL

Se caracteriza por ser un órgano de carácter colegial. Es soberano dentro de la organización de la sociedad, si bien el alcance de sus acuerdos es exclusivamente interno ya que, para que produjeran efectos frente a terceros, deberían participar los administradores como representantes de la misma. La Junta General está integrada por todos sus socios, y de ella dimana la política empresarial mediante deliberación y toma de decisiones adoptadas por la mayoría legal o estatariamente establecida sobre los asuntos propios de su competencia. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General.

¹¹⁶ Cfr. GERSICK y otros, op.cit. pgs.237 y ss.

¹¹⁷ Cfr. GASCÓ y otros (dir), *Guía. Buen Gobierno de la Empresa Familiar*, Documento 128, Instituto de la Empresa Familiar, Barcelona, 2005, pgs.43 y ss.

¹¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, op. y loc. cit., pgs.58-59.

La Ley de Sociedades de Capital, es la normativa encargada de regular este órgano. En su artículo 160 se establecen sus competencias, que son:

- a) “La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aplicación de la gestión social.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La modificación de los estatutos sociales.
- d) El aumento y la reducción del capital social.
- e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
- f) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio extranjero.
- g) La disolución de la sociedad.
- h) La aprobación del balance final de liquidación.
- i) Cualesquiera otros asuntos que determine la ley o los estatutos” (art. 160 LSC).

Sin embargo, dentro del marco de la empresa familiar, cabe establecer otros pactos extraestatutarios. Su objetivo es el de lograr acuerdos mediante la sindicación del voto, a fin de ayudar en defensa de los socios minoritarios frente a los mayoritarios. Dentro de estos pactos, adquieren especial relevancia aquellos que tienden a consensuar el voto por ramas familiares¹¹⁹.

¹¹⁹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, op. y loc. cit., pg.60; GALLO LAGUNA DE RINS, *La sucesión en la empresa familiar*, op. y loc. cit., pgs.93 y ss.

Para las empresas familiares es difícil la creación de esta figura. En sus inicios, dado que el número de accionistas es muy pequeño, tienden a celebrar sus reuniones únicamente cuando es necesario y con la finalidad de cumplir los requisitos legales. Aun así el fundador, durante su mandato, debe tomar las medidas necesarias para iniciar la creación de este órgano de cara a evitar el surgimiento de problemas a medida que, familiares o no, se vayan incorporando nuevos trabajadores a la empresa. Esto debe ser así no solo para cumplir con la legalidad, sino también para asegurar un futuro a la entidad; que no sean los propios familiares quienes la lleven al fracaso a través de una mala gestión unipersonal, propiciando la existencia de un consenso en las decisiones esenciales.

10.4. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

A medida que una entidad crece y la familia va madurando, el número de accionistas familiares y los que no lo son aumenta, lo que conduce a un incremento de conflictos de intereses entre estos miembros y la dirección de la empresa. El Consejo de Administración es el máximo organismo de gobierno de la sociedad. Es un órgano colegiado encargado principalmente de la supervisión y control de la empresa, que debe actuar mediante acuerdos mayoritarios, y al que se le confiere la facultad de administrar y representar la sociedad. Es el lugar donde se toman las decisiones que afectan a la empresa y que conformarán las pautas de funcionamiento de los ejecutivos de la sociedad. Entre sus funciones se encuentran:

1) Ostentar la representación orgánica de la sociedad, que alcanza a todos los actos comprendidos en el objeto social, sin ninguna limitación.

2) Proteger los intereses generales de la sociedad.

3) Dar soporte a la dirección, ya que el Consejo visiona la empresa desde una perspectiva más alejada que la de los gestores, lo que facilita tomar decisiones de manera más objetiva.

4) Buscar la viabilidad a largo plazo de la empresa.

- 5) Señalar los objetivos a cumplir y perseguir su cumplimiento.
- 6) Monitorización de la dirección, es decir, vela por que el equipo directivo sea lo más competente posible y gestione la empresa de conformidad con las directrices del Consejo de Familia.
- 7) Incorporación de los miembros de la familia de las siguientes generaciones
- 8) Protección de los valores y la cultura de la organización.
- 9) Servir de enlace con los accionistas y, en su caso, con el Consejo de Familia u órgano similar.
- 10) Revisar, orientar y aprobar las estrategias generales de la empresa.
- 11) Nombramiento y cese del Presidente, Consejero Delegado y Secretario del Consejo.
- 12) Creación de órganos de apoyo al propio Consejo de Administración con el objetivo de mejorar su visión estratégica¹²⁰.
- 13) Dar publicidad o no al protocolo familiar (cfr. RD 171/2007, de 9 de febrero).

El hecho diferencial que caracteriza al Consejo de Administración en las empresas familiares consiste en que entre las funciones que tiene encomendadas, además de gobernar la interrelación de la empresa y la propiedad, también debe velar por la interrelación de éstas con la familia. Por este motivo, en el momento de tomar las decisiones siempre van a tener en cuenta los valores de la familia propietaria. Como consecuencia, una de las grandes funciones que debería ejercitar es la contribución en la culminación del proceso sucesorio en la empresa.

¹²⁰ Cfr. GIMENO SANDIG y otros, op.cit., pgs. 158 y ss. y a GASCÓ y otros (dir), op.cit., pgs.28 y ss.; CANEDA MORALES, op. y loc. cit., pgs.61-62.

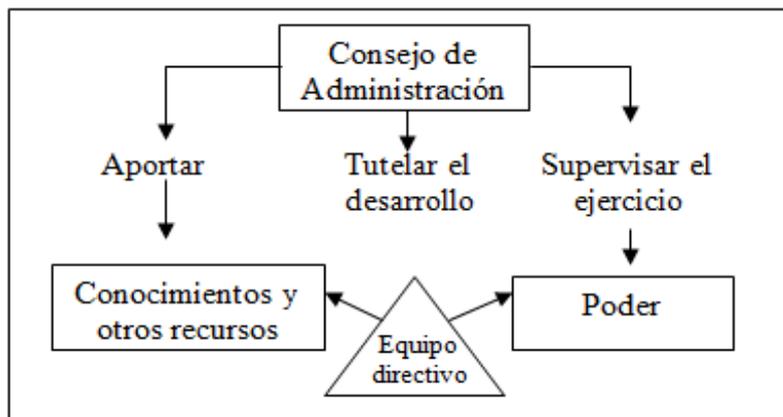
Entre todas las funciones que este organismo tiene encomendadas, GALLO¹²¹ considera que son tres las tareas especialmente críticas en este tipo de empresas:

1) Conducir el control estratégico, supervisando de manera especial la influencia de los sistemas de valores y preferencias personales del director general y del equipo directivo.

2) Aportar recursos, especialmente conocimientos, para que le director general tenga mayores posibilidades de formular e implantar la estrategia adecuada.

3) Tutelar el desarrollo y potenciación del equipo de personas que conduce la empresa.

Figura 4. Tareas críticas de la empresa familiar



Fuente: GALLO LAGUNA DE RINS (1995)

En cuanto a la composición del Consejo, no existe entre la doctrina un acuerdo sobre cuál debe ser el número de miembros que lo compongan. Sin embargo, el artículo 242 de la Ley de Sociedades de Capital lo limita de algún modo -aunque deja abierto un margen de actuación-, al disponer que deberá estar formado por un mínimo de tres miembros y que serán los estatutos los encargados de fijar el número necesario para cada empresa, o bien establecer el máximo y el mínimo, contando con que sea la junta de socios quién determine el número exacto. La ley tan solo nos limita el número máximo de los componentes en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el cual se fija en doce.

¹²¹ Cfr. GALLO LAGUNA DE RINS, *Empresa familiar. Textos y casos*, op y loc. cit., pgs.222 y ss.

Por último, al ser la familia la nota característica que define a este tipo de entidades, el Consejo de Administración debe tenerlo en cuenta. Para decidir sobre cualquier cuestión que se le plantee, y con el propósito de que se consiga un punto de equilibrio entre todos los intereses de la empresa, será recomendable que el órgano esté compuesto en base al siguiente orden:

1) Por miembros que representen el capital social de la empresa, en la proporción adecuada, sean o no miembros de la familia.

2) Por directivos de la empresa, que no pertenezcan a la familia y no sean propietarios de la empresa.

3) Por directivos de la empresa, que pertenezcan a la familia y que pueden hacer de correa de transmisión entre la empresa y la familia.

4) Por miembros de la familia que no sean directivos de la empresa, aunque no participen en el capital social, que pueden aportar el punto de vista exclusivamente familiar.

5) Por asesores externos que, además de su función asesora, pueden ayudar con imparcialidad a evaluar y decidir sobre diversas cuestiones.

11. LA EMPRESA FAMILIAR Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

A pesar del gran número de empresas familiares que existen, y de la importancia que representan para el PIB de cada país, el legislador no les ha dado un trato diferenciado respecto al resto de entidades. En la actualidad no existe ninguna normativa que las regule de forma específica y directa. Sin embargo, sí existen alusiones, lo que comporta el planteamiento de dos cuestiones: en primer lugar, la dispersión de la regulación que podría influir, condicionar o incluso acotar la condición de las empresas para poder ser consideradas como tales; y en segundo término, que ninguna de ellas determina de forma jurídicamente vinculante qué requisitos debe cumplir una empresa para que sea considerada familiar.

Referencias a este tipo de empresas podemos encontrarlas en el Código Civil, Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley de Sociedades de Capital, Ley del Impuesto sobre Patrimonio, Código de Comercio, Ley Concursal, Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, así como en diversos Reales Decretos. De igual modo, en el ámbito europeo han sido varias las Recomendaciones y Comunicaciones que han aludido al concepto de empresa familiar. Tan solo el Código Civil italiano ha sido el único que ha logrado introducir un artículo referido exclusivamente a la definición de esta clase de empresas (cfr. art. 230-bis CCIIt).

De forma indirecta se hace referencia a empresa familiar en el artículo 1056.2º del Código Civil, cuando dispone “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad contenida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados” (art. 1056.2º CC). Como ayuda a la continuidad de la entidad familiar de forma indivisa se introduce una ventaja financiera a través de la cual “no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador” (art. 1056.2º CC). En cuanto a dicha modificación, la misma ley establece un cambio en el artículo 1271.2º del Código Civil estableciendo que “sobre la

herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056” (art. 1271.2º CC).

Además, en el artículo 1406.2º del Código Civil refleja los casos de disolución de la sociedad de gananciales a través del cual “cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 1º) Los bienes de uso personal; 2º) La explotación económica que gestione efectivamente” (art. 1406.2º CC).

Por otra parte, en el ámbito societario también está contemplado el fenómeno familiar en el artículo 183 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, confiriendo al cónyuge, ascendiente o descendiente del socio el derecho a la representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada. Referente a las sociedades anónimas, el concepto familiar se encuentra en el artículo 187 del mismo Real Decreto al regular la no aplicación de las restricciones contempladas en los artículos 184 y 186 referentes a la representación en la sociedad anónima, cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado.

De igual forma, el sistema tributario español introdujo una serie de beneficios fiscales para la empresa familiar en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, y en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad económica. A través de ellas también podemos extraer algunos requisitos necesarios para definir la empresa familiar.

La normativa fiscal es la rama del derecho que más nos habla y aproxima a la empresa familiar. Como bien dice ALBIÑANA GARCÍA-QUINTERO “es explicable que si el poder público se propone estimular, robustecer y mantener una institución propia del mundo económico cual es la empresa familiar, recabe la colaboración o la ayuda de los impuestos pues por su incidencia económica son los mejores instrumentos para conseguir la expresada finalidad. Por ello, los impuestos han sido los primeros en la construcción de la estructura de la empresa familiar, y, por tanto, en su regulación tributaria han de

encontrarse los factores y las circunstancias más significativas de la creación y la subsistencia de la empresa familiar”¹²².

En el artículo 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio se hace una primera referencia a este tipo de empresas cuando dispone que están exentos del impuesto “Los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta” (art. 4.8. LIP)¹²³.

Para definir qué son los rendimientos procedentes del desarrollo de una actividad empresarial o profesional debemos de remitirnos al artículo 27 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Los define como aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (cfr. art. 27 LIRPF).

Además, la exención del artículo 4.8 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, se extiende, a partir del 1 de enero de 1998, y gracias a la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, a la parte de los bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio. En este mismo artículo, en su apartado segundo, se enumeran los requisitos para que una empresa pueda gozar de la exención, tales como:

1) Que desarrolle una actividad empresarial.

2) Que la participación en el capital de la entidad sea, al menos, del 5% computado de forma individual, o de un 20 % conjuntamente con su cónyuge, ascendiente,

¹²² ALBIÑANA GARCÍA-QUINTERO, “La empresa familiar: notas introductorias...”, pg.16.

¹²³ La redacción del art. 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio fue modificada por el art. 3 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Más tarde el mismo artículo fue modificado por la disposición adicional 11ª de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. Con efectos 1 de enero de 2004, el art. 4 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social añade al art. 4.8 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, la exención sobre los supuestos de nuda propiedad y usufructo vitalicio sobre las participaciones en las entidades allí reguladas.

descendiente o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco por consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

3) Que se ejerza funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 % de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal (cfr. art. 4.8. dos. LIP).

Por esta razón, enlazando el primer y el segundo apartado del artículo 4.8 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, podríamos considerar que es el artículo que más se aproximaría a definir qué es una empresa familiar.

En el mismo ámbito, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió el campo de actuación de los beneficios fiscales a las actividades de carácter profesional. Sin embargo, el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio, establece los requisitos en cuanto a las participaciones sociales en caso de empresa familiar. El artículo 5 de este Real Decreto, entra en conflicto con lo dispuesto en el ya citado artículo 4.8 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, pues en el primero se establece que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 15% computada de forma individual, y no del 5% como se dispone en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

El Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, ha sido aclarado por el Real Decreto 25/2000, de 14 de enero. Sin embargo dicha exención goza de limitaciones, pues no es aplicable a los no residentes que operan en España sin establecimiento permanente, ni a las comunidades de bienes sin personalidad jurídica, ni las cuentas en participación.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre modifica, con efectos desde el 1 de enero del año 2003, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y en lo que nos atañe el primer párrafo de la letra c del apartado 2 del artículo 20. Concede una bonificación del 95% sobre la base imponible en la que estuviere incluido el valor de una empresa individual o de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el punto dos del apartado octavo del artículo 4 de la Ley

19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, cuando la adquisición *mortis causa* corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida. Esto será así siempre que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que, a su vez, falleciese el adquirente dentro de este plazo. La introducción de este nuevo apartado lleva consigo la reducción de la carga fiscal que supone el hecho de adquirir la empresa familiar *mortis causa*, no obligando a los herederos a endeudarse para pagar el impuesto de sucesiones y, al mismo tiempo, incentiva a los adquirentes para dar continuidad a la empresa familiar.

Además, en el ámbito mercantil también existe una conexión entre la familia y la empresa. En el artículo 5 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, se prevé que los hijos menores de dieciocho años y los incapacitados pueden continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes (cfr. art. 5 CCom). De igual forma, en los artículos 6 a 12 del mismo *corpus* legal, se regula el ejercicio del comercio por persona casada¹²⁴. La Ley concursal también hace referencia a la familia pero desde un punto de vista negativo al calificar como crédito subordinado aquellos créditos que provienen de los familiares relacionados en el artículo 93.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Otro de los beneficios fiscales que fomenta la empresa familiar y su sucesión fue a través del Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, que introdujo en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 55.6 mediante el que se aprobaba una deducción del 15% sobre las cantidades depositadas en una “cuenta ahorro-empresa” destinada a constituir una sociedad limitada Nueva Empresa. Dicha ley fue derogada a través del Real Decreto Legislativo 3/2004 de 5 de marzo (BOE de 10 de marzo de 2004), que a su vez fue derogado por la actual Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, y que ha mantenido la misma deducción en su artículo 68.6.

¹²⁴ La redacción de estos artículo es gracias a la publicación de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre la reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges (BOE núm.107, de 5 de mayo).

Asimismo, el artículo 33.3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ayuda a la continuidad de la empresa familiar, pues exonera de coste fiscal a las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente, lo que se venía conociendo como la “plusvalía del muerto”. Igualmente, el artículo 6.4 de la misma ley dispone que “No estará sujeta a este impuesto la renta que se encuentre sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones” (art. 33.3 LIRPF), evitando así la doble tributación.

El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares define, en su exposición de motivos, a las sociedades de carácter familiar como “aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes o consanguíneos o afines entre sí” (E. de M. RD 171/2007, de 9 de febrero), además que deberá existir un protocolo que pretenda su publicidad. La publicación de este Real Decreto hubiera podido ser una gran oportunidad para definir y regular el concepto de empresa familiar; aun así, el legislador ha optado por dejar dicho concepto sin una regulación específica, a la espera de que se regule más adelante; hecho que, a mi juicio, supone un gran error.

Con la publicación de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, también se hace referencia al ámbito de la explotación familiar pero en caso del medio rural. En dicha ley se afirma que son muchas las mujeres que comparten con los hombres las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo, sin embargo figura solo el hombre como titular de la explotación agraria. El objeto de esta ley es “la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias con el fin de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres y hombres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria” (Preámbulo LTCEA). Pero de este modo también se regulan los casos de la no constitución de titularidad compartida, por la que se pretenden reconocer los derechos económicos generados a favor del cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, frente al titular de la explotación agraria, como contraprestación por su actividad agraria, efectiva y regular en la explotación y que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado. En su disposición final segunda, se modifica la Ley 19/1995, de 4 de julio pasando a definir los conceptos de agricultor profesional, explotación económica y actividad agraria, todos ellos equiparables,

a nivel de empresa, a los conceptos de empresario o fundador, empresa y actividad económica.

El informe de la Ponencia de la Comisión de Hacienda del Senado, celebrada en noviembre de 2001, destaca como principales características de la empresa familiar las siguientes:

1) Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social.

2) Que sobre la base de dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa.

3) Que la familia participe en la gestión de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración.

4) 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 familia¹²⁵.

La Asamblea General de la GEEF (Grupo Europeo de Empresas Familiares), celebrada el día 27 de marzo de 2008, consensuó la definición de empresa familiar, que también fue ratificada en abril de 2008 por la Board del Family Business Network (FBN) disponiendo lo siguiente: "Una compañía, tenga el tamaño que tenga, es empresa familiar si:

1) La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía, o son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo (s) o herederos directos del hijo(s).

2) La mayoría de los votos puede ser directa o indirecta.

¹²⁵ Cfr. Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001), pg.25.

3) Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.

4) A las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social”¹²⁶.

Dicha definición se extrajo íntegramente de un encargo que el Ministerio de comercio e industria de Finlandia comisionó el 11 de noviembre de 2004 a *The Family Entrepreneurship Working Group* en asociación con *The Entrepreneurship Policy Programme* y que culminó con un trabajo titulado “Family entrepreneurship. Family enterprises as the engines of continuity, renewal and growth-intensiveness”¹²⁷, que fue publicado en febrero de 2006. Además, la misma definición fue también adoptada por un grupo de expertos creado en 2007 por la Comisión Europea de comercio e industria en su trabajo publicado en noviembre de 2009 y bajo el título de “Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, networks, policy measures and existing studies”¹²⁸.

La legislación comunitaria europea, a través de algunas de sus políticas de fomento a las PYMES, ha influido en la política de los Estados miembros sobre la sociedad familiar. Así pues, la Recomendación de la Comisión de 25 de mayo de 1994 relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas¹²⁹ proponía -considerando que el régimen fiscal de las empresas individuales y las sociedades personalistas están sujetas, por lo general, al impuesto sobre la renta de las personas físicas-, introducir mejoras en las condiciones fiscales a través del fomento de su autofinanciación. Limitarían la carga fiscal sobre los beneficios reinvertidos a un tipo comparable al del impuesto sobre sociedades, o

¹²⁶ Extraído de Family Business Network International: [http://www.fbn-i.org/fbn/web.nsf/LibraryLU2/AA3786AA36C250F9872575210070073E/\\$file/Monitor2008.pdf](http://www.fbn-i.org/fbn/web.nsf/LibraryLU2/AA3786AA36C250F9872575210070073E/$file/Monitor2008.pdf), en fecha 6-10-2011.

¹²⁷ Extraído de Finland Ministry of Trade and Industry Publications 7/2006: [http://julkaisurekisteri.ktm.fi/ktm_jur/ktmjur.nsf/All/E7E75135A895485BC2257123003F5221/\\$file/jul7elo_2006_netti.pdf](http://julkaisurekisteri.ktm.fi/ktm_jur/ktmjur.nsf/All/E7E75135A895485BC2257123003F5221/$file/jul7elo_2006_netti.pdf), en fecha 6-10-2011.

¹²⁸ Extraído de Communication of European Commission Enterprise and Industry. Small and medium-sized enterprises (SMEs). Reference documents: *Final Report of the expert group. Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, networks, policy measures and existing studies*, November 2009. Extraído de: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/family_business_expert_group_report_en.pdf, en fecha 6-10-2011.

¹²⁹ 94/390/CE: Recomendación de la Comisión, de 25 de mayo de 1994, relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 177 de 9.7.1994), pgs.1-19.

bien mediante la eliminación de los obstáculos de carácter fiscal a la modificación de la forma jurídica de las empresas individuales o sociedades personalistas en sociedades de capital.

La Comisión Europea también ha dictado varias Recomendaciones y Comunicaciones relativas a los problemas jurídicos de carácter fiscal, mercantil y civil relativos a la sucesión de la empresa familiar. En primer lugar, adoptó la Decisión 89/490/CEE¹³⁰, que trataba de la mejora del entorno empresarial, y en el que introdujo un programa de apoyo a las pequeñas y medianas empresas que fue revisado por la Decisión 91/319/CEE¹³¹, y que mediante la Resolución de 17 de junio de 1992¹³², el Consejo confirmó su compromiso de apoyar la consolidación de las medidas adoptadas a favor de las empresas. Finalmente, a través de la Recomendación de la Comisión 94/1069/CEE¹³³, se reconocen las causas de derecho sustantivo y fiscal que dificultaban la transmisión de la empresa. Se aconsejaban reformas para simplificar el derecho de la sociedad anónima, facilitar la transformación hacia otras formas societarias más idóneas para la sucesión, y reducir el coste fiscal de dicha sucesión. Sin embargo, todavía no existe una Directiva que sirva para armonizar las distintas disposiciones mercantiles referentes al concepto de sociedad familiar, cuyo objetivo sea definir el concepto legal de dichas sociedades y al mismo tiempo dotar de eficacia jurídica al “protocolo familiar”.

El Código Civil Italiano es el único cuerpo legal que define expresamente, en su artículo 230-bis, la empresa familiar, concepto introducido en el código gracias a la Ley 151/1975, de 19 de mayo, sobre la reforma del Derecho de familia italiano. Dicho artículo atribuye derecho a mantener su condición patrimonial en la familia, a participar en los rendimientos, bienes adquiridos e incrementos patrimoniales que se obtengan en la empresa familiar en proporción a la cantidad y calidad del trabajo prestado, a aquellas personas unidas por lazos familiares que prestan su actividad de modo continuado en la

¹³⁰ 84/490/CEE: Decisión del Consejo de 28 de julio de 1989 relativa a la mejora del entorno empresarial y al fomento del desarrollo de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas (DO núm. L 239 de 16.8.1989), pg.33.

¹³¹ Decisión del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 18 de junio de 1991 relativa a la revisión del programa de mejora del entorno empresarial y de fomento del desarrollo de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas, en la Comunidad (DOCE núm. L 175 de 4.7.1991), pg.32.

¹³² Resolución del Consejo de 17 de junio de 1992, relativa a las medidas comunitarias de apoyo a la empresa, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, incluidas las de artesanado (DOCE núm. C 178/8 de 15.7.1992), pg.8.

¹³³ 94/1069/CE: Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DO núm. L 385 de 31.12.1994), pg.14.

empresa. Entorno al citado artículo, la doctrina italiana ha adoptado dos posturas. La primera defiende que la cualidad de empresa familiar debe atribuirse al fundador y por tanto la colaboración de los familiares en las actividades de la empresa tiene un carácter meramente interno; sin embargo, otros autores defienden, en base al reconocimiento de derechos patrimoniales y de gestión a los familiares, que la empresa familiar es una empresa colectiva, y el vínculo entre quienes la constituyen tiene relevancia externa¹³⁴.

Por último, el propio *Codice Civile* alude también a la familia cuando define el concepto de pequeño empresario al disponer “aquellos que tienen una ocupación organizada principalmente por el trabajo de ellos y miembros de la familia” (art. 2083 CCI).

A modo de conclusión de este primer apartado, y en vista a la utilización de este concepto en el posterior desarrollo de este trabajo, considero que una empresa familiar es aquella cuyo control está en manos de una familia, es decir, que la participación familiar en el capital social sea mayoritaria, tanto directa como indirectamente. Por familia se entenderá el cónyuge, ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta cuarto grado, por consanguinidad y adopción, del fundador o fundadores de la empresa. Además deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1) Que desarrolle una actividad empresarial, quedando excluidas las actividades profesionales.

2) Que la familia dirija de forma directa y activa la empresa, ocupando cargos en los órganos de dirección y que, al menos uno de ellos, perciba por sus funciones de dirección en la entidad una remuneración que represente más del cincuenta por ciento de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

3) Existencia de la Junta de Familia y el Consejo de Familia, como órganos de gobierno, además de las que por su forma jurídica se requieran.

¹³⁴ Cfr. Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001), pg.26.

4) Que exista una cultura de empresa basada en el deseo o vocación de que ésta continúe en la familia, siendo necesario que se haya incorporado algún miembro de la segunda generación.

5) Existencia de un protocolo familiar debidamente inscrito en el Registro Mercantil por alguna de las tres formas de acceso dispuestas en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero.

Capítulo II

El protocolo familiar

1. PRELIMINARES

La elaboración de un protocolo familiar es una práctica cada vez más utilizada por las empresas familiares con el objetivo de conferirles continuidad entre las distintas generaciones. Este documento, a pesar de lo que suele pensarse, no es de reciente creación, sino que años atrás ya fueron utilizados por grandes empresas con un fuerte impacto en las economías de sus países.

Por ejemplo, en el ámbito internacional, encontramos al clan Mitsui, una de las familias empresariales más antiguas de Japón, cuya primera empresa fue creada en 1673, y que posteriormente fue ampliando sus actividades, hasta que en 1694 establecen su primer protocolo familiar¹³⁵. En Europa, la familia Muillez, propietaria de Auchan, y uno de los principales grupos de distribución y finanzas de Francia, tiene uno que data de mediados del siglo XIX¹³⁶.

El protocolo familiar que conocemos en la actualidad, tiene su origen en los Estados Unidos, en las últimas décadas del siglo XX. Allí recibe el nombre de *shareholders agreements*¹³⁷ (acuerdos entre accionistas), y es un documento característico de las denominadas *close corporations* (sociedades cerradas), equivalente en nuestro país a las sociedades de responsabilidad limitada. En las empresas familiares son considerados como un indicador del buen gobierno cuya finalidad es la de precisar, aclarar o delimitar

¹³⁵ Véase. MONTEMERLO y WARD, *The family constitution: agreements to secure and perpetuate your family and your business*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2011, pg.xiii.

¹³⁶ NEVIN, "The Family Rulebook", *Businessworld*, núm.15, de 25 de octubre de 2010, pg.37.

¹³⁷ Para ampliar el tema de las *Shareholders Agreement* véase. KESSLER, "Drafting a Shareholders' Agreement for a New York Close Corporation", *Fordham Law Review*, vol.35, Issue 4, Article.2, 1967, pgs.625-676.

algunos de los aspectos de los denominados *Articles of Incorporation*, o lo que en España denominaríamos “escritura de constitución” de una sociedad limitada. Desde Estados Unidos fueron importados a Inglaterra, donde adoptaron el calificativo de *Family Constitution* (Constitución de la Familia)¹³⁸.

En la actualidad, en Francia, con la publicación de Ley de 23 de junio de 2006, en vigor desde el 1 de enero de 2007, se ha introducido en el Derecho sucesorio francés los denominados *pactes de famille*, prohibidos hasta la publicación de dicha ley. Sin embargo, y pese a seguir existiendo los principios de prohibición de pactos sobre la herencia futura, el propio Código Civil francés admite esta figura como medio para lograr la eficacia de ciertos actos que de otro modo resultarían nulos¹³⁹.

A la vista de la importancia que este tipo de pactos han alcanzado en cada país en materia de empresa familiar, cabe destacar la gran diferencia existente entre el sistema jurídico estadounidense y el europeo. Por ello es necesaria una breve referencia a ambos tipos de Derecho.

En los Estados Unidos, la regulación de la personalidad jurídica de las sociedades es de competencia estatal, no federal, con su propia legislación al respecto. La falta de uniformidad de las diversas leyes estatales ha propiciado que, entre otras, existan iniciativas privadas tendentes a dar un tratamiento homogéneo a esta cuestión. Una de ellas es la promovida por la sección de Derecho mercantil de la *American Bar Association*¹⁴⁰, que creó el denominado *Model Business Corporation Act*, y que es adoptado por treinta y dos Estados¹⁴¹. Así pues, siguiendo dicho modelo, todos los Estados han adoptado la

¹³⁸ Cfr. LEACH y BOGOD, *Claves de la empresa familiar*, Instituto Estudios Económicos, Madrid, 2006, pg.116.; PÉREZ GIMÉNEZ, “El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales 2008*, vol. V, 1ª ed, T. XIII, Aranzadi, Navarra, 2009, pg.219; VALMAÑA CABANES, “El protocolo familiar jurídico: necesidad de normas vinculantes para la consecución de sus objetivos”, *Noticias Jurídicas*, mayo, 2010; MARTÍNEZ, “Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia” en AMAT SALAS y CORONA RAMÓN (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007, pg.62.

¹³⁹ Véase a tal efecto los artículos: 722 referente a la apertura de la sucesión, el art. 1130 sobre al objeto de los contratos y el 1389 relativo al régimen económico matrimonial, todos ellos del *Code Civil* (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>). Consultado en fecha 13-04-2012.

¹⁴⁰ La *American Bar Association* es la mayor asociación de profesionales abogados en el mundo, cuya misión es proteger a sus miembros, la profesión de abogado y a los ciudadanos como representante nacional de la profesión jurídica. Véase: http://www.americanbar.org/utility/about_the_aba.html.

¹⁴¹ Extraído de *American Bar Association Business Law Section*: <http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000> en fecha 15-04-2012.

misma ley comercial en materia de operaciones mobiliarias denominada *Uniform Limited Partnership Act (ULPA)* con la única finalidad de homogeneizar baremos.¹⁴²

A pesar de estos principios de uniformidad en lo que a la legislación se refiere, no hay que olvidar la complejidad del Derecho societario americano. Su ordenamiento jurídico pertenece al sistema del *Common Law*, por la que las sentencias judiciales tienen un carácter vinculante, y por tanto obligatorias para todos los jueces. Éstos decidirán atendiendo a las decisiones tomadas previamente por otros magistrados, por lo que debe tenerse en cuenta las posibles diferencias de interpretación jurisprudencial de los mismos principios y textos legales¹⁴³.

Asimismo, otro de los rasgos diferenciadores de los dos sistemas jurídicos es el relativo a los *Articles of Incorporation* (o también denominados *Certificate of Incorporation*). Este documento proporciona información básica sobre el propósito de la organización y requiere unos requisitos mínimos para poder ser presentados ante la Secretaría de Estado. Si bien es cierto que estos requisitos varían según el Estado en el que la sociedad se encuentre, no existen grandes diferencias entre ellos; y para su modificación es necesario presentar una enmienda ante la propia Secretaría de Estado. Además, muchas veces este documento es completado por los denominados *Bylaws*, que sirven para regular el régimen interno de las empresas. No requieren de su inscripción en el registro, y su modificación puede hacerse efectiva a través de un proceso interno, sin necesidad de que quede constancia en la Secretaría. De ahí que se pueda afirmar que el ordenamiento jurídico estadounidense, en materia de sociedades, es más flexible que el sistema europeo. Por otro lado, la existencia de los *shareholders agreement*, otra figura típica del sistema jurídico estadounidense, diferenciada de los *Bylaws* (pues las primeras contemplan pactos entre accionistas, sin embargo éstas pueden llegar a sustituir a las segundas, si la ley así lo

¹⁴² La *Uniform Limited Partnership Act (ULPA)*, que incluye la revisión de 1976 denominada *Revised Uniform Limited Partnership Act (RULPA)*, es una ley uniforme, equiparable a un modelo de estatutos sociales español, promovido por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)* con la finalidad de gestionar las asociaciones empresariales de los Estados Unidos.

¹⁴³ Sobre esta idea ha tratado GUERRA MARTÍN al afirmar que “ello conlleva que frente a un sistema de regulación *ex ante*, característico de los ordenamientos europeos continentales, llevada a cabo a través de leyes y normas muy detalladas, el sistema jurídico estadounidense se basa en muchos aspectos en una regulación *post facto*, desarrollada a través del derecho jurisprudencial” (GUERRA MARTÍN, “El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el Movimiento de Reforma del Derecho Europeo”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 20, Aranzadi, Navarra, 2003, pg.75).

contempla¹⁴⁴) permiten que sus pactos pueden tener eficacia frente a terceros¹⁴⁵, hecho que en Europa no sucede¹⁴⁶.

En España, como ya se ha comentado con anterioridad, el poder público es muy consciente de la importancia que las empresas familiares representan para la economía de nuestro país. Es por esto que el día 26 de septiembre de 2000 se acordó la creación de una ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, que culminó con la publicación de un informe en noviembre de 2001¹⁴⁷. De él se desprende, entre otras cuestiones, la importancia de la existencia de un protocolo familiar, y concluye con una recomendación para que lo formalicen.

La existencia y necesidad de la figura jurídica del protocolo familiar ha venido propiciada por la evolución en el concepto de transmisión patrimonial; tanto los valores sociales como culturales han cambiado. Históricamente, en el contexto del feudalismo y posteriormente en el mundo agrario, no resultaba extraño que el hijo mayor o primogénito (varón) heredara la totalidad de las tierras. Se evitaba así una división del dominio que pudiera conducir a un debilitamiento del poder de la línea. Pero con el tiempo, el concepto de primogenitura ha caído en desuso y en la actualidad el Derecho iguala a los hijos en derechos hereditarios y en responsabilidades, sin tomar en consideración ni el sexo, ni la edad. La única excepción al respecto la encontramos en el Derecho nobiliario, por el que un título es heredado normalmente por el hijo primogénito, pero no tiene ninguna repercusión en las empresas familiares.

¹⁴⁴ Como se da, por ejemplo en el art. 12.15 “*Bylaws of Close Corporation*” de la Business Corporation Act de Texas en el que se dispone, en su apartado a que “A close corporation need not adopt bylaws if provisions required by law to be contained in the bylaws are contained in either the articles of incorporation or a shareholders' agreement”.

¹⁴⁵ Véase el art. 12.35 “*Validity and Enforceability of Shareholders' Agreement*” de la Business Corporation Act de Texas, el cual dispone “The close corporation, any of its shareholders, or any person who is a party to a shareholders' agreement may initiate a proceeding to enforce the shareholders' agreement in conformance with Article 12.52 of this Act”, o el Capítulo 302^a, Sección 457 del “*Minnesota Statutes*” que bajo el título de *Shareholder control agreements* dispone “The agreement is enforceable by the persons who are parties to it and is binding upon and enforceable against only those persons and other persons having knowledge of the existence of the agreement. A copy of the agreement shall be filed with the corporation”.

¹⁴⁶ Cfr. GOMÁ LANZÓN, “El protocolo familiar”, en MARTÍNEZ DÍE (dir), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio 2004)*, Aranzadi, Navarra, 2006, pgs.155-156.

¹⁴⁷ Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001).

En el ámbito legislativo, con el tiempo, también se ha introducido poco a poco el concepto de protocolo familiar. De esta forma, el Derecho de la Unión Europea es pionera en tratar su figura. En la Recomendación de 4 de diciembre de 1994 dispone, con la finalidad de dar continuidad a las sociedades de personas y las empresas individuales, “introducir en la legislación nacional cuando se haya resuelto la posible contradicción entre el contrato de sociedad y las disposiciones testamentarias o las donaciones, una disposición que establezca que el contrato de sociedad prevalece sobre los actos unilaterales de uno de los socios”¹⁴⁸.

Tres años más tarde, la misma Comisión celebró, los días 3 y 4 de febrero de 1997, el denominado “Foro de Lille”. Su finalidad era la de discutir los progresos realizados sobre la materia en los diferentes Estados. También se abordó el marco normativo y administrativo en el que las empresas pueden transferirse de una generación a la siguiente. Así, recomendó -entre otras medidas- que los países miembros suprimieran aquellas normativas que dificultaban la sucesión de las empresas. De forma implícita, proponía como una posible solución la elaboración de protocolos familiares. Sin embargo, no es hasta la Comunicación de 28 de marzo de 1998, cuando se introduce por primera vez, y de manera expresa, el término de protocolo familiar. La mención aparece en el apartado dedicado a la mejora de la continuidad de las empresas, y se define como instrumento para “paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión”¹⁴⁹.

Sobre esta cuestión, cabe señalar que algunos países próximos al nuestro han tomado medidas sobre el asunto. En Italia, con las modificaciones introducidas gracias a la *Legge 14 febbraio 2006, n.55*, se nombra y define en el *Codice Civile* la figura del *patto di familia* (cfr. art. 768-bis CCI), como fórmula para atenuar la prohibición de los pactos sucesorios del artículo 458 del mismo Código. De igual modo en Francia, con la aprobación de la *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006*, se introducen en el *Code Civil* figuras como el *mandat posthume*, el *pacte successoral*, la *donation-partage* o el *régime des libéralités graduelles et résiduelles*.

¹⁴⁸ Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 385 de 31.12.1994), pg.16.

¹⁴⁹ Apartado 4, d de la Comunicación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. C 093 de 28.3.1998), pg.5.

En España, fue a través del Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa, donde se dio a conocer la figura del protocolo familiar¹⁵⁰; y la Ley sobre sociedades limitadas Nueva Empresa, en su disposición final segunda, ha sido la encargada de introducir por primera vez en la legislación el concepto. Sin embargo, considero que el legislador estuvo poco acertado en esta cuestión. Solo se limita a establecer que será un reglamento el encargado de establecer las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares. Pero no será hasta la publicación de la Ley 171/2007, de 9 de febrero, por la cual se regula la publicidad de los protocolos familiares, cuando el legislador se pronuncie expresamente sobre la figura jurídica objeto de estudio.

Según GOMÁ LANZÓN, en España “empezó a aplicarse a partir del año 1991, cuando las empresas familiares españolas crearon el Instituto de Empresa Familiar para mejorar la fiscalidad y la organización jurídica de la empresa familiar”¹⁵¹. Según datos publicados por este Instituto, el 45% de este tipo de entidades españolas disponen de un protocolo familiar¹⁵². Por otra parte, en el caso de los Estados Unidos, según un estudio realizado en el año 2007 por la *American Family Business*, dispone que el 31,4% de estas empresas no tienen ningún plan de sucesión. Esta cifra resulta preocupante ya que, en el año 2002, esta misma asociación confirmó que tan solo el 19% no disponían de él¹⁵³. Por tanto, con el paso de los años, el porcentaje ha ido aumentando, lo que podría conllevar a un alto índice de desaparición de estas empresas en Estados Unidos.

En la actualidad, según un estudio llevado a cabo por la Cátedra de Empresa Familiar del IESE, sobre la eficacia de los protocolos familiares en 248 entidades familiares, de las que un 90% residen en España y el restante 10% en Latinoamérica, se desprende que un 55% no cuentan con él. Este trabajo, además, ha puesto de manifiesto que el tamaño de las entidades está estrechamente vinculado con el hecho de tener o no un

¹⁵⁰ Se establece que los comparecientes a la ponencia expresaron la necesidad de la existencia del protocolo familiar y, entre sus conclusiones, se encuentra la recomendación a las empresas familiares de formalizarlo. En concreto se dispuso “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...” (cfr. Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001).

¹⁵¹ GOMÁ LANZÓN, “El protocolo familiar”, en MARTÍNEZ DÍE (dir), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión...*, pg.138.

¹⁵² Extraído del Instituto de Empresa Familiar: http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_ief.html, en fecha 17-04-2012.

¹⁵³ MassMutual Financial Group, Family Firm Institute, Kennesaw State University, “American family business survey 2007”, *MassMutual Financial Group*, Massachusetts, 2007, pg.4.

protocolo familiar. Así, el 64% de las empresas de gran de tamaño¹⁵⁴ cuentan con él; por contra, tan solo el 27% de las de menor tamaño disponen de él. Sin embargo, y considero que es un dato muy importante dado los pocos estudios realizados sobre el tema, el 60% de los encuestados admiten que el documento ha sido útil en varias ocasiones. En mi opinión, considero la posibilidad de que el porcentaje restante no lo ha utilizado porque todavía no ha surgido ningún conflicto que requiera de su eficacia. Es posible que todavía no se haya producido un cambio en la sucesión, o bien porque existe una muy buena coordinación y entendimiento entre los miembros familiares, aunque no significa que en futuro sí deban utilizarlo¹⁵⁵.

2. ELEMENTOS DEL PROTOCOLO FAMILIAR

2.1. FISONOMÍA

El protocolo familiar es un instrumento jurídico que sirve como mecanismo para organizar los aspectos internos de la empresa familiar. Su cometido es que la empresa se desarrolle y crezca en el mercado y, sobre todo, asegurar uno de los puntos más débiles de este tipo de entidades: el de su continuidad. De esta manera, pretende un eficaz traspaso entre generaciones, regulando aquellos aspectos que ayuden a evitar futuros conflictos. Igualmente, establece las directrices que deben seguirse para solucionar aquellos problemas que pudieran surgir y no estuvieran previstos.

Así, establece el marco en el que deben desarrollarse todas las posibles relaciones entre los tres pilares que componen estas entidades: familia, propiedad y empresa¹⁵⁶. A este acuerdo se llega a través de un proceso de comunicación y consenso entre los miembros familiares, a lo que muy acertadamente y como veremos más adelante SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA denomina “proceso de comunicación intrafamiliar”¹⁵⁷. Esto desemboca en un

¹⁵⁴ Por empresa de gran tamaño, debe entenderse aquellas que tienen una facturación entre 50 y más de 200 millones de euros al año.

¹⁵⁵ Cfr. TÀPIES LLORET y CEJA BARBA, *Los Protocolos Familiares en países de habla hispana: como son y para que se utilizan*, Documento de Investigación DI-931, IESE Business School, 2011.

¹⁵⁶ Para ver las formas de interrelación de estos tres elementos véase el “modelo de los tres círculos” (TAGIURI y DAVIS, loc.cit., pg.200).

¹⁵⁷ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 3ª Época, octubre, 2003, pg.97.

compromiso de futuro de los miembros firmantes. Entre otras cosas, el deber acordado sobrelleva un adecuado relevo generacional. De esta forma, se intentan evitar los posibles futuros conflictos en cuanto a la propiedad y gestión de la empresa familiar.

El protocolo familiar, además, es aquel documento destinado en exclusiva a las empresas familiares. Desde una perspectiva jurídica, deben coexistir y adaptarse las distintas ramas del Derecho, y sus objetos resultan muy dispares: el Derecho de familia, que vela por la protección de la familia y se basa en lazos afectivos y de confianza; el Derecho mercantil, que regula todos los aspectos relacionados con la empresa y cuya finalidad es la obtención de beneficios; el Derecho fiscal y tributario, a través del que pueden obtenerse grandes beneficios fiscales; o el Derecho laboral, para regular aquellas relaciones entre el empleador y el empleado.

Tradicionalmente, el protocolo familiar se configuraba como un documento privado firmado por los miembros vinculados, de un modo u otro, a la sociedad familiar. Antaño prevalecía el aspecto moral en lo referente al ámbito familiar, y por tanto no se deseaba ni buscaba que el documento tuviera eficacia jurídica alguna. Además, de esta manera, resultaba más fácil para los otorgantes que se reflejaran todos aquellos pactos que incluían aspiraciones futuras sobre la empresa, sin necesidad de cumplir todas las exigencias y requisitos contemplados por la legislación.

Sin embargo, con el paso del tiempo, las cosas han cambiado. Actualmente, la concepción tradicional ha quedado desvirtuada. Es la propia familia la que busca que el protocolo familiar alcance la máxima eficacia jurídica posible, con la finalidad de que sus firmantes queden obligados a cumplir, estrictamente, con lo pactado. Además, al tratar principalmente sobre cuestiones relativas al régimen sucesorio y económico familiar, es la legislación la que, cada vez más, exige la forma pública para tratar estos temas¹⁵⁸.

La doctrina ha definido el protocolo familiar de múltiples maneras en diversos tratados. Para empezar, hay que decir que está compuesto por una serie de acuerdos adoptados por los miembros familiares, que durante el presente estudio denominaré como pactos o cláusulas familiares. A este respecto, MONTEMERLO Y WARD, consideran estos

¹⁵⁸ Sobre este asunto véase, a título de ejemplo: la disposición adicional segunda del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por le que se regula la publicidad de los protocolo familiares.

acuerdos (a los que denominan *family agreements*), como cualquier tipo de principio o regla que regula las relaciones entre la familia y la empresa¹⁵⁹.

Aun así, parece lógico pensar que una empresa no puede funcionar con un único pacto. Requiere de un conjunto de éstos que regulen, en la medida de lo posible, todos aquellos aspectos que puedan colisionar al entrar en contacto dos figuras muy importantes para la sociedad, y con unos objetivos muy distintos: la familia y la empresa. A esta suma de pactos es a lo que denominamos protocolo familiar.

Tanto la familia como la empresa están amparadas por la legislación. Sin embargo, y como se verá más adelante, al combinarlas surgen una serie necesidades que justificarán el porqué de la elaboración del protocolo familiar en este tipo de entidades. Además, para que éste último tenga una mayor eficacia, requerirá de la modificación de aquellos instrumentos jurídicos implicados. Es por ello que la mayoría de autores coinciden al considerarlo como un acuerdo marco¹⁶⁰. Es una guía tanto para la empresa como para las personas que, de una manera u otra, guardan vínculos con ella. Y para optimizar su eficacia, requiere de una organización jurídica importante, en la que será necesario que todos los instrumentos jurídicos que envuelven a estas dos figuras estén plenamente coordinados y exentos de contradicciones.

Sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ APARICIO y AGUSTÍN TORRES señalan que tan solo es posible la existencia del protocolo familiar sobre aquellas entidades que adopten forma societaria¹⁶¹. En mi opinión, esta matización resulta totalmente acertada, ya que tan solo la asociación de dos o más personas, en nuestro caso con vínculos familiares entre la mayoría de ellas, puede hacer posible la existencia de una empresa familiar. Es por ello que todas aquellas actividades profesionales, quedarían excluidas de este ámbito de aplicación, al no ser posible la transmisión de una titulación profesional. Del mismo modo, deben quedar al

¹⁵⁹ “a family agreement is any kind of written principles and/or rules that regulate the relationship of the family with its business” (MONTEMERLO y WARD, op.cit., pg.xiii).

¹⁶⁰ Véase. MORENO UTRILLA, “La publicidad del protocolo familiar”, *Revista de San Telmo*, núm. 24, marzo, 2007, pg.28; PÉREZ GIMÉNEZ, op.cit., pg.218; SERRANO GÓMEZ, loc.cit., pg.16; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar...”, pg.123; ECHAIZ MORENO, “El protocolo familiar. La contractualización en las familias empresarias para la gestión de las empresas familiares”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol- XLIII, núm. 127, 2010, pg. 123; GALEOTE MUÑOZ, *Sindicatos de voto. El control de la sociedad conjunta*, Tirant lo Blanch, 2008, pg.106.

¹⁶¹ Cfr. RODRÍGUEZ APARICIO y AGUSTÍN TORRES, “La empresa familiar y el Derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios” en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3ª Época, mayo, 1999, pg.42.

margen aquellas empresas que tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, si quieren gozar de la exención impositiva del impuesto sobre el patrimonio, como ya se ha justificado en el capítulo anterior.

Sin embargo, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia son unánimes a la hora de definir el objeto del protocolo familiar, que no es más que el de regular las relaciones entre la familia y la empresa. Esta regulación abarca tanto los aspectos económicos, patrimoniales o de gestión, como aquellos referentes a los valores propios de la familia y que se quieren reflejar en el funcionamiento de la entidad. MORENO, considera estos valores fundamentales como “la misión o la meta” de la familia y de la empresa¹⁶². A mi entender, no deben interpretarse exclusivamente como un fin, sino como una manera de actuar, de organizarse, e incluso de pensar, en la que priman unos principios que conllevan marcar la diferencia de la empresa familiar respecto a las demás.

Desde la perspectiva de la organización de las entidades, PÉREZ GIMÉNEZ ha basado su definición considerando que es necesaria la redacción del protocolo familiar, por poseer sus miembros “la condición simultánea de propietario, familiar y gestor”¹⁶³. Aun así, a pesar de ser cierta esta afirmación, en ocasiones, y como ya he apuntado con anterioridad, no siempre coinciden en una misma persona estas tres condiciones. Es por ello que esta teoría, a mi juicio, debería matizarse y enfocarse desde la visión del miembro familiar interesado en el funcionamiento de la empresa. Éste, por su condición de familiar, puede estar ligado de una forma u otra y beneficiarse de la empresa; bien porque trabaja en ella, bien porque ostenta acciones o participaciones, o simplemente porque es miembro familiar y le puede interesar que su apellido esté reconocido en la sociedad, entre otras cosas. Por tanto, opino que la necesidad de elaborar el protocolo familiar, no viene dada por la coincidencia en una misma persona de estas tres condiciones, sino por la interrelación que obligatoriamente se produce entre la familia, la propiedad y la empresa, elementos indispensables de toda empresa familiar. Como afirma GORTÁZAR LORENTE, es la respuesta a la praxis jurídica como medio para poder gestionarlos¹⁶⁴.

¹⁶² Cfr. MORENO UTRILLA, loc.cit., pg.28.

¹⁶³ PÉREZ GIMÉNEZ, op.cit., pg.218.

¹⁶⁴ Cfr. GORTÁZAR LORENTE, *Derecho y empresa familiar; el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*, Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Segona Ponència: Les relacions econòmiques en la crisi familiar, Tossa de Mar, 23 y 24 septiembre de 2004.

El contenido del protocolo familiar está compuesto por una suma de acuerdos que incorporan una serie de principios y reglas, que deben quedar plasmados por escrito en un documento¹⁶⁵. Sirven como guía de actuación para la empresa familiar ayudando, además, a evitar posibles situaciones de conflicto¹⁶⁶. En él se plasman los derechos y responsabilidades de los miembros familiares, y se establece un conjunto de expectativas para la familia¹⁶⁷ que pueden servir como incentivo para esforzarse y mantener la empresa a lo largo del tiempo.

Sin embargo, su proceso de elaboración exige, obligatoriamente, un diálogo previo entre los miembros pertenecientes al grupo o grupos familiares. La Asociación Madrileña de la Empresa Familiar, al elaborar su propia definición sobre qué debe entenderse por protocolo familiar, ya señalaba que “la labor a desarrollar está en obtener la cohesión, armonía y comunicación familiar entorno a la realidad de la empresa”¹⁶⁸. Sin un consenso entre los familiares jamás podrá elaborarse el documento. A tal fin, primero deberá conocerse en profundidad la empresa y todo lo que le rodea, para poder adoptar aquellos acuerdos que resulten pertinentes en el desarrollo de un proyecto empresarial a largo plazo. La propia legislación también contempla esta idea, ya que en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, se dispone que los socios “tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones” (art. 2.1 del RD 171, 2007, de 9 de febrero).

Cierta parte de la doctrina defiende que, para que este proceso de comunicación entre los miembros familiares tenga una mayor eficacia, es necesario contar con el apoyo de un tercero moderador o consejero, que no pertenezca a la familia¹⁶⁹. En el lenguaje común se le denomina como “asesor externo”. Sin duda, la existencia de este tercero, que a mi juicio debe ser totalmente ajeno no solo a la familia sino también a la empresa, puede resultar altamente recomendable. En muchas ocasiones, la familia está tan cerrada en

¹⁶⁵ Véase. MONTEMERLO y WARD, op.cit, pg. xiii; MARTÍNEZ, J., “Introducción al protocolo familiar...”, pgs.61 y 62.

¹⁶⁶ Véase. PONT CLEMENTE y ROCA FATJÓ, “El protocolo familiar como expresión de los pactos empresariales de familia”, en AAVV., *Fundación Antonio Lancuentra: La empresa familiar*, Escola Universitària d’Estudis Empresarials (UB), Barcelona, 2001, pg.146.

¹⁶⁷ Cfr. MCCLAIN, “Family Constitutions and the (New) Constitution of the Family”, *Fordham Law Review*, vol. 75, Issue 2, Article. 19, 2006, pgs. 865-866.

¹⁶⁸ Extraído de Asociación Madrileña de la Empresa Familiar: <http://www.efamiliar.org/articulo/19/>, en fecha 13-06-2012.

¹⁶⁹ Véase. ECHAZ MORENO, loc.cit., pg.123.

proteger su patrimonio y asegurar los puestos de trabajo de sus descendientes, que se olvida de la gestión diaria que requiere toda empresa y que contribuye a su crecimiento económico. La labor del asesor externo es justamente la de abrir horizontes y que la familia pueda tener una visión más amplia de lo que su empresa puede llegar a ser. No obstante, a mi entender, en ningún caso podría constituir un requisito ineludible, ya que legalmente no existe ninguna regulación que obligue a disponer de esta figura.

En cambio, ciertos autores defienden que el documento en sí del protocolo familiar debe quedar en un segundo plano. Consideran que lo realmente importante es el proceso previo necesario para su elaboración, basado en el diálogo y acuerdo de sus componentes¹⁷⁰. SÁNCHEZ-CRESPO denomina a este concepto como “comunicación intrafamiliar”¹⁷¹. Por su parte, GALLO afirma que lo verdaderamente importante es conseguir un pacto a través del cual todos los miembros estén de acuerdo, pues “les hace estar unidos en armonía, y compartir la propiedad de una empresa exitosa que, unida a la familia, es una escuela de valores para las próximas generaciones”¹⁷². En la misma línea se pronuncian GIMENO Y BAULENAS cuando afirman que “el objetivo fundamental no puede ser otro que construir y mantener un nivel aceptable de confianza entre todos y, para ello, establecer los mecanismos organizativos que la hagan patente”¹⁷³. Ciertamente, el protocolo familiar, como contrato que es, requiere de un proceso de negociación, comunicación y consenso entre los miembros que van a suscribirlo. Para las empresas familiares, deberían estar en este proceso de diálogo todos aquellos miembros familiares que, de alguna manera, se hallen ligados a la empresa. Aun así, la praxis jurídica nos ha llevado a concluir que es necesario reglamentar todo acuerdo y plasmarlo en un documento, incluyendo cláusulas limitativas o coercitivas. Igualmente, y en la medida de lo posible, darles publicidad pues es la única forma por la que puede darse una garantía jurídica para el cumplimiento de los acuerdos.

¹⁷⁰ Véase. PONT CLEMENTE y ROCA FATJÓ, op.y loc.cit., pg.146; ECHAZ MORENO, loc.cit., pg.123; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 19, Aranzadi, Navarra, 2002, pg.90; LOZANO POSSO, “El protocolo en las empresas de propiedad familiar”, *Estudios Gerenciales. Revista Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas*, núm. 74, Universidad ICESI, Colombia, 2000, pg.56; Extraído de Asociación Madrileña de la Empresa Familiar: <http://www.efamiliar.org/articulo/19/>, en fecha 13-06-2012.

¹⁷¹ Cfr. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar...”, pg.97-98.

¹⁷² GALLO LAGUNA DE RINS, *Empresa Familiar...*, pg.278.

¹⁷³ GIMENO SANDIG y BAULENAS RUVIRETA, “Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española” en AMAT SALAS y CORONA RAMÓN (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007, pg.119.

Solo así es posible prevenir que, en caso de que alguno de los firmantes cambiara de opinión respecto de lo acordado en su momento, los demás miembros familiares cuenten con la fuerza legal necesaria para obligar a mantener y cumplir con lo acordado. No obstante, sí es cierto que para la realización de todo protocolo familiar es necesario mezclar componentes jurídicos, económicos y empresariales con un trabajo psicológico y emocional. Aun con ello, como ya he reiterado, el ámbito jurídico será una herramienta clave para su funcionamiento.

2.2. FINALIDAD

En referencia a la finalidad del protocolo familiar, GOMÁ LANZÓN, con mucha razón, señala que puede servir para “conseguir que la sucesión en la propiedad de la empresa se haga con los menores costes emocionales, económicos y fiscales”¹⁷⁴. Con su elaboración se puede prever, entre otras cosas, uno de los aspectos más atractivos para este tipo de entidades, y es el de su sucesión¹⁷⁵ así como la transmisión de los valores familiares¹⁷⁶. De esta forma, se crean unas expectativas a la familia de continuidad de la empresa a largo plazo. Además, con una buena planificación es posible que el traspaso se realice con unas condiciones económicas y fiscales muy ventajosas. Es por ello que las normas contenidas en el documento no pueden ser inamovibles, ya que será imprescindible que se vayan modificando y adaptando a los posibles cambios que puede sufrir tanto la familia como la empresa. Por tanto, es necesario establecer unas cláusulas de revisión periódicas para su contenido. A este respecto, MARTÍNEZ afirma que “el protocolo no es «letra muerta», sino un documento «vivo» en el sentido de que se va modificando conforme la familia acumula experiencia y piensa que es necesario incluir nuevos temas o cambiar los existentes”¹⁷⁷.

Sin embargo, gracias a la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, se tiene un concepto jurídico de protocolo familiar. Además, al permitirse a través de esta

¹⁷⁴ GOMÁ LANZÓN, “El protocolo familiar”, en MARTÍNEZ DÍE, R. (dir), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión...*, pg.126.

¹⁷⁵ Véase. RODRÍGUEZ APARICIO y AGUSTÍN TORRES, loc.cit., pg.42; MORENO UTRILLA, loc.cit., pg. 28; GALEOTE MUÑOZ, “Los protocolos familiares”, en CAMPUZANO (coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pg.1000; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El gobierno de la familia empresaria...”, pg.26.

¹⁷⁶ Cfr. MCCLAIN, loc.cit., pgs.846-847.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ, op. y loc., pg.63.

normativa su publicación voluntaria en el Registro, no solo se le está atribuyendo un reconocimiento social y jurídico, sino un mayor compromiso social y una mayor estabilidad societaria, pues supone una mayor seguridad o ejecutividad de ciertos acuerdos contenidos en él.

2.3. SUJETOS

Otro aspecto a considerar, en cuanto a la elaboración del protocolo familiar, es quiénes deben suscribirlo, puesto que la doctrina no es unánime a este respecto. Existe una parte de los autores que considera que el protocolo familiar es un acuerdo entre los componentes del grupo o grupos familiares propietarios de la empresa familiar, y que por lo tanto, debe ser suscrito por los familiares socios¹⁷⁸. Ante esta teoría, SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA añade que debe ser firmado por los socios actuales y también por los previsiblemente futuros¹⁷⁹. Esta idea tiene su fundamento en el deseo de los padres de que sean sus hijos los que acaben heredando y gestionando la empresa familiar. Para ello deben orientar sus estudios, carreras profesionales y aspiraciones hacia las necesidades de sus empresas. Su firma en el protocolo familiar puede resultar un incentivo para formarse, y conseguir los requisitos exigidos para poder acceder a la entidad.

El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, establece que debe ser suscrito “por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares (...), en la que tengan un interés común”(art. 2.1 RD 171/2007, de 9 de febrero). De lo expresado por la normativa se desprende la exclusión por parte del legislador en cuanto a la posible suscripción del protocolo familiar por aquellas personas a las que denominaremos “tercero no familiar”. Es decir, aquellas personas que guardan vínculos con la sociedad, por su calidad de socios o administradores, pero que no guardan ningún tipo de nexo familiar con la familia empresaria¹⁸⁰. FERNÁNDEZ DEL POZO, afirma que no habría inconveniente en la suscripción del documento por parte de esos terceros ajenos a la familia, siempre y cuando tengan un interés con la sociedad.

¹⁷⁸ Véase. RODRÍGUEZ APARICIO y AGUSTÍN TORRES, loc.cit, pg.42; GALEOTE MUÑOZ, op.y loc., pg.1000; PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, op.cit., pg.40; PONT CLEMENTE y ROCA FATJÓ, op. y loc. cit., pg.150; VICENT CHULIÁ, “Organización jurídica de la sociedad familiar”, *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 5, Aranzadi, Pamplona, 2000, pg.38.

¹⁷⁹ Cfr. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El gobierno de la familia empresaria...”, pg.26.

¹⁸⁰ Esta teoría también es apoyada por cierta parte de la doctrina, véase. MORENO UTRILLA, loc. cit, pg.28; ECHAZ MORENO, loc.cit., pg.123; MCCLAIN, loc.cit., pg.846.

Tal afirmación se basa en que el elemento trascendental de que el control de la empresa siga estando en manos de la familia, aunque el capital de la organización esté compartido con terceros¹⁸¹. No obstante, comparto la visión dada por el legislador. No encuentro demasiado sentido al hecho de que terceros no pertenecientes al grupo familiar suscriban el protocolo. A pesar de ser socios o personal trabajador de la empresa, nunca podrán llegar a compartir el sentimiento que envuelve a la empresa familiar que, como se ha dicho, va mucho más allá de la mera obtención de beneficios. Resulta obvio pensar que, en la mayoría de veces, a una persona que no pertenece a la familia le muevan otros intereses más que la filosofía de la empresa, por lo que, ante una mejor oferta, lo más seguro es que dejará la empresa. Con esto no me refiero únicamente al ámbito económico, sino que se pueden dar otras circunstancias tales como un ambiente de trabajo más distendido en el que no prevalezcan los intereses familiares, o una mejor perspectiva en la carrera profesional, entre otras.

Sin embargo, el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, sí podría dar cabida a la suscripción del protocolo familiar por parte de aquellos miembros pertenecientes a la familia, pero que, por el contrario, no tienen ninguna vinculación con la sociedad. A estas personas son las denominaremos “tercero familiar”. En este grupo suelen estar incluidas aquellas que, de un modo u otro, tienen previsto, en un futuro, incorporarse a la empresa. En mi opinión, la firma del protocolo familiar por estos terceros resultaría necesaria. Aunque sea de una manera indirecta, se obligan jurídica y moralmente a acatar lo dispuesto en el documento, lo que ayudaría a garantizar la continuidad de la empresa familiar.

No obstante, y dado el carácter voluntario del protocolo familiar, considero que a pesar de que el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, pueda dar a entender que todos los familiares socios suscriben el protocolo familiar, es posible el caso de que solo unos cuantos de ellos lo hagan, o incluso que existan familiares que no formen parte de él.

¹⁸¹ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Aranzadi, Navarra, 2008, pg.68.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROTOCOLO FAMILIAR

3.1. EL PROTOCOLO FAMILIAR COMO CONTRATO

Las empresas familiares, como ya se ha señalado, tienen unas particularidades que las distinguen claramente de otras organizaciones. Por esta razón, la legislación existente no logra amparar muchos de aquellos aspectos necesarios para que estas entidades perduren en el tiempo, por lo que requerirán un tratamiento diferenciado y adaptado a sus necesidades.

La existencia del protocolo familiar surge de la necesidad de instrumentalizar todos aquellos puntos que pudieren provocar conflictos entre sus miembros. Es un código en el que se incluyen los objetivos que debe perseguir la entidad, así como las reglas internas de funcionamiento. Alcanzados por un consenso, intervienen todos aquellos miembros de la familia que forman la empresa; y en ocasiones, con aquellos que aún no lo son, y que en un futuro más o menos próximo tienen previsto incorporarse. Sin embargo, como se analiza más adelante, la eficacia de los distintos pactos que se incluyen en el protocolo familiar es distinta: abarcan desde una mera constancia del ideario o filosofía de la empresa, hasta aquellos otros que contienen eficacia frente a terceros.

No obstante, aunque esté consensuado y firmado por todos sus miembros, a la empresa familiar no le es suficiente con la existencia de un documento que se incluya principios y declaraciones de voluntad. Es necesario que también esté dotado de aquellos mecanismos que regulen la ejecución de todos aquellos principios. Coincido con VALMAÑA cuando afirma que “el protocolo familiar no se ha entendido siempre como un documento estrictamente jurídico. Nacido en el seno de las ciencias empresariales y no en el de las jurídicas, se impregnó rápidamente de la dialéctica propia de las primeras y ha resultado ciertamente difícil reconducirlo hacia las segundas, lo cual ha dificultado sobremanera confeccionar protocolos verdaderamente útiles para las familias empresarias que lo otorgaban”¹⁸². De esta idea, se desprende el porqué de la escasa investigación dedicada a examinar la eficacia o el valor jurídico de los protocolos familiares.

¹⁸² VALMAÑA CABANES, loc.cit., pgs.1-2.

Por ello, la determinación de su naturaleza jurídica es, probablemente, una de las cuestiones más debatidas entre los distintos autores. El motivo de tal discusión proviene de la variedad de pactos que puede incluir. Conviven cláusulas con una naturaleza y efectos distintos, ya que algunas incorporan aspectos éticos o morales; y otras, en cambio, conllevan aparejadas verdaderas consecuencias jurídicas. De esto deriva uno de los principales problemas propios de estos documentos, y es el de la exigibilidad de cada una de las cláusulas que lo componen. Asimismo se concluye que el protocolo familiar estará compuesto por una serie de cláusulas o pactos, que por su contenido y eficacia pueden dividirse en dos grupos: por un lado, los morales; y por el otro, los jurídicos¹⁸³.

Igualmente, de la mera lectura de la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, se puede extraer un dato que resulta de gran importancia para determinar su naturaleza. Dicho con las propias palabras del Real Decreto, tiene un “carácter estrictamente voluntario” (E. de M. del RD 171/2007, de 9 de febrero). Por lo tanto, ante estos documentos impera, sobre cualquier otro aspecto, la libertad de decisión y elaboración¹⁸⁴.

Por otro lado, la gran mayoría de cláusulas o pactos que incluyen los protocolos familiares, tienen como finalidad el establecer o regular aquellos mecanismos o condiciones que deberán seguirse ante una posible situación de futuro. A tal efecto, y teniendo en cuenta que el Código Civil admite que pueden ser objeto de contrato aquellas cosas que no tienen una existencia en el momento de su celebración pero que, sin embargo, pueden tenerla en un futuro (véase. art. 1271 CC). Considero por tanto que los protocolos podrían articularse a través de la llamada *venditio rei speratae*; es decir, el contrato (en este

¹⁸³ Algunos autores, basan sus definiciones haciendo prevalecer los vínculos familiares y de amor sobre otros conceptos. A este respecto GALLO estructura el protocolo familiar en dos grupos de componentes con finalidades distintas: en primer lugar, el grupo orientado a lograr e incrementar el amor de las personas por su empresa familiar, y que constituye los cimientos del protocolo y, en segundo lugar, el grupo orientado a lograr, desarrollar e incrementar la confianza de las personas, que constituye el edificio de reglas del protocolo familiar. (cfr. GALLO LAGUNA DE RINS y TOMASELLI, “Estructura y contenido de los protocolos familiares”, en AMAT SALAS y CORONA RAMÓN (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007, pg.82.). Otro autores, como VALMAÑA, consideran la vertiente jurídica como condición *sine qua non* para que el protocolo familiar funcione. Este autor afirma que “debemos entender el protocolo, por tanto, como un conjunto en el que *pueden* estar los contenidos morales pero en el que, en todo caso, *deben* estar los jurídicos.” Sobre esta misma línea afirma que “el mayor peso que conceda a unos o a otros determinará, en buen medida, el mayor o menor éxito en la aplicación del protocolo.” (cfr. VALMAÑA CABANES, loc.cit., pgs.1-2).

¹⁸⁴ Acertadamente FERNÁNDEZ DEL POZO considera que “el Protocolo Familiar es un instrumento contractual potestativo” (FERNÁNDEZ DEL POZO, op.cit., pg.41).

caso el protocolo) quedará en suspenso y solo producirá efectos cuando se dé la situación, y sea necesario acudir a lo allí estipulado, para poder resolver el conflicto.

Además, al igual que ocurre con el documento objeto de estudio, en los contratos sobre cosas futuras sus firmantes tienen la obligación de realizar todas aquellas acciones que sean necesarias para que lleguen a tener una existencia real; así como evitar aquellas otras que puedan poner en peligro su existencia¹⁸⁵ o, en lo que concierne a este estudio, su ejecución.

Es por todo lo expuesto que *a priori* podemos considerar que el protocolo familiar puede tener una naturaleza contractual. Incluso así sorprende ver que tanto en el informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, como de la redacción del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, no se referencia en ningún momento el término jurídico de “contrato” para calificarlos. En el primer caso se los describe como un “acuerdo marco”¹⁸⁶, y el segundo los engloba en lo que denomina “conjunto de pactos” (E. de M. y art. 2.1 del RD 171/2007, de 9 de febrero).

Atendiendo a la legislación, el propio Código Civil dispone que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (art. 1254 CC). De igual modo, del principio de la autonomía de la voluntad, reconocido y al mismo tiempo limitado por el artículo 1255 del mismo texto legal, se desprende que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes. La única limitación es que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Por lo tanto, se pueden considerar como válidos y legales todos aquellos a los que las partes hayan llegado, siempre que no infrinjan las prohibiciones contenidas en dicho Código. A todo ello se suma lo dispuesto en su artículo 1089, que dispone que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de los contratos.

También se entiende que el protocolo familiar ha sido elaborado de forma voluntaria entre sus firmantes, quienes han acordado de forma libre, la redacción de unas

¹⁸⁵ Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed, Aranzadi, Navarra, 2007, pg.246.

¹⁸⁶ Véase. Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001), pg.37.

cláusulas o pactos, y han manifestado su voluntad de someterse a su contenido. Además, muchas de las que se incluyen en el documento comprenden obligaciones que, de conformidad con el artículo 1088 del Código Civil, consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa, y que tienen fuerza de ley entre las partes. Así lo dispone el artículo 1091 del mismo texto legal y por tanto les vincularían absolutamente.

3.2. ATIPICIDAD CONTRACTUAL DEL PROTOCLO FAMILIAR

De considerarse el protocolo familiar como un contrato, pronto veríamos que por la variedad de cláusulas que lo componen no tendría cabida, en su totalidad, en ninguna de las figuras contractuales de las previstas en el Código Civil¹⁸⁷. Lo que en realidad hace es combinar dos o más tipos de contrato de los legalmente establecidos; o bien, introduce en éstos nuevos pactos que comportan a que tengan una finalidad distinta de la que, en principio, tenía prevista el legislador. Es por ello que el protocolo familiar debería calificarse como un contrato de los denominados atípicos¹⁸⁸.

Al fenómeno de la atipicidad se suele acudir, con frecuencia, cuando en el ordenamiento jurídico no existen los instrumentos necesarios para dar satisfacción a las nuevas necesidades que surgen en la sociedad, a raíz de los continuos cambios que experimenta. De este modo, y ante la no regulación legal del protocolo familiar como instrumento jurídico, debe adaptarse a las fórmulas jurídicas existentes. Por este motivo, debemos considerarlo como contrato atípico.

Dado que no se trata de un contrato *do ut des* o *do ut facias*, en el que la legislación es la encargada de regular y delimitar tanto los elementos personales, reales y formales

¹⁸⁷ Sobre este aspecto se ha pronunciado diversa doctrina, los cuales han afirmado que, el protocolo familiar, tiene una naturaleza jurídica compleja al contener elementos o aspectos propios de distintos contratos. (Véase. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “Protocolo familiar...”, pg.91; PÉREZ GIMÉNEZ, loc.cit., pg.223; GOMÁ LANZÓN, “El protocolo familiar” en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pg.669). Pero además, SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, añade dos nuevas ideas, por un lado nos dice que es un contrato plurilateral, ya que intervienen en él una pluralidad de partes (como mínimo serán el fundador y el heredero de la empresa familiar), y por otro lado, defiende que el protocolo viene a ser una norma base que deberán respetar y adaptar otros pactos complementarios de carácter más concreto. Sobre esta idea trataremos más adelante pues, como se verá, para que el protocolo familiar tenga plena eficacia, será necesario que se provea de otros instrumentos jurídicos. (cfr. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar...”, pgs.118-119).

¹⁸⁸ Sobre el contrato de atipicidad véase. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, 9ª ed, Dykinson, Madrid, 1999, pgs.489 y ss.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. II. 9ª ed, Tecnos, Madrid, 2001, pgs.36 y ss.

como sus efectos, GOMÁ LANZÓN lo define como un contrato posmoderno. Se aparta de todos los formalismos propios de este tipo de documentos, y se introducen otros: un proceso previo de reflexión o una fijación de principios modificables atendiendo a los posibles cambios que puedan producirse; y las materias que se tratan son varias así como el grado de implicación de sus miembros en la empresa es distinta¹⁸⁹.

A este respecto cabe decir que la cualidad contractual de los protocolos familiares queda desvirtuada, en parte, desde el mismo momento en el que están compuestos por cláusulas que incorporan pactos con una trascendencia moral. Su incumplimiento por parte de alguno de los firmantes, no acarrearía ninguna consecuencia jurídica; como tampoco existe ningún mecanismo jurídico que permita su obligado cumplimiento, sino que tan solo se derivarían reproches por parte de los demás miembros de la familia. Por esta razón, todas aquellas relaciones de sujetos de las que no deriven unos efectos jurídicos, quedan excluidas del ámbito de los contratos. En definitiva, podemos afirmar que la naturaleza contractual no constituye la totalidad del protocolo familiar; si bien es cierto que algunas de sus cláusulas, normalmente la mayoría, sí revisten esta categoría y por tanto tendrán fuerza de ley entre sus firmantes.

En todo caso, al igual que SERRANO GÓMEZ, opino que resultaría más fácil comprender el protocolo familiar si dispusiésemos de un sistema jurídico más flexible y menos reglamentado. Sería necesario un margen de maniobra más amplio para poder pactar ciertos aspectos, dentro de la empresa, que conllevaran una serie de consecuencias jurídicas en caso de su incumplimiento, e incluso poder inscribirlas en el Registro correspondiente, si así se considerara oportuno¹⁹⁰.

Por todo lo expuesto, y por las partes que intervienen en la elaboración del documento, lo más frecuente es pensar que el protocolo familiar constituye un negocio plurilateral. Sin embargo, existe la posibilidad de que sea instrumentado a través de un negocio unilateral. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, introdujo un nuevo apartado 5 al artículo 188 del Reglamento del Registro Mercantil, que permite establecer a través de los estatutos sociales, “la designación de un representante para el ejercicio de los derechos

¹⁸⁹ Cfr. GOMÁ LANZÓN, “El protocolo familiar”, en MARTÍNEZ DÍE (dir), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión...*, pg.149.

¹⁹⁰ Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc. cit., pgs.21-22.

sociales constante la comunidad hereditaria” (art. 188.5 RRM). Así pues, esta designación puede ser perfectamente realizada por el causante a través del testamento¹⁹¹. Esta realidad ha sido importada de las denominadas *testamentary direction on voting shares*, admitidas por el Derecho norteamericano de sociedades, en las que el causante puede incluir en su testamento disposiciones al ejercicio del voto inherente a las acciones transmitidas de la sociedad familiar¹⁹².

Más adelante veremos que para que el protocolo familiar tenga plena eficacia, será necesario contar con la ayuda de otros instrumentos jurídicos pertenecientes al ámbito mercantil, tales como estatutos, cláusulas limitativas, etc. Por lo tanto, su naturaleza va más allá de la normativa estrictamente civil. Debido a su alcance contractual se ampliará a las normas mercantiles pues, como su ámbito de aplicación y destino será la empresa, resultará necesario, además, estudiar y adaptar a las intenciones de la familia todas aquellas figuras jurídicas que la afectan¹⁹³. De igual forma, también cobrará especial relevancia el Derecho fiscal, pues la entidad de carácter familiar puede disponer de una serie de ventajas a las que tan solo pueden acogerse esta tipología de entidades. En conclusión, podemos afirmar que el protocolo familiar no pertenece a una rama del Derecho concreta, sino que se considera una materia interdisciplinar.

3.3. EFICACIA DEL PROTOCOLO FAMILIAR

En cuanto a la aplicabilidad del protocolo familiar, algunos autores, como YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, señalan que puede ser elaborado para reglar aquellos aspectos que afectan al empresario individual¹⁹⁴. En mi opinión, este documento solo es aplicable en aquellas entidades empresariales que han adoptado la forma de sociedad. Su justificación radica en la finalidad principal de todo protocolo, que es la de asegurar la sucesión de la

¹⁹¹ Véase. Resolución de 17 de marzo de 1986, de la Dirección General de los Registro y del Notariado (BOE núm. 81, de 4 de abril), STS (Sala 1ª), de 21 de septiembre 2007.

¹⁹² Cfr. O'NEAL and THOMPSON'S, *Close Corporations and LLCs: Law and practice*, 2004, Revised 3r ed, Thompson West, vol. I, pgs.5-39.

¹⁹³ Las normas sucesorias, por sí solas, no son suficientes para asegurar la conservación de la empresa en las sucesivas generaciones, sino que requieren de reglas pertenecientes a otros ámbitos del Derecho que coadyuvan a alcanzar una correcta transmisión de la entidad (cfr. EGEA FERNÁNDEZ, “Protocolo familiar y pactos sucesorios”, *InDret*, núm. 3, 2007, pg.12).

¹⁹⁴ YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA afirma que “cabe la existencia de un protocolo familiar en el caso de empresario individual, lo que sucede es que el contenido de este protocolo será básicamente sucesorio, al tener por objeto la empresa como unidad, la empresa como objeto”. (YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, “El protocolo familiar”, en CURIEL LORENTE y otros, *La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés*, Actas de los Undécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 2001, pg.125).

empresas. Esta transmisión se pretende garantizar a través de la incorporación de algunos de los miembros familiares en su dirección; cuestión que, por otro lado, no tiene ninguna relevancia en el caso de los empresarios individuales o profesionales.

Sobre este asunto, parece que el legislador, al redactar el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, también lo tuvo en cuenta. En su redacción se desprende que los pactos que componen el protocolo familiar serán aquellos alcanzados por los socios pertenecientes a una sociedad no cotizada, y quedan por tanto excluidos los empresarios individuales y profesionales. Además, parece lógico pensar que al estar el documento compuesto por un conjunto de pactos, no pueden alcanzarse de una forma individual, sino que requieren de como mínimo dos personas. Por otro lado, también resulta imposible la transmisión de una actividad profesional por ser intrínseca de la formación de una persona.

Por último, y tras un exhaustivo análisis del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, única normativa hasta el momento que regula el protocolo familiar, quisiera añadir una reflexión. Bajo mi punto de vista, considero que se ha perdido una gran oportunidad para regular otros aspectos, que le hubiesen ayudado a gozar de una mayor autonomía y eficacia jurídica. De igual forma, estimo que el legislador ha estado desacertado en dos puntos que nos podrían haber ayudado a definir, de una manera más concreta, la naturaleza de estos documentos, que tan importantes son para las sociedades familiares, y que son los siguientes:

En primer lugar, que no se hace mención alguna ni a la naturaleza jurídica ni a su eficacia. Sin embargo, de una manera indirecta, el legislador sí ha intentado transmitir, a través de la definición del mismo, la naturaleza contractual considerando al protocolo familiar como un “conjunto de pactos” (E. de M. y art. 2.1 del RD 171/2007, de 9 de febrero).

Y en segundo término, en lo referente a que tan solo podrán publicarse aquellos pactos incorporados en el protocolo familiar pero que afectan exclusivamente a una sociedad no cotizada. A este respecto no logro comprender el motivo de la exclusión de las compañías cotizadas. A mi entender, considero que por sus características, y más aún por los requisitos necesarios para alcanzar esta categoría, sería conveniente que dispusieran de

uno, puesto que igualmente sirven, más si cabe, a organizar y regular todos aquellos aspectos internos que ayuden a su perdurabilidad.

En síntesis, la finalidad de todo protocolo familiar es la creación de un documento que contenga las normas necesarias para regular las relaciones que surgen entre los miembros de la familia y la empresa. Para ello, es preciso establecer como objetivo, el alcanzar el consenso de todos los familiares para tomar las decisiones que afecten, en el presente y para un futuro, a la empresa. Tiene así el doble sentido de evitar posibles conflictos y, al mismo tiempo, impulsar el crecimiento y continuidad entre generaciones de estas entidades.

Sin embargo, la simple adopción de acuerdos entre los familiares no es suficiente. Para que el protocolo familiar pueda utilizarse como un verdadero instrumento jurídico, requerirá que todos sus pactos y cláusulas contengan una serie de consecuencias jurídicas para el caso de su incumplimiento.

De todo ello se desprende su naturaleza contractual, pues los miembros firmantes y los que posteriormente se vayan adhiriendo, adoptan una serie de acuerdos y pactos. Estos serán sobre aspectos que afectan tanto a la empresa familiar como al plano personal, y son alcanzados de una forma libre. La finalidad es que todo quede reglamentado y, por tanto, deban someterse a lo estipulado. Es más, para poder calificar adecuadamente al documento que conforma el protocolo familiar, hay que tener en cuenta que ha sido elaborado por un conjunto de miembros, en este caso familiares, que tratan de conseguir un fin común a todos ellos. Por esta razón, podemos entender que tendría cabida en los denominados “contratos plurilaterales”¹⁹⁵.

Por otra parte, el principio de autonomía de la voluntad, reconocido expresamente por el propio Código Civil, juega un papel muy importante en la elaboración del protocolo familiar. Gracias a él que podemos establecer aquellos pactos que consideremos necesarios para regular las empresas familiares. En mi opinión, y aunque sea de una manera superficial, subsana los posibles vacíos legales resultantes de la falta de suficientes instrumentos jurídicos, expresamente regulados, que den satisfacción a la nuevas

¹⁹⁵ Sobre los contratos plurilaterales véase. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op.cit., pg.168.

necesidades sociales, en nuestro caso, la empresa familiar. Como consecuencia de esta “libertad” en la elaboración de pactos, surge parte del problema característico de estas entidades, y es que coexisten una variedad de acuerdos con unas consecuencias jurídicas dispares. Por lo tanto, no pueden tratarse del mismo modo, lo que nos conduce a encontrarnos con un contrato de los denominados atípicos. A consecuencia de esta atipicidad, y considerando al protocolo como un negocio jurídico, tendrá la categoría de negocio jurídico mixto. Tanto el contenido como la finalidad, de carácter económico, aparece mezclada con fines de naturaleza personal y familiar¹⁹⁶.

Una vez estipulado que el protocolo familiar goza de una naturaleza contractual, cabe concluir el apartado referenciando, aunque sea de forma muy escueta, la forma del contrato que lo compone.

El documento está sujeto al principio de libertad de forma, por lo que, en principio, no sería necesario la elevación a público (cfr. arts. 1278 a 1280 y 1667 CC para el caso de las sociedades civiles, y el art. 117 CCom para las compañías mercantiles). Lo que sí es condición indispensable para que exista contrato es la concurrencia de los requisitos establecidos en el Código Civil para éstos, y son:

- 1) Consentimiento de los contratantes¹⁹⁷.
- 2) Objeto cierto que sea materia del contrato¹⁹⁸.
- 3) Causa de la obligación que se establezca¹⁹⁹.

Una vez cumplidos estos requisitos, aunque el contenido esté en un documento privado, las partes quedarían obligadas a acatarlo, como ocurre con los pactos parasociales²⁰⁰. Esto no implica que en el caso de que querer inscribir en el Registro

¹⁹⁶ Véase. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op.cit., pgs.91 y ss.

¹⁹⁷ Sobre el consentimiento contractual véase. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op.cit., pgs.172 y ss.

¹⁹⁸ Sobre el objeto del contrato véase. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op.cit., pgs.229 y ss.

¹⁹⁹ En el protocolo familiar, la causa contenida será atípica, como también he calificado a la tipología de contrato, ya que no estará expresamente reconocida por el legislador. Sin embargo, deberá contener alguna de las causas genéricas de las previstas por el art. 1274 del Código Civil. Sobre la causa del contrato véase. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op.cit., pgs.255 y ss.

²⁰⁰ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, op.cit., pgs.71-72. Véase también: STS (Sala1ª). de 3 de noviembre 1993; STS (Sala 1ª). de 3 de septiembre 2007.

Mercantil se deba respetar la legislación al respecto. Igualmente ocurre para el caso en que se quiera dar al protocolo familiar la validez de pactos sucesorios (admitidos en algunas Comunidades Autónomas), por lo que también deberá cumplirse con la normativa establecida en cada Comunidad.

4. MODALIDADES DE PROTOCOLO FAMILIAR

4.1. POR EL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN DE LOS ELEMENTOS PRINCIPALES QUE COMPONEN LA EMPRESA FAMILIAR

Cada empresa reúne unas características específicas, y es la Ley de Sociedades de Capital la encargada de que las diferencias no sean excesivas. Todas ellas deben cumplir con los requisitos que esta ley les impone. Por tanto, el aspecto empresarial de estas entidades está regulado por el Derecho, aunque no se puede decir lo mismo de las familias, pues tienen sus propios valores, pensamientos y maneras de actuar. El Derecho regula algún campo de la vida familiar pero no todos, por lo que una gran parte depende de la voluntad de los miembros familiares.

Por este motivo, al combinar ambas figuras, surge un tipo de empresas de características muy diferentes entre sí. Su organización y forma de actuar dependerá, en gran medida, de los valores y filosofía de la familia. En ese punto de fricción entre lo regulado por el Derecho y lo que no lo está, es donde se encuentran muchas de las particularidades que distinguen a las empresas familiares del resto. En una entrevista, STERN PECK, directora de *Family Wealth and Family Life Program* de la *Ackerman Institute for the Family in New York*, afirmó que antes de elaborar un protocolo familiar, es necesario tomar conciencia de cuáles son los valores familiares²⁰¹. Es por ello que deberán adaptarse a la filosofía y necesidades de cada familia empresaria.

²⁰¹ “Before you can even do a mission statement, you have to be able to be aware of what your value system is” (ANDERSON y KOSTIGEN, “100 year plan. Part One: Who we are. The Family Mission Statement”, *Worth*, 2003. Extraído de: http://www.handlerthayer.com/Press_Releases/2003_Robb_Report_Family_Mission_Statement.pdf , en fecha 26-06-2012)

Tal y como afirma CALAVIA MOLINERO, “el contenido de un protocolo familiar debe ser un traje hecho a la medida para cada empresa familiar a fin de respetar las peculiaridades de la familia propietaria y de su cultura empresarial”²⁰². En síntesis, existirán varios tipos, que a continuación serán clasificados. No obstante, esto no significa que todos deban encuadrarse en una tipología u otra, sino que la mayoría se podrán enmarcar en más de una. Esto es consecuencia directa de la variedad de pactos de distinta naturaleza y eficacia que conviven en el documento.

Parte de la doctrina, clasifica los distintos tipos de protocolos desde la perspectiva en que se organiza la empresa familiar. A este respecto, GIMENO Y BAULENAS, sobre la base de una investigación realizada con una muestra de 202 protocolos familiares, los clasifican atendiendo al porcentaje de participación de estos tres elementos en la empresa: el patrimonio, la gestión, y la previsión de futuro. De ello surge la siguiente clasificación:

1) *Protocolos patrimoniales*. Son los que disponen la inmensa mayoría de las empresas encuestadas (un 53%). Contienen un carácter básicamente jurídico. Se centran básicamente en regular los aspectos patrimoniales, prestando poca atención a la profesionalidad de la gestión y a la sucesión de la empresa.

2) *Protocolos de gestión*. Son utilizados por el 20% de las empresas encuestadas. Tienen un carácter fundamentalmente empresarial, ya que prima el establecimiento de las reglas que ayuden a la profesionalización de la gestión, sobre el resto de elementos.

3) *Protocolos de futuro*. Suponen el 27% de las empresas encuestadas. Se trata de aquellos que incorporan y atienden, con igual importancia, a los tres elementos²⁰³.

En mi opinión, esta clasificación puede ayudar a entender qué es y cómo se organiza una empresa familiar. Aun así, estas entidades requieren de la ayuda de sistemas jurídicos que regulen las relaciones entre los familiares y la empresa que las caracterizan. Para ello, considero que la clasificación de los protocolos debe basarse en la naturaleza y eficacia de las cláusulas que los componen.

²⁰² CALAVIA MOLINERO, “Sociedad holding familiar...”, pg.27.

²⁰³ Cfr. GIMENO SANDIG y BAULENAS RUVIRETA, op. y loc. cit., pgs.91 y ss.

4.2. POR LA EFICACIA DE SUS CLÁUSULAS

La eficacia de las cláusulas que componen el protocolo familiar es una de los temas que más preocupan y mayor importancia tiene para las entidades familiares. Es por esta razón que ha sido objeto de diversos estudios, siendo ampliamente aceptada por la doctrina la clasificación que a continuación se desarrolla.

1) *Pacto entre caballeros*²⁰⁴. Se trata de aquellos pactos que tienen fuerza moral entre los miembros firmantes o adheridos al protocolo familiar pero que, aun así, carecen de toda eficacia legal. Son pactos que habitualmente incluyen normas de conducta deseables²⁰⁵ y de recomendada observancia por parte de los miembros de la empresa familiar, o bien relativas a su ética, filosofía y valores. También son preceptos que, si bien se consideran de cumplimiento necesario por parte de sus miembros, nunca se podrán imponer coactivamente. De esta forma, se sitúan en un ámbito extralegal, por lo que en caso de incumplimiento, tan solo podrían ser objeto de reproche entre los diferentes miembros de la familia y firmantes del documento, y nunca tendrán consecuencias jurídicas. El principal motivo que lleva a la familia empresaria a querer plasmar en el protocolo familiar esta tipología de pactos, es su anhelo de transmitir a las generaciones venideras el espíritu que motivó al fundador o fundadores la creación de la empresa, para que perdure en el tiempo.

Por otro lado, cierta parte de la doctrina alude a la posibilidad de que se redacte un código de conducta, de obligada observancia por todos los miembros familiares, y que necesariamente deberá ser incorporado en el protocolo. A través de este código, se facultaría al Consejo de Familia para imponer sanciones sobre aquellos familiares que incumplieran las normas contenidas en él, quedando al margen cualquier relación laboral que pudiera existir entre el familiar y la empresa²⁰⁶. Estas medidas están pensadas para aquellos miembros de la familia que, a pesar de tener un comportamiento diligente en las

²⁰⁴ Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc.cit., pgs.23 y ss.; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar...”, pg.108.

²⁰⁵ También hay autores que los denominan “declaración de buenas intenciones (véase. PÉREZ GIMÉNEZ, loc. cit., pg.222; GORTÁZAR LORENTE, “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar” en AMAT SALAS y CORONA RAMÓN (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007, pg.197.)

²⁰⁶ Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO y REYES LÓPEZ, *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pgs.213-214.

labores empresariales, no sucede igual en su conducta personal, lo que podría afectar a la imagen de la entidad. En mi opinión, el hecho de incorporar una serie de normas para regular la conducta personal de los miembros familiares que forman parte de la empresa, podría resultar de gran ayuda para garantizar una buena imagen, y transmitir confianza de cara a los proveedores y clientes. Sin embargo, al mismo tiempo considero que podría ser una medida coercitiva y coactiva, que podría incluso vulnerar los derechos fundamentales inherentes a las personas y contemplados en nuestra Constitución (véase. art. 10 Const.).

2) *Protocolos con eficacia contractual*²⁰⁷. Son aquellos pactos con carácter obligacional, que originan derechos y obligaciones tan solo entre aquellos miembros familiares que los otorgan, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1255 del Código Civil²⁰⁸. PÉREZ GIMÉNEZ afirma que podría considerarse como un “negocio jurídico multilateral”²⁰⁹, pues como contrato que es, deberán intervenir, al menos, dos personas para que surja efecto. Asimismo, en el Reglamento del Registro Mercantil existe la posibilidad de que se designe, como ya se ha señalado, “un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria” (art. 188.5 RRM), que es perfectamente factible que se haga por el causante a través del testamento, por lo que nos encontraríamos ante un “negocio unilateral”. Suelen contener pactos, y su finalidad es la establecer aquellas normas de conducta más adecuadas para conseguir un equilibrio, en las relaciones entre los firmantes entre sí, y la de éstos con la familia y con la empresa, de tal manera que sea lo más beneficiosa posible. Además, puede instrumentarse como documento público o privado. Su ineficacia frente a terceros puede darse por dos motivos: en primer lugar, porque no cumplen con los requisitos exigibles en el Reglamento del Registro Mercantil, por lo que no son legalmente inscribibles en dicho organismo; o en segundo término, porque a pesar de que los pactos sí sean registrables, los socios de la empresa familiar han decidido no darles publicidad. Esta tipología de pactos suelen incluir aquellos referentes a la política retributiva de los socios, o las condiciones de salida de los familiares de la empresa, entre otras.

²⁰⁷ Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc.cit., pgs.23-24; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar...”, pgs.108-109.

²⁰⁸ Tal eficacia contractual deviene de lo dispuesto en el art. 1257 del Código Civil el cual también introduce a los herederos de los contratantes como responsables de los derechos y obligaciones contraídos por el causante, a excepción de que tales derechos y obligaciones no sean transmisibles, ya sea por su naturaleza o pacto, o por disposición de ley.

²⁰⁹ PÉREZ GIMÉNEZ, loc.cit., pg.222.

En cuanto a su eficacia jurídica cabe decir que, si bien por un lado conlleva a que los miembros firmantes puedan exigir su cumplimiento, o en su caso y gracias a lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil, puedan ser indemnizados por daños y perjuicios. Esta cuestión se ve reforzada en vía judicial gracias a los artículos 709 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, es comúnmente sabido que algunas veces no es posible conseguir ese cumplimiento. Ante la reclamación judicial, cabe la posibilidad de que el Juez acabe apreciando que no se ha producido ningún daño a los miembros de la familia y declare la ineficacia del acuerdo o que, aun reconociéndolo, resulte muy difícil determinar la cuantía de la indemnización. Para evitar conflictos en este tipo de pactos es recomendable incluir una serie de cautelas, garantías o sanciones para el caso de no cumplirse lo estipulado; e incluso, y para una mayor garantía, sería aconsejable incorporar cláusulas penales que contemplen el resarcimiento de los daños derivados de dicho incumplimiento a través de una indemnización, o el establecimiento de una pena cumulativa con la misma (véase. art. 1152 y ss. CC).

3) *Protocolos con eficacia frente a terceros*²¹⁰. Son aquellos que vinculan a las partes firmantes, y que además son oponibles frente a la sociedad y frente a terceras personas ajenas al mismo; es decir, tienen eficacia *erga omnes*. Claro está que una de las mayores garantías de toda oponibilidad frente al *penitus extranei*, radica en la escritura pública (cfr. art. 1218 CC; art. 17 bis LN; y el art. 319 LEC). No obstante, en el ámbito societario el acceso al Registro Mercantil de ciertos pactos que afectan, sobre todo, a la propiedad de la empresa, conlleva una mayor eficacia. El Reglamento del Registro Mercantil establece que “los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME)” (art. 9.1 RRM), los cuales adoptan la forma de estatutos sociales.

Por otro lado, cabe destacar que son muy pocos los pactos contenidos en el protocolo que pueden ser introducidos como cláusulas en los estatutos sociales, lo que en mi opinión, está motivado por la estandarización de los estatutos sociales. Para una mayor seguridad jurídica, los estatutos sociales deben documentarse primero en escritura pública para luego poder ser inscritos en el Registro Mercantil. Este encadenamiento comporta que tanto el Notario como el Registrador, ante el deseo de los socios de incorporar una cláusula

²¹⁰ Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc. cit., pg.24; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar...”, pg.109.

poco usual en este tipo de documentos, deban proceder al estudio de su legalidad. Del mismo modo, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Comercio sobre la uniformidad de los criterios de calificación, puede producirse por parte del Registrador una interpretación de la legislación que implique la calificación negativa de acceso al Registro y, sin embargo, puede darse la posibilidad, de que esa misma cláusula pueda ser interpretada por el Registrador de otra localidad de forma distinta, y que por tanto, sí sea susceptible de inscripción con todas las consecuencias que sobrelleva.

En ocasiones, ocurre que la familia desea mantener en secreto el contenido del protocolo, e incluso su existencia. Esta práctica puede resultar exitosa en aquellas empresas en la que priman, por encima de todas las demás cosas, los valores familiares. En la mayoría de casos, por eso, no es lo habitual, y resulta conveniente dar publicidad al protocolo. De esta forma se deja claro cuál es la voluntad de la familia para asegurar la continuidad de la empresa. Establece las reglas sucesorias u organizativas y, al mismo tiempo, ofrece una transparencia empresarial que provoque una señal de garantía frente a los clientes y proveedores, en el momento de establecer relaciones comerciales. Así, EGEA FERNÁNDEZ afirma que “la publicidad del protocolo envía al mercado, a los proveedores, a los trabajadores de la empresa, a los socios financieros y también a los competidores, una señal extremadamente positiva de continuidad de la empresa”²¹¹.

El documento que contiene el protocolo familiar tiene acceso al Registro Mercantil, por alguna de las vías de las establecidas en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, o bien porque se han podido incorporar como una de las cláusulas en los estatutos sociales. Estos pactos suelen regular aquellos aspectos corporativos de la empresa como son el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos, el régimen de transmisión de las acciones o participaciones de la empresa familiar, etc.

Cada vez más, existe la necesidad y el deseo de que el protocolo familiar pueda ser inscrito en el Registro Mercantil; y por tanto, sea oponible frente a terceros²¹².

²¹¹ EGEA FERNÁNDEZ, loc. cit., pg.10.

²¹² Véase. Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001), pg.37.

4.3. POR LA PUBLICIDAD DEL DOCUMENTO

Otra de las modalidades generalmente admitidas por la doctrina, es aquella que basa su clasificación atendiendo al grado de publicidad del documento que contiene el protocolo familiar, y del que resulta la siguiente agrupación:

1) *Pactos familiares o secretos*. Son aquellos que por las cláusulas contenidas, sus firmantes no desean que se haga público ni su contenido ni su existencia. Por tanto no son inscritos en el Registro Mercantil, lo que comporta a que nunca surtirán efectos frente a terceros.

2) *Protocolos familiares con pactos parasociales*. Son los documentos que incorporan pactos que regulan las relaciones entre los miembros familiares para con la sociedad. Se trata de unas estipulaciones internas de la organización y que tienen una eficacia contractual entre sus firmantes. Así, PAZ-ARES señala que estos pactos “no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben”²¹³.

3) *Protocolos con trascendencia registral*. Se trata de aquellos documentos que, por su contenido y características, son inscritos en el Registro Mercantil. Se exige que sus pactos sean adoptados por unanimidad, puesto que afectan a la estructura de la entidad²¹⁴.

Debido a la multiplicidad de pactos que pueden incluirse en los protocolos familiares, no comparto la idea generalizada que afirma que estos documentos carecen de toda fuerza legal. Considero que es responsabilidad de la familia decidir qué eficacia jurídica pretende darle. Para ello, deberá adaptar o buscar los mecanismos jurídicos complementarios que sean necesarios para que el contenido de los pactos que deseen introducir tenga la fuerza jurídica necesaria para obligar a su cumplimiento. De este modo, se puede afirmar que si bien existen protocolos que tienen una fuerza únicamente moral, hay otros que por su contenido gozan de una eficacia contractual o *erga omnes*, según el

²¹³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “Los pactos parasociales. Su eficacia”, en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.IV, Bosch, Barcelona, 2005, pg.710.

²¹⁴ Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc.cit., pg.24.

caso. Por tanto, el carácter obligacional de este documento estará en función del tipo de acuerdos que se incluyan en él.

5. CONTENIDO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

5.1. ADECUACIÓN DEL PROTOCOLO A LAS NECESIDADES SOCIO-FAMILIARES

Cada acuerdo incorporado en el protocolo es -o debería ser- único. En ellos se refleja el carácter y la cultura de la familia empresaria, así como la naturaleza de su negocio. El contenido de sus acuerdos está influenciado tanto por las costumbres familiares como por las leyes que rigen sobre el país -o comunidades autónomas- donde se ubica la empresa que, en muchas ocasiones, suelen contener diferencias. Un claro ejemplo lo encontramos en Cataluña, donde se admiten los pactos sucesorios gracias a la publicación de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo al Derecho de sucesiones; mientras que en el Derecho común, esta tipología de pactos están expresamente prohibidos.

En la legislación no existe ninguna norma que determine el contenido del protocolo familiar ni la manera en que debe estructurar sus cláusulas. Por ello, deberá ser configurado libremente, de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, y con la única obligación de respetar las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico²¹⁵.

Sin embargo, considero que en el contenido del protocolo tendrá mucho que ver tanto el tamaño de la empresa como lo extensa que sea la familia. Sobre esta idea se han pronunciado MONTEMERLO y WARD, quienes han elaborado el siguiente cuadro²¹⁶:

²¹⁵ Las limitaciones como ya hemos comentado con anterioridad son las dispuestas en el art. 1255 del Código Civil y que son que los pactos, cláusulas y condiciones no deben ser contrarios a la leyes, a la moral y al orden público.

²¹⁶ Cfr. MONTEMERLO y WARD, *op.cit.*, pg.13.

Cuadro 4. La influencia del tamaño de la familia y de la empresa

		Tamaño de la empresa	
		Pequeña	Grande
Tamaño de la Familia	Pequeña	Prima la empresa y hay unas normas rígidas	Prima la empresa y hay unas normas flexibles
	Grande	Prima la familia y hay unas normas rígidas	Prima la familia y hay unas normas flexibles

Fuente: Montemerlo y Ward (2005)

Ante la ausencia legislativa sobre su contenido es lógico -y, a mi entender, recomendable- que cada familia estudie la situación concreta de su empresa. Ellos son quienes mejor saben cuáles son sus fortalezas y sus debilidades. Tan solo de esta manera se podrá elaborar un documento en el que se incluyan aquellos pactos y cláusulas que más se adecuen a sus necesidades. Por esta razón, tendrán especial interés aquellas cuestiones que puedan resultar más complicadas en atención a las características de la empresa o por las propias peculiaridades de la familia. Igualmente, se tendrá en consideración tanto en el momento de la elaboración del documento, como en previsión de posibles futuros conflictos.

A pesar de todo ello, una cosa es evidente: si se pretende que el protocolo familiar tenga éxito, es necesario que contenga unos mecanismos de revisión que permitan que su contenido sea adaptable a los cambios, tanto familiares como empresariales.

5.2. ESTRUCTURA DEL PROTOCOLO FAMILIAR

A este respecto, JEFFREY ABRAHAMS, tras un estudio sobre cientos de declaraciones de objetivos corporativos en empresas estadounidenses, llegó a la conclusión de que toda compañía debe establecer, prioritariamente, la clara definición de sus objetivos. Esto sobrelleva a darles forma y a promulgar la identidad de la empresa a través de una “declaración de objetivos”, en los que se identifican sus valores fundamentales. Este concepto de valores fundamentales es asimilable a la declaración de principios incluidos en

los protocolos familiares de nuestro país²¹⁷. Por el contrario, algunos autores sostienen que las “declaraciones de objetivos” no tienen ningún valor puesto que mayoritariamente son ignorados, llegando incluso a decir, que son una pérdida de tiempo, de recursos y de energía²¹⁸.

No existe ningún modelo formal al que deban ajustarse, si bien es cierto que la Administración del Estado ha elaborado una “Guía para la pequeña y mediana empresa familiar”²¹⁹. En su anexo, se establece un modelo para la redacción de un protocolo. Aun así, dado su carácter privado, personal y atípico, no existe un documento estándar y válido para las empresas familiares, ni tan siquiera un contenido concreto común a todas ellas. Lo que sí se ha publicado, tanto por parte de la doctrina como por parte de los organismos públicos, son modelos orientativos para poder elaborarlo²²⁰.

De todo ello, se propone la siguiente estructura y contenido básico que debería contener todo protocolo familiar. Abarca aquellos puntos más importantes -y al mismo tiempo conflictivos- que comparten la mayoría de empresas familiares. Con esto, no quiero decir que sea una enumeración cerrada, sino que deberían añadirse o ampliarse aquellos puntos que sean necesarios para prevenir y regular jurídicamente posibles conflictos futuros:

²¹⁷ Cfr. ABRAHAMS, *The Mission Statement Book: 301 Corporate Mission Statements from America's Top Companies*, Ten Speed Press, Berkeley, 1999, pgs.9 y ss.

²¹⁸ Cfr. MCCLAIN, loc.cit., pg.839.

²¹⁹ Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, *Guía para la pequeña y mediana empresa*, Ministerio de Economía, Madrid, 2003.

²²⁰ Véase. PÉREZ GIMÉNEZ, loc.cit., pgs.220 y ss.; NEBRED A VILASANTE, loc.cit., pgs.31 y ss.; GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.IV, Bosch, Barcelona, 2005, pgs.665 y ss.; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar...”, pgs.110 y ss.; LOZANO POSSO, loc.cit., pgs.58 y ss.; ECHAIZ MORENO, loc.cit., pgs.125-127; PONT CLEMENTE y ROCA FATJÓ, op. y loc.cit., pgs.149-157; GASCÓ y otros, op. cit., pgs.25 y ss.; Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, *Guía para la pequeña y mediana empresa*, Ministerio de Economía, Madrid, op. y loc.cit., pgs.105-117; WARD, op. y loc.cit., pg.223; NIETO SÁNCHEZ, “Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar”, Intervención en las Jornadas sobre la Sociedad Limitada de Nueva Empresa celebradas en la Universidad de Murcia, los días 19 y 20 de mayo de 2003, *La Notaria*, núm. 5/2005, Mayo 2003, pgs.90-91; PÉREZ GIMÉNEZ, loc.cit., pgs. 220 y ss.; MONTEMERLO y WARD, op. cit., pgs.33 y ss.

PROPUESTA DE PROTOCOLO FAMILIAR

En primer lugar, hay un apartado denominado “reunidos”. En él, se presenta a la partes que intervienen y firman el protocolo familiar, así como el concepto en el que lo hacen (cónyuge, hijo, etc).

En segundo lugar, se encuentra el apartado “manifiestan”, que está compuesto por diferentes puntos:

1) Se inicia este apartado definiendo el *objeto del protocolo familiar*. Se expresa el deseo, en primer lugar, de los fundadores de la sociedad, y posteriormente el de sus firmantes, de transmitir a las siguientes generaciones la sociedad familiar según las pautas establecidas a continuación.

2) *Definición de aquellos términos de especial relevancia* en el documento, y que de su interpretación dependerá la correcta aplicación y eficacia del mismo como son: empresa familiar (denominación, domiciliación y CIF), y patrimonio familiar o mayoría familiar. Además, se deberá identificar con claridad cuáles son los miembros de la familia firmantes del documento, qué ramas familiares existen en la empresa, cuáles son las sucesivas generaciones, y quiénes pertenecen a la categoría de “resto del grupo familiar”; es decir, aquellos que no siendo miembros firmantes del protocolo sí forman parte de la familia o grupo familiar.

3) A continuación, aparecen aquellos aspectos relacionados con *la historia y los valores, tanto familiares como empresariales*. Así pues, en este apartado del protocolo familiar se incluirá:

3.1) Por la parte de la historia empresarial:

3.1.1) El origen fundacional de la empresa. Cómo se inició el proyecto empresarial.

3.1.2) Su trayectoria generacional. Cómo ha ido evolucionando la empresa desde sus inicios. Esto es, las diferentes etapas por las que la empresa familiar ha pasado, reflejando con un mayor énfasis aquellos aspectos más relevantes y que la han ayudado a

crecer y mantenerse en el mercado. Igualmente, una breve descripción de la evolución del negocio hasta el momento de redacción del documento.

3.1.3) La situación actual en la que se encuentra la empresa en el momento de redactarse el protocolo familiar.

3.2) En cuanto a los valores familiares:

3.2.1) Valores a transmitir. Es la denominada “cultura de la empresa familiar”. Son aquellos valores familiares que desean infundir en la filosofía y formas de hacer de la empresa. En esta tipología de entidades es muy importante que exista un comportamiento modélico por parte de sus miembros. Junto con la calidad de sus productos, es la carta de presentación para conseguir y fidelizar un mayor número de clientes, y así ampliar el mercado.

3.2.2) La misión de la familia. Principalmente será la de velar para que exista una buena sintonía entre los miembros familiares y que no se pierda la comunicación entre ellos; de ser así, comportaría la pérdida de la empresa. Debe existir una entrega motivada al trabajo que cada socio o partícipe tiene asignada.

3.3) Sobre la sociedad:

3.3.1) Los valores corporativos. Están íntimamente relacionados con los valores de la familia. Es la conducta empresarial y el compromiso social que los miembros familiares deben adoptar. Son las metas que la empresa quiere alcanzar pero, además, la manera en que deben conseguirse. Tienen que ver con la calidad de sus productos, el nivel de servicios que se presenta a sus clientes, o la utilización del nombre familiar tanto en marcas como en denominaciones sociales, entre otras.

4) *Patrimonio familiar*. Se explicita en qué consiste; es decir, de qué manera y en qué porcentaje están repartidas las acciones o participaciones de la entidad entre los diferentes miembros familiares. Muchos autores, entre ellos PÉREZ GIMÉNEZ, sostienen que en este punto del protocolo, tan solo se debe tener en cuenta la organización patrimonial

del grupo familiar²²¹. No obstante, en mi opinión, y dada la posibilidad de que la empresa no solo este participada por miembros familiares (siempre en un porcentaje minoritario ya que, de no ser así, la empresa dejaría de ser familiar), también es necesario tener en cuenta y determinar aquel capital social perteneciente a estos terceros ajenos a la familia porque también están afectados por la elaboración del protocolo familiar. Este aspecto es de gran importancia, puesto que así estos últimos tendrían bloqueado el acceso a adquirir una mayor participación en ella y, por tanto, ven limitada sus aspiraciones a ostentar el control. De esta manera se consigue una visión global de la totalidad de la empresa familiar, garantizando así una optimización de su gestión, como un adecuado equilibrio entre los intereses de los miembros pertenecientes al grupo familiar y los terceros.

5) *Patrimonio de la empresa familiar*. Se determinan y establecen todos aquellos bienes y derechos de los que la empresa familiar es titular. Este punto es de vital interés, sobre todo para las sociedades *holdings* familiares.

6) Por último, en este apartado, se introduce un punto en el que los miembros firmantes se comprometen a *asumir los compromisos* que se detallarán a continuación en el documento. Esta es la manera de dejar constancia por escrito que todos aquellos miembros familiares que van a firmar el protocolo familiar se obligarán, de una manera formal o jurídica según la cláusula de que se trate, a acatar lo dispuesto en el documento.

Finalmente, en tercer y último lugar se encuentra el apartado de las “cláusulas”. En él se reflejarán todos aquellos pactos que los firmantes del protocolo hayan querido alcanzar. La finalidad es la de regular las relaciones entre la familia y la empresa, sobre todo en aquellos puntos que resultan conflictivos para la continuidad de la entidad. Como se ha repetido en diversas ocasiones, el protocolo familiar es el documento destinado a planificar la sucesión de la empresa. Como paso previo a su redacción, ha tenido que haber un proceso de comunicación entre los interesados, en el que se ha podido acordar cómo será llegado el momento. Este apartado es el que resulta más dispar entre las distintas entidades. Cada una de ellas lleva asociadas un conjunto de características y necesidades que deben ser resueltas de forma distinta. A pesar de ello, a continuación veremos aquellos

²²¹ Cfr. PEREZ GIMENEZ, loc. cit., pgs.220-221.

pactos que toda empresa familiar, como regla general, debe alcanzar para conseguir la finalidad de este documento:

1) *Ámbito personal o subjetivo*. Es la cláusula encargada de delimitar las personas que participan en el proceso de elaboración así como las firmantes y las que, con posterioridad, se vayan adhiriendo a su contenido. Además, es importante establecer que, para aquellos casos en el que los socios-familiares o causahabientes, quisieran o tuvieran la necesidad de transmitir a terceros las acciones o participaciones que les corresponden de la empresa familiar, los transmitentes deberán acatar las normas en cuanto a su transmisión. Por ello, los adquirentes deberán respetar y subrogarse a las obligaciones contenidas en el documento. Considero que este es uno de los motivos por los que resulta necesario que todo protocolo familiar deba ser público a través del Registro Mercantil. De tal forma, se evita cualquier confusión en cuanto a la posibilidad de adquisición de más acciones o participaciones. Esta cuestión aquí apuntada será objeto posteriormente de un análisis más detenido.

2) *Ámbito objetivo*. El campo de aplicación del protocolo lo constituye la empresa o grupo de empresas propiedad de la familia. Del mismo modo, incluye aquellas relaciones jurídicas que se entablen entre los miembros de la familia empresaria, así como aquellas que de alguna manera les afecte el contenido del documento; bien por haberlo firmado, por haberse adherido a él o por haberse subrogado en la posición jurídica de un firmante.

3) *Ámbito temporal*. Debe establecerse tanto la fecha de entrada del vigor del protocolo, como su duración, así como las condiciones de extinción en su caso.

4) *Prohibición de disolución de la sociedad*. Esta cláusula se establece como prevención para preservar las exenciones o bonificaciones fiscales que los herederos de la empresa hayan disfrutado en la adquisición hereditaria de la totalidad o parte del patrimonio familiar. Se establece la prohibición de adoptar acuerdos que pudieran conllevar a la pérdida de estos beneficios fiscales.

5) *Diseño corporativo de la empresa*. En este punto debe establecerse:

5.1) La estructura jurídica de la empresa. Atendiendo al tamaño y volumen, será necesario estudiar qué forma societaria se adecúa más a sus necesidades, y a las previsiones de futuro de la entidad.

5.2) Estructura y organización de la empresa. Deben establecerse aquellos órganos de gobierno de la entidad, tanto la Junta General como el Consejo de Administración, encargados del desarrollo y funcionamiento de la empresa. De igual forma, la Junta de Familia y el Consejo de Familia, que deberán velar por el buen funcionamiento de la familia, y de ésta con la sociedad. Además, también se podrán reflejar otros órganos como el Comité de nombramientos o la Comisión de estrategia e inversiones, etc. En este mismo punto también deberá explicitarse las funciones de cada una de estas figuras, así como las normas de remuneración de sus integrantes o la política para adoptar acuerdos. También se regularán otros aspectos como la edad de jubilación, sustitución o incorporación de un nuevo miembro, qué sucede en el caso de fallecimiento de uno de sus integrantes, etc.

5.3) Política de endeudamiento. Esta financiación debería provenir, preferentemente, de la aportación realizada por los socios familiares. De este modo, se evitan los requisitos formales que le serían exigidos si acudiese a los mercados financieros, y el previsiblemente elevado coste de estas operaciones. Además, se estimula la motivación de los socios para que inviertan en su propia compañía.

5.4) Condiciones para ser socio. Se establecen los requisitos necesarios para poder adquirir acciones o participaciones de la sociedad.

5.5) Supuestos en los que la empresa deberá perder el carácter de familiar. Se deben reflejar aquellas situaciones en las que, por motivos familiares o empresariales, la sociedad ha de perder el carácter de familiar, y que la diferencia de las otras entidades. En este mismo punto, se deberán establecer los procedimientos a seguir para estas situaciones, recomendándose el régimen de mayorías exigibles. En mi opinión, se debería establecer también una mayoría cualificada, por ejemplo en dos tercios o tres quintos.

6) Política de personal y formación. En este punto se reglamentarán todos aquellos requisitos y condiciones necesarios para la incorporación en la empresa de aquellos miembros familiares que tengan interés en hacerlo. Suele ser el punto más conflictivo entre

los familiares porque de no regularse eficientemente, pueden producirse diferencias y discriminaciones entre ellos. Debe buscar los mecanismos que ayuden a evitar, en la medida de lo posible, que se produzca una confusión entre el ámbito empresarial y el familiar. Por tanto, tiene que establecerse:

6.1) Las normas y condiciones de acceso a la empresa. Incluirá tanto la entrada en la empresa como miembro accionista o partícipe, así como los criterios que se deberán cumplir para incorporar a un accionista o partícipe a los órganos de gobierno²²².

6.2) Criterios de formación. Se establecerá qué formación es necesaria para poder incorporarse a la empresa. Resulta obvio pensar que según la categoría que dentro de la entidad vaya a desempeñar el familiar, se requerirá una mayor o menor formación, o un tipo de conocimiento específico.

6.3) En su caso, experiencia requerida. Muchas veces ocurre que el deseo de los propietarios es que las sucesivas generaciones que vayan a relevarles en un futuro hayan trabajado en alguna empresa de la competencia. La finalidad es que una vez se incorporen a la empresa familiar, ya hayan adquirido unos conocimientos y habilidades que probablemente en su empresa les hubiera sido más difícil aprender, debido a que suele haber un instinto de ayuda entre familiares. Por tanto, también debe regularse qué experiencia previa es necesaria para poder introducirse en la entidad (si simplemente basta con que se desempeñe un cargo de igual categoría a la que ostentaría en la sociedad familiar, el número de años que son necesarios estar en una empresa ajena, si debe ejercerse en España o debe ser en el extranjero, etc.)

6.4) Criterios de selección. Deben establecerse los procedimientos para evaluar las cualidades de los miembros de familia que quieran trabajar en la empresa, así como los sistemas de selección y promoción.²²³.

²²² Véase. PÉREZ GIMÉNEZ, loc. cit., pg.222; GASCÓ y otros, op. cit., pg.56; GORTÁZAR LORENTE, op.cit., pg.4; “se debe regular la posibilidad de acceso de los miembros de la familia a puestos de trabajo de la empresa familiar, siempre que cumplan determinados requisitos: necesidad del puesto de trabajo, titulación, preparación en un periodo previo de formación en otra empresa, etc.” (VICENT CHULIÀ, “Organización...”, pg.41).

²²³ Véase. CALAVIA MOLINERO, “Sociedad holding familiar...”, op. cit., pg.28.

6.5) Separación de los socios o partícipes. Deben determinarse los cauces y el *modus operandi* para el caso de que algún socio o partícipe decida promover su separación. Deberá fijarse el método de valoración de sus acciones o participaciones, si existe un derecho de adquisición preferente por parte de los miembros familiares con respecto a terceros ajenos a la sociedad o si será la propia entidad la que se las quedará. También se fijará el tiempo y la forma de transmisión, quién deberá asumir y soportar los gastos e impuestos que se generen por tal transmisión, la posibilidad de incluir pactos de no concurrencia, etc.

6.6) Exclusiones. Deberán regularse los motivos por los que se procederá excluir a uno o varios socios de la entidad.

7) Derechos económicos y de propiedad. Es el apartado donde se establecen los principios generales de la política económica del grupo familiar en relación con la empresa. En este punto deben incluirse: el derecho de información de los miembros familiares sobre la contabilidad de la entidad, las normas de remuneración de los familiares que trabajan en la empresa, la política de distribución de dividendos, sindicatos de voto²²⁴, la representación de los accionistas pasivos en su caso y la valoración y transmisión de las acciones o participaciones el caso de que algún familiar ya no quiera continuar en la entidad²²⁵. Es conveniente establecer determinadas restricciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones de la entidad. A tal cuestión, PERDICES HUETOS y GARRIDO DE PALMA, entre otros, lo caracterizan como unos “sindicatos de bloqueo”²²⁶, de tal forma que pudiera establecerse un derecho de adquisición preferente en favor de los familiares que integran la empresa familiar. Así se evitaría la entrada de terceros ajenos a la familia y, por tanto, la posible pérdida del control de la entidad; o bien instaurar un régimen de autocartera, permitido legislativamente, por un plazo no superior a tres años. De esta forma, los socios tienen tiempo suficiente para encontrar a un adquirente adecuado, o bien

²²⁴ Véase. PÉREZ MORIONES, *Los sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pgs.47 y ss.; GALEOTE MUÑOZ, *Sindicatos de voto...*, pgs.125-135.

²²⁵ Véase. PÉREZ GIMÉNEZ, loc.cit., pg.222; GASCÓ y otros, op.cit., pg.57. ; CALAVIA MOLINERO, “Sociedad holding familia...”, pg.28; NEBREA VILASANTE, op.cit., pg.33; GORTÁZAR LORENTE, op.cit., pg.5.

²²⁶ Se suele denominar “sindicatos de bloqueo” cuando las restricciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones de la sociedad no constan en el texto estatutario. (Véase. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de las acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997, pgs.150 y ss.; GARRIDO DE PALMA, “La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pgs.1582 y ss.; PÉREZ MORIONES, op. cit., pgs.557 y ss.)

pueden acordar su amortización con la consiguiente reducción de capital (véase. art.141 LSC). También deben establecerse las normas sobre la concesión de préstamos de la sociedad a los propios socios.

8) Adaptación de otros instrumentos jurídicos al contenido del documento. Como ya se ha dicho, para que el protocolo familiar tenga plena eficacia será necesario que otros negocios jurídicos, que tan solo dependen de la voluntad de los miembros familiares, se adapten al contenido del documento. Es por ello que será necesario obligarse a otorgar capitulaciones matrimoniales, en su caso, estableciendo el régimen económico de separación de bienes. Esto será así para evitar que se confundan el patrimonio familiar con el personal del matrimonio, así como para delimitar la política testamentaria que deberá seguirse, para que la empresa continúe estando en manos de la familia con el paso de las distintas generaciones.

9) Sucesión del fundador y sucesivos. Es el lugar en donde debe planificarse todo lo relativo a la sucesión de aquellas personas que ostentan cargos directivos. En este punto se incluye:

9.1) Establecimiento de la edad de jubilación. Suele ser uno de los motivos que llevan al fracaso de las empresas familiares. Sobre todo, ocurre en el caso de los fundadores, quienes suelen retrasar en exceso su marcha de la empresa. Tal circunstancia, lleva aparejada a que no exista tiempo suficiente para planificar una correcta sucesión de la entidad, y un desánimo o relajamiento por parte de la siguiente generación, que no contemplan el momento de manejar la empresa. Por ambos motivos, es muy conveniente reflejar una edad para jubilarse²²⁷. A pesar de ello, y para que al fundador o los familiares que deben retirarse no se sientan apartados de la entidad, cabe la posibilidad de crear cargos honoríficos en la organización.

9.2) Establecimiento del negocio jurídico de transmisión de la propiedad. Este punto tiene como finalidad la planificación estratégica de la transmisión de la propiedad por actos *inter vivos*, de tal manera que resulte lo más beneficiosa tanto para la empresa

²²⁷ Véase. LOZANO POSSO, loc.cit., pg.60.

como para la familia. Esta transmisión puede revestir diversas formas: donación, pactos sucesorios en aquellas Comunidades Autónomas que lo permitan, etc.

9.3) Gastos e impuestos de sucesión. Debe regularse quiénes deberán satisfacer los gastos e impuestos que se originen por causa de la sucesión hereditaria de la empresa familiar. Así pues, también podrá establecerse la posibilidad de que sea la propia empresa la que financie, con unas condiciones ventajosas, a los familiares que no puedan hacer frente con estos gastos.

10) Cláusula penal. Es la cláusula que ayudará a que los miembros firmantes, o los que posteriormente se vayan adhiriendo a él, cumplan el contenido que contiene el documento.

11) Cláusulas de orden. En ellas se reflejará la importancia del protocolo familiar sobre otros posibles pactos que se alcancen en la empresa. Igualmente, recogerá los mecanismos de revisión de su contenido y las vías de solución en caso de surgir algún conflicto. Por tanto, este punto se divide de la siguiente forma:

11.1) Exclusividad o vis atractiva. El documento suele contener la exclusividad de las cláusulas en él contenidas o bien de la vis atractiva. En mi opinión, considero que establecer la exclusividad del contenido de sus cláusulas no resulta factible ya que el protocolo familiar en la actualidad todavía no goza de una eficacia jurídica absoluta de todo su contenido. Parte de él, dependerá de la voluntad que tengan los firmantes de acatar los pactos en él contenidos ya que, ni tan siquiera, y pese a la publicación del Real Decreto 171/2007, todo su contenido es inscribible en el Registro Mercantil. Por tanto, y como ya se ha reiterado en diversas ocasiones, será necesaria la adaptación de las estipulaciones contenidas en otras figuras jurídicas a lo dispuesto en el protocolo familiar, no existiendo ningún mecanismo jurídico para obligar a ello. Sin embargo, sí considero necesario pactar la vis atractiva del protocolo familiar sobre otros posibles pactos anteriores o posteriores a su elaboración. A excepción, y como señala VICENT CHULIÁ, cuando los pactos que se alcancen con posterioridad no constituyan formalmente una modificación del propio²²⁸.

²²⁸ Cfr. VICENT CHULIÁ, “Organización...”, pg.42

11.2) Régimen y mecanismos para la modificación y adición de cláusulas del protocolo familiar. Es necesario pactar y regular los motivos por los que será necesario modificar o ampliar el contenido del protocolo familiar, así como establecer el momento en que deberá hacerse y los cauces a seguir en su caso.

11.3) Adaptación jurídica. Se anuncia un pacto por parte de los miembros firmantes en el que se prevé la adaptación jurídica del contenido del protocolo familiar a los cambios legislativos que se produzcan durante su vigencia.

11.4) Sistemas para la resolución de conflictos. Al tratarse de empresas familiares es la propia familia la que proclama, para el caso en que se produzcan enfrentamientos, el sometimiento y la resoluciones de estos conflictos por vías extrajudiciales como son la mediación y el arbitraje²²⁹.

Para finalizar se incorpora una cláusula con gratitud. Sirve como cierre y es donde se expresa el agradecimiento de los familiares descendientes al fundador de la entidad, en primer lugar, así como a aquellos antecesores que han hecho que la sociedad familiar funcione²³⁰.

De todo lo expuesto se concluye que el protocolo familiar está compuesto por una serie de estipulaciones con una naturaleza y eficacia distinta. Por un lado, se encuentran aquellos aspectos que contienen una naturaleza puramente moral; y por otra parte, las que despliegan una eficacia jurídica. Finalmente existen aquellas otras que comparten ambos ámbitos. Esta diversidad de cláusulas constituye el motivo por el que no es posible introducir todo su contenido en el Registro Mercantil, impidiendo la publicidad necesaria para que sus cláusulas tengan una eficacia *erga omnes*.

Además, es notoria la similitud y relación existente entre el protocolo familiar y los estatutos sociales, puesto que en muchas ocasiones coincidirán las estipulaciones contenidas en ambos documentos. Es por este motivo que debe existir una coherencia a la hora de elaborarlos, evitando que se produzca cualquier contradicción entre ellos. Sobre

²²⁹ Sobre el arbitraje véase. HINOJOSA SEGOVIA, “Sistema de solución extrajudicial de conflictos”, *vLex* (Id.vlex: VLEX-52016337).

²³⁰ Cfr. GOMÁ LANZÓN, “El protocolo familiar” en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial...*”, pg.668.

este asunto, autores como SERRANO GÓMEZ, basándose en el principio de libertad y voluntariedad que envuelven a estas figuras jurídicas, defienden que en caso de divergencia entre sus contenidos, prevalecerán los pactos del protocolo familiar frente los propios estatutos sociales “aunque únicamente entre los miembros de la familia que hayan suscrito el Protocolo en cuestión”²³¹. Sin embargo, considero que esta idea tan solo tendría sentido si se tuviera en cuenta únicamente el aspecto moral de sus integrantes. De no ser así, para el caso de incumplimiento de alguna de sus cláusulas por parte de alguno de ellos, no podría ser exigido su cumplimiento por la vía legal, y tan solo se producirían reproches por el resto de los firmantes. Únicamente los estatutos son los que gozan de una protección y eficacia jurídica que, en la actualidad, los protocolos familiares no tienen. Así pues, y a pesar de la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, estos últimos no tienen cabida en su totalidad en el Registro Mercantil. De esta forma, no despliegan una eficacia *erga omnes*, como sí ocurre en el caso de los estatutos. Por tanto, no se puede obligar jurídicamente a ningún familiar firmante del protocolo a cumplir lo dispuesto en dicho documento si éste entra en contradicción con lo dispuesto en los estatutos.

Ahora bien, respecto de aquellas estipulaciones que *a priori* podrían no tener cabida en los estatutos sociales, con la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, existe la posibilidad de incluirlos en dicho documento mediante la creación de un comité consultivo (véase. disp. adicional segunda RD 171/2007, de 9 de febrero). Para ello, a este nuevo órgano se le deberán atribuir unas concretas competencias consultivas o informativas dirigidas a regular su aplicación, y se le exigirá que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil²³². De este modo, la voluntad de los firmantes establecida en el protocolo familiar, podrá gozar de publicidad, y por consiguiente, de la eficacia jurídica deseada a través de la inscripción de sus cláusulas incorporadas en los estatutos sociales.

²³¹ SERRANO GÓMEZ, loc.cit., pg.27.

²³² Deberá determinarse qué órgano ostentará la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo; su función; composición; retribución; forma de adoptar acuerdos entre otras. (cfr. art. 124.2 RRM).

6. LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR

6.1. PRESUPUESTOS

El Informe de la ponencia de estudio de la problemática de la empresa familiar, publicado el 23 de noviembre de 2001²³³ fue el documento que, por primera vez, dio a conocer la importancia de los protocolos. Su papel es fundamental para asegurar un adecuado traspaso generacional, garantizando así la supervivencia de esta tipología de entidades. Además, recomendó que, para alcanzar tales fines y darles una mayor seguridad, se procediera a “la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del protocolo familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros”²³⁴. De este modo, se facilitaría su inscripción. Esto fue lo que motivó que la cuestión de la publicidad y registro de los protocolos familiares se planteara legislativamente, y por primera vez, en el apartado 3 de la disposición final segunda de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actualmente derogada por la Ley de Sociedades de Capital.

En aras a dar cumplimiento a lo dispuesto legislativamente, se publicó el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se desarrolla el régimen de publicidad de los protocolos familiares. A través de su Exposición de Motivos, no solo resalta la importancia de las sociedades familiares en nuestro país, sino que además hace mención expresa a la “cultura del protocolo familiar”. Así, lo asimila a la figura de los denominados *shareholders agreement*, y destaca que en los países de nuestro entorno es considerada como una garantía tanto para los terceros, como para los propios socios de la entidad, pudiendo llegar a ser sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno (cfr. E. de M. del RD 171/2007). De esta forma, en un primer análisis del Real Decreto, puede extraerse que la publicidad pretendida para estos documentos, mediante su inscripción en el correspondiente Registro, debe ser lo suficientemente amplia como para que pueda ser conocida por terceros interesados.

²³³ Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001).

²³⁴ Conclusión 3ª del Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001), pg.40.

Hasta ahora, y pese a que las entidades familiares llevan años utilizando el protocolo familiar, rara vez se hacían públicos. La única excepción la encontramos cuando algunas de sus cláusulas eran incorporadas en los estatutos sociales, y consecuentemente se inscribían en el Registro Mercantil. Por tanto, como regla general, éste tenía una eficacia *inter partes*. Con la publicación del Real Decreto lo que se pretende es dotar a los acuerdos contenidos en el documento de una mayor transparencia frente a terceros, a través de su publicidad. En suma, el hecho de que exista la posibilidad de dar entrada al protocolo en el Registro puede resultar muy beneficioso para la entidad familiar por dos motivos: en primer lugar, porque en el ámbito familiar refuerza el valor del instrumento; y en segundo término, porque los terceros ajenos a la empresa van a valorar positivamente la presencia de estos pactos aunque sea solo a través de la publicidad mínima. Tal hecho, refleja una organización para dar continuidad a la empresa a lo largo de los años.

No obstante, el protocolo familiar como tal no puede ser objeto de inscripción directa en el Registro Mercantil por dos razones: en primer lugar, en virtud del principio de tipicidad registral, pues no está previsto en ninguno de los supuestos del artículo 16 del Código de Comercio, ni del artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, ni en ninguna otra disposición legal²³⁵; y en segundo término, porque parte del contenido del documento no puede tener entrada por el principio de abarcabilidad registral. Sobre este tema, VICENT CHULIÁ lo justifica para que “el Registro no se convierta en una Enciclopedia de las sociedades familiares existentes en España”²³⁶. Al mismo tiempo, cabe destacar que en el desarrollo de dicho Real Decreto, el legislador no aprovechó la oportunidad que se le brindaba para definir y delimitar el concepto de empresa familiar. Como ya se ha expuesto anteriormente, tampoco lo utilizó para regular sus aspectos subjetivo, objetivo y formal, ni su contenido, dejando que se halle configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, con los únicos límites establecidos en el orden civil y societario (cfr. E. de M. del RD 171/2007). Por tanto, en mi opinión, con la publicación de este Real Decreto, pese a que como se expondrá a continuación sí se especifican y regulan las diversas formas de acceso de este tipo de documentos al Registro Mercantil, deja sin reglar el contenido básico que todo protocolo. Además, también lo deja al desamparo de la protección jurídica que requiere.

²³⁵ Véase. Resolución de 5 de abril de 1983, de la Dirección General de los Registro y del Notariado, por el que se rechaza la inscripción en el Registro Mercantil de un préstamo sin garantía real.

²³⁶ VICENT CHULIÁ, “La publicidad del protocolo familiar”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2008, pg.58.

En otra cuestión, el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, señala que el órgano de administración de la sociedad familiar será el responsable de la publicación o no del protocolo “en atención al interés social” (art. 3.1 RD 171/2007, de 9 de febrero). Aun así, no se concreta si este interés debe interpretarse desde un punto de vista contractualista o institucionalista. Considero que debe primar el interés de la sociedad frente al familiar. Esta afirmación se basa en uno de los principales motivos que propician la existencia del protocolo: que la entidad familiar perdure en el tiempo, y no se extinga como consecuencia de los cambios generacionales.

No obstante, debe tenerse en cuenta también uno de los rasgos que diferencian a este tipo de sociedades, y es que deben servir al sostenimiento del grupo familiar. La jurisprudencia ha tratado el tema del interés social en diversas ocasiones desde esta perspectiva contractualista. Así, lo ha definido como “la suma de los intereses particulares de sus socios (...) en el interés común del reparto de los beneficios”²³⁷. Se trata pues, de un interés legítimo aunque no esté expresamente reconocido por la legislación. Por este motivo, autores como VICENT CHULIÁ aconsejan la incorporación en el protocolo de una cláusula destinada a regular la política de dividendos, de tal forma que se establezca un dividendo mínimo anual para los socios²³⁸.

Lo que no deja lugar a dudas es que la publicidad del protocolo familiar generalmente servirá al interés general. Confiere transparencia a la organización y la identifica mejor en el mercado, además de otorgarle una mayor valoración de su marca. Por tanto, a mi entender, el interés social que refleja el artículo 3.1 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, es aquel que tiene como finalidad mejorar la imagen de la sociedad familiar en el mercado²³⁹, y su capacidad para obtener beneficios.

Por último, merece destacar que lo dispuesto en el Real Decreto solo afectará a las sociedades no cotizadas. El resto se regirán por lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Sociedades de Capital. De esta forma, en la actualidad nos

²³⁷ FJ. 2º de la STS (Sala 1ª). de 19 de febrero 1999; FJ. 3º de la STS (Sala 1ª). de 18 de septiembre 1998; FJ. 2º de la STC (Sala 1ª). de 19 de marzo; FJ. 7º de la STS (Sala 1º). de 17 de enero 2011.

²³⁸ Cfr. VICENT CHULIÁ, “Organización...”, pg.42.

²³⁹ La mejora de la imagen de la entidad suele alcanzarse con la publicación del protocolo, ya así se refleja la transparencia de los valores empresariales y familiares asumidos de forma contractual, así como la organización corporativa y financiera que adopta. Todo ello, puede servir como instrumento de clarificación y competencia en el mercado. (cfr. VICENT CHULIÁ, “La publicidad...”, pg.65).

encontramos con que las primeras pueden publicar de forma voluntaria su protocolo pero no un pacto parasocial. En cambio, las entidades que sí cotizan en Bolsa, en virtud del artículo 519 de la Ley de Sociedades de Capital, están obligadas a publicar aquellos pactos parasociales que tengan por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales, o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables. Pero sin embargo no pueden publicar su protocolo familiar. A mi juicio, considero que el legislador debería plantearse el hecho de incluir aquellas entidades no amparadas actualmente por el Real Decreto. De esta forma, se permitiría la inclusión en los estatutos de aquellos pactos con eficacia *inter partes* y válidos en nuestra legislación.

6.2. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR

El sistema de publicidad diseñado por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, está sujeto a una serie de requisitos y características. Por ello, merecen un detenido análisis antes de profundizar sobre las distintas modalidades de inscripción del protocolo familiar en el Registro Mercantil. Así pues, hay que tener presente las siguientes cuestiones:

6.2.1. VOLUNTARIEDAD

La entidad familiar dispone del poder de decisión para la publicidad o no del documento, supuesto excepcional en nuestro Derecho registral, donde la regla es la publicidad registral obligatoria (véase. art. 19 CCom y art. 4 RRM). El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, dice textualmente que “tiene siempre carácter voluntario para la sociedad” (art. 2.3 RD 171/2007, de 9 de febrero). A tal efecto, conviene resaltar que dicha voluntariedad también radica en su mera existencia.

Algunos autores, como FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, consideran como un acierto el hecho de tener la opción de poder publicar o no el documento, basándose en el carácter sensible y confidencial del mismo²⁴⁰. Aun así, en mi opinión, la publicidad del protocolo

²⁴⁰ Cfr. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, Aranzadi, Pamplona, 2009, pgs.302-303.

debería ser obligatoria. Entiendo que debería ser tratada como una garantía, tanto para los terceros que de alguna manera quieran o estén vinculados a la entidad -ya sea como acreedores, proveedores, clientes, etc.-, como para los propios socios o partícipes de la entidad, presentes y futuros. Bajo mi punto de vista, la decisión del poder ejecutivo de dotarle de esa voluntariedad se debe a la inexistencia legislativa de un contenido básico obligatorio para estos documentos. Esta circunstancia de *per se* ya debilita la eficacia del documento, con su consecuente inseguridad jurídica.

Finalmente, conviene hacer una breve referencia a la voluntariedad de la publicación en el sitio web de la entidad. Tan solo las sociedades cotizadas tienen la obligación legal de mantener actualizado un portal corporativo para atender al derecho de información de los accionistas, así como para difundir la información que la Ley de Mercado de Valores exige (cfr. art. 528 LSC). Sin embargo, cada vez resulta más habitual que este medio sea utilizado por aquellas entidades que regula la Ley de Sociedades de Capital. Considero que resulta beneficioso para las compañías familiares pues constituye una buena práctica de gobierno corporativo. Asimismo contribuye, de forma telemática, al cumplimiento de las obligaciones de información exigidas por los 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital, tal y como sucede en las mismas sociedades cotizadas, a través del artículo 528 del mismo texto legal.

6.2.2. REGULACIÓN EXCLUSIVA PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES NO ADMITIDAS A COTIZACIÓN

Como norma general, tiende a asociarse el concepto de entidad familiar con la pequeña y mediana empresa. Pero actualmente, y cada vez de forma más extendida, se constata que el control de una sociedad cotizada recae en un grupo familiar²⁴¹.

La regulación contenida en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, es de aplicación exclusiva en “las sociedades mercantiles no sometidas a cotización” (art. 1 RD 171/2007, de 9 de febrero). Como ya he comentado con anterioridad, considero que estas entidades no deberían quedar excluidas de lo dispuesto en este Real Decreto. Por sus características y requisitos requieren de una mayor protección jurídica, sobre todo en

²⁴¹ Así son, por ejemplo, Acciona o Mercadona (cfr. SAIZ, “Las empresas familiares aceleran su calidad al exterior”, en *Expansión*, 28-02-2012, pg.9).

cuanto a las relaciones entre la familia y la empresa. Con la publicación del protocolo familiar se podrían dirimir, de una manera más rápida y eficaz, los posibles conflictos llegado el momento de la transmisión de la empresa. Este hecho contribuiría de manera directa en la perdurabilidad de estas entidades.

Mi disconformidad en este punto del Real Decreto viene motivada, también, por el hecho de que el ordenamiento jurídico admite que los pactos parasociales de las entidades no cotizadas no tengan un carácter público. De este modo dispone que no serán oponibles frente a la sociedad aquellos pactos que permanecieran reservados entre los socios (cfr. art. 29 LSC); mientras que en las cotizadas, la Ley de Sociedades de Capital obliga a que aquellos que expresamente se establecen, sean comunicados, en primer lugar, a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, posteriormente, sean depositados en el Registro Mercantil en el que la entidad esté inscrita²⁴². Es más, la publicidad registral no es solo obligatoria sino que su omisión se sanciona con una ineficacia civil al no producir efectos hasta que se cumpla (cfr. art.533 LSC). Con todo, considero que la obligación de inscribir estos pactos tiene como finalidad el cumplir con uno de los principios de esta ley, y que es la de velar por la transparencia del mercado (cfr. E. de M. de la LMV). También, porque a través de su publicidad, es posible comprobar la compatibilidad de un pacto con determinadas limitaciones o deberes impuestos por la legislación.

No obstante, con todo lo expuesto, opino que resulta incongruente que si bien estas últimas sociedades se encuentran con la obligación de inscribir en el Registro ciertos pactos, no puedan, en cambio, publicar aquellos que deseen incorporar en el documento del protocolo familiar. La ley les excluye de forma expresa. A mi juicio, no existe ningún tipo de incompatibilidad en cuanto a que las sociedades cotizadas pudieran cumplir con las obligaciones contenidas en la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Mercado de Valores; y someterse a lo dispuesto en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, considerando que pudiera resultar muy favorecedor para este tipo de compañías.

²⁴² Los pactos parasociales que las sociedades cotizadas obligatoriamente deben inscribir en el Registro Mercantil son los que tengan por objeto: el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales y los restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables. (cfr. art.531 LSC).

Asimismo, y para concluir este punto, cabe mencionar que todas aquellas entidades que no hayan adoptado una forma mercantil quedarán excluidas de lo dispuesto en el Real Decreto. Por tanto tampoco podrán inscribir en el Registro Mercantil sus correspondientes protocolos familiares. Por ello, en mi opinión, no podrán ser consideradas legalmente como empresas familiares, ni beneficiarse de las ventajas que ostentan.

6.2.3. FLEXIBILIDAD Y REVISIÓN DEL DOCUMENTO

La sociedad solo podrá publicar un único protocolo familiar. Esto no significa que el documento que se halle inscrito en el Registro Mercantil no pueda ser modificado o sustituido. Por ley, solo se exige que tales cambios se expresen en la solicitud a través de la que pretende su acceso al Registro.

La norma también se hace eco del carácter dinámico del protocolo familiar, y con la mutabilidad lo que se pretende es que el documento pueda adaptarse. Así podrá reflejar las nuevas circunstancias del momento, y las necesidades que con el paso de los años se producen en la relación de familia y empresa. Es por ello que una de las cláusulas más habituales contenida en estos documentos es la que hace referencia a su revisión y modificación.

A tal efecto, y aunque la normativa no especifica la periodicidad de la revisión, entiendo que efectuarlas en un periodo reducido no resulta productivo. Las diversas situaciones familiares y las posibles necesidades que puedan originar no se producen de una manera continuada. Así, un exceso de reuniones para tratar estos temas pueden terminar convertidas en simples encuentros familiares, en los que probablemente se traten temas que ni tan siquiera tienen que ver con la empresa. De este modo, opino que éstas deberían realizarse cada siete años, pues habrá transcurrido un plazo suficiente para que se observen los problemas y las carencias que envuelven a la empresa. También, para apreciar con perspectiva cómo ha evolucionado la familia; tanto en el ámbito de posibles nuevos miembros familiares, como las cualidades personales y orientaciones profesionales que han ido adquiriendo los ya conocidos.

El artículo 3.3 del Real Decreto también dispone que “a falta de actualización se presume la vigencia del protocolo familiar”. De esta afirmación se extrae el principio de permanencia del documento. Pese a que pueda ponerse en duda la relevancia jurídica de la norma, ésta puede tener efectos en cuanto a la creación de ciertas expectativas sobre terceros acerca del funcionamiento de la entidad, y que permitan establecer una serie de lazos empresariales. Igualmente sucedería cuando el protocolo afectase a un grupo de sociedades. La posible responsabilidad de la sociedad dominante -y en su caso de los socios miembros del grupo familiar-, haría que debieran responder por las deudas contraídas por sus sociedades operativas.

Además, la normativa contempla los supuestos en los que el protocolo afectare a varias sociedades, estableciendo que “cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna” (art. 2.2. RD 171/2007, de 9 de febrero). Esta posibilidad de separar su contenido en la práctica no suele producirse. La integridad del protocolo se referirá indistintamente a todas y cada una de las entidades pertenecientes al grupo, por lo que su fraccionamiento carecería de sentido. Al mismo tiempo, considero que en estos casos la publicación del protocolo constituye un reconocimiento frente a terceros de la existencia de un grupo de sociedades. Por una parte, puede ser favorable en cuanto a una posible responsabilidad del grupo²⁴³; y por otra, la obligación de aprobar cuentas consolidadas -siempre y cuando el grupo familiar asuma la gestión y dirección financiera unificada de todas ellas- resulta interesante cuando se actúa con los terceros contratantes como unidad del grupo de la sociedad familiar²⁴⁴. No obstante, con la publicación de la Ley 16/2007, de 4 de julio, a través de la cual se modifica el artículo 42 del Código de Comercio, no quedarán sometidas aquellas entidades afectadas por un único protocolo. La única excepción se dará cuando una de las sociedades ostente el control sobre las otras.

6.2.4. RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

La normativa no atribuye a los socios firmantes del protocolo familiar la responsabilidad sobre la publicación o no de dicho documento (cfr. art. 3.1 RD 171/2007,

²⁴³ A modo de ejemplo véase. SAP de Barcelona (Secc. 15ª). de 12 de abril 2012; SAP de Vizcaya (Secc. 3ª). de 5 de marzo 2001.

²⁴⁴ Véase. VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, pgs.720 y ss.

de 9 de febrero), haciéndola recaer sobre el órgano de administración²⁴⁵. Además, éste deberá decidir entre las alternativas previstas en el artículo 4 y siguientes del Real Decreto en función de la eficacia que se pretenda de su publicidad. Por contra, autores como SERRANO GÓMEZ discrepan sobre lo dispuesto en el Real Decreto y consideran que sería más conveniente que la facultad de decisión recayera sobre la Junta General²⁴⁶. A mi entender, el Consejo de Administración es el organismo adecuado para la toma de tal decisión. Aunque deben ser los socios los que, una vez firmado el protocolo, valoren la conveniencia de publicarlo y, en su caso, el alcance de la información que en él se contiene.

Por tanto, y de acuerdo con lo dispuesto reglamentariamente, pese a existir un acuerdo de la Junta General prohibiendo su publicación, éste no vincula al órgano de administración. Actuará pues de la forma que estime más conveniente en atención al interés social. Incluso así, esta potestad solo surtiría efecto cuando se trate de sociedades anónimas. En el caso de las sociedades limitadas el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital, otorga a la Junta General la facultad de “impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión”. En consecuencia, puedo afirmar que cuando se lleve a inscribir el documento del protocolo familiar, el Registrador tan solo podrá requerir a este último tipo de entidades que presenten un acuerdo adoptado por la Junta General autorizando tal publicación. Por igual, no podrá exigirlo para las sociedades anónimas.

No obstante, considero que la potestad que la normativa atribuye al órgano de administración sobre la publicidad del documento no es plena. El Real Decreto también reserva a lo que denomina “la esfera intrasocietaria” (E. de M. del RD 171/2007, de 9 de febrero) el poder de acudir a los Tribunales cuando dicho órgano no se halle autorizado para proceder a la publicación, o se discuta su interés. Además, también es posible que ante la decisión de publicación por parte de los firmantes el administrador no haya procedido a su divulgación. En estos casos, los socios podrán instar judicialmente esta pretensión con la finalidad de obtener una condena a publicarlo en el Registro. De esta forma, de

²⁴⁵ El órgano de administración es en última instancia el responsable de la inscripción de la escritura de que se trate, dentro del plazo legalmente establecido para ellos (cfr. art. 19.2 CCom; arts. 31 y 32 de la LSC y art. 3.1 del RD 171/2007, de 9 de febrero).

²⁴⁶ Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc.cit., pg.63.

conformidad con lo dispuesto en el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de ejecución forzosa y el ejecutante podrá pedir que se libre mandamiento ordenando su publicidad en el Registro Mercantil. En consecuencia, y con todo lo expuesto, entiendo que en última instancia la decisión de la Junta General es la que prevalece frente a cualquier otra.

Por otra parte, el propio Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, exige que toda inscripción en el Registro deberá ajustarse a la normativa contenida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y su legislación complementaria. Por ello será necesario, además, el previo consentimiento expreso de todos los afectados cuyos datos personales sean incluidos en el protocolo familiar (cfr. art. 3.2 RD 171/2007, de 9 de febrero). De esta forma, a mi entender, no solo bastará el consentimiento de todos los socios de la entidad. En ocasiones, será necesario también el de aquellos familiares que de alguna manera se vean afectados por el documento por incluirse en él datos de carácter personal.

La Ley Orgánica de Protección de Datos define los datos de carácter personal como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” (art. 3. a) LOPD). Por tanto quedan excluidas de su protección las personas jurídicas quedando tan solo amparada cualquier tipo de información personal que pueda constituir una amenaza para el individuo. Con frecuencia, tiende a confundirse el derecho fundamental a la intimidad, contemplado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, con el la protección de datos, pero tienen objetos distintos. El primero, es el que se encarga de proteger cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar y que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad²⁴⁷. El segundo, por su parte, pretende garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, tanto de su uso como de su destino²⁴⁸. Así, y pese a tener ambos derechos finalidades distintas, se complementan. El derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento de terceros²⁴⁹; y el derecho a la protección de datos es el que garantiza un poder de disposición sobre éstos.

²⁴⁷ Véase. FJ. 8º de la STC (Sala 2ª). de 22 de julio 1999.

²⁴⁸ Véase. FJ. 4º.b) de la STS (Sala 1ª). de 9 de abril 2012.

²⁴⁹ Véase. FJ. 5º de la STC (Sala 2ª). de 10 de mayo 2000.

A raíz de lo expuesto se plantea la duda sobre si la publicación de los datos de identificación de los firmantes del protocolo familiar queda amparada o no por la Ley Orgánica de Protección de Datos, cuando son tratados en función de la actividad empresarial. La derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, tenía por objeto la protección de la intimidad personal y familiar de las personas físicas. Quedaban excluidas, por tanto, las empresas y las personas físicas que llevaban a cabo una actividad mercantil o profesional. El ámbito personal que se protegía debía ser considerado como distinto del empresarial.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Protección de Datos amplió su ámbito de aplicación consagrando un derecho fundamental autónomo²⁵⁰. A tal efecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus sentencias núm. 290/2000, de 30 de noviembre y 292/2000, de 30 de noviembre. Esta última dispone textualmente que “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo”²⁵¹. Por ello, de lo expuesto se concluye que quedan sujetos al ámbito de protección de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, cualquier dato que pueda asociarse a una persona física. Esto incluye lo relativo a una actividad comercial. Asimismo, dicha sentencia en su Fundamento Jurídico 6º, dispone que también quedarán amparados todos aquellos datos “que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”²⁵². Por tanto, a mi entender, cuando establece de forma expresa los datos de carácter económico considero que éstos incluyen a la empresa familiar. Esto se debe a que pueden resultar la fuente de ingresos de los socios que actualmente la componen, y probablemente lo será para aquellos que queden reflejados en el protocolo y que en un futuro se vayan incorporando. No obstante, considero que si nos acogiéramos a dicha interpretación se incumplirían aquellas normas que exige el tráfico mercantil como son la publicidad, la transparencia y la agilidad, entre otras. E igualmente, resultarían

²⁵⁰ Cfr. FJ. 2º de la Resolución de 20 de octubre de 2005, de la Agencia Española de Protección de Datos (Expediente núm. E/00669/2004).

²⁵¹ FJ. 6º de la STC (Pleno). de 30 de noviembre 2000.

²⁵² FJ. 6º de la STC (Pleno). de 30 de noviembre 2000.

incompatibles con los principios de información y consentimiento exigidos por la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Así pues, la Agencia Española de Protección de Datos sobre a base de su resolución de 27 de febrero de 2001, publicó un informe jurídico a través del que excluía de la protección de la Ley Orgánica de Protección de Datos tanto a las personas jurídicas como a los profesionales cuando ostenten la condición de comerciantes²⁵³. También se hacía lo propio para los empresarios individuales, cuando fuera posible diferenciar su actividad mercantil de la propia actividad privada²⁵⁴. Por tanto, la Agencia Española de Protección de Datos ya no parte de la exclusión total de dicho sector de actividad, sino que establece la necesidad de analizar caso por caso dos circunstancias: la forma jurídica bajo la que se desarrolla la actividad y la información objeto de tratamiento²⁵⁵.

Ahora bien, autores como VICENT CHULIÁ defienden que esta excepción a la aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos sobre la identificación de los firmantes, no es aplicable a la publicación del protocolo. Quienes lo suscriben, no actúan como personas físicas en una actividad empresarial, sino que es la sociedad la que actúa como tal²⁵⁶. Sin embargo, discrepo de dicha opinión puesto que no concibo que el documento del protocolo tenga efectos exclusivamente en cuanto a sociedad -y por tanto como persona jurídica-. Al existir una relación contractual entre distintos miembros familiares con el fin de garantizar una continuidad empresarial, aunque materializada bajo una forma societaria, el cumplimiento de su contenido debe ser exigido a sus socios. Esto engloba por igual tanto a las personas físicas integrantes de la entidad familiar, como a los miembros pertenecientes a la familia empresaria.

²⁵³ En el informe se matiza aclarando que “es el caso de los profesionales liberales cuyas actividades están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Básica 3/1993 por su art. 6” (Informe de la AEPD núm. 0266/2010)

²⁵⁴ Cfr. Informe de la Agencia Española de Protección de Datos núm. 0266/2010.

²⁵⁵ Este criterio de la Agencia Española de Protección de Datos ha sido seguido desde entonces por la jurisprudencia véase. SAN. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 1ª). de 21 de noviembre 2002; SAN. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 1ª). de 27 de abril 2005. Sobre la determinación de si una concreta actividad se realiza bajo la forma de empresa o no véase. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad”, en AAVV, *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª ed, Aranzadi, Navarra, 2006, pgs. 89 y ss. y ÁLVAREZ RIGAUDIAS y COCINA ARRIETA, “¿Son datos «personales» los datos del empresario individual?”, *Diario La Ley*, núm. 6705, Sección Tribuna, 3 de mayo, 2007, Año XXVIII, pgs.5 y ss.

²⁵⁶ Cfr. VICENT CHULIÁ, “La publicidad...”, pg.69.

Por último, debo hacer mención al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, en el que se hace una breve referencia al tema. Así pues, en el párrafo duodécimo de la Exposición de Motivos equipara la identificación de terceros²⁵⁷, en los supuestos de modificaciones de capital o nombramientos orgánicos, a la del protocolo familiar. Concluye así que no se someterá a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos. Además, para el caso de que existiese alguna duda sobre la aplicabilidad o no la Ley Orgánica de Protección de Datos sobre esta identificación debo apuntar el siguiente matiz. Como se ha expuesto y desarrollado con anterioridad, al tener el protocolo la naturaleza de un contrato, puede procederse a su publicación aunque los afectados muestren su disconformidad. La Ley Orgánica de Protección de Datos dispone al respecto que no será necesario el consentimiento del afectado cuando los datos de carácter personal se refieran “a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial...” (art. 6.2 LOPD). Por lo tanto, no existe motivo alguno para no identificar debidamente a todos y cada uno de los firmantes del documento. Por una parte, porque se han sometido voluntariamente a su contenido; y por la otra, porque han escogido a los miembros que integran el órgano de administración, y a los que reglamentariamente se les ha atribuido la potestad de publicarlo o no.

6.3. MODALIDADES DE PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Mediante el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, se regula de forma expresa los diversos aspectos del protocolo familiar. Pese a que la elaboración y publicación de dicho documento es potestativo para las entidades familiares, su inscripción en un organismo público resulta de gran utilidad. El principal motivo, como se ha señalado, es que dota de una mayor eficacia jurídica a los pactos que contiene.

Dentro de los Registros públicos existentes, parece ser que el Mercantil es el más apropiado para dar entrada al protocolo. Es el que centra su ámbito material en la inscripción de los empresarios individuales y de las sociedades en general. Bajo el Título II del Reglamento del Registro Mercantil denominado “de la inscripción de los empresarios

²⁵⁷ En nuestro caso se entiende que cuando el Real Decreto dispone “identificación de terceros” se está refiriendo a los firmantes del protocolo familiar (párr. 12º, de la E. de M. del RD 171/2007, de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares [BOE núm. 65, de 16 de marzo]).

individuales y sus actos”, es posible plantearse su acceso. No obstante, en sus artículos 87 y 94 no contemplan de forma expresa que la figura del protocolo familiar pueda ser susceptible de inscripción. Por tanto, y centrándome en el objeto de estudio, las entidades familiares tan solo podrán ser consideradas como tales cuando adopten la forma jurídica de sociedad. Del mismo modo, en estos casos, también veo una seria dificultad en cuanto a la voluntad de los firmantes de darle publicidad a través de este medio. La razón es que el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil se refiere a actos de la persona jurídica objeto de inscripción en el Registro Mercantil, mientras que el protocolo lo redactan personas físicas pensando en la empresa. Por ello, tampoco entraría en estos supuestos y no sería posible inscribirlo en su totalidad; tal y como dice BOSCH CARRERA, “la sociedad es el objeto del protocolo no su sujeto”²⁵⁸.

Ahora bien, con la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, pese a carecer de regulación sobre la forma y contenido mínimo, sí se establecen tres posibles vías, detalladas en los inmediatos apartados, por la que estos documentos pueden tener acceso al Registro. Cada una de ellas comportará una eficacia distinta, y serán de libre elección a conveniencia y necesidad de cada empresa familiar. Así, se refuerza la competitividad en el mercado de esta tipología de entidades.

6.3.1. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA EXISTENCIA DEL PROTOCOLO EN EL REGISTRO MERCANTIL

Esta modalidad de publicidad es la más básica y se contempla en el 5 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero. El Consejo de Administración, como responsable de dar o no publicidad al documento, puede “solicitar al Registrador Mercantil, mediante instancia con firma de los componentes del órganos de administración legitimada notarialmente, la constancia en hoja abierta a la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo” (art. 5 RD 171/2007, de 9 de febrero). Por tanto, dicho órgano empresarial en lugar de presentar el protocolo en documento público para su calificación registral, opta por el mero depósito en el Registro. Por ello, la eficacia de dicha publicidad será la de mera noticia. Dependerá de la diligencia de aquellas personas extrañas a la sociedad que ésta surta los efectos deseados. Además, la función del

²⁵⁸ BOSCH CARRERA, “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar” en AMAT SALAS y CORONA RAMÓN (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007, pg.241.

Registro Mercantil se limita exclusivamente a facilitar aquel dato, sin responder de su contenido ni de su vigencia.

Asimismo, y para proporcionar una mayor seguridad de la existencia del protocolo, la normativa también contempla el hecho de formalizarlo notarialmente. Ante esta situación, para la inscripción en Registro deberá indicarse “el Notario autorizante, lugar, fecha y número de protocolo notarial del mismo” (art. 5.2 RD 171/2007, de 9 de febrero). Este hecho no traspasa la responsabilidad al Registrador, sino que sigue recayendo en el Consejo de Administración. De esta manera, responderá ante cualquier variación que haya podido sufrir, ya sea por haber quedado obsoleto su contenido, suprimido, o porque posteriormente se haya modificado ante el mismo Notario o por uno distinto ante el que se otorgó.

Al hilo de lo expuesto, el Registrador no podrá exigir la presentación del protocolo ni calificar su contenido. Pero sí deberá comprobar que el documento es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la instancia a él remitida. Igualmente, se cerciorará de que no existe otro anterior; excepto cuando éste sea consecuencia de una modificación o sustitución, para lo que el órgano de administración deberá constarlo de forma expresa (cfr. art. 5.2 RD 171/2007, de 9 de febrero).

6.3.2. PROTOCOLO FAMILIAR JUNTO CON LA PRESENTACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

Esta modalidad de publicidad está regulada en el artículo 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero. Se obtiene mediante la presentación del documento público en el que conste el protocolo familiar, en el momento en que se presenten las cuentas anuales de la sociedad, y junto con la documentación que a tal efecto se requiere. Además, esta normativa no exige que obligatoriamente deba introducirse en su totalidad el documento, sino que cabe la posibilidad de que se realice solo parcialmente²⁵⁹. Este hecho, en mi opinión, puede resultar beneficioso para aquellas entidades familiares que no desean

²⁵⁹ El reglamento establece que “con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo” (art. 6 del RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares [BOE núm. 65, de 16 de marzo]).

exponer a terceros ciertos pactos. Aunque ello, la verdad, actúa en contra del principio de transparencia exigido para el tráfico mercantil.

Por contra, al ser el depósito de las cuentas una obligación que se cumple anualmente, considero que puede resultar perjudicial para las entidades familiares. Sería más beneficioso que el protocolo se pudiera depositar en el Registro en cualquier momento, debido a los constantes cambios y necesidades que experimentan este tipo de sociedades. Por tanto, a mi juicio, no resultaría un inconveniente si se presentara de manera separada de las cuentas anuales. En cambio, opino que estas entidades deberían asumir voluntariamente la emisión de un informe de gobierno corporativo familiar, al igual que ocurre en las sociedades cotizadas (cfr. art. 61 bis LMV), y depositarlo con el informe de gestión, debidamente separados (cfr. art. 262 LSC).

Por otra parte, el Real Decreto dispone textualmente que el protocolo “será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador” (art. 6 RD 171/2007, de 9 de febrero). Aquí se plantea la cuestión sobre si dicha calificación es plena, y por tanto el Registrador dará validez tanto al documento como a su contenido, o si por el contrario, se halla limitada. A mi entender, y tomando como base lo establecido en el párrafo decimonoveno de la Exposición de Motivos del Real Decreto así como lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 2008²⁶⁰, los efectos de esta inscripción seguirán siendo, al igual que ha ocurrido con los demás supuestos antes mencionados, los de una publicidad formal. Por tanto, la calificación del documento será limitada, ya que el Registrador solamente se encarga de comprobar la legalidad de su forma extrínseca, identificando la naturaleza del mismo como protocolo familiar y la legitimación de quién solicita la publicación. Así, su entrada en el organismo público no producirá ningún efecto frente a terceros. Además, del capítulo destinado al depósito y publicidad de las cuentas anuales del Reglamento del Registro Mercantil se desprende que dicha calificación -sobre la que se podrá reclamar responsabilidad al Registrador-, será exclusivamente aquella relativa a si los documentos que se presenten son los exigidos por la ley. Por igual, si están debidamente aprobados por la Junta General o por los socios de la entidad, y en la que deberán hacer constar sus firmas legitimadas notarialmente (cfr. art. 368.1 RRM).

²⁶⁰ Resolución de 30 de septiembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 268, de 6 de noviembre).

También, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 2006, dispone que los documentos contenidos en el artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil no son *numerus clausus*. Por eso, junto con esa documentación requerida para las cuentas anuales puede presentarse el protocolo familiar. Sin embargo, dicha resolución, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 6 del mismo texto legal, así como en el artículo 18.2 del Código de Comercio, considera que entre las funciones del Registrador está la de calificar la validez del contenido de dichos documentos, de lo que podría defenderse que ésta es plena. No obstante, en mi opinión, pienso que se refiere a la comprobación del documento en sí mismo y si se ajusta a la legislación²⁶¹. No tiene ninguna obligación de entrar a valorar cada uno de los pactos que contiene el protocolo.

Por tanto, de todo lo expuesto concluyo que cuando se ha optado por esta tipología de publicidad, la calificación sobre el protocolo realizada por el Registrador Mercantil es puramente formal. Por ello deberá seguirse lo establecido en el artículo 280 de la Ley de Sociedades de Capital para el depósito y publicidad de las cuentas anuales. Esto implica que no se le podrá aplicar la presunción de validez y exactitud de la publicidad registral material como medio de protección de los terceros contratantes, pues solo es aplicable a los negocios jurídicos (cfr. art. 7 RRM y art. 20.1 CCom). En estos casos se publicita en cuanto a documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar. Así, si finalmente el órgano de administración se decide por esta modalidad de publicidad, el protocolo figurará en el Libro Registro de Depósito de cuentas como un dato específico, y no como un asiento en la hoja abierta de la sociedad.

6.3.3. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE ESCRITURAS PÚBLICAS EN EJECUCIÓN DEL PROTOCOLO

La propia normativa dispone que esta vía es la única que produce un “efecto de publicidad material y no mera publicidad noticia” (E. de M. del RD 171/2007, de 9 de febrero). Consiste en la inscripción de aquellos acuerdos sociales que se hayan adoptado en ejecución del protocolo familiar. Es decir, no se trata tanto de publicar registralmente el

²⁶¹ Véase. FJ. 6º de la Resolución de 14 de diciembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 10, de 12 de enero).

documento en sí mismo considerado, sino de inscribir en hoja abierta a las sociedades familiares a las que éste afecte las cláusulas estatutarias inscribibles. De esta forma, son sometidas a calificación por parte del Registrador produciendo, a partir del principio de legalidad y de presunción de validez y exactitud (véase. arts. 18.1 y 20.1 CCom), eficacia *erga omnes*²⁶².

Con todo, el Real Decreto no comporta la creación de un nuevo documento inscribible ni amplía el número de hechos registrables ya regulados, sino que a lo que se da entrada en el organismo público no es el protocolo familiar como tal, sino aquellos títulos que documentan los negocios societarios adoptados en su ejecución; es decir, a modo de muestra, las escrituras públicas de constitución de entidades mercantiles o las de modificación estatutaria, por lo que ya no estaríamos ante una elevación a público de acuerdos sociales.

De esta forma, y tal como exige la normativa, en la escritura pública en la que conste el acuerdo social inscribible deberá hacerse mención expresa de que éste se adopta “en ejecución de un protocolo familiar publicado” (art. 7 RD 171/2007, de 9 de febrero). Se inscribirá previa calificación del Registrador, y será necesario para ello que se adjunte la totalidad del protocolo con su contenido vigente, o la parte de éste que sea relevante para calificar el acuerdo social. Solo mediante la inscripción, las sociedades familiares, con independencia de la forma jurídica que hayan adoptado, adquieren su personalidad jurídica (cfr. art. 20 LSC), y por tanto, para ganar la plena oponibilidad de los pactos extraestatutarios frente a la sociedad y a los terceros, deben inscribirse en el organismo público correspondiente (véase. art. 21 CCom y art. 9 RRM). De esta manera, el contenido de lo inscrito se presume exacto y válido bajo el amparo de los tribunales (véase. art. 20 CCom y 7 RRM). Con todo ello, el contenido de los pactos inscritos puede ser conocido por cualquiera, sin necesidad de acreditar la existencia de un interés legítimo, por los instrumentos habituales de la publicidad formal (véase. art. 23 CCom y 12 RRM).

²⁶² A tal efecto la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 30 de septiembre de 2008, dispone que “solo estaría amparada por la fe pública registral la modificación estatutaria inscrita como consecuencia de la ejecución de un protocolo familiar publicado” (FJ. 3º de la Resolución de 30 de septiembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado [BOE núm. 268, de 6 de noviembre]).

Ahora bien, el precepto requiere que el protocolo esté publicado. A tal efecto, la normativa nada específica al respecto; es decir, no regula ni si ésta debe ser anterior o simultánea a la entrada de la escritura pública, ni tampoco la forma de publicidad exigida.²⁶³ A mi entender, para que lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto surta efectos, antes de la entrada en el Registro de los acuerdos sociales inscribibles, el documento que contiene el protocolo familiar debería estar ya publicado a través de cualquiera de las formas previstas por dicho Real Decreto.

No obstante, no todas las cláusulas que contiene el protocolo son susceptibles de inscripción en un organismo público. Lo que pretende esta alternativa es dar entrada a aquellas resultantes de los títulos que documentan los negocios societarios adoptados en su ejecución²⁶⁴. De esta forma, les dotaría de una mayor eficacia jurídica de tal forma que, con la obligación de hacer mención expresa a que éstos han sido adoptados en ejecución del mismo (véase. art. 7 RD 171/2007, de 9 de febrero), el protocolo pueda ser utilizado como documento interpretativo de tales acuerdos.

²⁶³ Cfr. RODRÍGUEZ DÍAZ, “El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 263, enero-marzo, 2007, pg.1154.

²⁶⁴ A modo de ejemplo sería, *ex.art.123* del Reglamento del Registro Mercantil, una cláusula que restrinja la transmisión de las acciones de la entidad familiar o que se reconozca un derecho de adquisición preferente a favor de aquellos accionistas pertenecientes a la familia, con el fin de evitar la entrada de terceros ajenos, todo ellos en ejecución de lo dispuesto en el protocolo familiar.

1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE DESARROLLO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

1.1. ESTATUTOS SOCIALES

1.1.1. LOS ESTATUTOS SOCIALES COMO COMPLEMENTO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Los estatutos sociales son aquellos documentos que toda sociedad, tanto de responsabilidad limitada como anónima, debe tener por ley. Su finalidad es la de regular la organización y funcionamiento de la entidad²⁶⁵. La Ley de Sociedades de Capital establece el contenido mínimo, y por tanto obligatorio, de estos documentos (cfr. art. 23 LSC); además, el Reglamento del Registro Mercantil es el encargado de detallarlo en el artículo 115 y siguientes para las sociedades anónimas, y en los artículos 176 y siguientes para las de responsabilidad limitada.

Sin embargo, en las entidades familiares los estatutos deben coexistir con el protocolo familiar que, a diferencia de los primeros, se encarga de establecer los principios fundamentales para regular las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa. A pesar de las distintas finalidades de ambas figuras jurídicas, es necesario que exista una

²⁶⁵ A tal efecto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado y considera que la estructura de los estatutos sociales tienen una naturaleza contractual y afirma que “sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes” (STS (Sala 1ª). de 31 de mayo 1995).

coordinación entre ellas para que surtan plena eficacia y contribuyan a la mejora y continuación de este tipo de entidades.

Para garantizar la consecución de ambos objetivos, considero que lo que resulta más eficaz es la elaboración del protocolo familiar con anterioridad a los estatutos. Esto es debido a que de las relaciones que se deseen establecer entre los miembros de la familia para con la sociedad dependerán, en gran medida, tanto la organización interna (entendiéndose ésta como la creación de órganos de gobierno de la familia empresa, determinación los puestos de trabajo que deberán ocupar los miembros familiares, etc.), como su propio funcionamiento²⁶⁶.

Suele existir una preferencia, por parte de los fundadores o socios de la entidad familiar, en incorporar a los estatutos sociales el máximo de pactos posibles del protocolo familiar. La razón es que el contenido del Registro se presume válido y exacto (art. 20.1 CCom), además de que cualquier acuerdo social contrario a lo establecido en los estatutos podría ser impugnado (cfr. 204 LSC). Incluso estarán legitimados para tal impugnación “los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores” (art. 206 LSC).

La ventaja de los estatutos sociales es que al existir la obligación de inscribirlos en el Registro Mercantil, despliegan una eficacia *erga omnes*, por lo que la sociedad goza de una mayor protección sobre su cumplimiento. El protocolo familiar persigue ofrecer esta misma garantía, pero como se ha dicho en reiteradas ocasiones en el presente estudio, muchas de sus cláusulas no pueden ser inscritas en este organismo público, por lo que *a priori* se puede afirmar que no dispondrá de la eficacia jurídica que caracteriza a los estatutos sociales. No obstante, la jurisprudencia que trata sobre la eficacia jurídica del protocolo familiar es muy escasa; y la existente, da prevalencia a lo contenido en los estatutos sociales sobre lo dispuesto en el protocolo. Una clara muestra es la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 81/2010 de 20 de abril de 2010. Deja sin efecto las intenciones y cláusulas plasmadas en el protocolo familiar, ya que con posterioridad a la

²⁶⁶ CALAVIA MOLINERO también se ha pronunciado sobre la primacía en la elaboración del protocolo familiar al considerarlo un documento en donde se recogen los principios fundamentales reguladores de las relaciones de la familia y la empresa. Por tanto, los estatutos sociales deberán respetar lo dispuesto en el protocolo familiar. (cfr. CALAVIA MOLINERO, “Sociedad holding familiar...”, pg. 27).

suscripción de éste se crearon unos estatutos sociales que modificaban las cláusulas allí contenidas²⁶⁷. Además, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 104/2002 de 8 de abril de 2002, ha afirmado que el protocolo familiar no forma parte de los estatutos de una sociedad, y que carece de todo carácter jurídico vinculante puesto que su contenido es una “mera propuesta de intenciones”²⁶⁸.

Por todo ello, es necesario que los estatutos sociales se conformen como medio complementario al protocolo familiar. Es decir, deben adaptar sus cláusulas a lo dispuesto en dicho documento, pues solo de esta manera podrá garantizarse que todos aquellos aspectos regulados en el documento, referentes en exclusividad a la organización y funcionamiento de la empresa, conlleven a un obligado cumplimiento por los socios además de contener sus cláusulas una eficacia frente a terceros.

En cuanto a lo que nos concierne, trataremos tres aspectos que pueden incluirse en los estatutos sociales, y que son de gran importancia para el cumplimiento del protocolo familiar: la transmisión de las acciones o participaciones como mecanismo que, de no gestionarse bien, podría conllevar a la pérdida del control de la entidad; los órganos de gobierno de la familia empresaria, es decir, el la Junta y el Consejo de Familia, como figuras específicamente diseñadas para las entidades familiares; y las prestaciones accesorias, como medio para el adecuado cumplimiento de los objetivos familiares.

1.1.2. LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES DE LA EMPRESA FAMILIAR

Uno de los aspectos más destacables de las empresas familiares es que al tener que estar compuestas, en su mayoría, por miembros de una familia, no resulta indiferente quiénes tendrán la condición de socio o partícipes. Así, esta cuestión comporta que durante

²⁶⁷ SAP de Teruel (Secc. 1ª). de 20 de abril 2010. En este caso los actores lo que pretendían era dar prevalencia a lo contenido en un protocolo familiar que suscribieron en fecha 26 de marzo de 2001, en el que se disponía un acuerdo sobre que, la propiedad de la empresa que tenían, debía mantenerse en manos de la familia. Sin embargo, con posterioridad se celebró una Junta General Extraordinaria por la que los socios, de manera unánime, decidieron no incluir dicho pacto en los Estatutos de la sociedad, por lo que el Tribunal ha dado prevalencia a lo dispuesto en los Estatutos, por haberse adoptado éste, con posterioridad a la firma del protocolo familiar, lo que ha conllevado a que sus acuerdos dejen sin eficacia jurídica a ciertas cláusulas contenidas en el protocolo familiar. Cabe decir, que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en este caso fue objeto de recurso llegando al Tribunal Supremo el cual lo inadmitió alegando falta de interés casacional (véase. STS (Sala 1ª). de 15 de febrero 2011).

²⁶⁸ Cfr. SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4ª). de 8 de abril 2002.

de la vida de la entidad revistan especial interés un conjunto de peculiaridades, entre las que destaca el control de la sociedad por parte de los familiares.

Resulta lógico por las características propias de estas entidades, que los fundadores, y los que posteriormente los sustituyan, con el paso del tiempo vayan cediendo poder y fuerza económica a sus descendientes o familiares. Esto se lleva a cabo bien por transmitir su participación en la empresa por actos *inter vivos*, o por la vía de la sucesión a causa de muerte. También puede ocurrir también que se produzca la entrada de hijos o descendientes a través de los aumentos de capital de la sociedad²⁶⁹. Aun así, en este apartado se tratará el aspecto relativo a la transmisión de las acciones o participaciones tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*.

1) Transmisión *inter vivos*

Tanto la acción como la participación social confieren a su titular legítimo la condición de socio (cfr. art. 91 LSC). Sin embargo, la diferencia entre ambas estriba en que tan solo las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta y tendrán la consideración de valores mobiliarios (cfr. art. 92 LSC). Además, hay que tener presente que cuando se trate de títulos, mientras no se hayan impreso y entregado, su transmisión procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales regulados en la Ley de Sociedades de Capital. Una vez realizado, será cuando las acciones al portador se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Comercio (cfr. art. 120 LSC)²⁷⁰.

Por las características propias de las entidades familiares, uno de los principales objetivos que sus empresarios deben perseguir es el mantenimiento en manos de la familia de la mayoría del accionariado, o de las participaciones en su caso. En ocasiones este reto no resulta fácil de alcanzar. La fricción entre las obligaciones de la empresa y la familia, puede generar conflictos que acarreen el deseo de algunos miembros de desvincularse de la sociedad, sin valorar las consecuencias que esta acción puede tener sobre la empresa. Por ello, y como mecanismo de prevención, resulta conveniente que sea la misma sociedad,

²⁶⁹ Cfr. GARRIDO DE PALMA, “La sociedad anónima, limitada familiar...”, pg.1579.

²⁷⁰ Apuntar que, en este mismo artículo se dispone que cuando se trate de acciones nominativas, “los administradores, una vez haya quedado acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas” (art. 120 LSC).

antes de que se produzca cualquier conflicto, quien haya establecido una serie de limitaciones o restricciones. De tal forma, ayudan a delimitar, en la medida de lo posible, la transmisibilidad de las acciones o participaciones de la empresa familiar, para que no pueda perderse el control de la entidad.

En lo referente a la transmisión, la legislación adopta notables diferencias entre las dos formas sociales que pueden adoptar las empresas familiares. Así pues, en el caso de las sociedades anónimas existe una amplia libertad para la transmisión de las acciones, ya que no es posible establecer una prohibición absoluta e indefinida para la misma²⁷¹. A esta cuestión, GARRIDO DE PALMA añade que “a lo sumo se permite que aquella (la transmisibilidad) se restrinja o limite, de modo que si la limitación consta en estatutos su incumplimiento no afecta a la sociedad”²⁷². Así, el Reglamento del Registro Mercantil es la normativa encargada de establecer las reglas para que dichas restricciones sean inscribibles (cfr. art. 123 RRM).

Por el contrario, para las sociedades de responsabilidad limitada la ley resulta mucho más restrictiva. Si bien es posible la libre transmisibilidad voluntaria de las participaciones, ésta se circunscribe a los demás socios; los familiares, siempre que se trate del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio (cfr. art. 107 LSC); y a las sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmite²⁷³. De tal forma, pueden establecer en sus estatutos todo tipo de limitaciones permitidas por la ley (cfr. art. 107 LSC), considerando como nulas aquellas cláusulas que la hagan prácticamente libre (cfr. Art. 108 LSC). A este respecto, el Reglamento del Registro Mercantil dispone expresamente que “serán inscribibles cualesquiera cláusulas que restrinjan la transmisión de todos o de alguna de las participaciones sociales” (art. 188.1 RRM). En suma, la acción es *per natura* transmisible, aunque cabe restringir su transmisibilidad; por el contrario la participación *per se*, está restringida por ley.

²⁷¹ Sin embargo, para el caso de que se establezcan restricciones o condicionamientos, la ley exige para su validez, que “recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos” (art. 123 LSC).

²⁷² GARRIDO DE PALMA, “La sociedad anónima limitada familiar...”, pgs.1582-1583.

²⁷³ Debe tenerse en cuenta la trascendencia de la libre transmisión de participaciones a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo, ya que puede generar un gran conflicto de intereses por las posibles maniobras fraudulentas que se pueden generar (véase. GARRIDO DE PALMA, “La sociedad anónima, limitada familiar...”, pgs.1589 y ss.)

Las limitaciones antes expresadas no acarrearán que un socio de una entidad familiar esté obligado a permanecer indefinidamente en ella. No obstante, en los estatutos suelen incluirse dos limitaciones a la transmisión que requieren de una especial atención. Esto se debe a que pueden resultar muy conflictivas para estas empresas: por un lado, el necesario consentimiento por parte de los miembros de la sociedad; y por otro lado, las cláusulas que impidan la transmisión.

1.1) Necesario consentimiento de la sociedad

Sobre esta cuestión, resulta interesante incidir, en base al principio de la autonomía de la voluntad reflejado en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellos casos en los que en los estatutos se estableciera una limitación que exigiese el previo consentimiento o autorización de la sociedad familiar en cuestión.

Para tratar el asunto se deben diferenciar los dos tipos de entidades familiares existentes. De este modo, para aquellas que adopten la forma de responsabilidad limitada la legislación es la que, de forma expresa, abre las puertas a la libertad estatutaria para poder establecer las reglas y limitaciones a la transmisión de participaciones (cfr. art. 107.1 LSC). Es más, puede afirmarse que la propia ley es la que incita a establecer dicha limitación, pues establece como condición *sine qua non* el consentimiento de la sociedad (cfr. Art. 107.2.b) LSC) ante la falta de una regulación estatutaria. En cambio, sobre las sociedades anónimas, tan solo será exigible cuando los estatutos sean los que establezcan las causas que permitan denegar la transmisión de acciones (cfr. art. 123.3 LSC), a lo que el Reglamento del Registro Mercantil añade que dichas causas deberán expresarse “de forma precisa” (art. 123.2 RRM).

Así pues, cuando en los estatutos se exija un previo consentimiento por parte de la sociedad para poder transmitir voluntariamente las acciones o participaciones sociales, deberán expresarse sucintamente los motivos o causas que permitan denegarlo. La finalidad es que dicha enumeración no sea demasiado completa y exhaustiva de forma que, en la práctica, imposibilitara su transmisión.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que para desestimar la transmisión no todos los motivos pueden resultar jurídicamente válidos, por lo que su elaboración puede resultar

ciertamente complicada. Así pues, para lograr que alcancen la seguridad jurídica necesaria cuando se produzcan conflictos de intereses entre los socios, o de éstos con la sociedad, sin dejar de lado que no puede obligarse a ningún miembro a permanecer en la empresa contra su voluntad, las causas de denegación deben ser de índole objetiva y adaptadas a la tipología de sociedad objeto de estudio. Por tanto, y a modo de ejemplo, podría establecerse la obligación de transmisión a miembros familiares, incluyendo además, que deban ser profesionales o se dediquen a la misma actividad empresarial que los demás socios. Asimismo, e independientemente de la concreción de las causas, otra posibilidad sería que fuese la misma sociedad la que quedara obligada bien a ofrecer al transmitente otro socio o socios. Igualmente podría hacerse a un tercero para que las adquiriera; o bien que sea la propia sociedad la que compre las participaciones en cuestión. Esta alternativa está prevista por la ley para las entidades de responsabilidad limitada (cfr. Art. 107.2.c) LSC). No obstante, y pese a no existir expresamente esta solución para las sociedades anónimas, también resultaría factible su aplicación por remisión al artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital. La única limitación es que solo podría realizarse “cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos” (art. 123.1 LSC).

1.2) Cláusulas prohibitivas a la transmisión

Como ya se había apuntado con anterioridad, también puede darse el caso de que sean los propios estatutos los que impidan la transmisión. A este respecto, la normativa se ha encargado de limitar a un periodo de tiempo determinado dicho impedimento. Así pues, y en cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada se refiere, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108.4 de la Ley de Sociedades de Capital, se establece un plazo “no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución” (art. 108.4 LSC). Asimismo, en las sociedades anónimas, y a pesar del silencio de la ley sobre esta cuestión, es el Reglamento del Registro Mercantil el que permite, a través de lo dispuesto en su artículo 123.4, la inscripción de aquellas “cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las acciones durante un periodo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad” (art. 123.4 RRM); es decir, desde la fecha de su inscripción registral. Como ya se ha dicho, la Ley de Sociedades de Capital establece el principio de libre

transmisibilidad de las acciones, por lo que podría considerarse un exceso del Reglamento. Sin embargo, autores como FERNÁNDEZ DEL POZO, entre otros, sostienen la existencia de una permisión reglamentaria²⁷⁴.

En mi opinión, lo dispuesto en el reglamento resulta muy favorable en cuanto a las empresas familiares se refiere. El hecho de poder incorporar dicha cláusula prohibitiva, ayuda a que no se produzcan grandes cambios en los inicios de esta tipología de empresas. Esto permite que goce de una estabilidad que le permitirá, con el paso del tiempo, alcanzar su consolidación en el mercado.

Por último, quisiera hacer una breve referencia a la importancia que tiene el régimen económico matrimonial ante la posibilidad de transmitir su participación en la entidad familiar. Así pues, en aquellas comunidades autónomas en las que prevalece el régimen de separación de bienes, no existe problema. Cada cónyuge es titular de sus bienes sin necesidad de comunicar al otro la gestión que haga sobre ellos.

No ocurre lo mismo cuando debe aplicarse el Derecho común, pues establece como régimen aplicable, en caso de no disponerse otra cosa, la sociedad ganancial. A través de ella “se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos” (art. 1.344 CC). Esto, aparentemente, podría complicar la transmisión ya que *a priori* la gestión de los bienes conyugales es compartida, y sería preciso disponer del consentimiento de ambos miembros. Sin embargo, el Código Civil resuelve este posible conflicto cuando, en sus artículos 1.384 y 1.385, se pronuncia sobre el tema otorgando al cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos los derechos de crédito, la facultad de ejercitarlos (cfr. art. 1.385 CC), y dando como válidos los actos de administración y de disposición sobre los títulos valores, ambos sin necesidad de intervención o consentimiento del consorte (cfr. art. 1.384 CC).

2) Transmisión *mortis causa*

Cuando se produce el fallecimiento de uno de los socios de la entidad familiar, obligatoriamente las acciones o participaciones que ostentaba pasan a sus herederos. Para

²⁷⁴ Véase. FERNÁNDEZ DEL POZO, op.cit., pgs.101 y ss.

que esta circunstancia no suponga la pérdida de la condición familiar que caracteriza la empresa, la normativa permite establecer una serie de restricciones a su transmisibilidad. El tratamiento y las consecuencias de dicha cuestión serán en función de la forma jurídica que haya adoptado la sociedad, y por ello se tratarán de manera diferenciada.

Por un lado, y como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, en las sociedades anónimas rige el principio de libre transmisibilidad de las acciones. A pesar de ello, la ley admite la inclusión de restricciones o condicionamientos que deberán ser asumidas por los herederos cuando éstas les sean transmitidas por causa de muerte, si expresamente se dispone así en los estatutos (cfr. art. 124.1 LSC). En estos casos, la sociedad deberá encargarse de facilitar a los herederos de las acciones un adquirente para las éstas, o bien ofrecerse a sí misma como tal. En ambas circunstancias, la adquisición será por “su valor razonable” (art. 124.2 LSC).

Por otra parte, en las sociedades de responsabilidad limitada, la propia Ley de Sociedades de Capital en su artículo 110 contempla que, para aquellos supuestos en los que transmisión de las participaciones sea a consecuencia del fallecimiento de algún socio, los estatutos pueden establecer un derecho de adquisición preferente “a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad” (art. 110.2 LSC). No obstante, en estos casos, deberá tenerse muy presente la posibilidad de que las sociedades familiares estén constituidas, aunque con un porcentaje minoritario, por miembros no familiares. Por ello, el derecho de adquisición preferente podría sobrellevar una posible pérdida del control de la entidad por parte de la familia. De este modo, resulta necesario que en los estatutos se establezca una mayor limitación, de tal forma que este derecho tan solo pudiera ser ejercitado por los miembros familiares.

En suma, sobre ambos tipos entidades familiares, y para que las limitaciones a la transmisibilidad que quieran establecerse para los casos de sucesión surtan plena eficacia, será necesario que éstas consten en los estatutos. Igualmente, debe establecerse de manera expresa que sean aplicables cuando la transmisión se produzca por causa de muerte de un socio de la entidad.

Otro de los problemas con los que se encuentran las sociedades familiares en el momento de transmitir *mortis causa* las acciones o participaciones sociales es que, al no

pertenecer la totalidad de la propiedad a una única persona, sino que está repartida entre varias, entran en juego dos figuras jurídicas muy importantes. Aunque tengan finalidades distintas, deben complementarse para asegurar la continuidad de la empresa a lo largo de los años: el testamento y los estatutos.

El testamento es el cauce que toda persona tiene para disponer de sus bienes por causa de muerte. En lo que a este apartado interesa, me centraré exclusivamente en las disposiciones referentes a las acciones o participaciones de la entidad familiar. Las personas son libres para disponer de sus bienes cuando falten en la forma que estimen más conveniente. Aun así, su voluntad y las expectativas del heredero o legatario en cuanto a su entrada en la sociedad, pueden verse truncadas si del contenido de los estatutos se desprenden una serie de limitaciones a la libre transmisibilidad. Como bien señala GARRIDO DE PALMA “el socio dispone (facultad dominical) y la sociedad puede frenar la efectividad de la disposición *mortis causa* realizada”²⁷⁵. Por este motivo, resulta necesario que exista una armonía y coherencia entre ambos instrumentos. Para ello el testamento debe adaptar y conciliar su contenido con lo dispuesto y permitido en los estatutos.

Podría plantearse la duda sobre si las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones de la entidad, puede considerarse un pacto o contrato sobre la sucesión futura expresamente prohibido por el artículo 1.271 del Código Civil. A mi entender, nada tiene que ver el que los estatutos limiten la transmisión a causa de muerte con que surja un pacto sobre la herencia futura que impida al testador cambiar de voluntad dispositiva hasta el momento de su muerte. Dichas limitaciones no condicionan a todo el caudal de la herencia sino solo a unos bienes concretos. A este respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado disponiendo que “la prohibición establecida en el artículo 1.271 se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de la herencia (...) pero no cuando el pacto (...) se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó, en el dominio del cedente.”²⁷⁶ Esta misma tesis también es adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 14 de junio de 2012²⁷⁷.

²⁷⁵ GARRIDO DE PALMA, “La sociedad anónima, limitada familiar...”, pg.1595.

²⁷⁶ STS (Sala 1ª). de 3 de marzo 1964.

²⁷⁷ FJ. 2, párr. 2º de la Resolución de 14 de junio de 2012, de la DGRN (BOE núm. 177, de 26 de julio).

El hecho de pactar y establecer limitaciones a la transmisión de acciones o participaciones, no significa que se fije estatutariamente cómo será el reparto de la participación en la entidad familiar del socio que fallezca. Este no es su cometido, sino que debe perseguir el objetivo de bloquear la sociedad de tal manera que se impida la entrada en la empresa de terceros extraños a la familia.

Ahora bien, no hay que olvidar que cuando las limitaciones estatutarias prohíban al heredero o legatario la entrada a la sociedad, éste deberá ser resarcido económicamente y por el valor razonable de las acciones o participaciones (cfr. arts. 110.2 y 124.2 LSC). Pese a que podría ocurrir que la cláusula limitativa se hubiese establecido vía modificación de los estatutos, sin o contra el voto del socio que transmite, lo cierto es que la legislación regula estas acciones. Por tanto, el hecho de que el causante en su momento continuara en la empresa, implica su aceptación, lo que no comporta que el sucesor pierda su derecho a ser resarcido económicamente.

Aparte de todo lo expuesto, otra cuestión que se plantea es qué ocurre cuando en las transmisiones *mortis causa* existen acciones o participaciones cuya titularidad lleva aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias. Pues bien, en el caso de las acciones, si los estatutos no prevén expresamente qué ocurre con la prestación accesorias cuando se produce el fallecimiento de su titular, tal y como regula el artículo 124.1 de la Ley de Sociedades de Capital, su obligación se extingue resultando la libertad de transmisión. En el caso de las participaciones, y dado el carácter restrictivo de este tipo de sociedades, cabría pensar que en la transmisión de las participaciones, también se incluyen las prestaciones accesorias que llevan aparejadas. Sin embargo, a mi entender, cuando se producen estas situaciones es necesario el consentimiento o autorización de la sociedad para transmitir también la prestación accesorias, todo ello por remisión al artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital ya que, pese a referirse exclusivamente a las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos*, es el único artículo que contempla específicamente la transmisión con existencia de prestación accesorias.

1.1.3. ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA FAMILIA EMPRESARIA: JUNTA DE FAMILIA Y CONSEJO DE FAMILIA

Anteriormente, se ha estudiado que las empresas familiares, además de disponer de la Junta de General y el Consejo de Administración como órganos encargados de gestionar la entidad, pueden crear otros dos cuya finalidad es la de gobernar la familia empresaria: la Junta de Familia y el Consejo de Familia.

La praxis lleva a concluir, y de ahí que gran parte de la doctrina dedique una parte de sus estudios a ello²⁷⁸, la gran importancia que tienen estos órganos para su continuidad. No obstante, y al ser específicos de las empresas familiares, no existe ninguna normativa que los regule.

Con la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se introduce la creación de un comité consultivo, a cuya denominación podría añadirse, entre otros, el calificativo de “familiar”. En mi opinión, es un claro intento para favorecer a esta clase de entidades. Sus funciones y requisitos pueden incorporarse a los estatutos de la sociedad, siendo así inscribibles en el Registro Mercantil. Para ello, se han procedido a modificar los artículos 124.2 y 185.3, ambos del Reglamento del Registro Mercantil, referentes a la administración y representación de la sociedad.

Ahora bien, la posible creación de dicho órgano ha originado discrepancias entre los distintos autores. Por una parte, algunos consideran que esta innovación tiene como efecto la introducción en nuestro ordenamiento del Consejo de Familia; y por contra, otros discrepan de tal consideración, manteniendo que esta figura y la del Consejo Asesor tienen funciones claramente diferenciadas.

En mi opinión, sería un gran error confundir ambas figuras. En primer lugar, porque en el caso de empresas no familiares no tiene cabida la figura del Consejo de Familia; y en segundo término, porque para las entidades familiares, el comité consultivo, aunque tenga

²⁷⁸ Véase. PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, op. cit., pgs.42-43; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El gobierno de la familia empresaria...”, pgs.56 y ss.; GALEOTE MUÑOZ, op. y loc. cit., pg.1007; NIETO SÁNCHEZ, loc. cit., pg.90; PÉREZ GIMÉNEZ, loc. cit., pg.221.

el calificativo de “familiar”, es un órgano creado por el Consejo de Administración. Inmerso en el marco empresarial, no debe conformar un nuevo comité de administración ni de representación de la sociedad, y tampoco puede atribuirse la potestad de designar a los miembros de la familia que lo conformarán. Además, en cuanto al Consejo de Familia se refiere, éste tiene su ámbito de aplicación en el seno de la propia familia, a la que representa ante la empresa. No le corresponde la toma las decisiones relativas al funcionamiento empresarial. Sin embargo, y a pesar de ser distintas ambas figuras, considero que en las empresas familiares las personas idóneas para la constitución del comité consultivo deberían formar parte del Consejo de Familia, por la coincidencia de intereses.

Dado el gran beneficio que reportan tanto el Consejo como la Junta de Familia para estas entidades, no en un ámbito económico sino de gestión, considero necesario que debido a la inexistencia normativa al respecto, sean los estatutos los que suplan esta laguna y regulen sus parámetros. A través de su inscripción en el Registro Mercantil, se les conferiría la publicidad necesaria para que alcancen la eficacia jurídica que requieren.

A este respecto, tan solo la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de su Resolución de 4 de mayo de 2005²⁷⁹, se ha pronunciado sobre el asunto. Ha establecido la posibilidad de crear “órganos específicos al margen de los legalmente previstos”²⁸⁰, amparándose en el margen que la ley da a la autonomía privada²⁸¹, siempre y cuando se establezca una regulación completa y detallada de los órganos con los que va a contar la sociedad. Es decir, deberá detallarse “su composición, nombramientos, funciones, etc”²⁸². Así, y en caso de cumplirse con los requisitos exigidos, es posible incluir en los

²⁷⁹ Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 160, de 6 de julio).

²⁸⁰ FJ. 5, párr. 3º de la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 160, de 6 de julio).

²⁸¹ Sobre la autonomía de la voluntad, la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 160, de 6 de julio) se basa en el art. 12.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vigente hasta el 1 de septiembre de 2010. Éste ha sido modificado por el art. 28 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, siendo aplicable a ambos tipos sociales que pueden adoptar las entidades familiares.

²⁸² FJ. 5, párr. 3º de la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 160, de 6 de julio). Además, de forma expresa, esta Resolución dispone que “un órgano meramente consultivo y que expresamente se configura como extraestatutario no puede ser recogido en el marco regulador del que se le está excluyendo. Y otro, previsto como estatutario, podrá incorporarse a los estatutos tan solo cuando se cree y definan todos los elementos que en cuanto a composición,

estatutos normas que permitan caracterizar a una sociedad como familiar, regulando el Consejo y la Junta de Familia.

Por tanto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, pese a haberse publicado el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se muestra partidaria, y en mi opinión de una manera muy acertada, de la inclusión en los estatutos sociales de las cláusulas contenidas en los protocolos. Naturalmente, siempre y cuando respeten las normas contenidas en las leyes y los principios configuradores del tipo social escogido.

En suma, considero que, a raíz de esta Resolución, existe base doctrinal suficiente como para afirmar que la creación de ciertos órganos dentro de la empresa familiar, destinados a gobernar la familia empresaria, pueden incluirse en los estatutos sociales. Para ello, dichos órganos familiares estarán debidamente regulados en cuanto a su composición, nombramiento, funciones, organización, etc. Ahora bien, su creación parece difícil. No existe todavía ninguna normativa que regule los límites y características que éstos deben tener, con el fin de poder ser inscritos en el Registro Mercantil.

1.1.4. PRESTACIONES ACCESORIAS

Las prestaciones accesorias son obligaciones asumidas por uno o varios socios en favor de la entidad. Tal y como prevé el Código Civil, su contenido deberá consistir en obligaciones de “dar, hacer o no hacer alguna cosa” (art. 1088 CC). Para que surtan plena eficacia, deberán incorporarse en los estatutos sociales “expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución” (art. 86.1 LSC)²⁸³.

Debe tenerse en cuenta que la legislación las diferencia expresamente de las aportaciones de capital, no pudiéndose integrar en el capital social de la entidad (cfr. art. 86 LSC). Consecuentemente, la posible retribución prevista en la ley tampoco podrá consistir en una nueva distribución. Dada la discrecionalidad por parte de la sociedad sobre la

nombramiento y funciones permitan calificar su adecuación a la ley” (FJ. 5, párr. 3º de la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la DGRN [BOE núm. 160, de 6 de julio]).

²⁸³ Véase. STS (Sala 1ª). de 9 de julio 2007.

adopción de dichas prestaciones, puede establecerse que la obligatoriedad de su cumplimiento afecte a todos o algunos de los socios, e incluso puedan vincularlas a la titularidad de algunas acciones o participaciones sociales determinadas (cfr. art. 86.3 LSC).

Este tipo de estipulaciones suelen ser utilizadas principalmente, aunque de forma minoritaria (ya que solo el 0,15% de las sociedades de nuestro país las incorporan a sus estatutos²⁸⁴), como mecanismo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el protocolo. Resulta muy atractivo para los componentes de la sociedad familiar el poder establecer, estatutariamente, pactos que contribuyan a personalizar una sociedad de capital como familiar. La existencia de una mayor obligatoriedad por parte de los socios repercute en una mayor implicación de éstos respecto de la sociedad. Igualmente, pueden también considerarse como un derecho pues, entre otros aspectos, permiten modular el reparto de los rendimientos obtenidos con la actividad empresarial²⁸⁵.

Algunos autores plantean, de forma genérica, que se establezca el cumplimiento del protocolo familiar como prestación accesorias²⁸⁶. Sin embargo, es la propia Ley de Sociedades de Capital la que, en su artículo 86, limita su contenido estableciendo expresamente que deberá ser “concreto y determinado” (art. 86.1 LSC). Por tanto, *a priori* se puede considerar que esta prestación accesorias podría no tener entrada en el Registro Mercantil dada su indeterminación. La única manera de conseguir su inscripción sería estableciendo en los estatutos sociales todas y cada una de las obligaciones asumidas de manera muy detallada.

También cabe considerar que la obligatoriedad de indicar si las prestaciones accesorias conllevan o no una contraprestación económica y, en su caso, su importe (cfr. arts. 86 y 87 LSC), radica en que conforman un contrato entre la sociedad y los socios. Existe así un consentimiento recíproco²⁸⁷: por un lado el de la entidad, que ha tenido que alcanzar un acuerdo adoptado por mayoría (véase. art. 288 LSC) con su consecuente

²⁸⁴ Según PÉREZ DE LA CRUZ, de 14.745 compañías examinadas, solo 24 tenían prestaciones accesorias incorporadas a sus estatutos (cfr. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Prólogo”, en VIÑUELAS SANZ, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 2004, pg.12).

²⁸⁵ Véase. BERNING PRIETO, “Prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, *Noticias Jurídicas*, febrero 2009, pg.2.

²⁸⁶ Cfr. NIETO SÁNCHEZ, loc. cit., pg. 95.

²⁸⁷ Este necesario consentimiento recíproco contribuye, además, a evitar futuros conflictos a la vez que garantiza el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre los socios.

modificación estatutaria; y por otro lado, el de los socios obligados por la prestación accesoria (cfr. art. 88 LSC)²⁸⁸.

Llegados a este punto he de tratar sobre la duración de las prestaciones accesorias. A mi entender, y ante la ausencia legislativa al respecto, considero que a falta de pacto expreso en los estatutos, su duración está directamente asociada a lo previsto para la transmisión de las acciones o participaciones afectadas.

Como ya se ha señalado con anterioridad, es la Ley de Sociedades de Capital la encargada de reglar estas transmisiones por acto *inter vivos*. Así, el régimen de transmisibilidad de las acciones o participaciones requiere de la autorización de la sociedad, que corresponderá, salvo que en los estatutos sociales se disponga otra cosa, a la Junta General para el caso de las sociedades limitadas, y a los administradores en las sociedades anónimas (cfr. art. 88 LSC).

Por tanto, en estos casos, las entidades familiares disponen de dos instrumentos jurídicos para evitar la entrada de terceros ajenos a la familia. Una opción consistiría en introducir como cláusula estatutaria la limitación de la transmisibilidad de acciones o participaciones. De esta forma, solo podrían ser adquiridas por los miembros que se hayan dispuesto en el protocolo familiar. La otra alternativa sería mediante el establecimiento de pactos intrafamiliares que contribuyeran a alcanzar la mayoría requerida para adopción de acuerdos, bloqueando así cualquier posible decisión que pudiera resultar perjudicial para la sociedad familiar.

Desde el punto de vista del obligado, cuando forme parte de la familia, sería conveniente establecer como prestación accesoria la obligación de que, en caso de querer transmitir parte o la totalidad de las acciones o participaciones cuya titularidad ostenta, deba efectuarlo a favor de aquellas personas expresamente relacionadas en el protocolo familiar²⁸⁹. En mi opinión, y para el caso de que estas personas no pudieran o no quisieran

²⁸⁸ Véase. SAP Tarragona (Secc. 3^a). de 23 de octubre 2000.

²⁸⁹ A este respecto, hay que tener en cuenta la limitación contenida en el art. 123.2 de Ley de Sociedades de Capital, sobre la posible nulidad de las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisibles las acciones de una sociedad. Además, en su apartado 3, también se estipula que los estatutos deberán mencionar las causas que permitan denegar tal transmisibilidad. Sin embargo, no ocurre lo mismo para las sociedades de responsabilidad limitada, donde la decisión de la sociedad es libre y no debe exponer los motivos de la denegación.

adquirirlas, considero que sería aconsejable establecer un régimen de autocartera²⁹⁰, con el fin de garantizar la participación mayoritaria de la familia en la empresa.

Hasta ahora, me he referido a la transmisibilidad de las acciones o participaciones de la sociedad por actos *inter vivos*. Para aquellos casos en los que se produzca una transmisión *mortis causa* o forzosa, prevalecerán las restricciones si están expresamente contempladas en los estatutos (véase. para la transmisión de acciones los arts. 124 y 125 LSC; y para la transmisión de participaciones los arts. 109 y 110 LSC). Además, si las prestaciones accesorias tienen un carácter personalísimo, se extinguirán por el mero hecho de dejar de ser socio con independencia de la causa.

Ante el incumplimiento de la obligación de la prestación accesorias, son los artículos 86 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 127 del Reglamento del Registro Mercantil, los encargados de recoger y legalizar la posible inclusión de cláusulas penales²⁹¹. No obstante, también es posible incorporar otro tipo de consecuencias como, por ejemplo, la fijación de penas convencionales (art. 56 CCom) u otras sanciones como podrían ser la pérdida del derecho de retribución o la suspensión del derecho a participar en los beneficios, entre otras.

Por último, cabe mencionar la exclusión de socios, consecuencia del incumplimiento de realización de las prestaciones accesorias, pues tiene consecuencias muy dispares según la forma jurídica que reviste la entidad. Así, sobre las sociedades de responsabilidad limitada la Ley de Sociedades de Capital la prevé expresamente cuando el incumplimiento se haya producido de forma voluntaria (cfr. art. 350 LSC), aunque también es posible pactarlo e incorporarlo a los estatutos cuando se produzca por causas no imputables al socio incumplidor (cfr. art. 351 LSC). En cambio, sobre las sociedades anónimas, y gracias a la publicación de la Ley 25/2011, de 1 de Agosto, tal exclusión solo es posible si ha quedado reflejada en los estatutos de la sociedad familiar (cfr. art. 351 LSC). Asimismo, en este tipo de entidades, la existencia de dichas prestaciones accesorias,

²⁹⁰ Para las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada véase. art. 140 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital; para las acciones de las sociedades anónimas véase. art. 146 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital. Para aquellas sociedades que coticen en Bolsa, deberá tenerse en consideración lo dispuesto en el art. 509 de la Ley de Sociedades de Capital sobre el límite máximo de autocartera.

²⁹¹ Véase. SJdo. Mercantil núm. 1 de Alicante, núm. 78/2007, de 10 de mayo 2007, por el que se condenan a unos socios (demandados) a pagar a otros socios (demandantes) a pagar la indemnización prevista e incluida en los estatutos, por incumplir con la prestación accesorias a la que estaban sometidos, en este caso, competencia desleal; También SAP Asturias (Secc. 7ª). de 31 de marzo 2003.

lleva implícita la exigencia legal, recogida en el artículo 114 de la Ley de Sociedades de Capital, de que esta mención quede recogida en el título representativo de las acciones respectivas.

En conclusión, y dado todo lo expuesto, se pone de manifiesto que la inclusión de prestaciones accesorias en los estatutos sociales resulta de gran utilidad para las empresas familiares, al posibilitar el traslado de los objetivos del protocolo familiar a un marco jurídico suficiente para que permitan garantizar su cumplimiento.

1.2. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LOS INTERVINIENTES

1.2.1. RELEVANCIA DE LOS DISTINTOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

El régimen matrimonial que regula la relación económica entre los cónyuges en los que ambos o tan solo uno de ellos son socios de la empresa familiar, o si se trata de los futuros sucesores, resulta decisivo y directo en cuanto al funcionamiento y continuidad de la entidad²⁹². Esto es debido a que el matrimonio produce una serie de efectos consecuencia del *consortium omnis vitae*, por un lado de carácter personal, y por otro lado de carácter patrimonial o económico. Por tanto, su elección reviste una especial importancia en el momento de evitar conflictos. Tanto por caso de situaciones de crisis conyugal o por fallecimiento de alguno de los esposos, podrían conducir a la extinción de la actividad empresarial.

Sobre esta cuestión se pronuncia MARTORELL ZULUETA cuando, al tratar la importancia de la adecuada elección del régimen económico matrimonial de los sucesores, dice que “no debe dejarse al azar la continuidad del proyecto empresarial”²⁹³. La falta de previsión al respecto podría conducir a la desaparición o fragmentación de la actividad empresarial.

²⁹² Sobre la influencia del régimen económico matrimonial en el control y la transmisión de la empresa familiar véase. FERNÁNDEZ GIMENO y REYES LÓPEZ, op. cit., pgs.19 y ss.

²⁹³ MARTORELL ZULUETA, “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Aranzadi, *Revista de Derecho patrimonial monografía*, núm. 11, Navarra, 2004, pg.95.

Cuando una pareja contrae matrimonio, automáticamente su economía matrimonial pasa a estar sujeta a una serie de criterios y normas que, por regla general, será el que los esposos estipulen a través de capitulaciones matrimoniales. A falta de éstas, el régimen económico será el que corresponda según la ley aplicable al connubio, por lo que se deberá atender a lo establecido en el artículo 9.2 del Código Civil. Así pues, el matrimonio se regirá “por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio” (art. 9.2 CC).

Por tanto, para establecer la ley aplicable es determinante la vecindad civil que se ostente en el momento de contraer el matrimonio (véase. arts. 14 y 15 CC). Además, y pese a que el Código Civil disponga expresamente que ésta no será alterada a consecuencia del matrimonio, cualquiera de los cónyuges podrá optar por la vecindad civil de su consorte (cfr. art. 14.4 CC).

Con todo, el régimen económico matrimonial que prevalece no es igual para todas las comunidades. Existen territorios forales que por su derecho histórico tienen atribuida competencia para legislar sobre la materia; mientras que las restantes quedarán sometidas a lo establecido en el Código Civil.

En España coexisten varios tipos de regímenes económicos matrimoniales, entre los más comunes se encuentran: la sociedad de gananciales, el régimen de separación de bienes, y el de participación; aunque este último hoy en día es el menos utilizado, y es la sociedad ganancial la que el Derecho común aplica por defecto, en el caso de que no existan capitulaciones matrimoniales²⁹⁴. En nuestro ordenamiento jurídico, los esposos

²⁹⁴ En toda España el régimen económico matrimonial que rige en primer lugar es de capitulaciones matrimoniales. No obstante, y a falta de éstas, existen comunidades con Derecho foral propio en las que el régimen legal de primer grado es distinto del de Derecho común. Así pues, en esta situación se encuentran: El País Vasco, en el que se harán comunes, por mitad entre el marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces de la procedencia que sean pertenecientes a una u otra, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen (art. 95LDCPV); Aragón, en la que regirá el denominado consorcio conyugal (art. 193 LCA); En Cataluña y Baleares, se someterán al régimen de separación de bienes (art. 231-10 CCCat para Cataluña, y art. 3CDCIB); Y por último Navarra, en el que rige el régimen de conquistas que es un régimen jurídico muy parecido a la sociedad de gananciales.

gozan de plena libertad sobre la elección de aquél que más se adecúe a sus intereses matrimoniales o familiares. Por ello deberá tenerse en cuenta las distintas circunstancias que rodean a los cónyuges, como pueden ser el patrimonio con el que cuentan independientemente cada uno de ellos al tiempo de celebrar el matrimonio o que vayan a recibir durante el mismo, las actividades profesionales que desarrollan, etc. Sobre todo, en aquellos casos en los que uno o ambos esposales sean empresarios, deberán tener en cuenta en primer lugar la procedencia de la entidad familiar, con la finalidad de proteger el patrimonio empresarial asegurando, además, un reparto equilibrado de beneficios atendiendo a la persona que realmente la gestione y de la que es verdadera titular.

Por tanto, y en cuanto a lo que atañe a la empresa familiar, debe tenerse en cuenta que en caso de no disponerse otra cosa, y en aquellos territorios en los que no exista Derecho foral, serán gananciales los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges (cfr. art. 1347.1º CC) y las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad a expensas de los bienes comunes (cfr. art. 1347.5º CC). Además, serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio (cfr. art. 1362.4º CC) respondiendo, además, los bienes gananciales directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio (cfr. art. 1365.2º CC)²⁹⁵. La ley, también establece el deber de los cónyuges a informarse de forma recíproca sobre la situación y rendimientos de sus actividades económicas (cfr. art. 1383 CC), cuyo incumplimiento podrá comportar la disolución de dicha sociedad de gananciales (cfr. art. 1393.4º CC). Sin embargo, cuando se proceda a la liquidación de ésta, cada cónyuge tendrá un derecho preferente a incluir en su haber, hasta donde éste alcance, la explotación económica que gestione efectivamente y el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión (cfr. arts. 1406.2º y 3º CC, respectivamente). No obstante, en este último caso, no quedan resueltos aquellos casos en los que la gestión de dicha explotación económica fuese gestionada de forma conjunta por ambos consortes, y los dos solicitasen la inclusión de la misma en su haber. Ante esta laguna legal, entiendo que inevitablemente la participación que éstos ostentaban en la empresa cuando persistía la sociedad ganancial, en el momento de su disolución y posterior

Puede existir también la sociedad de conquistas, y se pueden pactar los regímenes de comunidad universal de los bienes, o el régimen de separación de bienes (véase. arts. 82, 92, 101 y 103 CDCN).

²⁹⁵ En el caso de que el cónyuge fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

liquidación, quedará dividida y será atribuida en partes iguales a los cónyuges, a no ser que existiera un pacto entre ellos que evitara esta situación.

Cuando existe un régimen económico de comunidad, como es la sociedad de gananciales, en el momento en que ésta concluye por alguna de las causas previstas en el artículo 1392 del Código Civil, podría conducir a que se produjera una escisión o la necesidad de reparto entre los cónyuges de la empresa familiar²⁹⁶. Esta situación supondría, en ocasiones, la participación en la empresa familiar del cónyuge que hasta ese momento no ostentaba la condición de socio.

Sobre este asunto, y ante la ausencia normativa en nuestro ordenamiento jurídico que permita conciliar los intereses del cónyuge adquirente y los de la sociedad, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 1988. Sostiene que cuando en los estatutos existan cláusulas limitativas que restrinjan la libre transmisibilidad de las acciones a extraños, sin ofrecerlas previamente al Consejo de Administración, incluso cuando la adquisición por el tercero haya sido mediante el ejercicio de acciones judiciales o de otra índole, dichas cláusulas no pueden impedir la atribución de la mitad de las acciones al cónyuge adquirente. Todo ello, a pesar de que figuraban a nombre del transmitente, ya que “éste no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de Administrador de la sociedad legal de gananciales a aquellas que pertenecían y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una cotitularidad indiscriminada”²⁹⁷. Por tanto, el Tribunal entiende que cuando se produce la liquidación de la sociedad ganancial, y se procede a la división y adjudicación de la mitad de las acciones, no existe una enajenación ni una transmisión, sino una “adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real”²⁹⁸. De este modo, al ser titular de tales acciones, aunque no ejerciera por sí los derechos derivados de éstas, no puede considerársele persona extraña a la sociedad.

Dicho pronunciamiento ha dado lugar a diversas críticas por parte de la doctrina. Entre ellos RODRÍGUEZ DÍAZ, quien considera, y cuya opinión comparto, como inaceptable tal conclusión. Deja ineficaces las cláusulas limitativas de transmisibilidad, vulnerando así

²⁹⁶ Sobre el carácter ganancial de la empresa familiar véase. GARCÍA CANTERO, “Empresa familiar...”, pgs.91-94.

²⁹⁷ STS (Sala 1ª). de 4 de julio 1988.

²⁹⁸ STS (Sala 1ª). de 4 de julio 1988.

“el espíritu protector del personalismo social que desempeñan tales cláusulas”²⁹⁹. Con esta posible entrada del cónyuge adquirente, consecuencia de la liquidación de la sociedad ganancial, considero que podría resultar muy perjudicial para la continuidad de la empresa familiar, pues podría romper la armonía del grupo, lo que afectaría de manera directa al desarrollo de la explotación³⁰⁰.

Por su parte, GARRIDO DE PALMA afirma que para evitar que se produzca la entrada del cónyuge del socio en la entidad, lo que debe hacerse es prever expresamente en los estatutos tal circunstancia y los efectos en caso de producirse³⁰¹. Esta idea encuentra su fundamento en el artículo 110.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Permite que cuando se produzca una transmisión *mortis causa* de participaciones, los estatutos sociales establezcan a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido. Asimismo, habrá de ejercitarse como máximo en un plazo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria. Respecto a esto, MARTORELL ZULUETA considera que la aplicación de esta norma es el instrumento adecuado para impedir la entrada de personas no queridas en la sociedad, “ya sea el cónyuge supérstite o los demás herederos del causante”³⁰².

Por todo ello, y teniendo en cuenta que la legislación protege las transmisiones que se producen como consecuencia del fallecimiento de un socio, propongo incorporar en los estatutos una cláusula donde se establezca un derecho de adquisición preferente a favor del cónyuge socio. La finalidad sería evitar que con la liquidación de la sociedad ganancial, independientemente de su causa, la participación que hasta el momento éste ostentaba en la empresa quede eliminada o reducida³⁰³.

²⁹⁹ RODRÍGUEZ DÍAZ, “La empresa familiar en el ámbito del Derecho mercantil”, en FERNÁNDEZ RUIZ (dir), *Cuadernos mercantiles*, Endersa, Madrid, 2006, pg.28.

³⁰⁰ Sobre la entrada de personas extrañas a los socios RODRÍGUEZ PRIETO argumenta que “muchas veces el divorciado de un socio es el peor extraño que se podría “colar” en la sociedad (RODRÍGUEZ PRIETO, “La sociedad cerrada frente a los extraños”, en AAVV., *Los consejos de Notario*, Inversor, Madrid, 2000, pg.297).

³⁰¹ GARRIDO DE PALMA (dir), *La sociedad de responsabilidad limitada. Ley 2/1995, de 23 de marzo y reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio). Con el estudio de Derecho fiscal y penal (Delitos societarios)*, T. I, Trivium, Madrid, 1996, pg.39.

³⁰² MARTORELL ZULUETA, “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Aranzadi, *Revista de Derecho patrimonial monografía*, núm. 11, Navarra, 2004, pg.91.

³⁰³ Véase. RODRÍGUEZ PRIETO, op. y loc. cit., pg.302.

Por otra parte, la continuidad de la empresa familiar no depende en exclusiva de sus actuales componentes, por lo que resulta conveniente que los sucesores también adapten su régimen matrimonial a las necesidades empresariales.

Cuando la entrada en la sociedad se produce por una transmisión hereditaria, *a priori* no existen razones para plantearse ningún problema. Al originarse una transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones sociales, en cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales a los que estuviesen sometidos los esposos serían considerados como un bien privativo. Por tanto, quedarían excluidos del problema de una eventual liquidación del régimen patrimonial del matrimonio.

No obstante, la entrada de un nuevo miembro en la empresa no siempre es así. Puede ocurrir que las acciones o participaciones sociales sean adquiridas por el sucesor a través de una transmisión *inter vivos*, bien a través de una compraventa o de una ampliación de capital, por lo que el régimen económico matrimonial tiene una gran importancia para el futuro de la empresa familiar. De esta forma, se encontrarían con las mismas dificultades apuntadas con anterioridad para el caso de los fundadores o actuales socios de la entidad.

En conclusión, la adecuada elección del régimen económico matrimonial es un factor de especial relevancia. Debe tenerse muy en cuenta para garantizar la supervivencia de este tipo de entidades. Tanto es así, que no es suficiente que tal previsión sea adoptada únicamente por los socios que actualmente participan en la sociedad, sino que la preparación de las sucesivas generaciones que se irán incorporando a la entidad, requieren igualmente de la adopción de una serie de medidas. Entre ellas, una de las más importantes es la previsión del régimen económico bajo el que éstos deberán contraer nupcias. La finalidad, es evitar futuros conflictos y confusión de patrimonios entre los cónyuges.

1.2.2. EFECTOS DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LA EMPRESA FAMILIAR

Con todo lo expuesto, y con la finalidad de evitar que los posibles conflictos que puedan surgir entre los cónyuges puedan afectar al mantenimiento y permanencia de la

entidad familiar, considero que este riesgo quedaría minimizado si el régimen económico matrimonial fuese el de separación de bienes. Es el único que identifica claramente la titularidad de los patrimonios de cada uno de los cónyuges evitando se genere un patrimonio común.

Buena parte de la doctrina defiende que este régimen es el que más ayuda a esta tipología de empresas³⁰⁴. De esta forma, autores como SERRANO GÓMEZ consideran que solo así “se consigue un neto deslinde entre los ámbitos personal y económico del matrimonio”³⁰⁵. Supone que el cónyuge no empresario tenga clara su situación y las posibles expectativas que pudiera tener con respecto al patrimonio empresarial en caso de crisis matrimonial. No obstante, y tal como apunta REYES LÓPEZ, en ocasiones resulta muy difícil distinguir entre el capital propio y el común. Esta es una de las características esenciales de las empresas familiares, justamente el hecho de que se da prevalencia al interés familiar respecto al de cada uno de sus miembros. Además, al no haber comunicación entre patrimonios, resulta de gran dificultad el hacer partícipe al otro cónyuge de los beneficios obtenidos en la empresa como consecuencia de su trabajo³⁰⁶.

A pesar de ello, parte de la doctrina sostiene que no resulta coherente que en una empresa familiar se pacte la separación de bienes entre los esposos. Señala que en el capítulo del Código Civil dedicado a éste régimen económico “no se contempla de modo explícito y directo la posibilidad de una empresa familiar o común en sentido amplio”³⁰⁷. Se fundamenta, por un lado, en el artículo 1439 del mismo texto legal, puesto que deja una puerta abierta a que el cónyuge pueda administrar o gestionar los bienes del otro, aunque se le aplicarán las reglas del mandatario, por lo que puede entenderse que los rendimientos obtenidos con ello lo hizo en interés de la familia; y por otro lado, el artículo 1441 del Código Civil, a través del que se atribuirá por mitad a ambos cónyuges la titularidad de algún bien o derecho, siempre y cuando no sea posible acreditar la pertenencia del mismo.

³⁰⁴ Véase. SERRANO GÓMEZ, loc. cit., pgs.39 y ss.; BORRELL GARCÍA, “Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar”, en AAVV., “La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales”, *Revista de Derecho patrimonial monografía*, núm. 11, Aranzadi, Navarra, 2004, pg.26.

³⁰⁵ SERRANO GÓMEZ, loc. cit., pg.40.

³⁰⁶ Véase. REYES LÓPEZ, “Economía del matrimonio y empresa familiar”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Aranzadi, *Revista de Derecho patrimonial monografía*, núm. 11, Navarra, 2004, pg.100.

³⁰⁷ GARCÍA CANTERO, “Transmisión *mortis causa* d la empresa familiar”, en GARRIDO DE PALMA (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995, pg.102.

El hecho de pactar que los miembros de la familia que contraigan matrimonio lo hagan bajo el régimen de separación de bienes, ha propiciado ciertas dudas entre los distintos autores en cuanto a la licitud de este pacto. La Constitución Española protege el interés de la familia (cfr. art. 39.1 Const.). Debe ser superior a cualquier otro, invalidando cualquier imposición respecto del régimen económico matrimonial. Sin embargo, ARRIOLA ARANA, considera admisible que en el testamento de los actuales socios se impongan a los sucesores este tipo de condiciones, aunque debidamente reforzadas con una cautela *socini*³⁰⁸.

1.2.3. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN: CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Con todo lo expuesto hasta ahora, se puede afirmar que el régimen económico matrimonial al que están sometidos los cónyuges que participan en la empresa familiar, en ocasiones, puede resultar un obstáculo para su continuidad. Por esta razón considero necesario que al fundarse una entidad de este tipo, o en su defecto se haga con posterioridad, se prevean todos aquellos asuntos económicos relacionados con los cónyuges, que le pudieran afectar para el caso de producirse una eventual crisis entre ellos.

Como ya he expuesto, pienso que el régimen económico matrimonial más adecuado y al que deberían someterse todos los actuales y futuros socios de la entidad familiar es el de separación de bienes. Es el único que distingue en todo momento la titularidad del patrimonio de cada uno de ellos.

Para ello, y dado que tanto el Derecho común que establece con carácter supletorio la sociedad de gananciales, como el de las distintas comunidades con Derecho foral, que aplican el régimen contemplado en sus legislaciones, todas ellas tienen un nexo en común. Esta es la prevalencia de lo dispuesto en capitulaciones matrimoniales sobre cualquier otro régimen. Así, sostengo que pueden ser el instrumento adecuado para regular aquellos aspectos que, dentro de sus competencias, logren dar validez jurídica a parte del contenido del protocolo familiar.

³⁰⁸ ARRIOLA ARANA, “Vecindad civil y nulidad de testamento”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pg.34.

Las capitulaciones matrimoniales son aquellos documentos que adoptan el carácter de un contrato. A través de ellas, los otorgantes acuerdan estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio³⁰⁹, o en el que incluso pueden incorporarse otros pactos relacionados con su economía. A esta tipología de contratos algunos autores los denominan “normativos o convención-ley”³¹⁰, pues están destinados a fijar el marco jurídico económico del matrimonio por encima del marco legal.

En aras a cumplir con lo dispuesto en el protocolo familiar, resulta necesario que los esposos realicen, o en su caso modifiquen, sus capitulaciones matrimoniales adaptando su régimen económico a lo pactado protocolariamente. Parece lógico pensar que cuando ambos cónyuges son firmantes, no suelen surgir especiales problemas. No obstante, al tratarse de una alteración del sistema general económico, y especialmente en lo relativo a la gestión y titularidad de los beneficios que se obtengan, puede ocurrir que el empresario, por implicaciones personales o por deferencia a su pareja, no desee cambiar su régimen por el de separación de bienes. Aun así, por otra parte, tampoco quiere que en un futuro esto pueda acarrear consecuencias negativas para la continuidad de la empresa familiar. Por tanto, será el momento en el que el socio deberá conciliar ambos aspectos: la familia y la actividad empresarial.

También puede darse la circunstancia de que el cónyuge no firmante del protocolo familiar se niegue a modificar a través de capitulaciones su régimen matrimonial. En tal caso, lo dispuesto protocolariamente devendrá ineficaz. Al tratarse de negocios voluntarios, la ley exige que para su alteración concurren todas las personas que intervinieron en su otorgamiento (véase. art. 1331 CC), por lo que exigir su cumplimiento forzoso no resulta posible. No obstante, esta cuestión aquí apuntada será posteriormente objeto de un análisis más profundo.

El contenido del pacto capitular puede ser muy amplio. La autonomía de la voluntad únicamente está sometida a las limitaciones establecidas, con carácter general, en

³⁰⁹ A modo de ejemplo de una modificación en capitulaciones matrimoniales, BORRELL GARCÍA propone, en relación con el régimen de separación de bienes y para beneficiar a la empresa familiar, alterar la compensación prevista en el art. 1438 del Código Civil sobre el trabajo para la casa, incorporando una norma semejante a la de los arts. 1359 y 1360 del mismo *corpus* legal, es decir, establecer “una compensación en proporción al incremento experimentado por la empresa, en parte, gracias a dicho trabajo” (BORRELL GARCÍA, op. y loc. cit., pg.31).

³¹⁰ LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil IV. Derecho de familia*, 3ª ed, Fascículo 2º, Bosch, Barcelona, 1989, pg.339.

el artículo 1255 del Código Civil. Por igual, las específicamente contempladas en el artículo 1328 del mismo texto legal. Aquí se dispone que no podrán ser contrarias a las leyes, a las buenas costumbres, ni limitativas de la igualdad de derechos entre los cónyuges³¹¹.

Por tanto, y como medio para asegurar la permanencia y continuidad de las empresas familiares es importante tener presente que también es posible incorporar otro tipo de pactos. Igualmente, para pactar aquellas cuestiones relacionadas directamente con la economía matrimonial, como son la determinación del régimen al que someterán, la contribución a las cargas, etc.

A tales efectos, es posible acordar una donación de futuros, cuya figura está expresamente recogida en el artículo 1341 del Código Civil. Solo es aplicable para el caso de muerte de uno de los esposos, y viene a ser una excepción de lo dispuesto en el artículo 1271 del mismo texto legal. Por tanto, es asimilable a la figura del pacto sucesorio admitido legalmente en algunas comunidades, lo que supondría una vía factible de transmisión de la empresa sin que saliera de la familia. Otra posibilidad es la de hacer uso de la facultad reconocida en el artículo 826 del Código Civil. De esta forma, se establece una promesa de mejora que consiste en la atribución de un mayor número de acciones o participaciones sociales a alguno de los herederos forzosos, para que éste sea el que ostente la mayoría y no se disperse entre varios familiares.

Una solución distinta sería la de pactar la exclusión de cualquier pretensión económica de cualquiera de los cónyuges, en relación al patrimonio empresarial del otro. Además, SERRANO GÓMEZ también añade la alternativa de establecer una adjudicación preferencial contractual. Consiste en adjudicar ciertos bienes, en este caso la participación en la empresa familiar, a uno de los cónyuges con exclusión del otro cuando se produce la liquidación de la sociedad conyugal. Así, se paga al otro esposo la parte que le corresponde en bienes o dinero³¹².

³¹¹ En caso de que alguna estipulación vulnere alguno de estos límites, se produciría una nulidad parcial, manteniéndose la validez de las demás disposiciones y sin perjuicio de los terceros de buena fe (véase. art. 1335 CC y STS (Sala 1ª). de 18 de junio 2012).

³¹² Cfr. SERRANO GÓMEZ, loc. cit., pg.45.

De igual forma, existen otro tipo de pactos que pueden resultar beneficiosos para estas entidades como son: la extensión del activo; pactos especiales en la donación de bienes gananciales; pacto en que se atribuye a uno solo de los cónyuges la gestión de los gananciales; pactos sobre la liquidación de la sociedad de gananciales; pacto de reparto de los gananciales en una proporción distinta de por mitad; modulación del concepto de ganancia en relación al régimen de participación; regulación de derechos *post mortem* ligados al régimen económico matrimonial, etc³¹³.

Las capitulaciones matrimoniales requieren de escritura pública y posterior inscripción en el Registro Civil para que surtan efectos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1325 y 1335 del Código Civil, todos los pactos que este documento contenga tendrán eficacia *inter partes* entre los dos miembros que conforman el matrimonio, y también frente a terceros. Por tanto, y tal y como expone BORRELL GARCÍA, en caso de que existiera controversia sobre la validez de alguno de sus pactos, deberá acudir a los tribunales para ventilarla³¹⁴.

En conclusión, y con todo lo expuesto hasta ahora, puedo afirmar que las capitulaciones matrimoniales son un instrumento jurídico de gran importancia para la empresa familiar. Esto es debido a que a través de ellas podrán ser inscritas en el correspondiente Registro todas aquellas cláusulas que afecten al régimen económico del matrimonio, incluidas también en el protocolo familiar. Así, se cumple con la finalidad de darles la publicidad necesaria y suficiente para dotarlas de eficacia *erga omnes*, una de las grandes aspiraciones que pretende el protocolo.

1.2.4. PACTOS PROTOCOLARIOS COMO MECANISMO DE PREVISIÓN ANTE CRISIS MATRIMONIALES

Como he señalado con anterioridad, las capitulaciones matrimoniales pueden incluir una serie de cláusulas destinadas a proteger el patrimonio familiar para el caso de una posible crisis entre el matrimonio. No obstante, cuando se trata de proteger la participación en la entidad familiar, estas estipulaciones suelen incorporarse para dar

³¹³ Véase. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, Aranzadi, Navarra, 2008, pgs.160 y ss.

³¹⁴ Cfr. BORRELL GARCÍA, op. y loc. cit., pg.22.

cumplimiento a lo dispuesto en el protocolo familiar. Por ello, cabe preguntarse si éste último puede contener algún tipo de previsión en cuanto a eventuales crisis conyugales que pudieran afectar a la empresa familiar.

A tal efecto, BLASI PUJOL pone como ejemplo los pactos que afectan a la pensión compensatoria. Aprovecha la ocasión para afirmar que existe un cierto paralelismo entre las capitulaciones y el protocolo familiar, pues admite que los efectos de uno y otro pueden coincidir; además de que ambos objetivos pueden ser conseguidos indistintamente por cada uno de ellos³¹⁵.

El Código Civil, regula los términos por los que uno de los esposos debe recibir una compensación económica en forma de pensión o prestación del otro cuando se produce una separación o divorcio. Establece que para el caso de falta de acuerdo entre ambos, la primera circunstancia a valorar por el Juez serían “los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges” (art. 97 CC), entendiéndose que fueron alcanzados con anterioridad a la crisis matrimonial.

Ante estas situaciones cabe preguntarse, en primer lugar, si es factible el contemplar una posible regulación de la pensión compensatoria por medio del protocolo familiar. Para ello debe tenerse en cuenta si ha sido suscrito por un solo cónyuge o por ambos, pues entendiéndose que solo sus firmantes quedarán vinculados al cumplimiento de su contenido, por lo que nada podrá exigirse al miembro no firmante. Una situación distinta es la que, siendo ambos cónyuges suscriptores, hayan pactado la renuncia mutua, tanto a la compensación por razón de trabajo (véase. art. 1438 CC) como a la pensión compensatoria (véase. art. 97 CC). A mi entender es legamente válida, ya que queda amparada por lo dispuesto en el artículo 6.2 de Código Civil³¹⁶. En segundo término, la ley prioriza los acuerdos de los cónyuges alcanzados en el momento de la crisis

³¹⁵ Cfr. BLASI PUJOL, “El protocol familiar com a instrument apte per pactar la compensació econòmica per raó de treball de l’article 41 del Codi de Família”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2006, pg.96 y ss.

³¹⁶ Por el contrario, SERRANO GÓMEZ señala dos posibles vías para eludir lo establecido en el protocolo familiar y poder mantener así la exigencia del pago de la pensión. Como primera opción, propone alegar ante el Juez que las circunstancias existentes en el momento en que se aceptó la renuncia han cambiado sustancialmente, haciendo uso de la cláusula *rebus sic stantibus*. La otra opción es acogerse a la imposibilidad de renunciar a un derecho que todavía no se posee, es decir, el derecho a la pensión compensatoria existe y es exigible únicamente cuando se produce la crisis matrimonial, por tanto no es posible incorporar en el protocolo ningún acuerdo sobre ello. (cfr. SERRANO GÓMEZ, loc. cit., pgs.46-47).

matrimonial³¹⁷, lo que puede resultar un obstáculo para garantizar la continuidad y permanencia de la empresa. Podrían alterar lo previamente dispuesto en el protocolo familiar, circunstancia que debe tomarse en consideración en el momento de la negociación y aceptación de los mismos³¹⁸.

1.3. EL TESTAMENTO

1.3.1. REPERCUSIÓN DEL TESTAMENTO SOBRE LA EMPRESA FAMILIAR

Ante todo lo expuesto hasta ahora, resulta evidente que la figura del testamento es un instrumento de gran utilidad para garantizar la continuidad y cohesión de la empresa familiar. Tiene la particularidad de ser el único negocio con efectos *mortis causa* que permite nuestro Código Civil en su artículo 1271³¹⁹. Para lograr este objetivo, no solo debe estar otorgado por el fundador -y en su caso por su cónyuge-, puesto que así solamente se aseguraría el éxito en el traspaso de la primera a la segunda generación. También requiere que sea realizado por aquellos familiares que ostenten una participación en la entidad que permita, por sí o en conjunto, su control.

Parte de la doctrina considera que para poder ejecutar lo dispuesto en el protocolo familiar, la empresa debe ser transmitida en su integridad a un solo hijo, evitando así su fragmentación³²⁰. En mi opinión no es necesario aunque sí recomendable que exista un único heredero de la entidad, por lo menos en la transmisión de la primera a la segunda generación. Aunque para ello, resulta imprescindible un compromiso de todos los sucesores para elaborar y coordinar aquellos instrumentos jurídicos de desarrollo del protocolo, entre ellos, el testamento del transmitente.

³¹⁷ La ley dispone expresamente que “A falta de acuerdo de los cónyuges” (art. 97 CC).

³¹⁸ A modo de ejemplo para evitar que los acuerdos afecten de manera negativa a la empresa familiar, GORTÁZAR LORENTE propone pactar que, para determinar el importe de la pensión que deberá recibir el otro cónyuge, se tengan en cuenta exclusivamente “el incremento patrimonial derivado de las rentas del trabajo u otros frutos y rentas, sin incluir en el cómputo las alteraciones patrimoniales de los bienes preexistentes ni de aquellos que han sido adquiridos a título gratuito” (GORTÁZAR LORENTE, op. cit., pg.6).

³¹⁹ Véase. STS de 22 de julio de 1997 que referido al art. 1271 del Código Civil dice: “Este precepto se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el art. 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante” (STS [Sala 1ª]. de 22 de julio de 1997).

³²⁰ Véase. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “La sucesión...”, pg.295.

No obstante, este estudio queda limitado a una primera transmisión, normalmente de padres a hijos y, en ocasiones, y si la familia no es muy extensa, también podría surtir efectos una segunda transmisión. Sin embargo, y como el objetivo de esta tipología de empresas es asegurar su continuidad en el seno familiar, con el paso del tiempo y a medida que la familia va creciendo (y se van creando diferentes núcleos parentales, aunque en todos ellos seguirá existiendo un lazo sanguíneo común), cada vez resulta más difícil mantener su unidad. Para asegurar la mejor sucesión del patrimonio empresarial, la solución óptima es transmitirlo al descendiente que se considere con mayores aptitudes y cualidades para darle continuidad, compensando al resto con otros activos del causante.

La figura del testamento tiene una gran incidencia sobre la empresa familiar. En primer lugar, porque ante la inexistencia de este documento, y como a continuación se expondrá, supondría poner en peligro una transmisión adecuada; y en segundo término, y para el caso de que el causante sí haya otorgado el debido testamento, de sus disposiciones dependerá el futuro de la entidad y que ésta no pierda el calificativo de familiar.

Por tanto, uno de los motivos por los que puedo afirmar que resulta imprescindible que los miembros que conforman la entidad otorguen testamento, es porque se evita la apertura de la sucesión *ab intestato*. En el caso de no disponer de este documento, bien porque el causante muere sin haberlo otorgado; o porque a pesar de sí haberlo elaborado, éste ha sido declarado nulo; o finalmente, porque tiene lugar alguna de las circunstancias previstas en el artículo 912 del Código Civil, automáticamente entran en juego las reglas establecidas para la sucesión legítima. Esta situación podría suponer un gran riesgo para la continuidad de la empresa familiar ya que plantea ciertos problemas, entre ellos los siguientes:

1) Ante la existencia de una línea descendiente del causante, que por ley es prioritaria, cabe la posibilidad de que los herederos legítimos, o alguno de ellos, no estén capacitados para gestionar la empresa. O también que acabe fragmentándose si éstos tuvieran distintos ideales, intereses o finalidades.

2) Además, en caso de que el cónyuge superviviente fuese participe en la empresa, los herederos del causante podrían constituir un porcentaje de participación que podría llegar a ser mayoritario. Afectaría a la toma de decisiones empresariales, llegando incluso a

poder variar los ideales establecidos por el fundador. Sobre esta idea, a modo de ejemplo, podría darse esta circunstancia: el fundador y su cónyuge poseen cada uno de ellos un 49 % de participación en la empresa familiar, y cada uno de sus dos hijos ostentan un 1 % de la entidad. Al fallecer intestadamente su fundador, la distribución de la propiedad de la sociedad seguiría siendo del 49 % del cónyuge supérstite, mientras que la de los hijos, y en este caso herederos, sería del 25,5 % cada uno, es decir, que entre ambos ostentarían un 51 %, y por tanto el control, pudiendo relegar cualquier decisión de su ascendiente.

3) En el caso de inexistencia de la línea descendiente, los herederos pasarían a ser aquellos que se encontrasen en la línea ascendiente del causante en primer lugar. A falta de ésta y de cónyuge supérstite, sucederán los parientes colaterales hasta cuarto grado, según las normas establecidas en el Código Civil (cfr. arts. 943 a 955 CC). Cuando se produce tal circunstancia, los nuevos llamados a heredar la entidad, por tener intereses distintos, suelen carecer de la suficiente motivación como para asegurar su continuidad.

No obstante, el otorgamiento del testamento no solo sirve como medio para evitar estas situaciones. También es una herramienta jurídica que puede muy útil para la empresa, ya que es el documento mediante el que se puede distribuir el caudal relicto en el que se incluye el patrimonio de la entidad familiar. De esta forma, el fallecimiento de alguno de sus socios no supondría su fin. Así pues, y para lograr este objetivo, será necesario utilizar una serie de instrumentos legalmente establecidos como son, por ejemplo, los legados o disposiciones relativas a la forma de pago de las legítimas, etc.

Es por todo lo expuesto que, por la composición y complejidad que *per se* envuelve a las empresas familiares, el contenido del testamento del empresario resulta de gran importancia. De ello podrá depender directamente el futuro y continuidad en manos de la familia de la sociedad en cuestión. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no existe un modelo único y específicamente adaptado a las necesidades de esta tipología de entidades. Para su elaboración, deberán tomarse en consideración diversos factores: el volumen y peculiaridades de la empresa, la composición y circunstancias familiares, las características específicas de los sucesores, etc.; es decir, los valores tanto personales como profesionales de cada uno de ellos. No basta con alcanzar un éxito en el traspaso, sino que la entidad debe persistir en el tiempo, manteniendo los valores y filosofía que su fundador instauró y que la caracteriza.

Por tanto, para poder cumplir con lo dispuesto en el protocolo familiar, y para el caso de que la entidad sea transmitida por causa de muerte, es necesario haber otorgado testamento. La finalidad es que el traspaso se produzca de la manera más beneficiosa posible, tanto para la propia empresa como para los miembros familiares que la componen. No obstante, la elaboración de dicho documento no es tarea fácil. Para que surta los efectos deseados, el testamento ha de estar diseñado de forma concreta. En la planificación de su contenido no solo deberá tomarse en cuenta la empresa familiar, sino que convendrá adaptarlo a la composición del patrimonio del empresario. Además, también estará compuesto por otros bienes pertenecientes al ámbito privado, y por tanto ajenos a la actividad empresarial.

Sobre su forma, es altamente recomendable optar por el testamento abierto. En primer lugar, por las garantías que ofrece en cuanto a conservación y eficacia; y en segundo término, al estar otorgado ante notario se asegura la capacidad y la libertad de consentimiento del testador. De esta forma se evita una posible nulidad del documento, así como que sus disposiciones estarán ajustadas a la legalidad³²¹.

1.3.2. LA CUESTIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

Uno de los obstáculos con los que suelen encontrarse las empresas familiares cuando son transmitidas *mortis causa*, es el sistema legitimario que rige en nuestro país. Tanto en aquellas comunidades en donde se aplica el Derecho común, como en aquellas en las que rige el Derecho foral, la legítima goza de una gran protección legislativa. Por esta razón este tema es de gran interés y relevancia. Alcanzar una ordenada sucesión a través del testamento evitaría una fragmentación de la entidad, consecuencia de la obligación establecida por ley frente a los herederos forzosos.

El Derecho civil establece que la legítima estará constituida por “las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre” (art. 808 CC). El problema muchas veces reside en que la mayoría del caudal relicto se compone de la empresa familiar, lo que imposibilitaría la transmisión de la empresa a un solo heredero sin que el resto de los descendientes se vieran afectados.

³²¹ Cfr. HUERTA TROLEZ, “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 3ª Época, octubre 2003, pg.56.

Para solventar este problema, es necesario que el testador haga uso de las prerrogativas que, sobre los tercios de mejora y de libre disposición, le otorga la legislación. De tal forma, se le faculta para instituir heredero a uno solo de sus hijos, garantizando así la concentración del poder ejecutivo empresarial en unas solas manos. Además, y respecto del tercio de libre disposición, el protocolo podrá contener una cláusula a través de la cual se impida atribuir a terceros ajenos a la familia, en forma de herencia o legado cualquier derecho relacionado con la empresa familiar, evitando que el control de la entidad pase a manos extrañas³²².

Gran parte de la doctrina sostiene que la naturaleza de la legítima es una *pars bonorum*³²³. Dicha conclusión se extrae de la mera lectura del Código Civil. En su artículo 806 se refiere a ella como “la porción de bienes” (art. 806 CC) para seguidamente, en el artículo 808 del mismo texto legal, disponer que la constituyen “las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre” (art. 808 CC). Esta misma tesis también es adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 6 de marzo de 2012³²⁴. En conclusión, *a priori*, la legítima debe ser satisfecha con los bienes relictos. No obstante, y de forma excepcional, podría ser considerada como una *pars valoris bonorum*, ya que permitiría que ésta fuese satisfecha en metálico (véase. art. 1056 CC).

Con todo, la doctrina se plantea si con la publicación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el nuevo artículo 841 del Código Civil habría modificado o no la naturaleza de la legítima. A mi entender no varía, puesto que como afirma VALLET, cuando dicho artículo emplea la palabra “adjudicar”, en cuanto a los bienes hereditarios se refiere, se trata de una operación particional realizada por el testador o el contador-partidor expresamente autorizado. Por tanto “no modifica la naturaleza de la legítima, como *pars bonorum*, y solo en virtud de acto particional impone su compensación en dinero”³²⁵.

³²² Cfr. BADENAS CARPIO, “Notas sobre el significado jurídico de protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, Ref. XXXII, T. 3, La Ley, 2001, pg.8 (La Ley 17228/2001).

³²³ Véase. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho sucesorio. Estudios dispersos sobre las legítimas*, vol. III, Montecorvo, Madrid, 1981, pgs.157 y ss.; LACRUZ BERDEJO, “Las legítimas en la Compilación”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, marzo-abril, 1968, pg. 515 y ss. Así pues, en este tipo de legítima el legitimario es considerado como un cotitular de los bienes del activo hereditario, una vez han sido descontadas ya todas las deudas y cargas (art. 818 CC), ya que se le atribuye una cuota de los bienes o una parte alícuota de la herencia.

³²⁴ FJ. 4 de la Resolución de 6 de marzo de 2012, de la DGRN (BOE núm. 109, de 7 de mayo).

³²⁵ VALLET DE GOYTISOLO, “Comentarios al Código Civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil. Sección octava. Pago por la porción hereditaria en casos especiales”, *vLex*, pg.5 (Id.vlex: VLEX-231307).

Con tales premisas, el legitimario debe ser considerado condómino, cotitular o copropietario de los bienes integrantes en la herencia³²⁶. Esto puede resultar ser un problema, sobre todo en aquellos casos en los que la mayoría o la totalidad del patrimonio familiar se concentra en la empresa. Inevitablemente, la entidad pasaría a estar en manos de más de una persona, y en consecuencia acabaría produciéndose su fragmentación.

Por tanto, una vez determinada la masa hereditaria, y siempre que el testador no hubiese concretado los bienes para el pago del derecho legitimario³²⁷, el momento de la partición es determinante para la sociedad familiar. Así, será entonces cuando se establezcan qué bienes serán los que satisfarán la legítima. Esta distribución de la herencia corresponderá, a excepción de que el testador hubiese encomendado a otro esta facultad, y por aplicación del artículo 1058 del Código Civil, a los herederos, quienes deberán liquidarla de la manera que tengan por conveniente con los bienes y derechos del caudal relicto. Hasta aquí, y para cuando existan más bienes a parte de la explotación familiar, es posible impedir la entrada de los legitimarios a la empresa. Sin embargo, esta libertad en el momento de organizar en qué consistirá el reparto queda limitada por los artículos 1061 y 1062 del mismo texto legal, de los que se extrae el necesario acuerdo de los legitimarios sobre la parte adjudicada.

1.3.3. EL IMPACTO DE LA LEY 7/2003, DE 1 DE ABRIL, DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA SOBRE LA ENTIDAD FAMILIAR

La entrada en vigor de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modificó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actualmente introducida en la Ley de Sociedades de Capital, supuso una importante mejora en cuanto a la transmisibilidad y subsistencia de la entidad familiar. Introdujo un nuevo redactado del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil que permite, en atención a la conservación de la empresa, planificar su transmisión

³²⁶ A tal efecto VALLET afirma que mientras la legítima no esté totalmente satisfecha, todos los bienes hereditarios están afectos a su pago, como resulta del art. 806, pues la ley reserva a favor de los legitimarios una cuota del patrimonio hereditario líquido (cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho sucesorio. Estudios dispersos sobre las legítimas*, vol. III..., pgs.157 y ss.)

³²⁷ La ley permite al causante satisfacer la legítima por cualquier título (art. 815 CC), y con cualquier bien, incluso anticipadamente a través de una donación.

por causa de muerte. De esta forma, el testador puede adjudicar a su voluntad toda su participación en la sociedad a aquellos miembros familiares que considere más idóneos, disponiendo que “se pague en metálico su legítima a los demás interesados” (art. 1056, 2º párr. CC), en un plazo máximo de 5 años a contar desde el fallecimiento del testador.

Considero que esta fórmula resulta muy beneficiosa para estas entidades, debido a que abre una vía para solucionar uno de los principales obstáculos con los que se encuentran cuando son transmitidas *mortis causa*. Este es la inexistencia de bienes suficientes en el momento de la partición para dar cumplimiento a la voluntad del testador, en cuanto a que la compañía sea transmitida en bloque a uno o varios miembros familiares, sin perjudicar los derechos de los demás. De esta forma, las personas beneficiarias por la sociedad familiar, tienen margen suficiente para satisfacer la parte correspondiente a los demás legitimarios. Gracias a ello, no hay necesidad de que se produzca una fragmentación de la entidad, o una dispersión del porcentaje de participación.

Con todo, cabe preguntarse si esta modificación, en la que el legislador otorga al testador la facultad de atribuir los bienes de la herencia, tiene alguna afectación sobre lo establecido respecto de la conmutación del usufructo sobre el tercio destinado a mejora. Contemplado en los artículos 839 y 840 ambos del Código Civil, permiten a los herederos y cónyuge, respectivamente, cambiar los derechos usufructuarios del cónyuge viudo por otros bienes.

Otro de los cambios que se produjeron con esta reforma es que donde antes se decía “explotación agrícola, industrial o fabril” pasó a decirse “explotación económica o bien a mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas” (art. 1056, 2º párr. CC). Considero que tal modificación es jurídicamente irrelevante, puesto que la doctrina siempre ha considerado tal término de una manera amplia y extensible a las demás explotaciones económicas³²⁸. Por tanto debe ser considerado únicamente como una actualización de términos. No obstante, sí cabe señalar que la indivisión a la que se refiere el artículo 1056 del Código Civil no debe ser entendida según lo dispuesto en el artículo

³²⁸ A tal efecto LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA han llegado a interpretar que se trata de un “un paquete mayoritario de acciones que de hecho implique el dominio de la empresa” (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones. I. Parte General. Sucesión Voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1971, pg. 282).

1062 del mismo articulado y por tanto como un bien indivisible³²⁹. La diferencia entre ambos preceptos estriba en su finalidad. Así, la modificación estuvo destinada a conservar el control de la entidad familiar.

Además, quiero hacer una breve referencia al sentido que tal variación da al artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil cuando dice textualmente “en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia” (art. 1056, 2º párr. CC), mientras en la anterior redacción se decía “que en interés de la familia quiera conservar indivisa...”. Así, en este caso, el único fundamento justificativo ex artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil, era el interés familiar que estaba íntimamente relacionado con el deseo de que se mantuviera indivisa la explotación económica. Por tanto, había una razón que estaba concatenada a un objetivo. Sin embargo, el nuevo artículo presenta una disyuntiva de fundamentos justificativos, pues junto con el interés de la familia, se encuentra también la conservación de la empresa. De este modo, en la actualidad existen dos posibles razones y un solo medio para conseguirlo: preservar indivisa la explotación³³⁰.

Con todo lo expuesto, cabe destacar la trascendencia que para la continuidad de las empresas familiares ha tenido la modificación del artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil. El presente ciñe su ámbito de aplicación en contraposición a la generalidad contemplada en los artículos 841 y siguientes del mismo texto legal. Así pues, en el nuevo redactado del artículo 1056 se establecen de forma concreta y determinada cuáles deben ser los fines pretendidos para su aplicación, además de especificar el presupuesto objetivo del mismo al hablar de explotación económica, sociedad de capital o grupo de éstas.

En cuanto al ámbito procesal, el párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil, a diferencia de lo establecido en los artículos 843 y 844 del mismo *corpus* legal, descarta la posibilidad de tener que acudir a los tribunales para obtener la aprobación judicial de la partición cuando existe disconformidad de algún hijo o descendiente. De forma expresa, se establece la posibilidad del pago en metálico con efectivo extrahereditario, con la posibilidad de un aplazamiento por un término máximo de cinco años a contar desde el fallecimiento del testador.

³²⁹ Tan solo a modo de ejemplo, las acciones o las participaciones de una sociedad son de fácil división.

³³⁰ Cfr. LLOPIS GINER, “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo art. 1056.2 del Código Civil”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Aranzadi, *Revista de Derecho patrimonial monografía*, núm. 11, Navarra, 2004, pg.68.

1.3.4. LA IMPORTANCIA DE LAS FIGURAS DEL ALBACEA Y CONTADOR-PARTIDOR EN LA EMPRESA FAMILIAR

Por último, debo hacer una breve referencia a las figuras del albacea y contador-partidor. Ambos adquieren una gran relevancia cuando se procede a la apertura del testamento, pues serán las personas encargadas de vigilar que se cumpla con lo ordenado allí. De igual forma, en su caso, cuando también deba procederse a la partición de la herencia o a seguir las pautas establecidas por el testador para ello. Ambos cargos pueden desarrollarse por personas distintas, aunque también es posible que converjan en una misma persona como dos cargos yuxtapuestos. Esta última opción es la más adecuada, pues de este modo disminuyen los riesgos de posibles desavenencias sobre la finalidad de los bienes.

Pese a que ambas figuras tienen encomendadas funciones distintas, las dos pueden tener un papel fundamental para la continuidad de la empresa familiar. De su interpretación, de la diligencia en la toma de sus decisiones y de los encargos que tienen encomendados, dependerá que el futuro de la entidad siga en manos de la familia. Tanto es así, que el Código Civil faculta al albacea para “tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes” (art. 902. 4º CC), y que pese a estar limitado su ámbito de actuación a estos dos campos, sí es posible que el testador lo amplíe atribuyéndole la administración del caudal relicto con la finalidad de que, con los efectos y consecuencias que todo fallecimiento comporta, no puedan afectar al funcionamiento y desarrollo de la entidad. En cuanto al contador-partidor, cabe remarcar que aunque el testador haya realizado la partición total de la herencia, no tiene por qué desaparecer necesariamente su papel. La razón es que probablemente desde que la realizó hasta el momento de la apertura de la sucesión, la composición de su patrimonio haya cambiado y por tanto deberá ejercitar su cometido.

2. ESPECÍFICAS FIGURAS JURÍDICAS *MORTIS CAUSA* EN EL PROTOCOLO FAMILIAR

2.1. EL USUFRUCTO UNIVERSAL A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO

2.1.1. PRELIMINARES

El usufructo es una figura jurídica a través de la que se da derecho a una persona a disfrutar de ciertos bienes ajenos. En la práctica sucesoria, es común que se utilice para proteger al cónyuge que ha sobrevivido al causante. Es considerado como uno de los derechos viuales más perfectos y consolidados.

En la legislación civil, esta institución se articula como aquel derecho que, por ministerio de la ley, o por disposición libre de la voluntad, tiene el cónyuge superviviente sobre todo o parte del patrimonio relicto del causante. Como único requisito, nuestro Código solo exige que no estuviere separado judicialmente o de hecho. Por tanto, solo el esposo superviviente del matrimonio vigente, válido y eficaz, tiene un derecho usufructuario en la herencia del premuerto³³¹. Algunos autores han llegado incluso a afirmar que el cónyuge viudo debe ser considerado como un heredero *ex lege*³³².

Sin embargo, en este apartado me centraré en el usufructo viual universal, expresamente regulado en algunas Comunidades Autónomas con Derecho foral propio. Entre ellas se encuentran: Aragón, Navarra, Cataluña, Galicia y las Islas Baleares de Mallorca y Menorca³³³. Del mismo modo, en el Derecho comparado también se muestra su

³³¹ No tienen este derecho el cónyuge divorciado, ni cuando el matrimonio ha sido declarado nulo, aunque cabe decir que, con respecto a los hijos que hubiere dicha nulidad no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe (véase. art. 79.1 CC)

³³² Cfr. IGLESIA PRADOS, *Análisis de la sucesión intestada*, Monografías 770, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pg.221.

³³³ En Aragón y Navarra, la reconocen tanto en la sucesión testada como intestada (véase. Usufructo legal de fidelidad en el art. 253 CDCN; Usufructo viual en el art. 283LCA); en Cataluña se contempla solo para la legal y si el cónyuge viudo o la pareja de hecho superviviente concurre en la sucesión con hijos o descendientes del causante (véase. art. 442-3 CCCat); y, en Galicia y las Islas Baleares de Mallorca y Menorca se atribuye a modo de legítima (véase. art. 253LDCG; art. 45 y 65 CDCIB).

importancia³³⁴.

En el ámbito de la sucesión intestada, nuestra legislación no reconoce ningún derecho de usufructo universal a favor del cónyuge. A tal efecto, algunos autores recomiendan una reforma del Código Civil, que lo regulase para establecerlo como optativo para el esposo superviviente y los herederos³³⁵. Me adhiero a esta doctrina pues considero que, pese a no existir testamento, y aunque la ley lo que pretende es conservar el patrimonio dentro de la línea consanguínea del causante, el cónyuge sobreviviente ha sido una pieza clave en la composición del patrimonio. Directa o indirectamente su apoyo y ayuda fue fundamental para su obtención.

En cambio, cuando se produce una sucesión testamentaria, el Código Civil sí reconoce el usufructo como un derecho del cónyuge viudo, aunque siempre será sobre una parte de la herencia. Cuando este usufructo se transforma en universal, en ningún caso podrá ser considerado como legítima del esposo. Es más, incluso hasta podría verse obstaculizado por el principio contenido en el artículo 813.2 del mismo *corpus* legal. Por ello el testador no puede imponer sobre las legítimas ningún gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie. Sin embargo, está expresamente reconocida la excepción del usufructo del viudo. También, los legitimarios tienen la facultad de no aceptar ninguna carga, alegando una vulneración contra sus legítimas.

El usufructo a favor del cónyuge viudo, variará en función de las personas con que éste concurra a la herencia. Así pues, si existen hijos o descendientes del causante, tendrá derecho sobre el tercio destinado a mejora (cfr. art. 834 CC), mientras que si únicamente constan ascendientes lo será sobre la mitad de la herencia (cfr. art. 837 CC); y si tan solo está el cónyuge sobreviviente es sobre los dos tercios de la ésta (cfr. art. 839 CC). No

³³⁴ El Código Civil Belga, tras la reforma del año 1981, ordenó el usufructo universal a favor del cónyuge viudo cuando concurre con descendientes en la sucesión intestada además, con la publicación de la Ley de 29 de marzo de 2007, mejoró esta situación atribuyéndole el usufructo de la vivienda común con independencia de las personas con las que concurra a la sucesión, aunque con la obligación de crianza de los hijos del premuerto establecida en el art. 203.1. Del mismo modo en Francia, tras la reforma de 2001 se concede al cónyuge viudo, siempre que existan hijos o descendientes comunes, que pueda optar por el usufructo de la totalidad de los bienes existentes o por la propiedad de la cuarta parte de los mismos (cfr. art. 757 CCF, añadido por la Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001).

³³⁵ Cfr. ROMERO COLOMA, “Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica”, en *Diario La Ley*, núm. 7840, Sección Doctrina, 18 abril 2012, Año XXXIII, (La Ley 3295/2012), pg.1.

obstante, en la práctica suele ocurrir que la mayoría de testadores no desean dejar a su esposo un usufructo limitado, sino universal.

Ante la inexistencia de herederos forzosos, cumplir con esta voluntad del causante puede llevarse a cabo sin complicaciones. Para ello, se deberá atender a lo dispuesto en el artículo 838 del Código Civil, que establece la obligatoriedad de atribuir al cónyuge superviviente los dos tercios de la herencia en usufructo. Puede así disponer libremente de la nuda propiedad, así como del pleno dominio del tercio restante. Por tanto, la ley permite que cada esposo, mediante testamento, adjudique toda la herencia a favor de su consorte, ya sea en propiedad o en usufructo.

Ahora bien, cierta parte de la doctrina expresa dudas cuando el cónyuge coexiste con otros herederos forzosos³³⁶. Es una práctica generalizada que en los testamentos se incorpore el usufructo universal a favor del cónyuge viudo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten sin problemas la licitud de esta figura jurídica, pese a carecer de una regulación legal expresa. Sin embargo, gravar parte de legítima en ocasiones puede ser motivo de conflictos. En estos casos, la incorporación de la denominada cautela *socini* jugará un papel muy importante, aunque esta cuestión será objeto de un detenido análisis posteriormente.

El carácter que tiene el usufructo universal, aunque recaiga sobre todo el patrimonio, es de legado de cosa específica, un llamamiento a título singular. De este modo el cónyuge usufructuario será legatario y sucederá a título singular³³⁷.

³³⁶ Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, “Posibilidad en el Derecho Común de atribuir testamentariamente al cónyuge viudo el usufructo universal de los bienes del causante”, en *Diario La Ley*, T. 2, 1985, (La Ley 22731/2001), pg.1.

³³⁷ Cfr. HUERTA TROLEZ, loc. cit., pg.59.

2.1.2. REPERCUSIÓN DEL USUFRUCTO UNIVERSAL A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR

Uno de los principales objetivos que persiguen las entidades familiares es que la propiedad se mantenga en manos de la familia. De esta forma, se sortean con éxito los distintos cambios generacionales que se producen con el paso del tiempo.

Ya se ha expuesto que lo que pretende la legislación es dar la mayor protección posible al patrimonio familiar, de forma que no salga de la línea sanguínea de la que procede. Sin embargo, esta pretensión puede entrar en contradicción con la voluntad del testador. Por lo general, será que tras la unión que implica el matrimonio y la relación conyugal, quiera que su consorte continúe en la misma posición que disfrutaba cuando el causante vivía. Es en este momento cuando la figura del cónyuge viudo toma especial relevancia.

La fórmula jurídica más utilizada en los testamentos para cumplir con la voluntad del testador, es la del usufructo universal a favor del cónyuge. La finalidad primordial de esta institución no radica en lograr la continuidad de la empresa. Responde al deseo de los cónyuges de que, el fallecimiento de uno de ellos, no comporte alteraciones económicas ni patrimoniales al otro. Aun así, y aunque de manera secundaria, es también útil como instrumento para alcanzar el objetivo principal de las entidades familiares. Con ello se logra que el patrimonio familiar permanezca en manos de los familiares de la línea consanguínea del disponente, aunque su plena propiedad quede aplazada a un momento ulterior.

Cabe resaltar que este hecho en ningún caso tendrá la consideración de penalización respecto de los herederos, puesto que van a seguir manteniendo sus derechos sobre la herencia³³⁸. Por tanto, a mi juicio, esta institución no solo es una herramienta que protege la posición del cónyuge, sino que tampoco perjudica a los herederos. Desde un principio

³³⁸ Según el Código Civil la legítima de los hijos y descendientes la constituyen las dos terceras partes de haber hereditario del padre y de la madre. No obstante, éstos podrán disponer de una parte de las dos que componen la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes (cfr. art. 808 CC).

asegura la propiedad de los bienes del patrimonio familiar adjudicados, entre ellos, la empresa.

Esta posibilidad de establecer un usufructo universal sobre la herencia, permite al testador satisfacer las legítimas expectativas, tanto del cónyuge como de sus descendientes, respecto del patrimonio relicto, incluido el empresarial. Así pues, si existe un testamento en el que el premuerto, propietario de una entidad familiar, ha incluido un usufructo universal a favor de su cónyuge, éste no tendrá por objeto la empresa en sí misma. Lo será sobre el uso y disfrute de las acciones o participaciones que ostentaba el causante hasta el momento de su fallecimiento, y sobre los herederos recaerá la nuda propiedad de las éstas.

Con todo, resulta muy conveniente combinar las disposiciones testamentarias con una modificación estatutaria³³⁹. Los estatutos sociales juegan un papel muy importante porque, aunque el usufructo en un principio no incidirá en la gestión empresarial, puede que exista una cláusula en la que se atribuya al usufructuario el derecho de voto. Es en este momento cuando, de manera indirecta, puede influir en la gestión y desarrollo de la sociedad. Pero considero que esto sería muy perjudicial para la continuidad de la entidad familiar. En la mayoría de casos, suele ocurrir que el cónyuge no tiene la suficiente experiencia directiva o desconoce el sector en torno al que gira el negocio, con lo que sus decisiones pueden conducir al fracaso.

Para evitar que se produzca esta situación propongo que, por vía estatutaria, se limite el derecho usufructuario a la mera atribución del porcentaje correspondiente a los beneficios de la empresa³⁴⁰. De igual modo, que la actividad empresarial se desarrolle a través de los cauces previstos por la estructura societaria³⁴¹. Además, para que esta disposición tenga los efectos deseados, es conveniente completarla con un acuerdo entre

³³⁹ Para un mayor desarrollo de esta idea véase. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “La muerte del socio en la sociedad familiar de responsabilidad limitada”, en GARRIDO DE PALMA, *Estudios sobre la sociedad anónima*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, pgs.481-547.

³⁴⁰ Véase. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “El condominio y el usufructo sobre participaciones sociales. Un comentario de los artículos 35 y 36 de la ley de sociedades limitadas”, en AAVV. *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 4, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pgs.3389-3462.

³⁴¹ Seguramente la actividad empresarial en estos casos caerá sobre los hijos o descendientes. Otras fórmulas que proponen algunos autores, aunque suponen una conversión o conmutación del usufructo, es la renta vitalicia (cfr. GARRIDO DE PALMA, “El usufructo de la herencia y el cónyuge viudo”, *El Notario del siglo XXI, Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 14, 2007 [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1077&seccion_ver=0]).

socios, ya sea estatutario o privado, en el que se fije la política de dividendos de la entidad. De este modo se evitará que los nudos propietarios, que en principio tienen el derecho de voto, puedan acordar que nunca se reparta el dividendo, acto que dejaría sin contenido el derecho del cónyuge viudo.

2.1.3. EL ARTÍCULO 813 DEL CÓDIGO CIVIL

Es innegable que la legítima resulta intangible, con excepción de las causas de desheredación contempladas en nuestro Código Civil (véase. arts.852 a 855 CC). Sin embargo, este hecho no condiciona a que el testador pueda disponer el usufructo universal de todos los bienes hereditarios a favor de su cónyuge.

Existe doctrina que afirma que este usufructo grava la legítima, y por tanto estaría afectado por la prohibición contenida en el párrafo segundo del artículo 813 del Código Civil³⁴². Ciertamente es que la porción de bienes sobre los que el testador no podrá disponer variará según los herederos forzosos que concurran en la herencia (véase. arts. 808 a 810 CC). Sin embargo, para poder tratar este tema, es necesario analizar qué es lo que se debe entender por legítima en estos casos. Como el objeto de estudio del presente trabajo se centra en la empresa familiar, voy a ceñirme exclusivamente a la legítima de los hijos o descendientes, por ser éste el supuesto que puede producir conflictos sobre la continuidad de la entidad.

La legislación dispone que la legítima está compuesta por las “dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre” (art. 808 CC). Una parte de las dos que la conforman podrá ser aplicada como mejora a sus hijos o descendientes. Ahora bien, cabe plantearse si la constitución del usufructo universal viudal repercutiría también a la legítima estricta, o tan solo quedaría afectado el tercio de mejora.

Ciertos autores, sostienen que no podrá imponerse ninguna carga sobre la legítima larga que les corresponde a los hijos o descendientes³⁴³. Otros, en cambio, la entienden

³⁴² FUENMAYOR CHAMPÍN, “Intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 1, núm. 1, 1948, pg.46.

³⁴³ Por legítima larga debe entenderse las dos terceras partes de la herencia (BORRACHERO FERNÁNDEZ, “Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, T. 39, Madrid, 1995, pgs.355-356).

como una cuota del valor de los bienes de la herencia, y por tanto, como el usufructo y la nuda propiedad son bienes perfectamente valorables, se pueden pagar las legítimas de los herederos forzosos con adjudicaciones en nuda propiedad por el valor de las dos terceras partes, con lo que no debería existir conflicto³⁴⁴.

Por el contrario, a mi juicio, entiendo que la prohibición contenida en el artículo 813 del Código Civil no es absoluta, existiendo mecanismos legales que permiten al testador imponer gravámenes. Por una parte, la ley establece como un derecho inherente al cónyuge viudo el usufructo sobre el tercio de mejora; y por otra parte, existe la posibilidad de que sea decisión de los herederos forzosos el consentir o no que se imponga una carga sobre su legítima. De no aceptarse, debería atenderse a lo dispuesto en el artículo 820.3º de mismo *corpus legal*³⁴⁵.

Según opino, la consecuencia de que los legitimarios acepten el usufructo universal del cónyuge viudo, es un uso y disfrute aplazado de lo que por ley les corresponde. Por tanto, no afecta a la nuda propiedad como defienden algunos autores³⁴⁶. Además, esta facultad de decisión que recae sobre el legitimario, demuestra la factibilidad de imponer gravámenes sobre la legítima, mecanismo que es muy utilizado en la práctica.

Cuando el patrimonio relicto se compone mayoritariamente de la empresa familiar, uno de los principales inconvenientes de otorgar un usufructo universal viudal, consiste en que de reclamar todos los hijos su legítima libre de cargas, puede ocasionar una descapitalización de la empresa. El cónyuge viudo solo dispondría, para la continuación de la entidad, del tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora³⁴⁷. Ante esta situación, una posible vía de solución sería la contemplada en el artículo 839 del Código

³⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, “El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 272, Madrid, 1936, pg. 160-161. Sobre esta misma idea GÓMEZ MORÁN lo visiona desde la perspectiva de la intangibilidad tanto cualitativa como cuantitativa, y sostiene que si el conflicto se produce sobre el aspecto cualitativo el usufructo sería vinculante para los legitimarios. No ocurre lo mismo si atacara a los dos aspectos de la intangibilidad de la legítima (cfr. GÓMEZ MORÁN, “El usufructo viudal en el Código Civil”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, enero-marzo, 1949, pg.313).

³⁴⁵ Semejante parece tiene GARRIDO DE PALMA, quién considera que si algún legitimario reclama su legítima sin gravamen, se le deberá hacer efectiva pero solo y exclusivamente podrá recibir la estricta, acaeciendo la mejora a los demás legitimarios que han respetado el usufructo dispuesto en testamento (cfr. GARRIDO DE PALMA, “El usufructo...”, pgs.1-2).

³⁴⁶ ROMERO COLOMA considera que “la nuda propiedad es un derecho de propiedad mutilado de las facultades inmediatas de uso y disfrute, de modo que una adjudicación en nuda propiedad es una adjudicación aplazada, en cuanto a su efectividad práctica, hasta que se extinga el usufructo que la grava” (ROMERO COLOMA, loc. cit., pg. 7).

³⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ APARICIO y AGUSTÍN TORRES, loc. cit., pg.91.

Civil, y que los legitimarios pactaran con el cónyuge -aunque también podría ser a través de mandato judicial- que su parte del usufructo fuera satisfecho asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo³⁴⁸. De esta forma, los legitimarios podrían incorporarse a la entidad familiar y el cónyuge quedaría económicamente satisfecho.

Por último, uno de los motivos que más preocupan a los herederos en el momento de aceptar el usufructo del esposo superviviente, es la posibilidad de que éste puede contraer ulterior matrimonio. Esto puede afectar a la unidad y funcionamiento de la empresa familiar. Pues bien, hay que destacar que el usufructo universal, a diferencia de lo que sucede con el viudal legal, puede atribuirse bajo condición. El Código Civil dispone expresamente que “las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición” (art. 790 CC). Así pues, para poder prevenir cualquier intromisión de un tercero extraño, que tras el fallecimiento del causante pueda incorporarse a la familia por haber contraído matrimonio con el usufructuario, es conveniente que el otorgante haga uso de la facultad contenida el artículo 793 del Código Civil, e imponga a su cónyuge viudo la condición absoluta de no contraer posterior matrimonio. Si bien, entiendo que para evitar tal situación bastaría con que en el testamento se añadiera el calificativo de “viudal” al usufructo universal. De esta forma, se da por entendido que el cónyuge podrá seguir disfrutando del usufructo mientras no varíe su estado civil.

2.1.4. LA CAUTELA *SOCINI*

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no contempla de forma expresa la figura del usufructo universal, el testador, con la finalidad de que los legitimarios respeten su voluntad sobre la herencia, puede servirse de la llamada “cautela *socini*”. También se

³⁴⁸ El art. 839 del Código Civil suele ser objeto de una interpretación restrictiva en cuanto a la posibilidad de pagar la cuota usufructuaria del viudo con bienes ajenos al caudal hereditario, lo que carece de justificación dada la *ratio* del precepto. (Véase. VALLET DE GOYTISOLO, “Comentarios al Código Civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil. Sección séptima. Derechos del cónyuge viudo”, *vLex* [Id.vlex: VLEX-231304]).

conoce como cláusula *Socini* o *Gualdense*³⁴⁹. La licitud de esta cláusula es admitida sin problemas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia³⁵⁰.

Es un tipo de cautela de opción compensatoria que se articula de tal forma que, a los herederos forzosos se les adjudicará una mayor parte de lo que por legítima estricta les correspondería, siempre y cuando acepten ciertas cargas respecto de los bienes hereditarios. De no respetarse estos gravámenes, el legitimario solo podrá conservar su legítima estricta. Perdería así aquellos otros bienes o derechos adjudicados por encima de la misma, haciendo acrecer su parte a la de los demás, los considerados como no rebeldes.

Los efectos de esta cautela, no pueden ser considerados como un acto de desheredación parcial frente a una de actitud de rechazo del gravamen impuesto. La desheredación consiste en privar a un heredero forzoso de la totalidad de sus derechos sucesorios. En cambio, esta cláusula lo que establece es la opción de poder recibir la legítima estricta y sin gravamen, o bien una cuota mayor pero gravada por el usufructo universal viudal.

Los defensores de la intangibilidad cualitativa de la legítima, entienden que esta cláusula es un artificio en fraude de ley³⁵¹. Aun así, la mayoría de autores abogan por su validez y utilidad. Su postura se basa en que no se coacciona la libre decisión de los legitimarios, ya que disponen de la facultad de poder elegir si quedarse con la propiedad de la legítima estricta³⁵²; o por el contrario, aceptar los gravámenes impuestos y quedarse, además de la plena propiedad de la legítima estricta, de lo que les correspondería en el tercio de mejora y, en su caso, en el tercio de libre disposición, una vez fallecido el cónyuge usufructuario. Comparto esta última tesis, entendiendo que encuentra su apoyo en

³⁴⁹ Se le denomina también cláusula *Gualdense* por apoyarse en un dictamen emitido por el jurista italiano del siglo XVI Mariano Socini *Gualdense* (FJ. 3º de la STS (Sala 1ª). de 27 de mayo de 2010).

³⁵⁰ Véase. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones II*, Bosch, Barcelona, 1991, pg.111; CARCABA FERNÁNDEZ, loc. cit., pg.2; FJ. 2º de la STS (Sala 1ª). de 10 de julio de 2003.

³⁵¹ Entre otros, IGLESIAS LÓPEZ DE VÍVIGO estima que se trata de una condición ilícita contraria a la ley, y que debería tenerse por no puesta por lo dispuesto en el art. 792 del Código Civil (cfr. IGLESIAS LÓPEZ DE VÍVIGO, “Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, septiembre, 1950, pg.248). GÓMEZ MORÁN sostiene que no solo reduce los derechos sucesorios de los legitimarios sino que, además, cambia y adultera la naturaleza de legítima, institución expresamente delimitada y regulada por ley (cfr. GÓMEZ MORÁN, “El usufructo viudal en el Código Civil”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, enero-marzo, 1949, pg.313). Ante esta última postura me encuentro totalmente disconforme ya que entiendo que no favorecer a un heredero en mayor medida que la establecida por ley no le perjudica, puesto que lo que se hace es no atribuirle aquello a lo que no tenía derecho desde un principio.

³⁵² Véase. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, op. cit., pg.478.

lo dispuesto en el artículo 820.3º del Código Civil, y que además su contenido ha estado plenamente confirmado por nuestra jurisprudencia³⁵³.

Por consiguiente, los derechos del cónyuge sobreviviente, quedarán supeditados a la manifestación de los herederos forzosos sobre si aceptan o no la herencia adjudicada. De no hacerse, la ley atribuye al viudo la facultad de instar judicialmente una determinación de la voluntad de los legitimarios. Se entiende que si transcurren treinta días sin que decidan nada, implicará una aceptación tácita de la herencia y por consiguiente del gravamen de usufructo (cfr. art. 1055 CC).

En cuanto al poder de elección de los legitimarios, me planteo si este derecho de opción debe ser ejercicio conjuntamente por todos los legitimarios o, por el contrario, puede llevarse a cabo individualmente por cada uno de ellos. La doctrina se inclina por esta última opción, la cual comparto, pues considero que es un derecho inherente a la persona y que no puede quedar supeditado a la decisión del resto. En consecuencia, si unos deciden respetar la voluntad del causante y otros no, la extensión del usufructo variará. Así, tendrá como límite mínimo lo que legislativamente se establece como usufructo viudal, al que deberá añadirse la parte del tercio de libre disposición de los rebeldes.

De no ser aceptado por ninguno de los legitimarios, entra la duda sobre qué ocurrirá con el tercio de mejora, pues no es posible acrecer a ninguno de ellos; y no atribuirlo a los hijos o descendientes sería contrario a los artículos 808, 813 y 824 del Código Civil. A mi juicio, en estos casos, entiendo que se atribuirá al cónyuge el tercio de libre disposición además de la cuota legal usufructuaria que la ley le reconoce. De darse esta situación, podría resultar muy perjudicial para la empresa familiar. Lo más probable es que el cónyuge no disponga de suficientes bienes para hacer frente a las legítimas, y se produzca la división de la entidad.

Por último, quiero referirme a la calificación sancionadora que algunos autores atribuyen a la cautela *socini*. Ciertamente es que del tenor literal de la cláusula, puede llegar a concluirse su carácter sancionador. Se ha llegado incluso a afirmar que dicha cautela obliga a los legitimarios, aunque de forma indirecta, de modo que aquél que no acepta la voluntad

³⁵³ Véase. STS (Sala 1ª). de 10 de julio de 2003; STS (Sala 1ª). de 3 de diciembre de 2001; STS (Sala 1ª). de 30 de enero de 1995.

del testador queda sancionado³⁵⁴. A mi juicio, entiendo que en realidad no hay una auténtica sanción. Se trata solo de una opción que se le da al legitimario para cambiar unos derechos futuros por unos actuales con cargas. Además, tampoco se le priva de nada que hubiese sido suyo antes de heredar, ni que debiera corresponderle después.

En definitiva, lo que la cautela *socini* pretende, es evitar que la actitud rebelde de un legitimario pueda ir en contra de la voluntad del testador, que quiere que su cónyuge disfrute de la totalidad del patrimonio del premuerto. En mi opinión, dicha voluntad debe prevalecer y debe ser respetada por todos³⁵⁵. Además, este mecanismo es el más adecuado para lograr tal fin sin perjudicar el patrimonio familiar que, en un futuro, acabará en manos de los descendientes.

2.2. LA FIDUCIA SUCESORIA

Es posible escoger a la persona más idónea para conservar la indivisión de la empresa y fomentar así su continuidad, no solo de una forma directa a través del testador, sino por su cónyuge viudo. Esto se produce gracias a la figura de la fiducia sucesoria contemplada en el artículo 831 del Código Civil.

Para alcanzar la finalidad conservatoria de las empresas familiares, el causante puede a través de testamento legar la empresa a uno de sus herederos o bien hacer uso de la facultad de partir del artículo 1056.2 del Código Civil. No obstante, en ocasiones, el heredero designado como beneficiario de la entidad familiar puede que, en el momento en que resulta efectiva la sucesión, no reúna los requisitos de aptitud necesarios para llevar las riendas de la empresa³⁵⁶. De este modo, tales formas de designación pueden resultar no efectivas.

³⁵⁴ Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La cuota viudal y su regla fija”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, octubre-noviembre, 1946, pgs.470-472.

³⁵⁵ CUADRADO IGLESIAS apoyándose en el art. 675 del Código Civil también sostiene que la voluntad del testador debe imperar, ya que es la ley suprema siempre que no vulnere preceptos imperativos. En concreto dice: “Todas estas razones justifican sobradamente que en labor hermenéutica de disposiciones testamentarias, tengamos que buscar exclusivamente la verdadera voluntad del testador” (CUADRADO IGLESIAS, “Configuración jurídica del llamado pseudo-usufructo testamentario”, *Revista de Derecho Privado*, T. 55, Madrid, 1971, pg.1069).

³⁵⁶ Entre el momento en el que se otorgó testamento y la apertura de la sucesión, lo normal es que haya transcurrido bastante tiempo, por lo que las circunstancias objetivas y subjetivas que motivaron al causante a la determinación del heredero beneficiario por la empresa familiar pueden haber cambiado.

El artículo 831 del Código Civil permite unificar, por un lado, el interés del empresario³⁵⁷; y por otro el interés de la empresa así como el de la sociedad en general, atemperando estos intereses de conformidad con el artículo 3 del Código Civil³⁵⁸, al momento de la efectividad de la sucesión³⁵⁹.

Este precepto, a pesar de que se presenta como una excepción a la prohibición de pactos sucesorios y a la delegación de la facultad de mejorar (cfr. art. 830 CC), se analizará desde la perspectiva de la posibilidad de distribuir, mejorando, y como excepción a los artículos 670 y 1057.1 del Código Civil.

2.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La primera vez que en la literatura jurídica española se habla en concreto de la figura de la fiducia sucesoria, es en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944. En su fundamento jurídico tercero dispone: “Considerando que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones, según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o personas de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusulas de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas *sub modo*, fideicomisos, donaciones, *mortis causa* con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la

³⁵⁷ Este interés del empresario es manifestado a través de las manifestaciones dispuestas en su testamento,

³⁵⁸ “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3 CC).

³⁵⁹ Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO, op. cit., pg.291.

ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándose de esta obligación (albaceazgo de confianza)³⁶⁰.

En la primera edición del Código Civil, el texto del artículo 831 disponía lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado”. En la práctica, este artículo apenas se utilizaba. La doctrina consideraba que el motivo principal de tal desuso fue que tan solo se podía utilizar en capítulos matrimoniales que además, hasta la reforma de 1975, habían de otorgarse obligatoriamente antes del matrimonio. Sin embargo, tras dicha reforma, que permitía modificar las capitulaciones durante el matrimonio, tampoco cambió la situación³⁶¹.

Con la reforma de 1981 el redactado del artículo quedaba del siguiente modo:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes”.

Con esta nueva modificación se introduce el testamento como medio de articulación de esta figura jurídica, aunque no consiguió impulsar su práctica, pues se entendió que seguía habiendo lagunas en la regulación. Además, tampoco existía

³⁶⁰ STS (Sala 1ª). de 30 de octubre 1944.

³⁶¹ Es de advertir la analogía sustancial con la definición de trust del Convenio sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento: “El término «*trust*» se refiere a las relaciones jurídicas creadas –por actos *inter vivos* o *mortis causa*– por una persona, el constituyente mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado” (Convenio de la Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su Reconocimiento [<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt30es.pdf>]). Véase. CERDÁ GIMENO, “De la fiducia sucesoria en la empresa familiar”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 61, 2007, pg.98.

jurisprudencia en Derecho común sobre ello. Sobre esta cuestión, VALLET afirmó que se trataba de una disposición anómala y extraña introducida en el Código Civil. Destaca que este artículo está formulado como excepción del artículo 830, y excluye su supuesto de las prohibiciones consignadas en los artículos 670 y 830 del mismo *corpus legal*³⁶².

2.2.2. EL TEXTO ACTUAL DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Con la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la ubicación de la norma se sigue manteniendo dentro del apartado destinado a la mejora. Parece lógico dado lo puntual de la reforma de esta ley, y porque se trata de una parte muy importante de su objeto.

Para que la fiducia pueda ejercitarse es preciso que se den los siguientes tres presupuestos:

1) Que exista matrimonio. Ello implica que éste sea válido y que los cónyuges no se hayan divorciado³⁶³ ni separado en el momento del fallecimiento del causante. En este último caso es posible que los esposos durante la vigencia de su matrimonio hayan podido cesar su convivencia de forma legal, por lo que la facultad de mejorar quedaría extinguida. Sin embargo, entiendo recobra vigencia en caso de reconciliación. Igualmente, el Código Civil también admite aquellos casos de personas no casadas pero con hijos en común.

2) Que el cónyuge superviviente no haya contraído nuevo matrimonio o relación de hecho análoga o tenga un hijo no común. En estos casos el Código Civil siempre presume, y me parece totalmente lógico, que las nuevas nupcias suponen una circunstancia que implica *per se* la pérdida de confianza de esa persona por parte del causante; a mi juicio, resulta imprescindible para el ejercicio de este tipo de facultades familiares. Además, en cuanto a que el cónyuge tenga un hijo no común, la terminología que el Código utiliza (dice: “tenido algún hijo” y no “tenga un hijo”), permite apreciar la circunstancia de que el hijo del viudo nazca con posterioridad a su fallecimiento o con anterioridad pero sea

³⁶² VALLET DE GOYTISOLO, “Comentarios al Código Civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil. Sección sexta. De las mejoras”, *vLex* (Id.vlex: VLEX-231295), pgs.2-3.

³⁶³ Puesto que los cónyuges dejan de serlo.

desconocido por éste. En este último caso, y al ser de difícil prueba el conocimiento o no que el causante tenga sobre este hecho, es aconsejable citarlo en el testamento donde se vayan a conceder las facultades.

3) Que sobrevivan hijos comunes. Se trata de un presupuesto evidente, puesto que las funciones delegadas se refieren directamente a ellos. El hecho de que el cónyuge superviviente tenga hijos de un matrimonio anterior, no impediría el ejercicio de la facultad que le ha sido otorgada. Aquéllos están excluidos de toda clase y reparto. Sin embargo, si fuese el causante el que tuviera hijos de un matrimonio anterior, en realidad tampoco invalidaría la delegación, aunque surgiría el riesgo de que el cónyuge mejorara a los hijos comunes en perjuicio de los demás, por lo que ya no gozaría de toda la confianza.

Con todo lo expuesto, considero que a pesar de que actúen dos voluntades distintas (la del comitente y la del fiduciario), el negocio jurídico sucesorio es uno. A mi juicio, no existe una voluntad principal³⁶⁴ y otra subsidiaria³⁶⁵, sino dos voluntades principales que se suceden al mismo tiempo y que conforman entre ambas una sola, con un único objetivo; en nuestro caso, el mantenimiento y continuidad de la empresa familiar³⁶⁶. Además, el cónyuge viudo puede ejercitar su facultad de dos modos distintos: en testamento, en cuyo caso podrá modificar su decisión en sucesivos testamentos; o *inter vivos*, en un solo acto o en sucesivos actos de mejora con asignaciones parciales. Asimismo, nunca podrán ser consideradas como donaciones. Aun así, una vez efectuada la elección sobre a quién se va a mejorar, sus efectos se retrotraen a la fecha del fallecimiento del causante, de conformidad con los artículos 657, 661 y 758.1 del Código Civil.

Asimismo se conserva el carácter excepcional al principio general de que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro al conservar la frase inicial de “No obstante, lo establecido en el artículo anterior...” (art. 831 CC). Entiendo que dadas las amplias facultades de delegación que dicho artículo otorga, y la gran apertura que, para adaptarse a la nueva realidad social y jurídica de las parejas estables³⁶⁷, ofrece desde un punto de vista subjetivo, hubiese sido aconsejable convertir el artículo 831 del Código

³⁶⁴ La del causante.

³⁶⁵ La del fiduciario.

³⁶⁶ Véase. CERDÁ GIMENO, loc. cit., pg.100.

³⁶⁷ “las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí” (art. 831.6 CC).

Civil como la regla general positiva; y en cambio, el artículo 830 como la excepción negativa para las demás formas de delegación de la facultad de mejorar.

Además, es posible afirmar que con la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil, y en cuanto a la delegación de facultades de mejora y distribución de la herencia, se pueden diferenciar dos partes: la primera, destinada a los cónyuges con hijos comunes; y la segunda, referente a los progenitores, no casados, con hijos comunes.

Sobre los cónyuges con hijos comunes, la reforma lo que ha intentado es perfeccionar la redacción de 1981. Así, entre las novedades más destacadas se encuentran las siguientes aportaciones:

1) La supresión de la posibilidad de otorgarlo a través de capitulaciones matrimoniales, por lo que el testamento pasa a ser el único medio para la utilización de fiducia sucesoria.

2) Delegar que la posibilidad de mejorar se realice, incluso, con cargo al tercio de libre disposición³⁶⁸.

3) Delegar la posibilidad de hacer adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particional, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

4) Se amplían los plazos para realizar las mejoras, adjudicaciones o atribuciones, incluso el testador puede permitir que su cónyuge sobreviviente cumpla la delegación “en su propio testamento” (art. 831.1 CC).

5) Las disposiciones del cónyuge supérstite que tengan por objeto bienes específicos y determinados podrán no solo conferir la propiedad al favorecido, sino también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

³⁶⁸ A tal efecto se ha pronunciado GÓMEZ GÁLLIGO afirmando que lo que se ha hecho es ampliar la facultad de distribuir extendiéndola al tercio de libre disposición, y por tanto queda desvinculada de la facultad de mejorar (cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005, pg.25).

6) La administración de los bienes se confiere al cónyuge sobreviviente. Esta facultad será concedida siempre y cuando el testador no haya dispuesto otra cosa. Así, RIVAS MARTÍNEZ destaca que el artículo 831 del Código Civil “guarda silencio sobre la amplitud y facultades que pueden corresponder al sobreviviente en la administración”³⁶⁹. Aunque parece lógico pensar que éstas deben ir encaminadas a llevar una gestión adecuada y diligente³⁷⁰, pero sobre todo “dinámica que beneficie tanto a los bienes que forman el caudal afectado por esas facultades como al todo en general, y que resulte favorable a quien en definitiva va a ser el destinatario de los mismos”³⁷¹.

7) Se regula asimismo el respeto a las legítimas y disposiciones del causante tanto de hijos comunes como no comunes.

8) Se mantiene el cese de las funciones del cónyuge supérstite si contrae nuevo matrimonio, y además se amplía a supuestos de relación de hecho análoga o si tiene algún hijo no común. A tal efecto el causante se reserva la facultad de disponer otra cosa.

En cuanto al añadido final del artículo 831 del Código Civil, referente a los progenitores no casados y con hijos comunes, considero que es de difícil aplicación. Resulta imposible compatibilizarlo, por ejemplo, con el apartado 1 del mismo artículo que versa sobre los bienes de la sociedad conyugal disuelta; o incluso con el apartado 5, que compete a las facultades delegadas de ulterior matrimonio o relación de hecho análoga. A tal efecto, DÍE LAMANA defiende que hubiese sido mejor, postura que comparto, que la regla general fuese la destinada a los progenitores con hijos comunes y luego la especialidad la referente a los progenitores casados. De esta forma el apartado 5 de dicho artículo sí tendría sentido a los que se acogiesen a la especialidad de casados³⁷².

³⁶⁹ RIVAS MARTÍNEZ, “La delegación de la facultad de mejorar”, *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 12, octubre-diciembre 2006 (<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/12/Comentarios/la-delegacion-de-la-facultad-de-mejorar-por-juan-jose-rivas-martinez.aspx>).

³⁷⁰ Así pues el cónyuge sobreviviente ha de observar la diligencia de un buen padre de familia contemplada en el art. 1094 del Código Civil.

³⁷¹ RIVAS MARTÍNEZ, loc. cit., pg.3.

³⁷² DÍE LAMANA, “El artículo 831 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en derecho común”, *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 9, enero-marzo 2006 (<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/9/Comentarios/el-articulo-831-del-codigo-civil-reformado-por-ley-41-2003-una-reduccion-puntual-pero-importante-de-las-legitimas-en-derecho-comun-por-francisco-javier-die-lamana.aspx>).

2.2.3. LA FIDUCIA SUCESORIA Y LA EMPRESA FAMILIAR

A pesar de que la Ley 41/2003, de 28 de noviembre, tuviera como objetivo la protección del patrimonio de las personas con discapacidad³⁷³, al mismo tiempo modificó algunos artículos del Código Civil útiles para el tema objeto de estudio.

Cuando existe una empresa familiar, por lo general, el propietario designa en testamento a uno de sus descendientes, el más apto, para tomar su relevo empresarial. Sin embargo, entre el momento en que el testador lo otorga y su apertura, normalmente habrán pasado muchos años. En este lapso de tiempo es posible que las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, que llevaron al causante a tomar tal decisión puedan resultar no ser la más acertada.

Para evitar estas situaciones, se recomienda acudir a la fiducia sucesoria. Permite que entre los cónyuges, o las personas no casadas entre sí pero con descendencia común, la posibilidad de que uno de ellos encomiende al otro la facultad de disponer, una vez fallecido el testador, de los bienes que componen la herencia entre los descendientes comunes. De esta manera, se puede adjudicar a uno de ellos la empresa familiar.

Tras la reforma introducida por la Ley 41/2003, la excepcionalidad del artículo 831 se ha visto reforzada puesto que, formulado como excepción al artículo 830, excluye su supuesto de las prohibiciones consignadas en los artículos 670 y 830. Permite así conferir al cónyuge supérstite unas facultades que exceden de las establecidas en el artículo 1057, y un poder más amplio que el conferido al contador-partidor para realizar la partición hereditaria. Asimismo, también supone una excepción: a la prohibición de realizar pactos sobre la herencia futura, excepto la división *inter vivos* de un caudal conforme al artículo 1056 (cfr. art. 1271 párr. 2º CC); la prohibición de dejar la formación de un testamento, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero o hacerlo por medio de comisario o mandatario (cfr. art. 670 CC); la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar (cfr. art. 830 CC); y al artículo 1057 que solamente se permite al testador encomendar por actos *inter*

³⁷³ La Exposición de Motivos de la Ley dispone: “Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad” (E. de M. LPPPD).

vivos o *mortis causa* la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

Por todo ello, este artículo 831 es considerado como una anomalía del Código Civil y por tanto debe ser interpretado de forma restrictiva. Igualmente, se destaca el parentesco de esta norma con instituciones forales como la fiducia sucesoria aragonesa (véase. Título IV LCA); el distribuidor del Derecho balear (véase. arts. 18 a 24 CDCIB); la facultad de designar y distribuir que se da al cónyuge sobreviviente en el Derecho catalán (véase. arts. 424-1 y ss. CCCat); o la figura de los fiduciarios-comisario del Derecho navarro (véase. Leyes 151 y 281 CDCN). Normas a las que se deberá remitir para la interpretación de las lagunas, integración y aplicación analógica³⁷⁴. Considero que la Ley 41/2003 ha ampliado las facultades del cónyuge creando una figura parecida a la del comisario o fiduciario de las legislaciones forales existentes.

Por lo que se refiere a la facultad de mejorar, es decir, de designar las porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes, ésta debe entenderse de forma amplia. No está circunscrita al tercio de mejora sino que, como la propia ley indica, puede realizarse “con cargo al tercio de libre disposición” (art. 831.1 CC). Establece como únicos límites el respeto a las legítimas³⁷⁵ y “demás disposiciones del causante” (art. 831.3 CC), pues se desprende de la máxima de que su voluntad es la ley fundamental de la sucesión³⁷⁶. Además, dicha facultad incluye, indudablemente, la de efectuar toda clase de mejoras, sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos; o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota³⁷⁷.

³⁷⁴ Antiguamente, en los contratos y en las capitulaciones matrimoniales de las Provincias de Fueros, se solía introducir una cláusula a través de la cual se autorizaba al cónyuge sobreviviente, siempre que el causante hubiese muerto intestado, para que pudiese disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos comunes de aquél matrimonio, aunque siempre se le daba más a uno que a otro. Con esta fórmula y como ya afirmaba GARCÍA GOYENA lo que se conseguía era se mantuviera “el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria” (GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852, pg.107).

³⁷⁵ Se entiende que se refiere a la legítima estricta ya que la norma permite la delegación respecto del tercio de mejora.

³⁷⁶ Tales “disposiciones del causante” pueden ser: legados, instituciones de heredero, normas de imputación así como actos particionales efectuados por el propio testador, ya sea en el propio testamento, ya sea en documento público de fecha posterior (cfr. HUERTA TROLEZ, loc. cit., pg.61).

³⁷⁷ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, “Comentarios al Código Civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil. Sección sexta...”, pg. 9.

Así pues, y más concretado al tema de estudio, se plantea la cuestión sobre si para favorecer la transmisión de la empresas familiares es posible que el testador, al igual que delega a favor de su cónyuge el poder de mejorar, puede atribuirle la de pagar en metálico la legítima a los herederos forzosos, con la única finalidad de atribuir la entidad a uno solo de ellos. A mi juicio, no es posible conectar el artículo 831 del Código Civil con los artículos 841 y 1056.2 del mismo texto legal. En estos últimos se hace referencia exclusivamente a las figuras de testador y contador-partidor, autorizado por el primero, como personas facultadas para realizar tal acción. No menciona en ningún momento al cónyuge que tenga atribuida la fiducia sucesoria. A pesar de ello, existe la posibilidad de que este último pueda hacer uso de la mejora en cosa determinada del artículo 829 del Código Civil, asignando la entidad a uno de los herederos. Si su valor excediere del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, se podrá pagar en metálico los derechos de los demás legitimarios. No obstante, con la utilización de esta fórmula jurídica, y a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1056.2, no cabe la posibilidad de aplazar el pago de la misma, ni la aplicación de “cualquier otro medio de extinción de las obligaciones” (art. 1056.2 CC).

Igualmente, a pesar de que la finalidad del legislador en la modificación de este artículo fuese posponer el momento de la partición, a mi juicio, no lo ha logrado en su totalidad. Si bien el testador puede señalar plazo para el ejercicio de la facultad de mejorar, lo cual entiendo que facilitaría las cosas, lo cierto es que, no habiéndose dispuesto nada sobre el tema, el cónyuge supérstite tan solo dispone de dos años para ejecutar la facultad concedida. Entiendo que este plazo será insuficiente para que las circunstancias sobre las cuales tomará la decisión hayan cambiado lo bastante.

Este precepto es útil para el tema objeto de estudio si se contempla desde la perspectiva de la conservación del patrimonio familiar, y como a través del cónyuge sobreviviente se puede mejorar a los hijos o descendientes comunes mediante adjudicaciones de bienes concretos. En este caso sería la entidad familiar, y se consigue de esta manera mantener sin dividir la empresa dentro de la familia.

En conclusión, la fiducia sucesoria no es en realidad una herramienta jurídica específica para garantizar la continuidad de las empresas objeto de estudio. Pero sin embargo, contribuye a preservar la integridad del patrimonio familiar de tal forma que no

se disperse entre los distintos descendientes del causante. Con todo, en mi opinión, el hecho de poder aplazar el momento de designación de la persona a la que, en este caso, se le atribuirá la empresa familiar, tiene por un lado la ventaja de que se evitan designaciones precipitadas, sobre todo en aquellos casos en los que el causante fallece prematuramente³⁷⁸; sin embargo, por otro lado, este lapso de tiempo que transcurre de más para que se produzca el salto a la siguiente generación no ayuda a resolverla. Solo la delega, lo que puede poner en entredicho si la decisión del cónyuge es la que realmente hubiese querido el causante.

2.3. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

2.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La preservación del control de la empresa en el núcleo familiar es uno de los fundamentos que rige toda entidad objeto de estudio. Para alcanzar este objetivo, el protocolo familiar se ha convertido en uno de los instrumentos más útiles. Pero es necesario que en él se contemple un verdadero plan sucesorio, y se tengan en cuenta todos aquellos aspectos relacionados con el cambio generacional.

El problema de la transmisión en este tipo de entidades no encuentra siempre la solución elaborando un protocolo. Las previsiones sucesorias que en él se contemplan carecerán, frecuentemente, de validez jurídica. Además será necesario el refuerzo de otras figuras expresamente reconocidas por nuestra legislación³⁷⁹, entre ellas, el testamento.

Ya he expuesto con anterioridad que una sucesión *ab intestato* puede comportar consecuencias negativas para la continuidad de las entidades familiares. Otorgar testamento resulta casi imprescindible para lograr una correcta sucesión. De esta forma, la combinación de testamento y protocolo puede ser una fórmula adecuada que ayude a la transmisión; pero incluso así, la obligatoriedad de acatar lo dispuesto en alguna de las

³⁷⁸ De este modo es posible garantizar la continuidad de la empresa que comenzó el propietario prematuramente fallecido preparando al hijo que vaya a continuarla (cfr. HUERTA TROLEZ, loc. cit., pg.60).

³⁷⁹ Cfr. GOMÁ LANZÓN, "El protocolo familiar" en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial...*, pg.705.

cláusulas protocolarias, o hasta qué punto es posible exigir su cumplimiento, puede plantear serias dudas.

De este modo, los pactos sucesorios pueden resultar una audaz alternativa a las múltiples complicaciones implícitas en toda sucesión empresarial, puesto que con su uso el empresario puede anticipar su sucesión. A su vez, el elegido como sucesor podrá incorporarse activamente en el negocio, con la certeza de que en un futuro dirigirá la empresa. Aun así, y como se verá a continuación, el Derecho común es reacio a admitir este tipo de pactos.

2.3.2. LOS PACTOS SUCESORIOS Y LA EMPRESA FAMILIAR

2.3.2.1. PRELIMINARES

Con la finalidad de asegurar la permanencia de la entidad familiar, el empresario puede planificar su sucesión no solo por la vía testamentaria, sino también por la contractual. Aunque aquellos pactos que muestren una trascendencia sucesoria tendrán un alcance distinto según si los otorgantes están sujetos al Código Civil, que es muy limitado³⁸⁰, o bien a algún derecho foral que los permita³⁸¹.

³⁸⁰ El principio prohibitivo de la sucesión contractual consagrado en nuestro Código Civil resulta del artículo 658, a través del cual se limitan los modos de deferirse la sucesión al testamento y a la ley, excluyendo así la forma contractual. Además, el artículo 1271 del mismo *corpus* legal dispone que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal relicto. A tal efecto, ROCA SASTRE ya señalaba que en el sistema de Derecho común lo que está prohibido es la sucesión contractual como forma de delación, y por tanto los pactos sobre la universalidad de una herencia, y no cuando recaen sobre bienes determinados (cfr. ROCA SASTRE, “La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales”, en ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, T. II, Dykinson, Madrid, 2009, pgs.351 y ss.). Por tanto, la prohibición general contemplada en el artículo 1271 del Código Civil está sometida a excepciones, como la facultad de la que disponen los cónyuges, a través de capitulaciones matrimoniales, de poder mejorar en su herencia y en un tercio de sus bienes a algunos de sus hijos o descendientes respecto a los demás (arts. 826 y 927 CC) o de donarse, antes del matrimonio, bienes futuros para el caso del fallecimiento de uno de ellos dentro de la porción legalmente disponible (arts. 1341 CC). Sobre ésta última cuestión véase. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Comares, Granada, 2006, pgs.197-213. En este trabajo la autora califica la donación matrimonial de bienes futuros como *inter vivos* ya que, entiende que aunque la transmisión de la propiedad de dichos bienes no se produzca hasta la muerte del donante, cierto es que por su naturaleza contractual es irrevocable y por tanto válida en el presente. Por tanto, al recaer sobre bienes futuros, reviste la cualidad de pacto sucesorio. Véase también EGEA FERNÁNDEZ, loc. cit. pgs.7-8. Por último también puede citarse el pacto que permite mejorar al cónyuge viudo y a los hijos comunes (art. 831 CC).

³⁸¹ Las legislaciones forales admiten con mayor facilidad la sucesión contractual. Así pues, en Cataluña, el Libro cuarto del Código Civil Catalán regula los pactos sucesorios (arts. 431-1 a 431.17 CCCat), el heredamiento (arts. 431.18 a 431-29 CCCat), los pactos sucesorios de atribución particular (arts. 431-29 y 431-30 CCCat), así como las donaciones por causa de muerte (arts. 432-1 a 432-5 CCCat) a través de las

El contrato sucesorio es aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del causante queda vinculada a la de otra persona, no pudiéndose revocar dicha ordenación de modo unilateral³⁸². Se celebra en mérito a un derecho hereditario y no a título de crédito³⁸³. Entiendo que se trata de un negocio de naturaleza *sui generis* ya que, por una parte, no se trata de un contrato exclusivamente obligacional, y por otra, tampoco origina ningún desplazamiento patrimonial, con lo que carece de efectos reales. Su finalidad es la de ordenar anticipadamente la sucesión por causa de muerte del causante, de tal forma que sea vinculante para las partes interesadas³⁸⁴.

El resurgir de la sucesión contractual fue motivado gracias a la celebración del Foro Europeo en Lille, los días 3 y 4 de febrero de 1997. Además de exponerse de una forma clara la repercusión que las entidades familiares tienen sobre la riqueza de un país, en el artículo 5.a) de sus recomendaciones, dispone que la continuidad de estas empresas es un principio que debería estar presente en todos los Derechos civiles nacionales. Cuestiona así

cuales el donatario hace suyos los bienes al fallecimiento del causante sin necesidad que los herederos le hagan entrega de los mismos (cfr. art. 432-4 CCCat). En Galicia la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, admite los pactos de mejora (arts. 214 a 218 LDCG), de la mejora de labrar y poseer (arts. 219 a 223 LDCG), las aportaciones (arts. 224 a 227 LDCG), y el pacto sobre el usufructo de viudedad (arts. 228 a 237 LDCG). En Navarra, los pactos o contratos sucesorios encuentran su regulación en los arts. 172 a 183 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por el que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. Del mismo modo, en Aragón, también es posible la sucesión paccionada siempre y cuando los pactos se formalicen en escritura pública, así como aquellos en los que en relación a la sucesión otorguen otras personas en el mismo acto. Las modalidades existentes en esta Comunidad son: los actos de disposición *mortis causa* de uno o varios a favor de uno u otros de ellos, de institución recíproca, de disposición *mortis causa* de los contratantes a favor de tercero o terceros, y de renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros. Asimismo, también tendrán la consideración de pacto sucesorio donación universal de bienes habidos y por haber en cuanto, salvo pacto en contrario, tenga el carácter de sucesión contractual, así como la donación *mortis causa* de bienes singulares. (Véase. arts. 377 a 384 LCA. Los pactos sucesorios de Mallorca, Ibiza y Formentera son regulados por el Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares. En él se establece que en Mallorca la donación universal de bienes presentes y futuros confiere al donatario la cualidad de heredero contractual (cfr. art. 8 CDCIB), en cambio en Ibiza y Formentera serán válidos si se formalizan en escritura pública teniendo éstos un amplio contenido (cfr. art. 72 CDCIB). Por último, en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho civil foral del País Vasco también se admiten los pactos sucesorios en sus artículos 74 a 83, así como en el Fuero de Ayala, siempre que se formalice en escritura pública (cfr. arts. 179 a 188 LDCPV).

³⁸² Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil V...*, pg. 291. LARRONDO define este tipo de pactos como “convenios unilateralmente irrevocables formalizados en escritura pública por el causante o por un tercero que recaen sobre una sucesión aún no abierta, en virtud de los cuáles el causante puede ordenar su sucesión mediante la institución de uno o más herederos, otorgar otras atribuciones por causa de muerte, así como acordar con las personas que tienen derecho a su futura sucesión la renuncia de estos a título gratuito” (LARRONDO LIZARRAGA, *El nuevo Derecho sucesorio catalán. Análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña*”, Bosch, Barcelona, 2008, pg.147).

³⁸³ Cfr. FONT I SEGURA, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *InDret*, núm. 2, 2009, pg.7.

³⁸⁴ Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV..., pg.465.

la prohibición de realizar pactos sobre la herencia futura, y fomenta la aplicación de los denominados pactos sucesorios³⁸⁵.

Asimismo, no debe olvidarse que a pesar de la prohibición general del Código Civil para establecer pactos sucesorios (cfr. art. 1271.2 CC), la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación agraria y de los agricultores jóvenes, actualmente derogada, llegó a admitir este tipo de pactos. No tuvieron éxito durante los catorce años que estuvieron vigentes, y fueron suprimidos por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. La justificación de tal fracaso radica en el objeto de aplicación, ya que la posible división de una parcela consecuencia de una sucesión podría suponer la imposibilidad de una explotación rentable, motivo por el que cayó en desuso (véase. art. 24 LMEA).

No obstante en la actualidad la realidad socioeconómica ha cambiado, y la empresa familiar ha traspasado el ámbito agrario para estar plenamente presente en todos los campos económicos e industriales. Por ello, entiendo que la utilización de dichos pactos hubiese sido una eficaz herramienta para su traspaso generacional, evitando su posible fragmentación.

Aun así, el Código Civil establece dos supuestos en los que sí es posible pactar en relación con la futura herencia: por un lado, la promesa de mejorar y de no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales (cfr. arts. 826 y 827 CC); y por otro, la posibilidad de la que disponen los futuros esposos de donarse, antes del matrimonio y a través de capitulaciones matrimoniales, bienes futuros “solo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada” (art. 1341 CC).

Además, en el sistema conflictual español está prevista una norma que contempla los pactos sucesorios. En concreto el artículo 9.8 del Código Civil dispone que “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país dónde se

³⁸⁵ No solo en el Foro europeo celebrado en Lille advierten la conveniencia de eliminar la prohibición de los pactos sucesorios en el Código Civil, sino que cabe destacar también la propuesta que presentó SÁNCHEZ ARISTI en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil (SÁNCHEZ ARISTI, “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios”, *Derecho de sucesiones: Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, pgs.477-542).

encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento del otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra ley que rija la sucesión...”³⁸⁶ A pesar de ello, el precepto no queda exento de polémica sobre cuáles son los pactos que permanecen cubiertos. Al igual que cierta parte de la doctrina, entiende que se refieren únicamente a aquellos que regulan la sucesión *mortis causa*. Por tanto, quedan excluidos de dicho concepto los celebrados exclusivamente por causa de liberalidad o por causa contractual onerosa³⁸⁷.

En mi opinión, vuelve a quedar demostrado que las empresas familiares deberían disponer de una correcta planificación sucesoria, que se caracterice por la habilidad de diseñar el traspaso en la dirección y propiedad a las siguientes generaciones³⁸⁸. Así, el pacto sucesorio sería una de las herramientas jurídicas más eficaces para alcanzar dicho objetivo.

2.3.2.2. CARACTERÍSTICAS DE LOS PACTOS SUCESORIOS

La sucesión contractual es un negocio jurídico *mortis causa*, cuya eficacia no depende única y exclusivamente del fallecimiento del causante. Lo es también de la celebración de un pacto a través del que se vinculan distintas voluntades, cuyo objetivo puede ser la institución de uno o más herederos, atribuciones a título particular o efectuar disposiciones recíprocas³⁸⁹. Este hecho es el que reviste de contenido jurídico la expectativa que genera este tipo de pactos pues, a diferencia de lo que ocurre con el testamento, se produce de forma inmediata un vínculo jurídico entre las partes.

De este acuerdo de voluntades se deriva el primer principio sobre el que se asientan los pactos sucesorios. A pesar de ser un pacto para el que resulta necesaria la intervención de dos o más personas, no se aplican las normas contractuales, sino que, como se celebra

³⁸⁶ En consecuencia, son válidos los pactos sucesorios otorgados con arreglo a la ley personal del causante, aunque después éste cambie de vecindad. Véase. FONT I SEGURA, loc. cit., pg.5

³⁸⁷ Cfr. FONT I SEGURA, loc. cit., pgs.10-11.

³⁸⁸ Cfr. BLUMENRITT, “The relationship between boards and planning in family businesses”, *Family Business Review*, vol. XIX, núm. 1, pg.66.

³⁸⁹ Cfr. FONT I SEGURA, loc. cit., pgs.6-7.

para ordenar la sucesión, y por tanto esta formalizado bajo la *contemplatio mortis*³⁹⁰, se registrará por el Derecho sucesorio.

Ante esta cuestión, se plantea la duda sobre qué ocurre en aquellos supuestos en los que la ley personal que rige cuando se otorga el pacto es distinta a la del momento del fallecimiento del otorgante. Este conflicto se resuelve a través del artículo 9.8 del Código Civil del que deriva el denominado principio del *favor negotii*, por el que el contenido del pacto sucesorio estará regido por la ley del título sucesorio, a excepción de las legítimas que será por la ley sucesoria³⁹¹.

En segundo lugar se encuentra el carácter irrevocable. A mi juicio, es una de las principales características que hacen más atractivos dichos pactos, puesto que no genera una mera expectativa como sucede con el testamento, sino que el sucesor de la entidad tiene la certeza que no verá frustrada su llamada, y consecuentemente se involucrará más en las actividades de la empresa.

Ciertos autores sostienen que la restricción en la libertad de testar del causante derivada de esta figura jurídica, es el motivo que justifica la prohibición de la sucesión contractual. Argumentan que nuestro ordenamiento jurídico configura la posibilidad de testar como un derecho subjetivo especialmente protegido, que no puede ser objeto de renuncia, pacto o limitación. Por tanto, si el artículo 737 del Código Civil considera nulas todas aquellas disposiciones que restrinjan la libertad de testar, incluso las autoimpuestas por el propio testador, también deben rechazarse aquellas impuestas por pacto con un tercero³⁹². Sin embargo, discrepo de este punto de vista, pues no considero que la utilización de esta herramienta jurídica, admitida y muy utilizada en algunas comunidades autónomas, limite la libertad de testar del causante. Entiendo así que la función de esta figura es la de organizar, anticipadamente, la sucesión, pudiéndose fraccionar en varios momentos el acto de distribución de los bienes de la herencia.

³⁹⁰ “Sin la causa de muerte no existiría el pacto sucesorio” (BOSCH CARRERA, “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en VALLE ZAYAS y otros (dir), *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2013, pg.95).

³⁹¹ Cfr. CALATAYUD SIERRA, “Conflictos territoriales entre los derechos sucesorios españoles”, *Revista de Derecho civil Aragonés*, año V, núm. 2, Zaragoza, 1999, pg.195.

³⁹² Véase. FONT I SEGURA, loc. cit., pg. 7; HUERTA TROLEZ, loc. cit., pg.50; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “La sucesión...”, pg.298.

Llegados a este punto, es oportuno preguntarse si el establecimiento de una cláusula restrictiva en una sociedad limitada, supone un posible pacto sucesorio (véase. art. 1704 CC) que vulnere el principio general de revocabilidad del testamento³⁹³. Merece especial atención aquel pacto a través del cual se establece que los sucesores de las participaciones de la entidad sean personas ciertas y determinadas, siendo innecesario que concurren en ellas la condición de legitimarios del causante, y sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital emplea la expresión de “socios sobrevivientes”. A tal efecto, se entiende que no se ha establecido ningún pacto sobre la herencia futura del causante, sino la atribución *inter vivos* de un derecho de adquisición u otra modalidad semejante con eficacia al momento del fallecimiento del socio³⁹⁴. Por tanto, con la incorporación de cláusulas restrictivas, no es posible que se produzca ninguna disposición *mortis causa* a favor de otro socio de la entidad, ni de un tercero, ni con ellas tampoco se renuncia a suceder al causante³⁹⁵.

Por último, debo hacer referencia a la eficacia de dichos pactos, que se inicia desde el momento de la celebración del acto³⁹⁶. Aunque cuando se trata de la transmisión de la empresa, por su contenido, no produce plenos efectos hasta el momento de la muerte del empresario. Sin embargo, en ocasiones es posible incorporar ciertas cláusulas destinadas a establecer aquellos instrumentos necesarios para garantizar el cumplimiento de lo pactado.

2.3.2.3. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS SUCESORIOS

Si atendemos al objeto de los contratos sucesorios, se pueden distinguir tres tipos de pactos: los adquisitivos o de atribución, también denominados pactos *de succedendo*, a través de los que el causante regula su propia sucesión; los abdicativos o *pacta de non succedendo*, en los que una persona renuncia a los derechos que le pudieran corresponder en la sucesión no abierta del causante; y los pactos de *hereditate tertii*, relativos a la

³⁹³ Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil V...*, pg.294.

³⁹⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil V...*, pg.294. Sobre este asunto véase. la Resolución de 13 de enero de 1984, de la Dirección General de los Registro y del Notariado, la cual analiza una cláusula restrictiva *mortis causa* desde la perspectiva del pacto sucesorio. En ella, se muestra a favor de la admisión de aquellos pactos sucesorios que no afecten a la totalidad del causal.

³⁹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Transmisión mortis causa...*, pg.144.

³⁹⁶ Motivo por el cual se consideran pactos sucesorios aquellos cuya finalidad es sucesoria, aunque vayan acompañados de una transferencia inmediata de bienes (véase. HERRERO OVIEDO, “El renacer de los pactos sucesorios”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, (coord.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones. Dimensiones interna e internacional*, Fundación Asesores Locales, Santiago de Compostela, 2009, pgs.199-218).

sucesión de un tercero. Estos últimos no pertenecen al ámbito sucesorio en sentido estricto, ya que lo celebran varios sujetos en relación con la herencia de un tercero no concurrente al otorgamiento del pacto, y su finalidad es la de distribuir la herencia que eventualmente pudiera recaer en alguno de ellos. Por tanto, no ordenan la sucesión de ninguna persona sino que tan solo la presuponen, por lo que pertenecen al derecho de obligaciones. El hecho de que tengan bienes y derechos comprendidos en una herencia futura hace que se incluyan en la categoría más genérica de los pactos sobre sucesión no abierta y se vean afectados por la prohibición contenida en el párrafo segundo del artículo 1271 del Código Civil.

2.3.3. PERSPECTIVA AUTONÓMICA: LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

A diferencia del Código Civil, en algunos Derechos civiles forales está reconocida, con una mayor amplitud, la sucesión contractual. En el Derecho catalán, el pacto sucesorio tiene su origen en la figura del *heretament* o también denominada institución contractual de heredero. Junto con el régimen de separación de bienes, y la existencia de una legítima “corta”, han permitido la transmisión y mantenimiento de las explotaciones agrarias a lo largo del tiempo. No obstante, consecuencia del cambio industrial y sociológico iniciado en los años sesenta, dejó de ser un instrumento útil para la transmisión de los patrimonios familiares³⁹⁷. Por ello, la reforma del Código de sucesiones para su incorporación al Código Civil de Cataluña ha sido el momento escogido para reformar en profundidad esta institución. Con todo, la finalidad siempre ha sido la misma: defender la empresa familiar.

Con la Ley 10/2008, de 10 de julio, el Derecho sucesorio catalán ha experimentado una profunda renovación, no solo en lo que a los pactos sucesorios se refiere, sino también a figuras como la legítima o los derechos viduales, entre otras. Sin embargo, a pesar de las novedades introducidas en el Libro Cuarto, se ha seguido manteniendo la fidelidad a los principios sucesorios romanos: la necesidad de institución de heredero en el testamento, la

³⁹⁷ El concepto de riqueza ha ido cambiado, pasando de los propietarios de los bienes raíces a los propietarios de bienes muebles. Lo mismo ocurre con los “negocios”, los cuales han pasado de la producción agrícola a la producción industrial y a la distribución de bienes y servicios.

incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada, y el carácter irrevocable de la institución³⁹⁸.

Como advierte el preámbulo de dicha ley de 2008, la regulación de los pactos sucesorios constituye la novedad más importante del Libro Cuarto del Código Civil Catalán, y los sujeta a un régimen de tipicidad y *numerus clausus* con dos grandes tipos de pactos: los institutivos y los de renuncia. En Cataluña siempre ha existido una tradición muy arraigada de los pactos sucesorios³⁹⁹, puesto que en su Derecho civil siempre ha estado presente la voluntad de evitar la disgregación o desaparición de la explotación familiar. Esto se ha conseguido a través de la admisión de figuras como la designación de heredero a través de fiduciario, y los pactos sucesorios en forma de donación universal o heredamiento.

Dichos pactos sucesorios fueron objeto de importantes críticas, fundamentadas en la falta de adecuación de estas figuras jurídicas a la nueva realidad social y económica⁴⁰⁰. Además, se debían vincular necesariamente al matrimonio y, consiguientemente, a la forma capitular⁴⁰¹. Todo ello propició el desarrollo de instrumentos jurídicos alternativos con finalidades análogas, entre ellos, el protocolo familiar, que se instrumenta a través de acuerdos obligacionales que se centran en las relaciones societarias y familiares dejando en un segundo lugar las técnicas sucesorias⁴⁰². La finalidad del nuevo sistema de pactos sucesorios del Derecho catalán es la de atribuir una mayor efectividad a estos instrumentos, supliendo este último déficit en materia sucesoria. Así pues, permite acumular ambos tipos de pactos, los sucesorios y los propios del protocolo familiar, en un mismo documento (cfr. art. 431-7 CCCat).

³⁹⁸ Cfr. FERRER I RIBA, “El nuevo derecho catalán de sucesiones”, *InDret*, núm. 4, 2008, pg.1.

³⁹⁹ Véase. LÓPEZ BURNIOL, “Comentario al Título II (los heredamientos) y a los arts. 67 a 100 del Código de sucesiones”, en JOU I MIRABENT, (coord), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Bosch, Barcelona, 1994, pg.328.

⁴⁰⁰ Los heredamientos tradicionales reflejaban prácticas sucesorias consuetudinarias muy arraigadas al Antiguo Régimen cuyo modelo de organización social y familiar giraba en torno a una economía esencialmente agraria. Según LÓPEZ BURNIOL, su completo desuso era ya constatable en la práctica notarial de la época en el que se aprobaba el Código de Sucesiones (cfr. LÓPEZ BURNIOL, op. y loc. cit., pgs.329-330).

⁴⁰¹ Cfr. JOU I MIRABENT, “Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar” en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pg.368; y GONZÁLEZ BOU, “Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa” en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. II, Bosch, Barcelona, 2005, pg.760.

⁴⁰² Véase. EGEA FERNÁNDEZ, loc. cit., pgs.11 y ss.; GORTÁZAR LORENTE, op. cit., pgs.3 y ss.

Además, debe advertirse la clara influencia de la regulación de los testamentos en los pactos sucesorios. De este modo, el Código Civil de Cataluña distingue entre el pacto sucesorio y sus disposiciones (cfr. arts. 431-9.1 y 2; 431-12; 431-14; 431-15 CCat), al igual que se hace con la figura del testamento (cfr. arts. 422-1, 422-2 y 422-3 CCCat)⁴⁰³. Aunque el legislador ha obviado plasmar el principio de que la nulidad de una disposición del pacto no determina la nulidad del pacto, y a la inversa.

Con todo, debo reiterar que se trata de dos negocios jurídicos totalmente distintos. En primer lugar, porque el testamento tan solo puede ser un acto unilateral, mientras que los pactos sucesorios también pueden ser bilaterales o multilaterales; y en segundo término, y no por ello menos importante, el carácter revocable del testamento frente a la irrevocabilidad de los pactos.

Con la publicación del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, la regulación de los pactos sucesorios es mucho más abierta y flexible (cfr. E. de M. del CCCat). En cuanto nos interesa, la sucesión contractual se desliga completamente del contexto matrimonial⁴⁰⁴, pudiéndose otorgar con el cónyuge o conviviente, con la familia de éste, o con la propia dentro de unos límites de grado de parentesco por consanguinidad o afinidad (véase. art. 431-2 CCCat). También se exige que el pacto se otorgue entre dos partes capaces por sí mismas personalmente, o que estén debidamente representadas. Ante esta cuestión, JOU I MIRABENT defiende que la vinculación que existía entre el heredamiento y el matrimonio reafirmada por la exigencia de su otorgamiento a través de capitulaciones matrimoniales había quedado obsoleta⁴⁰⁵. Además, con esta nueva reforma se admiten las atribuciones particulares, por lo que junto con el *heretament* se regula la atribución contractual de bienes concretos.

En Cataluña también es posible otorgar un pacto sucesorio o una atribución particular a favor de un tercero, aunque estos últimos no adquieren ningún derecho a la sucesión hasta el momento de la muerte⁴⁰⁶. El inconveniente de este tipo de estipulaciones

⁴⁰³ Existe, además, la cláusula codicilar a través de la cual se garantiza que frente a la nulidad del testamento las disposiciones sí puedan valer (cfr. BOSCH CARRERA, “Aspectos civiles...”, pg.89).

⁴⁰⁴ Por lo que los pactos sucesorios pueden celebrarse en escritura pública o en capítulos matrimoniales.

⁴⁰⁵ Cfr. JOU I MIRABENT, op. y loc. cit., pgs.367-368.

⁴⁰⁶ Debe tenerse en cuenta que en caso de que el tercero beneficiario del pacto premuriera al causante, su atribución quedaría ineficaz. Es por ello que se recomienda que el otorgante prevea una sustitución al favorecido (véase. art. 431-3.2 CCCat).

es que son esencialmente revocables, por lo que se asimilan a una disposición testamentaria. Asimismo considero que el artículo 431-3.1 del Código Civil de Cataluña admite también la posibilidad de otorgar, dentro de una atribución sucesoria, un pacto a favor de un tercero. Un ejemplo sería aquel pacto sucesorio a favor del hijo de un determinado porcentaje de acciones de la empresa familiar, junto con un pacto de dar una determinada pensión a otro hijo para el que caso de que se vaya de la empresa. En este caso, si el hijo beneficiario de la pensión decide salir de la empresa y el pacto tiene efectos atributivos en vida del disponente, entiendo que siempre será posible plantearse la revocación del pacto, aunque será necesario obtener el consentimiento tanto del disponente como del beneficiario para que tenga plenos efectos. No será necesaria la notificación de la revocación del pacto al tercero beneficiario, siempre y cuando éste no haya surtido efectos y se haya efectuado a través de testamento, codicilo u otro pacto. Se entiende pues que no ha adquirido ningún derecho, ni expectativa de derecho.

Si atendemos a lo dispuesto en el artículo 431-7 del Código Civil de Cataluña, es posible afirmar que el pacto sucesorio es un negocio formal *ad solemnitatem*. Debe revestir una serie de formalidades para que sean válidos, bajo la forma de capítulos matrimoniales o bien como escritura pública⁴⁰⁷. Entiendo que no es necesaria la unidad de acto ya que la ley no la exige⁴⁰⁸, por lo que es posible que los otorgantes comparezcan en días sucesivos. El pacto sucesorio podrá otorgarse de forma unilateral y, en diligencias sucesivas o en documentos independientes, prestar el consentimiento otras personas que intervengan como otorgantes. No obstante, en ocasiones puede ocurrir que junto con la escritura coexistan pactos privados⁴⁰⁹. A mi juicio siempre hay que evitar que ambos pactos sean contradictorios, y si existen, siempre será mejor que sean aclaratorios y no modificatorios.

Actualmente, elaborar un plan sucesorio eficaz requiere de otras variables comentadas con anterioridad, y no solo la de emprender una comunidad de vida conyugal⁴¹⁰. Con todo, esta reforma puede comportar un mayor riesgo al poderse

⁴⁰⁷ El pacto sin forma de escritura pública es nulo (art. 431-9.1 CCCat) e inválido (art. 431-7.1 CCCat).

⁴⁰⁸ A excepción de los pactos sucesorios recíprocos o aquellos que sean revocables en los cuales el documento habrá de otorgarse en unidad de acto (véase. arts. 431-7.2 y 431-21.1 CCCat).

⁴⁰⁹ Ante estas situaciones hay que partir del principio de jerarquía del documento público establecido en el Código Civil, aunque tras la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil esta jerarquía no resulta tan clara. Autores como BOSCH CARRERA defienden que la forma de escritura pública es solemne, y por tanto no es posible elevar a público un documento privado (cfr. BOSCH CARRERA, "Aspectos civiles...", pg.108).

⁴¹⁰ Cfr. FERRER I RIBA, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pgs.1046-1047.

formalizar entre no familiares aunque, como contraposición, esta flexibilidad también beneficia al amparar aquellos pactos en los que intervienen distintas generaciones, tanto de la línea directa del causante, como miembros de la familia extensa, que ayudan a la transmisión de las empresas familiares.

Los pactos sucesorios en el Derecho catalán pueden ser convenidos por dos o más personas. Pueden ocupar tres posiciones distintas en el contrato: la de futuro causante que ordena su sucesión; la de otorgante o no otorgante favorecido, que puede serlo a título universal o particular⁴¹¹, y puede recaer en una o varias personas; y la de otorgante no causante ni favorecido. Esta última es la menos usual, ya que su función consiste en favorecer a un tercero. De esta forma, al consentir el pacto, lo hace irrevocable, salvaguardando claro está el régimen de las disposiciones preventivas. Además, para formalizar un pacto sucesorio catalán entiendo que basta con que el propietario o disponente sea catalán (art. 111-3 CCCat), no siendo necesario que los beneficiarios ostenten dicha nacionalidad.

El artículo 431-2 del Código Civil de Cataluña, establece que los pactos sucesorios pueden otorgarse “solo con las siguientes personas:

- a) El cónyuge o futuro cónyuge.
- b) La persona con quien convive en pareja estable.
- c) Los parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad o por afinidad.
- d) Los parientes por consanguinidad en línea directa o colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente” (art. 431-2 CCCat).

Resulta notoria la aparente contradicción que existe entre los apartados c) y d). Entiendo que se trata de un error, y que el legislador quería referirse al parentesco por afinidad y consanguinidad del futuro causante en la letra c); y en cambio en el apartado d),

⁴¹¹ Cuando en el contrato se contengan pactos con disposiciones recíprocas, la figura de futuro causante y favorecido pueden ser compatibles.

solo a los parientes consanguíneos o afines del cónyuge o conviviente. Sin embargo no queda claro, por lo que ante la duda siempre será mejor considerar a los afines colaterales más allá de segundo grado como otorgantes pero no favorecidos, o bien como terceros beneficiarios⁴¹².

Del mismo modo que ocurre con la sucesión testada, todo causante puede favorecer a cualquier persona física o jurídica, siempre y cuando se respeten las legítimas, al igual que también pueden ser beneficiarios de un pacto sucesorio, existiendo solamente los límites propios y generales de la capacidad sucesoria.

Cuando la sucesión consiste en la transmisión de la empresa familiar, puede ocurrir que concurra una pluralidad de favorecidos u otorgantes no causantes ni favorecidos. En estos casos, la acumulación de las distintas disposiciones en un mismo contrato es un indicador sólido de su interdependencia. Por ello, es necesario interpretar el contrato, y se deberán tener en cuenta tanto las circunstancias en las que se produjo el acuerdo, así como su finalidad, y el sentido de la participación de cada otorgante en el mismo⁴¹³.

Todo ello no exime, sino que hace que resulte más necesario, que de forma anticipada se aclare qué parte del contrato corresponde a cada otorgante, ya que además, debe tenerse en cuenta que el artículo 431-12.2 del Código Civil de Cataluña, establece la posibilidad de que en los pactos multilaterales sea posible modificar o revocar aquellos que afecten solo a algunos de los firmantes, y no necesariamente a todos.

Con todo, los pactos sucesorios admitidos en el Código Civil de Cataluña pueden ser de dos tipos: de renuncia a la legítima o al suplemento de la misma en los casos previstos en el artículo 451-26.2 del Código Civil de Cataluña; o institutivos, que a su vez se dividen en dos clases: el heredamiento y los pactos de atribución particular.

La finalidad del heredamiento es favorecer a una o varias personas en calidad de heredero, o como llamada a la herencia en aquellos casos en los que el favorecido no sea otorgante del pacto. Esta figura tiene una especial relevancia en el ámbito jurídico sucesorio, ya que es incompatible y además prevalece sobre la sucesión testada e intestada.

⁴¹² Cfr. BOSCH CARRERA, "Aspectos civiles...", pg.96.

⁴¹³ Cfr. FERRER I RIBA, *Comentari...*, pg.1051.

Tan solo se podrá abrir si el heredero instituido a través del heredamiento no llega a serlo, por alguna de las causas expresamente establecidas en el artículo 411-3 del Código Civil de Cataluña.

Cuando se decide instituir a más de una persona, esta incompatibilidad obliga a ser muy cauteloso. Esto se debe a que si llegado el momento de la sucesión faltase alguno de ellos, se producirá obligatoriamente el acrecimiento de su cuota a los demás⁴¹⁴, no pudiéndose disponer el destino de esa parte en testamento. Para evitar esta situación, es necesario que el futuro causante prevea la ordenación de una sustitución vulgar en la cuota, o bien se reserve el derecho de disponer en codicilo de una cuota alícuota equivalente a la cuota hereditaria del premuerto (cfr. art. 431-22 CCCat)⁴¹⁵.

Otra de las modificaciones a destacar de la Ley 10/2008 es que con el nuevo sistema de pactos es posible disponer por la vía contractual de bienes y derechos concretos, al margen de instituir uno o más herederos⁴¹⁶, y sin necesidad de que la herencia sea tratada como universalidad. Esta facultad de poder ordenar atribuciones particulares proporciona al causante una mayor autonomía privada⁴¹⁷, así como una gran flexibilidad en el momento de establecer sus designios sucesorios⁴¹⁸.

La regulación del contrato sucesorio en el Código Civil Catalán está recogida en el título III, bajo la denominación de “la sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte”. El tratamiento sucesivo, y dentro del mismo título de ambas figuras jurídicas, se justifica por su carácter bilateral (heredante-heredero; donante-donatario).

El artículo 431-1 de dicho *corpus* legal señala que: “1. En pacto sucesorio, dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título

⁴¹⁴ Esta regla general queda exceptuada si se dieran alguno de los supuestos previstos en el artículo 431-24 del Código Civil de Cataluña.

⁴¹⁵ Además, esta misma técnica es la que el causante también deberá utilizar si quiere disponer en heredamiento tan solo de una cuota del patrimonio relicto reservándose el derecho a disponer del resto de su patrimonio a través de un acto de última voluntad. (cfr. FERRER I RIBA, *Comentari...*, pg.1049).

⁴¹⁶ Que pueden instituirse también a través de pacto o bien en testamento.

⁴¹⁷ A través de los pactos sucesorios es posible imponer cargas u obligaciones así como expresar la finalidad del pacto.

⁴¹⁸ Cfr. FERRER I RIBA, *Comentari...*, pg.1047.

particular. 2. Los pactos sucesorios pueden contener disposiciones a favor de los otorgantes, incluso de forma recíproca, o a favor de terceros” (art. 431-1 CCCat).

Por tanto, existen dos grandes modalidades de pactos sucesorios: los otorgados a favor de parientes y los otorgados a favor de personas extrañas a la familia. La diferencia entre ambas estriba en una de las características que la hacen más atractiva: la irrevocabilidad. Los primeros sí gozarán de ella⁴¹⁹, mientras que los segundos son plenamente revocables.

En resumen, y a mi juicio, es difícil entender cómo el Derecho común sigue rechazando la posibilidad de establecer pactos sucesorios. Existen precedentes en los Derechos forales e incluso en la reglamentación europea, cuya utilización es abundante y sin especiales problemas prácticos⁴²⁰. Considero que esta falta de flexibilidad en admitir dichos acuerdos puede provocar la deslocalización de las empresas. Aunque aparentemente pueden parecer muy arraigadas en algún territorio, pueden buscar una mayor seguridad en la sucesión que reduzca futuros obstáculos.

En cuanto a la publicidad, tradicionalmente los pactos sucesorios eran objeto de anotación en el Registro de Actos de Última Voluntad y, puntualmente, en el Registro de la Propiedad⁴²¹. Sin embargo en la actualidad la situación ha cambiado y se han extendido las vías a través de las que es posible darles publicidad:

1) Publicidad en el Registro de la Propiedad

La inscripción en el Registro de la Propiedad exige escritura pública (cfr. art. 3 LH), al igual que la constitución de los pactos sucesorios, y tienen acceso todos los actos o contratos que afecten a la propiedad o a otros derechos sobre bienes inmuebles. Por tanto, en nuestro caso, podrán ser objeto de inscripción, y siempre con carácter voluntario, aquellos aspectos del protocolo que incidan sobre dichos bienes de la empresa familiar.

⁴¹⁹ Lo cual significa que solo puede ser modificado o dejado sin efecto si concurre la voluntad de los que lo otorgaron.

⁴²⁰ Véase los Derechos forales de Cataluña, Baleares, Galicia y Aragón, así como el artículo 25 del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO núm. L201 de 27 de julio de 2012).

⁴²¹ Cfr. BOSCH CARRERA, “Publicidad...”, pg.109.

Además, el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, reconoce al contrato sucesorio como título sucesorio material inscribible en el Registro⁴²². El Reglamento Hipotecario es el encargado de desarrollarlo (arts. 77 a 80 RH).

El acceso al Registro de la Propiedad de los contratos sucesorios puede hacerse mediante:

1.1) La inscripción del mero carácter de heredero o herederos de los hijos o descendientes del empresario designados por éste.

1.2) La inscripción del carácter o título de heredero y, además, las fincas o establecimientos que el empresario transmite a su heredero.

1.3) La inscripción del carácter o título de heredero y, además, la universalidad del patrimonio que el empresario transmite a su heredero⁴²³.

De conformidad con el artículo 77 del Reglamento Hipotecario, en la inscripción se consignarán “las estipulaciones pertinentes de la escritura pública, la fecha del matrimonio, si se trata de capitulaciones matrimoniales, y, en su caso, la fecha de fallecimiento de la persona o personas que motiven la transmisión” (art. 77 RH).

Merece especial atención la posible inscripción de las cargas a los favorecidos y si “tienen carácter determinante, la finalidad que se pretende alcanzar con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto” (art. 431-6.1 CCCat). La inscripción de tales circunstancias adquiere importancia en aquellos casos en los que se ejercita una acción revocatoria. Ésta podrá afectar a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos cuando “deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro” (art. 37 LH).

Al fallecer el disponente siempre será necesaria la inscripción de la adquisición definitiva por parte del beneficiario aunque, como señala el artículo 431-8.2 del Código

⁴²² “El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato...” (art. 14 LH).

⁴²³ Cfr. BOSCH CARRERA, “Publicidad...”, pg. 246.

Civil de Cataluña, los pactos sucesorios y los pactos de atribución particular se “pueden hacer constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de una nota al margen de los inmuebles incluidos en el heredamiento y que no hayan sido transmitidos de presente o de los inmuebles que sean objeto de atribución particular” (art. 431-8.2 CCCat).

2) Publicidad en el Registro Actos de Última Voluntad

Por su parte, los pactos sucesorios incorporados en el protocolo familiar también tendrán acceso al Registro General de Actos de Última Voluntad. Dicho organismo está regulado en el anexo II del Reglamento del Notariado de 1944, y tendrá conocimiento de todo acto relativo a la última voluntad autorizada por un notario (cfr. art. 3 del anexo II RN), quien también deberá comunicar al Decanato de su Colegio Notarial en un plazo de tres días (cfr. art. 11 del anexo II RN). Además, a pesar de que se toma razón solo de su existencia y no del contenido (cfr. art. 3 del anexo II RN), al depender orgánicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, gozan de una total garantía.

El acceso a dicho Registro en vida del testador es muy limitado, ya que tan solo podrán expedirse certificaciones cuando lo soliciten la autoridad judicial o los mismos otorgantes, acreditando su personalidad, o un mandatario con poder especial otorgado ante notario (cfr. art. 5 del anexo II RN). En mi opinión, esta restricción, si bien es favorable para preservar el derecho a la intimidad de la personas, es contraproducente para la transparencia empresarial. Entiendo que si fueran públicos, beneficiaria la imagen de estas entidades.

Asimismo, resulta necesario también notificar a los otros otorgantes del pacto la revocación motivada por alguna de las causas previstas en los artículos 431-12 a 431-14 del Código Civil de Cataluña. Según lo dispuesto en el artículo 431-15 del mismo *corpus* legal, ésta debe constar en escritura pública⁴²⁴.

⁴²⁴ “La voluntad unilateral de revocar el pacto sucesorio o sus disposiciones deben manifestarse en escritura pública i se deben notificar a los otros otorgantes del pacto” (art. 431-15 CCCat). Véase. ALASCIO CARRASCO, “Comentaris al arts. 431-7 i 731-8” a EGEA FERNÁNDEZ y FERRER I RIBA (dirs), *Comentaris al Llibre IV del Codi civil de Catalunya*, vol. II, Atelier, 2009, pg.1096.

3) Publicidad en el Libro de Socios.

Cuando los pactos sucesorios tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales, existe la posibilidad de hacerlos constar en el Libro Registro de Acciones Nominativas o en el Libro de Socios de la entidad familiar en cuestión (cfr. art. 431-8 CCCat). La ley en ningún momento obliga a que se produzca tal inscripción. Sin embargo, entiendo que resulta muy conveniente dicha constancia. El hecho de que sea necesario requerir al Notario para que haga constar mediante nota el pacto en el Libro, le atribuye una mayor protección jurídica. Por otra parte, cuando el objeto son acciones al portador, el pacto sucesorio se hará constar en la propia acción con la firma del administrador⁴²⁵.

2.3.4. LA PARTICIÓN COMO FIGURA PARALELA A LOS PACTOS SUCESORIOS

La sucesión contractual no es admitida por el Código Civil⁴²⁶. El legislador entiende que la incorporación de esta figura jurídica, supondría una vulneración de la libertad de disposición del causante. A mi juicio, la libertad de disponer *mortis causa* se halla ya limitada por las normas de carácter imperativo, como son las legítimas, reservas, etc. Además, el contrato sucesorio es un acto de ejercicio de libertad humana y del poder de autonomía, por lo que si al otorgar el contrato la libertad se pierde, es justamente porque se ha ejercitado; por ello no comparto la opinión del legislador de no admitir dichos pactos. En cualquier caso, la mayoría de las empresas familiares, en el momento de elaborar su protocolo, incluyen una serie de previsiones sucesorias que en la práctica suelen ser pactos sucesorios encubiertos, por lo que su validez quedaría en entredicho al infringir la prohibición general.

Para aquellos territorios en donde es aplicable el Derecho común, la alternativa a los pactos sucesorios radica en la facultad de partición de los bienes, entre los que se encuentra la empresa familiar, que el artículo 1056 del Código Civil otorga al testador, y

⁴²⁵ Véase. BOSCH CARRERA, “Aspectos civiles...”, pg.111.

⁴²⁶ El Código Civil dispone expresamente que: “sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056” (art. 1271 CC).

que prevalecerá sobre cualquier otra⁴²⁷ siempre que ésta sea válida y “no perjudique a la legítima de los herederos forzosos” (art. 1056 del CC)⁴²⁸. Desde la perspectiva del sujeto activo cabe distinguir dos tipos de partición: la judicial y la extrajudicial. Además, ésta última puede ser realizada por el propio testador, por el contador partidor testamentario o dativo⁴²⁹, o por unanimidad entre los coherederos o por arbitraje⁴³⁰.

El testamento, en el ámbito de la empresa familiar, juega un papel muy importante. A parte de expresar la voluntad del testador, puede no solo disponer de su patrimonio, sino distribuir el caudal hereditario de la manera que considere más oportuna, asignando bienes concretos a los herederos⁴³¹. Con esta partición se impide el nacimiento, o pone fin, a la comunidad hereditaria, además de que el empresario puede asignar sus bienes entre los coherederos teniendo en cuenta sus aptitudes en relación con la empresa⁴³².

Respecto a esta cuestión, cierto sector doctrinal pone en tela de juicio que sea el testador quien se halla en la mejor situación para conocer a sus herederos, y transmitir así la empresa a aquel o aquellos que considere más aptos⁴³³. A mi entender, este no es el motivo que justifica y da importancia a la partición hecha por el testador, sino que su

⁴²⁷ Así se establece por el art. 1058 del Código Civil el cual dispone los herederos podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente siempre y “cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad”. Estableciendo el art. 1059 del mismo *corpus* legal como último recurso la partición judicial.

⁴²⁸ Esta primacía de la partición hecha por el testador se sustrae de lo establecido en el art. 1058 del mismo *corpus* legal cuando dispone: “cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otros esta facultad...” (art. 1058 CC). Resulta interesante mencionar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2007, la cual aborda un abuso de derecho en cuanto que, además de no respetar la verdadera voluntad de la testadora, supone una infracción de los derechos legitimarios al constituirse una sociedad anónima familiar con el carácter de testamentario, a la que se aportan todas las fincas pertenecientes al difunto aunque los socios pueden seguir disfrutando de dichos inmuebles. Al cabo de unos años el administrador de tal sociedad pretende privar a uno de los socios legitimarios del uso de los inmuebles aportados por éste mismo. (cfr. STS (Sala 1^a). de 21 de septiembre de 2007).

⁴²⁹ Sobre la partición dativa véase. la STS (Sala 1^a). de 21 de octubre de 2005, la cual dispone que, en caso de no hubiese conformidad respecto de las operaciones efectuadas por el contador-partidor asignado, el asunto se tramitará a través del juicio que por cuantía corresponda.

⁴³⁰ Quedaría sometida a lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁴³¹ Cfr. LLOPIS GINER, op. y loc. cit., pg.56.

⁴³² LACRUZ y SANCHO REBULLIDA entienden que el fundamento de la partición hecha por el testador se halla “en la mejor situación que ocupa el testador respecto de cualquier otro para conocer las aptitudes de los legatarios y herederos (...) y evita la pugna y litigios que inevitablemente surgen del estado de comunidad y las operaciones divisorias” (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pg.270). Aun así, y considerando que debería evitarse, en las empresas familiares existe una cierta propensión a incorporar en cargos directivos a los miembros familiares sin tener en cuenta las aptitudes y preparación para tales puestos (véase. WESTHEAD y HOWORTH, “Ownership and management issues associated with family firm performance and company objectives”, *Family Business Review*, vol. 19, núm. 4, 2006, pg.301).

⁴³³ Véase. LLOPIS GINER, op. y loc. cit., pg.57.

fundamento radica en el poder dispositivo *mortis causa* del causante. Éste no puede ser discutido puesto que es el que determina la exclusión de cualquier otra partición realizada.

Además, la modificación introducida por la Ley de sociedad limitada Nueva Empresa sobre el apartado segundo del artículo 1056 del Código Civil, y con el fin de preservar la integridad de la empresa, otorga al testador la facultad de efectuar una partición especial. Dispone que pagar la legítima en metálico a los demás interesados, en un plazo máximo de cinco años, y siendo posible realizarlo con efectivo extrahereditario. Esta última cuestión refuerza todavía más la importancia de la partición hecha por el testador.

Por otro lado, la partición arbitral también puede resultar de gran interés para esta tipología de entidades. Considero que la incorporación a través de una disposición testamentaria y como medio accesorio de tal figura jurídica, es muy útil para solucionar las diferencias que pudieran surgir entre los herederos forzosos o legatarios⁴³⁴. De esta forma, se aseguraría todavía más el cumplimiento de la voluntad del testador ante posibles complicaciones en la sucesión íntegra de la empresa. Aun así, seguiría existiendo el peligro de poder ejercitar la facultad concedida por el artículo 402 del Código Civil. A través de él, los interesados pueden encomendar a un tercero la realización de la partición. De ser así, el designado no dispondrá de las directrices a seguir que el causante hubiese querido para la distribución de su patrimonio.

El artículo 1056 del Código Civil, admite que la partición hecha por el testador pueda ser por acto *inter vivos* o por última voluntad. La primera de ellas es la que da lugar a dudas sobre si su naturaleza es la de un contrato sucesorio. A tal efecto, se debe tener en cuenta que el precepto hace referencia únicamente a la figura del testador, y no incluye ningún otro concepto; además, su función es la de legitimar el ejercicio de la facultad contenida en tal artículo, y aunque el calificativo *inter vivos* alude a una partición acordada entre el testador y sus herederos, se trata de un simple acto particional que se sustenta en un acuerdo de voluntades. Por tanto, no podrá alterar la naturaleza revocable del testamento -anterior, simultáneo o posterior-, al que necesariamente debe estar vinculado,

⁴³⁴ “También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia” (art. 10 LA).

por lo que no podrá considerarse como un pacto sucesorio. De esta forma, aunque de la remisión que el artículo 1271 del Código Civil hace al artículo 1056 del mismo texto legal se pudiera llegar a entender que se trata de una de una partición mutuamente acordada, los efectos de la que se realiza a través de testamento así como por acto *inter vivos* apenas se distinguen, pues el causante siempre la podrá modificar⁴³⁵.

Sin embargo, el problema de la sucesión puede no tener su origen en la partición, sino en la licitud de aquellas cláusulas protocolarias que obliguen a los miembros de la familia empresaria a testar en un determinado sentido⁴³⁶ o a no revocar el ya otorgado. Ante esta cuestión, entiendo que no es posible exigir, ni por la vía amistosa ni por la judicial, que el contenido de un testamento refleje lo dispuesto en el protocolo⁴³⁷. Aun así, cierto es que la legislación admite como excepción a la regla general, celebrar contratos que tengan por objeto practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales (cfr. art. 1271 CC). Por tanto, en Derecho común, los únicos pactos admisibles en el ámbito de la sucesión de la empresa son aquellos que tienen un carácter particional. Por tanto, a mi juicio, este sería el camino a seguir para asegurar la continuidad de la empresa.

En este sentido se ha pronunciado EGEA FERNÁNDEZ. Ejemplifica el supuesto en el que un protocolo contenga una cláusula que obligue al empresario a realizar una partición *inter vivos*, en virtud de la cual asigne la empresa a un heredero en concreto. Para este autor, el protocolo no contiene un auténtico pacto sucesorio, pues se limita a recomendar la realización de la partición en un determinado sentido, y en ningún caso podrá suponer una obligación de hacer⁴³⁸. Comparto esta postura basándome en la revocabilidad del testamento o, en su caso, la libertad para modificar el criterio particional. Es decir, considero que aunque finalmente el empresario hubiese optado por realizar la partición *inter vivos* y hubiera instituido heredero de la empresa familiar a aquél que protocolariamente designaba, tal decisión no es definitiva. Esto se debe a que el testador

⁴³⁵ Véase. EGEA FERNÁNDEZ, loc. cit., pgs.18-19.

⁴³⁶ Cfr. HUERTA TROLEZ, loc. cit., 3, pg.50.

⁴³⁷ Este problema de validez no se plantea exclusivamente en los territorios donde los pactos sucesorios están expresamente prohibidos por el art. 1271.2 del Código Civil, sino también en los que los admiten (véase. JOURNÉ, op. y loc. cit., pg. 362; GONZÁLEZ BOU, op. y loc. cit., pg.758). En este sentido HUERTA TROLEZ considera que mientras subsista la prohibición de pacto sucesorio en el Derecho común, "las disposiciones testamentarias que incumplan o no respeten los pactos sucesorios del protocolo familiar son plenamente válidas y eficaces (HUERTA TROLEZ, loc. cit., pg.50)

⁴³⁸ Cfr. EGEA FERNÁNDEZ, loc. cit., pgs.12-13.

puede en cualquier momento otorgar nuevo testamento, dejando sin efecto las disposiciones contenidas en el anterior.

Con todo, no debe obviarse la posibilidad de que exista una cláusula estatutaria que prevea un derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones de la entidad familiar, para aquellos casos en los que se incumpla el protocolo. Ante esta situación prevalecerá lo dispuesto estatutariamente.

Por tanto, el empresario tiene total libertad para testar a favor de las personas que considere más aptas para dar continuidad a la empresa, y no cabrá ningún tipo de imposición externa para su redacción⁴³⁹. Aun así, la inclusión protocolaria de aquellos pactos que supongan la obligación de testar en un determinado sentido, no supondrán la invalidez del documento. Esto será así siempre y cuando hayan sido consentidos por todos sus firmantes, aunque su inobservancia testamentaria tampoco acarreará ningún tipo de consecuencia.

En conclusión, como en Derecho común están prohibidos los pactos sucesorios, y con el único objetivo de mantener la empresa en el seno familiar, considero necesario que el empresario realice la partición de todos sus bienes. Para ello es aconsejable, aunque no imprescindible⁴⁴⁰, que se realice mediante testamento en el que, además, deberán distinguirse qué bienes corresponden al patrimonio personal y cuáles integran el empresarial. De esta forma se asegura el cumplimiento de la voluntad del testador respecto del reparto de los bienes.

⁴³⁹ Véase a tal efecto, el art. 670 del Código Civil del que se desprende el carácter personalísimo del testamento, así como la prohibición contenida en el mismo *corpus* legal que dispone: “Será nula la disposición hecha bajo la condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o de otra persona” (art. 794 CC).

⁴⁴⁰ El testador, si lo desea, puede efectuar la partición al margen de las solemnidades propias del testamento (cfr. EGEA FERNÁNDEZ, loc. cit., pg.18).

2.4. ESTUDIO COMPARADO: LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR EN FRANCIA

2.4.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: MEDIOS DE TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR EN FRANCIA

En Francia, la empresa familiar no es en sí misma una forma de organización social, ya que no se halla legalmente definida. Como ocurre en España, adoptará dicho calificativo cuando sea una familia la que ostente la propiedad o una participación mayoritaria sobre la sociedad. Así pues, y en lo que al presente trabajo interesa, me centraré en el estudio de los medios de transmisión de la empresa familiar, de tal forma que ésta pueda sobrevivir a los distintos cambios generacionales.

Las empresas familiares francesas pueden transmitirse bien por un acto *inter vivos* o bien *mortis causa*. El primer caso, suele darse cuando el fundador piensa ya en su jubilación o cuando pretende evitar los problemas implícitos en toda sucesión, teniendo la posibilidad de transmitir la empresa mediante donación o venta. El segundo caso, puede sobrevenir por sucesión *ab intestato*, o a través de un acto a causa de muerte, y se materializa en tres supuestos: a través de testamento, por acuerdo entre los herederos (pactos sucesorios) o mediante la designación de una persona de confianza.

1) Transmisión de la empresa familiar por un acto *inter vivos*

Este tipo de transmisión puede realizarse, principalmente, mediante dos formas distintas: por un lado, a través de una donación que, desde el punto de vista sustantivo, presenta importantes ventajas, pues se configura como un anticipo en vida de la herencia futura. A tal efecto, deberá ser reintegrada al caudal relicto para poder elaborar el correspondiente inventario, lo que permitirá calcular qué parte de la herencia corresponde a cada heredero. Por otro lado, mediante la venta de la empresa a un descendiente, que consiste en un negocio jurídico oneroso a cambio de dinero u otra contraprestación económica. Permitirá al transmitente obtener los recursos necesarios para atender las necesidades de su vejez, y al mismo tiempo ayudará a simplificar su sucesión ya que el reparto entre sus herederos será mucho más simple.

La venta de la empresa no implica la desaparición de las dificultades que toda sucesión conlleva, si bien es cierto que el riesgo disminuye considerablemente en aquellos casos en los que se efectúa a precio de mercado, y el heredero que la compra la paga inmediatamente al causante.

Existe también la posibilidad de que en lugar de una venta pura y simple, el causante puede quedarse con el usufructo de la empresa y tan solo transmitir la nuda propiedad a su descendiente. Sin embargo, esta situación puede resultar poco atractiva para el descendiente beneficiario, ya que de esta manera no podrá disponer de los beneficios que ésta reporta.

Por último, cabe destacar que este tipo de operaciones pueden resultar peligrosas, pues la administración tributaria podría considerar que, al fallecimiento del causante, todos los bienes que tuviera en usufructo y cuya nuda propiedad fuese de alguno de sus herederos, deberían formar parte del caudal relicto, con la única finalidad de valorar su importe (cfr. art. 751 CGI). De este modo, el valor de la empresa familiar sería incorporado a la masa hereditaria del causante.

2) Transmisión de la empresa familiar *mortis causa*

2.1) Transmisión empresa familiar vía sucesión *ab intestato*

Cuando el causante fallece sin haber otorgado testamento, sus herederos adquirirán de forma automática tanto su activo como su pasivo, entre los cuales se encuentra la entidad familiar, que pasará a formar parte de éstos bajo un régimen de indivisibilidad. Esto puede comportar un grave riesgo para la continuidad de la empresa, pues ciertas decisiones pueden ser bloqueadas si existe desacuerdo entre los herederos⁴⁴¹.

Tan solo la partición puede acabar con la situación de indivisión, no existiendo ninguna norma que obligue a ponerle fin, por lo que puede durar varios años. No obstante, debe tenerse en cuenta que la partición puede representar un peligro para la empresa. De

⁴⁴¹ La reforma de 2006 limita la regla de la unanimidad a ciertos actos, admitiendo una mayoría compuesta por 2/3 para tomar decisiones sobre la explotación de un bien indivisible tales como efectuar actos de administración, la designación de un mandatario, vender un bien indivisible para pagar las deudas y las cargas de la indivisión, etc. (cfr. art. 815-3 CCF).

ahí las reglas que permiten mantener la indivisibilidad durante alguna temporada (véase arts. 820 a 824 CCF). Siempre será preferible que los herederos lleguen a un acuerdo sobre el reparto del caudal relicto, aunque de no ser así podrán pedir auxilio judicial. Esto supondría un riesgo para la continuidad de la empresa, puesto que podría no ser atribuida en su integridad a un solo heredero.

Cuando se produce la sucesión *ab intestato*, la descendencia común de los esposos se reparte el caudal relicto a partes iguales. Si existe cónyuge sobreviviente, éste podrá escoger entre quedarse con el usufructo de todos los bienes que componen el caudal relicto, o bien la propiedad de una cuarta parte de los mismos, siendo esta última opción la única de la que dispone el cónyuge para el caso de que no existan hijos en común (cfr. art. 757 CCF).

Si tenemos en cuenta que la ley permite bajo ciertas condiciones efectuar una atribución preferente sobre un bien de la herencia (cfr. art. 831 CCF), para aquellos casos en los que la empresa sea el único bien, o el de mayor valor, que compone el patrimonio relicto, y con el fin de mantener la integridad de dicha empresa, el causante podría atribuirle a uno de sus herederos. Tendría, eso sí, la obligación de indemnizar a los demás coherederos. Si no se lograra alcanzar un acuerdo sobre dicha indemnización, la empresa deberá ser vendida a terceros, y el resultante se repartirá entre los herederos; aunque es posible solicitar que se posponga la venta si se pudiera justificar que el importe que, en ese momento, se obtendría por la misma fuese significativamente menor al valor real de la empresa (cfr. art. 815-2 CCF). En estos casos se mantendrá, por un periodo determinado, la copropiedad de los herederos respecto a la empresa con las dificultades de gestión que conlleva.

2.2) Transmisión de la empresa familiar por un acto a causa de muerte

Con la finalidad de evitar la aplicación de las reglas de la sucesión *ab intestato*, el propietario de la entidad familiar puede prever la manera en la que quiere que su empresa sea transmitida tras su fallecimiento de tres formas distintas:

2.2.1) La atribución de la empresa a un descendiente a través de testamento.

El causante puede atribuir vía testamentaria su empresa a un descendiente⁴⁴². Aun así, a pesar de las disposiciones que contiene, los herederos pueden acordar repartir el caudal relicto de una forma distinta a la dispuesta por el causante. No obstante, el causante tiene la facultad de imponer su partición a través del denominado *testament-partage*. Ante esta situación, los beneficiarios deberán acatar lo dispuesto por éste o renunciar a su calidad de heredero⁴⁴³. De esta forma, el causante podrá transmitir la totalidad de la empresa a un solo descendiente, sin que los demás herederos puedan oponerse, siempre y cuando su valor no supere la cuota disponible, puesto que de ser así lesionaría sus reservas y podrían ejercitar una acción de reducción (cfr. arts. 1080 y 1077-2 CCF). Con todo, y pese a darse esta situación, la ley admite que el beneficiario con la empresa familiar pueda conservarla, siempre y cuando indemnice a los demás herederos (véase. arts. 831, y 924 y ss. CCF).

2.2.2) El acuerdo entre los herederos: pactos sucesorios

En vida del causante, conseguir un acuerdo entre los herederos sobre el reparto de su patrimonio, entre los que se encuentra la empresa familiar, es el mejor medio para evitar litigios tras su fallecimiento. Al mismo tiempo asegura una sucesión en las mejores condiciones posibles.

Por ello, el derecho francés, admite dos figuras jurídicas que ayudan a alcanzar dicho fin: la *donation-partage* y la renuncia anticipada a la acción de reducción. No obstante, no profundizaré ahora en ellas, puesto que serán objeto de estudio más adelante.

2.2.3) La designación de una persona de confianza

Esta fórmula jurídica se utiliza normalmente para aquellos casos en los que se prevé la posibilidad de que el causante fallezca antes de que su descendiente haya alcanzado la mayoría de edad; o cuando todavía no ha adquirido las competencias necesarias para llevar

⁴⁴² En Derecho francés las disposiciones testamentarias pueden ser: universales, a título universal o a título particular (cfr. art. 1002 CCF).

⁴⁴³ Véase. GRIMALDI, “Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006”, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 46, noviembre 2006.

el control de la entidad; o bien simplemente para asegurar que la gestión de la misma no se verá obstaculizada mientras la liquidación de la sucesión esté en curso.

Consiste en nombrar a una persona de confianza que se encargará de administrar la empresa durante el tiempo necesario hasta que el descendiente del causante pueda asumir la propiedad. Su función consiste en supervisar y tomar las medidas necesarias para la correcta ejecución del testamento (cfr. art. 1029 CCF), aunque el causante puede ampliar sus poderes y atribuirle la facultad de gestionar el patrimonio que compone la sucesión. Su mandato no puede exceder de dos años, a excepción de decisión judicial (cfr. art. 1032 CCF). Esta función se ejerce a título gratuito, aunque el causante puede atribuirle un legado particular como compensación por los servicios prestados (cfr. art. 1033-1 CCF).

Tras la reforma de 2006, se introduce en Derecho francés la figura jurídica del mandato a efectos póstumos (cfr. arts. 812 a 814-1 CCF), a través del que el causante puede conferir a un tercero la gestión de sus bienes para después de su muerte, siempre que exista un interés legítimo en favor del heredero o del patrimonio sucesorio⁴⁴⁴. Tiene la naturaleza de un contrato que se otorga entre el causante y el mandatario⁴⁴⁵ y su duración no puede, en principio, exceder de dos años, aunque puede prolongarse por decisión judicial; o puede llegar a los cinco años en caso de que exista un menor de edad o un incapacitado, o incluso la necesidad de generar activos en la empresa (cfr. art. 812-1-1 CCF). Esta figura jurídica está especialmente diseñada para asegurar la continuidad de las empresas familiares a pesar de un fallecimiento temprano de su propietario.

2.4.2. REFORMAS EN EL ÁMBITO SUCESORIO FRANCÉS: ADMISIÓN DEL PACTO SUCESORIO

En los últimos años, el Derecho sucesorio francés ha sido objeto de importantes modificaciones, entre las que destacan la promulgación de la Ley de 3 de diciembre de 2001, relativa a los derechos del cónyuge superviviente e hijos extramatrimoniales⁴⁴⁶; la

⁴⁴⁴ “Le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé” (art. 812-1-1 CCF).

⁴⁴⁵ Para que sea válido es necesario que el mandatario acepte su mandato antes del fallecimiento del causante.

⁴⁴⁶ El objetivo de dicha ley fue la modificación de los derechos en la sucesión del cónyuge supérstite y la eliminación de la discriminación de los hijos extramatrimoniales que hasta entonces existía (véase. LDCSEA).

Ley de 23 de junio de 2006, de reforma de las sucesiones y donaciones; y la Ley de fiducia de 19 de febrero de 2007.

A diferencia de la legislación española, en Francia no existe la figura de la legítima, aunque disponen de la denominada reserva hereditaria (*réserve héréditaire*)⁴⁴⁷, cuyos efectos pueden resultar análogos, a pesar de que ambos conceptos jurídicos tienen distintas finalidades; la de la legítima es asegurar la manutención de los miembros familiares⁴⁴⁸, mientras que la de la reserva es la conservación de los bienes dentro del núcleo familiar.

Al hilo de lo anterior, otra de las diferencias con el sistema español es que la cuota en la herencia para satisfacer el derecho a la reserva de los descendientes variará en función del número de éstos que la concurren. Es decir, si tan solo existe uno, ésta será sobre la mitad del caudal relicto; en caso de que sean dos, les corresponderán los dos tercios; y si fueren tres o más, obtendrán los tres cuartos de la herencia, siendo este último el límite máximo del que se puede componer la reserva (cfr. art. 913 CCF). Además, y solo para el caso de que no existan descendientes del causante, el cónyuge superviviente también tendrá derecho a la reserva dentro del límite de un cuarto (cfr. art. 914-1 CCF)⁴⁴⁹.

Con todo, y dada su novedad, debo resaltar el gran impacto que ha tenido para el Derecho sucesorio francés la publicación de la Ley nº 2006-728, de 23 de junio. Se ha nutrido tanto de anteriores trabajos elaborados por la doctrina⁴⁵⁰, como de antiguos proyectos de ley⁴⁵¹; así como de propuestas de grupos de trabajo que trataban sobre las liberalidades⁴⁵²; y de medidas recomendadas por los notarios⁴⁵³, si bien solo producirán efectos sobre aquellas sucesiones abiertas con posterioridad a uno de enero de 2007,

⁴⁴⁷ La reserva está contemplada por el art. 912 del *Code Civil*. No obstante, la ley no determina expresamente qué debe entenderse por reserva hereditaria, sino que debe interpretarse a *sensu contrario*, es decir, se deberá atender a lo que legislativamente se regula como parte de libre disposición, y de ahí se delimita, indirectamente, lo que significa la reserva. (véase. arts. 913 a 919 CCF; MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 5ª ed, Defrénois, Paris, 2012, pg.309).

⁴⁴⁸ Aunque a mi entender, hoy en día la figura de la legítima ha perdido su razón de ser, ya que el aumento de la expectativa de sobrevivencia de las personas, ha conllevado a la falta de necesidad de un porcentaje de la herencia para sobrevivir, por lo que apoyo la tesis que defiende su eliminación en el sistema jurídico español.

⁴⁴⁹ La reforma de 2006 ha suprimido la reserva de los ascendientes.

⁴⁵⁰ Cfr. NICOD, “L’anticipation de la succession”, *La Semaine Juridique Édition Notariale et Immobilière*, nº 12, marzo 2006, étude 1136, pgs.607-611.

⁴⁵¹ Véase. Projet de loi de l’Assemblée nationale, nº 511, modifiant le *Code Civil* et relatif aux successions du 21 décembre 1988 ; Projet de loi de l’Assemblée nationale, nº 2530, relatif aux droits des héritiers du 23 décembre 1991 ; Projet de loi de l’Assemblée nationale, nº 1941, relatif aux successions du 8 février 1995 ; Proposition du Sénat nº 2002 du 22 mai 2002.

⁴⁵² Véase. CARBONNIER y otros, *Des libéralités, une offre de loi*, Defrénois, Paris, 2003.

⁴⁵³ Véase. AAVV., *La dévolution successorale: 72e Congrès des notaires de France*, Promaplans, Paris, 1975.

aunque la liberalidad hubiese sido otorgada con anterioridad a dicha fecha (cfr. art. 47 LRDL).

Esta reforma, además de muy esperada⁴⁵⁴, se enfrentaba a diversos desafíos: en primer lugar demográficos, puesto que cada vez aumenta más la esperanza de vida de las personas, y los sucesores heredan a una edad más avanzada, con lo que la reserva deja de cumplir su función principal⁴⁵⁵; en segundo término económicos, fruto de las dificultades propias de la transmisión de cualquier empresa; y por último sociológicos, consecuencia de las familias reconstruidas.

Así pues, con la publicación de esta nueva ley se han introducido varios e importantes cambios⁴⁵⁶. Entre ellos destacan la supresión de la reserva de los ascendientes (cfr. art. 12 LRSL), la admisión del derecho de representación en la sucesión cuando el llamado ha renunciado a su parte (cfr. art.805 LRSL), y los pactos sucesorios; estos últimos por la vía de la nueva regulación de la renuncia anticipada a la acción para reclamar la reducción de las liberalidades cuando éstas perjudiquen a la reserva. Aun así, el Derecho francés sigue manteniendo el principio de la prohibición de los pactos sucesorios. No obstante, con esta reforma de 2006, el legislador lo que ha hecho es introducir, como excepción a dicha prohibición general, la posibilidad de realizar ciertos actos cuyos efectos son los mismos que los pactos sucesorios⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ La legislación que regulaba la transmisión patrimonial había quedado desfasada respecto a la gran evolución que han hecho las empresas. Por tanto era necesario afrontar una reforma con el objetivo de atribuir un mayor poder de distribución de quién desea transmitir su patrimonio, y más aún cuando se cuenta con el acuerdo y aprobación de los herederos (véase. E. de. M. LRSL ; DAURIAC, “La renonciation anticipée à l’action en réduction”, *Recueil Dalloz*, nº 37, 2006, pg.2574). Es más, esta idea dio origen a los denominados “pactos de familia”, los cuales buscan primar los acuerdos familiares sobre la voluntad del causante (cfr. LE GUIDE, “La loi du 23 de juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.- Vue panoramique”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, nº 30, 2006).

⁴⁵⁵ “Les successions ne remplissent plus leur rôle traditionnel d’établissement dans la vie” (Rapport du Sénat, nº 343 du 10 de mai 2006, pg.23).

⁴⁵⁶ Véase. LEROYER y ROCHFELD, “Commentaire de la loi nº 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, nº 3, Juillet/Setembre, 2006, Dalloz, pgs.612-623.

⁴⁵⁷ Tal y como afirma YANN FAVIER, la prohibición de celebrar pactos sucesorios sobre la herencia futura sigue vigente y continua siendo un principio de Derecho sucesorio (art. 722 CCF), de Derecho de obligaciones (art. 1130 CCF), y aplicable también al régimen conyugal (art. 1389 CCF) (véase. FAVIER, “Nouveautés en matière de pactes successoraux”, *Journée d’étude en Droit comparé*, UNIL-Lausanne, 5 mars, 2007). Véase también. BAILLON-WIRTZ, “Que reste-t-il de la prohibition des pactes su succession future?.- À propos de la loi du 23 juin 2006”, *Droit de la famille*, nº 11, Étude 44, novembre 2006.

Todas estas modificaciones están encaminadas a facilitar la transmisión de los patrimonios familiares, favoreciendo así la continuidad de sus empresas a lo largo de los años, si bien centraré mi estudio en dos alternativas: en primer lugar, la figura de la *donation-partage*; y en segundo lugar, la posibilidad de celebrar pactos de renuncia anticipada a la acción de reducción.

2.4.3. LA DONATION-PARTAGE

Con anterioridad a la publicación de la ley de 5 de enero de 1988, relativa al desarrollo y la transmisión de las empresas, el Derecho francés utilizaba como única vía para la transmisión de las empresas familiares la fórmula de la atribución preferente a uno de sus herederos. Sin embargo, dado su escaso éxito, el legislador, a través de dicha ley, optó por recuperar en su ordenamiento jurídico la figura de la *donation-partage*, como medio alternativo para lograr este objetivo. La principal novedad de esta figura –presente en el *Code Civil* desde 1804- es la posibilidad de llamar a un tercero no heredero a la partición, para transmitir la empresa con unas contraprestaciones concretas.

La *donation-partage* se caracteriza por reunir en un mismo instrumento jurídico dos figuras completamente distintas: la donación y la partición. En su calificación como donación, el disponente distribuye sus bienes presentes⁴⁵⁸ de forma irrevocable entre sus descendientes, aunque es posible que se reserve el usufructo de los bienes donados, o incluso establezca sobre ellos un derecho de retorno. En su aspecto particional, al no tratarse de una donación simple, debe tener por objeto un auténtico reparto entre los herederos, por lo que deben ser, como mínimo, dos. Además, a diferencia de lo que ocurre con la partición ordinaria, los beneficiarios tan solo tienen la facultad de aceptar o rechazar las atribuciones asignadas, no pudiendo acordar con los demás beneficiarios un reparto distinto del establecido por el disponente. Es por ello que la *donation-partage* es considerada como un acto de autoridad⁴⁵⁹.

Este tipo de operaciones, a pesar de ser un anticipo sucesorio en favor de los beneficiarios, nunca podrán ser consideradas por los herederos reservatarios como una

⁴⁵⁸ “La donation-partage ne peut avoir pour objet que des biens présents” (art. 1076, párr. 1, CCF)

⁴⁵⁹ Cfr. TISSERAND-MARTIN, “La donation-partage et la transmission d’entreprise”, *Petites affiches-Le Quotidien Juridique-La loi*, nº 129, junio 2007 (lextenso.fr PA200712906).

mejora, ya que los bienes donados pasarán a ser de su propiedad imputándose prioritariamente sobre su parte de la reserva, y sin poder colacionar a la sucesión del causante⁴⁶⁰. Las atribuciones realizadas a los herederos no reservatarios no podrán, en ningún caso, perjudicar a la reserva.

La ley admite que la donación y la partición puedan formalizarse mediante actos separados, siempre que el disponente intervenga en cada uno de ellos manifestando que se trata de un mismo negocio jurídico (cfr. art. 1076.2 LRSL). Además, se amplía el número de personas beneficiarias a aquellos descendientes del disponente que no tengan el carácter de presuntos herederos⁴⁶¹. Así pues, la autoridad antes mencionada ha pasado de ser la que ejercía un padre sobre sus hijos a centrarse a la que éste tiene sobre la propiedad de un bien o derecho⁴⁶².

Existen múltiples combinaciones para favorecer las operaciones de reparto de los bienes de los ascendientes, entre los que cabe destacar:

1) *Donation-partage cumulative*. A través de la cual un ascendiente puede repartir sus propios bienes y los de su cónyuge premuerto. En este último caso, es preciso que los beneficiarios tengan la condición de herederos del premuerto. Además, para que pueda producirse esta *donation-partage* el ascendiente donante debe tener bienes propios para distribuir⁴⁶³. En caso de revocación, el donante solo puede recuperar aquellos derechos de los que fuere titular anteriormente y que hubiese donado personalmente. Además, la jurisprudencia considera que este acto no es rescindible por causa de lesión, incluso al referirse al reparto de los bienes del ascendiente premuerto⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Cfr. SERIAUX, *Successions et libéralités*, Ellipses, Paris, 2013, pg.236.

⁴⁶¹ Véase. BERGER y RICHE, “Les nouvelles donations-partages”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, nº 38, étude 1303, 2006, pgs. 1667-1670; LE GUIDEC, “Les libéralités-partages”, *Recueil Dalloz*, nº 37, 2006, pgs.2584-2586; TISSERAND-MARTIN, “La nouvelle dynamique de la donation-partage”, *Actualité Juridique Famille*, nº 10, 2006, pgs.349-355.

⁴⁶² La *donation-partage*, en la actualidad, es posible utilizarla en todo tipo de configuraciones familiares, ya que tan solo es necesario que existan, como mínimo, dos herederos presuntos para poder utilizarlo. Por ejemplo, es posible asociar a una misma *donation-partage* al cónyuge siempre que tenga la cualidad de presunto heredero y un único heredero reservatario; o bien es posible realizarla en provecho de ascendientes o parientes colaterales, siempre que ostenten la cualidad de presuntos herederos en la fecha de la formalización del acto.

⁴⁶³ Véase. Cass. civ. 1re, 21 novembre 1979, *Bull.civ.* I, nº 316.

⁴⁶⁴ Véase. Cass. civ. 1re, 22 novembre 2005, *Bull.civ.* I, nº 426.

2) *Donation-partage conjontive*. Es aquella a través de la cual dos cónyuges pueden proceder conjuntamente al reparto entre sus hijos comunes de sus bienes personales. En caso de que existan descendientes no comunes, dicha donación también será posible, siempre y cuando los bienes objeto de donación procedan directamente del ascendiente consanguíneo.

En cuanto a la transmisión de la empresa, el nuevo enfoque que la ley de 23 de junio de 2006 otorga a esta particular forma de liberalidad, abriendo considerablemente el campo de aplicación de la *donation-partage*, le ha permitido ampliar su marco, deliberadamente estricto, para convertirse en un instrumento muy útil para la sucesión anticipada.

Así pues, bajo la ley anterior, de 5 de enero de 1988, un tercero podía ser llamado a una *donation-partage* siempre y cuando entre los bienes distribuidos figurase una empresa, pudiéndole atribuir, en propiedad o usufructo, bienes materiales o inmateriales afectos a la explotación de la misma. No obstante, dicha ley solo contemplaba la transmisión de empresas individuales, siendo por tanto imposible su aplicación a la transmisión de una entidad explotada de forma societaria. Tras la reforma de 2006 se permite incluir en las atribuciones los derechos de una sociedad que explote una actividad con carácter comercial, industrial, artesanal o liberal con la única condición de que el disponente ejerza una función dirigente sobre la misma.

Anteriormente, la *donation-partage* solo podía hacerse entre los hijos del *de cujus*, que son siempre herederos reservatarios. La ley de 2006 permite por primera vez la *donation-partage* entre cualquier persona llamada directamente a heredar, e incluso la realizada por el abuelo respecto de sus nietos o bisnietos.

En el momento de formalizarse el acto de la *donation-partage*, pueden darse dos situaciones distintas en función de si existen o no herederos reservatarios. En ausencia de éstos, el disponente tiene total discreción a la hora de repartir sus bienes entre los presuntos herederos. Por el contrario, cuando existen herederos reservatarios es cuando aparece la auténtica especificidad de la *donation-partage*, sobre todo en aquellos casos en los que todos los presuntos reservatarios acepten la composición y valoración del lote que se les asigna. En estos casos, la regla de valoración a la fecha del acto constituye una garantía de

estabilidad para el futuro, estabilidad necesaria para la transmisión de empresas, pues permite evitar que se ejercite la acción de reducción por afectar a la reserva al fallecimiento del causante.

Una de las principales finalidades de la reforma de 2006 es la de facilitar el traspaso generacional de las empresas. El aumento de la esperanza de vida ha propiciado el retraso de las transmisiones patrimoniales hereditarias, y es frecuente que a la apertura de la sucesión, los hijos del causante tengan una avanzada edad y ya dispongan de patrimonio suficiente para cubrir sus necesidades. Por ello, no es raro que expresen su deseo de hacer beneficiarios a sus propios descendientes del patrimonio sucesorio que la ley les reserva. Así pues, en este contexto la ley de 23 de junio de 2006 ha adaptado el régimen de la *donation-partage* de tal forma que favorezca el salto generacional⁴⁶⁵. De todos modos, para que este tipo *donation-partage* sea válida, es indispensable contar con el consentimiento del hijo del disponente⁴⁶⁶, que renuncia en todo o en parte a sus derechos hereditarios en provecho de sus descendientes (cfr. art. 1075-2 CCF).

De este modo, la *donation-partage* adopta la forma de un pacto de familia, y se diferencia de la renuncia anticipada a la acción de reducción en que en ésta última existe una voluntad abdicativa que atenta contra la reserva, mientras que la *donation-partage* respeta su espíritu y la convierte en un acto demostrativo de la importancia que las futuras generaciones tienen para la continuidad de las empresas.

Gracias a la *donation-partage* transgeneracional es posible sortear el principal obstáculo que impedía utilizar esta figura jurídica a aquellos ascendientes con un solo hijo. Así pues, es posible realizar un reparto anticipado entre este hijo único y sus descendientes, o incluso únicamente entre dichos descendientes (cfr. art. 1078-5 CCF). Con todo, la considerable ampliación de la *donation-partage* introducida gracias a la reforma de 2006 se halla dirigida a favorecer la transmisión anticipada de las empresas familiares. De este modo, y gracias a las múltiples posibilidades que les ofrece la nueva ley, pueden adaptarse a las necesidades concretas de cada familia y entidad.

⁴⁶⁵ Se le denomina *donation-partage* “transgeneracional”.

⁴⁶⁶ Descendiente en primer grado.

2.4.4. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LAS LIBERALIDADES EXCESIVAS

En principio, todas las liberalidades otorgadas por el causante sobre su patrimonio, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, son siempre válidas. No obstante, cuando superen la cuota disponible afectando a la reserva, tendrán la consideración de excesivas, pudiendo ejercerse por tanto la acción de reducción. En caso de que los herederos reservatarios hiciesen uso de esta prerrogativa, los beneficiarios de la liberalidad perderán todo o parte de su valor a favor de los primeros.

La ley de 23 de junio de 2006, fue la que estableció el principio por el que la reducción se ejerce sobre el valor de la liberalidad excedida, y no sobre esta misma, salvo algunas excepciones. Esto se deduce de lo dispuesto en el artículo 924 del *Code Civil* cuando dispone que el beneficiario debe indemnizar a los herederos por el exceso recibido, no imponiéndose la restitución de la cosa transmitida⁴⁶⁷. Con la anterior legislación dicho principio era a la inversa, es decir, la reducción *in natura* era la que prevalecía, salvo excepciones.

La reserva tiene como objeto la protección de los herederos reservatarios, por tanto, únicamente éstos están facultados para ejercitar la acción de reducción⁴⁶⁸. Aun así, esta potestad no es considerada como un derecho personal del reservatario, siendo legalmente posible que sus herederos, e incluso sus acreedores, puedan ejercer dicha acción de forma indirecta, esto es, actuando contra los derechos hereditarios adquiridos por éste⁴⁶⁹.

Los acreedores del difunto, por su parte, no pueden actuar a menos que tuviesen un derecho real sobre el patrimonio del difunto, como pudiese ser el caso de una hipoteca, por ejemplo. Aun así, si el heredero reservatario hubiese efectuado una aceptación simple de la sucesión, los acreedores del causante pasarían a convertirse en acreedores personales del heredero y, en base a dicho título, podrían actuar sobre los bienes hereditarios.

⁴⁶⁷ “Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité...” (art. 924 CCF).

⁴⁶⁸ Ni los donatarios, ni los legatarios, ni los acreedores del causante podrán exigir se ejercite la acción de reducción ni podrán, en su caso, beneficiarse de ella (cfr. art. 921 CCF)

⁴⁶⁹ Véase. art. 1166 del *Code Civil*; Cass.civ.1er, 20 octobre 1982, *Bull. civ.* I, n° 299.

No ocurre lo mismo cuando se trata de legados, ya que se hallan sometidos al principio *nemo liberalis nisi liberatus*, por lo que solo serán efectivos una vez se hayan satisfecho todas las deudas pendientes⁴⁷⁰. Así, en estos casos, los acreedores del causante pueden obstaculizar la ejecución del legado aunque no exista heredero reservatario. Por tanto, los herederos no reservatarios, los donatarios, y los legatarios quedan excluidos de poder solicitar la reducción, pero sí están facultados para controlarla⁴⁷¹.

El derecho a ejercer la acción de reducción se inicia con la apertura de la sucesión. Así pues, con la reforma de 23 de junio 2006, los plazos de prescripción de esta acción han sido modificados, fijándose en cinco años desde dicha apertura, o bien en dos años a partir del momento en el que los herederos han tenido conocimiento del daño que la liberalidad ha causado sobre su reserva, estableciéndose un límite máximo de 10 años a partir del fallecimiento del causante (cfr. párr. 2º art. 921 CCF)⁴⁷².

2.4.5. LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LIBERALIDADES POR LESIÓN A LA RESERVA

Es una de las figuras jurídicas más innovadoras introducida por la ley nº 2006-728, de 23 de junio, y se trata de un pacto sobre sucesión futura excepcionalmente autorizado por la ley (véase. art. 722 y párr. 2º art. 1130 CCF), cuyo objetivo principal es el de planificar anticipadamente una adecuada transmisión generacional de los bienes del futuro causante⁴⁷³. Únicamente es aplicable para aquellos supuestos en los cuales tanto la apertura de la sucesión como el acto de renuncia, se han producido a partir del uno de enero de 2007 (cfr. art. 47 LRSL).

⁴⁷⁰ Cfr. MALAURIE, op. cit., pgs.326-327.

⁴⁷¹ Cuando me refiero a que pueden controlar la reducción de las liberalidades me refiero a que, por ejemplo, pueden solicitar que una liberalidad se incluya dentro de la masa hereditaria, haciendo aumentar así la cantidad se corresponde con parte de libre disposición o bien exigir que sea respetado el orden de las reducciones así como el reparto de las liberalidades.

⁴⁷² Con anterioridad a la publicación de la Ley de 23 de junio de 2006, el plazo de prescripción estaba establecido en treinta años desde la apertura de la sucesión.

⁴⁷³ Véase. REVERDY, “La contractualisation de la transmission successorale”, *Petites affiches-Le Quotidien Juridique-La loi*, nº 33, febrero, 2007, pgs.4-7 (lextenso.fr PA200703301); ZALEWSKI, “la renonciation anticipée à l’action en réduction: imputation et/ou réduction?”, *Deffrénois*, nº 22, novembre, 2007, pag.1587 (lextenso.fr AD2007DEF1587N1).

A través de ella se atribuye al heredero reservatario la facultad de poder renunciar al ejercicio de la acción de reducción de una manera anticipada⁴⁷⁴. Sin embargo, para que tenga plenos efectos, es condición *sine qua non* que exista, en el mismo acto o en uno posterior, la aceptación del futuro causante y se haga a favor de una o varias personas determinadas (cfr. párr. 1º art. 929 CCF) -que pueden o no pertenecer a la familia-, y de las que no se requiere su expresa aprobación. No obstante, la renuncia no obliga al renunciante hasta el día en que el beneficiario de la liberalidad la acepta (cfr. párr. 1º art. 929 CCF).

A diferencia de lo que ocurre en el sistema español, la legislación francesa no contempla el que concurra un interés familiar. En mi opinión, esta situación puede suponer un peligro para las empresas familiares, ya que existe el riesgo de que el pacto se realice para favorecer la transmisión a favor de un tercero extraño, perdiendo así su calificativo de familiar. Aun así, y aunque dichos pactos no sean exclusivos para las entidades objeto de estudio, nada impide que éstas hagan uso de ellos.

En todo caso, la eficacia de la renuncia anticipada está condicionada al real favorecimiento, por parte del testador, sobre los objetos y personas que han sido exclusivamente designadas en el acto de la renuncia, por lo que de no efectuarse ni total o parcialmente la posterior liberalidad en las condiciones establecidas, el renunciante podrá solicitar la acción de reducción desde el momento de la apertura de la sucesión. Entiendo que no cabe incidir sobre esta cuestión; resulta totalmente lógico que de no acatarse lo dispuesto en el pacto, se produciría un incumplimiento y podría ser objeto de reclamación. De este modo, para que se produzca la renuncia anticipada, no solo se requiere la de voluntad del renunciante, sino también la intervención de otras dos personas más: el futuro causante y los beneficiarios de la misma.

Además, la ley establece tres condiciones para que una persona pueda renunciar anticipadamente a la acción de reducción, y cuyo incumplimiento supondría la nulidad del acto:

1) Ostentar la condición de presunto heredero reservatario (cfr. párr. 1º art. 929 CCF). A falta de éste podrán hacerlo sus descendientes y, en caso de no haberlos, el

⁴⁷⁴ “Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte” (párr. 1º art. 929 CCF).

cónyuge sobreviviente (cfr. art. 914-1 CCF). A mi juicio, no resulta conveniente que la decisión de establecer el pacto recaiga sobre este último, pues al pertenecer a la denominada “familia política”, puede no entrar en sintonía con los valores y filosofía de una empresa familiar, dificultando su transmisión en bloque a un miembro familiar. Por lo expuesto, no comparto la decisión del legislador de excluir a los ascendientes de la línea de sustitución del heredero reservatario⁴⁷⁵, y en cambio mantener al cónyuge supérstite.

2) Tener la misma capacidad que la exigida para las donaciones *inter vivos*, exceptuando expresamente al menor emancipado (cfr. párr. 1º art. 930-1 CCF)⁴⁷⁶. Su exclusión tiene origen en la prohibición legislativa que éstos tienen para disponer a título gratuito *inter vivos* (cfr. arts. 903 y 904 CCF). No obstante, en ocasiones, el juez puede autorizarlo siempre y cuando se aprecie un interés para el menor⁴⁷⁷. Del mismo modo, el incapacitado, aunque sea mayor de edad, tampoco puede renunciar anticipadamente, incluso cuando el tutor esté autorizado para ello (cfr. art. 509 CCF).

3) El consentimiento del renunciante no puede estar viciado por error, dolo o violencia (cfr. párr. 2º art. 930 CCF).

Además, el renunciante no podrá recibir nada en concepto de indemnización, ni imponer ninguna condición (cfr. párr. 3º art. 929 CCF)⁴⁷⁸; si bien, aunque los textos legales lo prohíben, es posible que el futuro causante, de forma separada, realice una donación a su favor como compensación. Cabe señalar que esta forma de proceder puede no tener los efectos deseados, pues al ser la renuncia y la donación dos actos completamente independientes, la falta de efectividad de cualquiera de ellos no implica la nulidad del otro.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la renuncia a la acción de reducción, esta es la de un acto unilateral⁴⁷⁹, pues genera obligaciones únicamente para el renunciante⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Con la publicación de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 se suprime, de forma expresa, a los ascendientes. “Dans l’article 914-1, les mots: “et d’ascendant” sont supprimés” (art. 12 LRSL).

⁴⁷⁶ La exclusión del menor emancipado tiene su origen en la prohibición legislativa que éstos tienen para disponer a título gratuito *inter vivos* (véase. arts. 903 y 904 CCF). No obstante, en ocasiones, el juez podría autorizarlo siempre y cuando se aprecie un interés para el menor (cfr. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Paris, 2009, pg.569).

⁴⁷⁷ Cfr. MASSIP, op. cit., pg.569.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, el renunciante no puede condicionar su acto a la suscripción de un contrato de seguro.

⁴⁷⁹ Cfr. FARGE, “Masse partageable en présence de libéralités: le rapport des libéralités”, en GRIMALDI (dir), *Droit Patrimonial de la famille*, 4ª ed, Dalloz, Paris, 2011, pg. 733; SERIAUX, op. cit., pg.137. Aunque no

Además, tiene un carácter irrevocable. No obstante, la propia ley establece tres supuestos excepcionales en los que dicha acción sí puede ser revocable: en primer lugar, cuando el beneficiario no cumple con sus obligaciones alimentarias para con el renunciante. En segundo lugar, cuando este último, en el momento de la apertura de la sucesión, se encuentra en un estado de necesidad económica que desaparecería si el pacto no se hubiese suscrito. En este caso deberá existir un equilibrio entre las necesidades económicas del renunciante y el valor de la liberalidad excesiva cuya revocación se solicita, siendo competencia del juez resolver sobre la cuestión. Y por último, si el beneficiario atenta contra quien ha renunciado a su favor.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación de 2006, la validez de la renuncia dependía del momento en la que se había efectuado, es decir, tenía unos efectos distintos según si había realizado antes o después del fallecimiento del causante.

Así pues, los herederos reservatarios no podían renunciar de forma anticipada, ya que se hubiese considerado como un pacto sobre sucesión futura, expresamente prohibido por la ley; en cambio, una vez fallecido el causante, sí era posible, incluso de manera tácita⁴⁸¹. Es más, debía tenerse en cuenta que, si la finalidad de la renuncia era aceptar y mantener una liberalidad efectuada por el causante a favor de un tercero, ésta se consideraría como una donación indirecta.

En la actualidad, la renuncia tiene validez con independencia del momento en que se realice, siempre que cumpla con lo establecido por la ley. La diferencia estriba en que si se efectúa una vez abierta la sucesión, no es necesaria una designación de beneficiarios; por el contrario, si se ha llevado a cabo con anterioridad, solo será posible si se hace a favor de una o varias personas determinadas (cfr. párr. 1º art. 929 CCF). De esta forma, la ley no impone ningún requisito específico⁴⁸² ni limitación en cuanto al número favorecidos. Es más, incluso se admite que se haga globalmente, es decir, en provecho de todos, o en base a un determinado porcentaje de reparto.

toda la doctrina comparte la idea de que se trate de un contrato unilateral. Véase. SAUVAGE, “La renonciation anticipée à l’action en réduction”, *Actualité juridique Famille*, nº 355, octubre 2006, pgs.355-357.

⁴⁸⁰ HUYGUE, defiende que los autores del proyecto de ley querían darle una dimensión contractual, cuyos efectos se produjeran exclusivamente tras la aceptación del disponente (cfr. HUYGUE, *Rapport devant l’Assemblée nationale*, nº 2850 du 8 février 2006, pg.257).

⁴⁸¹ Véase. Cass. civ.1re, 12 janvier 1971, *Bull. civ. I*, nº 16.

⁴⁸² Es decir, no se exige ni que sea un miembro familiar, o un tercero extraño, etc.

Además, la renuncia anticipada a la acción de reducción en ningún caso podrá ser considerada como una liberalidad (cfr. párr. 2º art. 930-1 CCF), puesto que los derechos del favorecido sobre la parte excesiva no proceden del renunciante, sino que se adquieren directamente del disponente. Por tanto, no se produce ninguna transmisión entre el heredero reservatario y el beneficiario, por lo que no está sujeto al pago de impuestos (cfr. art. 756 bis CGI).

Aunque exista doctrina en contra⁴⁸³, entiendo que el ejercicio de este derecho no implica la renuncia a la totalidad de la reserva, sino que su alcance es modulable pudiéndose distinguir tres tipos en función de su objeto:

1) La renuncia de forma abstracta a ejercer la acción de reducción contra uno o varios beneficiarios, cualquiera que sea la afectación a su reserva de las liberalidades implicadas.

2) La que se limita a una sola parte de la reserva del renunciante⁴⁸⁴.

3) Aquella por la que la liberalidad afecta a un bien determinado⁴⁸⁵.

Por tanto, la renuncia anticipada no altera los derechos sucesorios del heredero reservatario. Sin embargo, si será necesario tener en cuenta las liberalidades efectuadas, incluso aquellas sobre las que se ha renunciado a ejercer ninguna acción, para poder calcular el importe global de la reserva⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Autores como PIERRE CATALA defienden que el hecho de renunciar la acción de reducción implica automáticamente la renuncia a la reserva, y por tanto la pérdida de los derechos hereditarios: “Sous le couvert trompeur d’une renonciation à l’action en réduction, c’est d’une renonciation à la réserve, c’est-à-dire à la succession, qu’il s’agit” (CATALA, “La réforme des successions et des libéralités et le droit de l’entreprise”, *Petites affiches-Le Quotidien Juridique-La loi*, nº 129, junio 2007, pgs.3-7 [lextenso.fr PA200712901]).

⁴⁸⁴ Es decir, se puede renunciar tan solo a una cuarta parte, o la mitad, etc, de la afectación de la reserva.

⁴⁸⁵ DAURIAC, loc. cit., pgs.2574-2576; LEVILLAIN, “Renonciation anticipée à l’action en réduction consécutive à une donation-partage”, *Defrénois*, nº 10, mayo, 2007, pgs.758-774 (lextenso.fr QP2007DEF0758N1); y VAREILLE, “Portée liquidative de la renonciation anticipée à l’action en réduction : attention, danger !”, *Defrénois*, nº 2, enero, 2008, pgs.159 y ss. (lextenso.fr AD2008DEF0159N1).

⁴⁸⁶ Véase. VAREILLE, loc. cit., pg.2.

Esta facultad concedida al reservatario, comporta el riesgo de que pueda ser víctima de presiones familiares que le obliguen a tomar tal decisión⁴⁸⁷. Por ello, y con la finalidad de evitarlo, el legislador ha introducido una serie de condiciones y precauciones entre las que destacan la imposibilidad de establecer en un mismo acto la renuncia del heredero reservatario, y la liberalidad por parte del futuro causante, así como la obligatoriedad de que la renuncia se formalice ante dos notarios⁴⁸⁸, quienes deberán informar debidamente al renunciante de las consecuencias jurídicas que se derivan del acto, quedando asimismo reflejada en escritura pública (cfr. párr. 1º art. 930 CCF).

Cuando sean varios los reservatarios que renuncian a ejercitar la acción de reducción de forma anticipada, cabe la posibilidad de que todas ellas se contemplen en un mismo documento, aunque será necesario que cada uno de ellos firme de forma separada y ante la única presencia de los notarios. A tal efecto, con esta opción lo que se pretende es darle a esta actuación un aspecto de pacto de familia, ofreciendo una mayor protección al firmarse en acto separado⁴⁸⁹.

En conclusión, cualquier liberalidad hecha por el causante *a priori* se deberá considerar válida, si bien estarán constantemente amenazadas por una posible acción de reducción ejercitada por los herederos reservatarios. La renuncia anticipada a la acción de reducción fue concebida como un medio para facilitar la transmisión de las empresas. Es cierto que se dirige a las entidades en general y no específicamente a las familiares, aunque para estas últimas resulta ser un mecanismo de un especial interés, pues contribuye a lograr la continuidad generacional de la entidad, agilizando los mecanismos de organización de la sucesión del empresario.

Por otra parte, también puede ocurrir que la renuncia anticipada a la acción de reducción no surta los efectos deseados, ya sea porque el beneficiario de la liberalidad finalmente no la acepte, o bien porque la reserva no acabe siendo afectada tras realizar los cálculos para determinar su valor. Por tanto, el ejercicio de este derecho por parte de los

⁴⁸⁷ Cfr. LUCAS, “Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 40, Sirey, Paris, 1976, pg.455.

⁴⁸⁸ Uno de ellos deberá haber sido designado por el Presidente del Colegio de Notarios (cfr. FARGE, op. y loc. cit., pgs. 734-735).

⁴⁸⁹ Cfr. SERIAUX, op. cit., pg.137.

reservatarios no asegura el éxito de la transmisión, aunque a mi juicio resulta ser un medio necesario para alcanzar una adecuada transmisión *mortis causa* de las empresas familiares.

También cabe destacar que en la actualidad todavía no se ha hecho un gran uso de este mecanismo, debido principalmente a la novedad de esta figura, por lo que no ha tenido tiempo de extender su campo de aplicación; y por otra parte, por las reticencias de las personas a renunciar a una parte de su herencia, de la cual desconoce el impacto económico y que tan solo aceptan para favorecer a familiares discapacitados y/o carentes de protección al fallecimiento de sus progenitores.

De todo ello se desprende la conveniencia de promover el uso de esta figura y, en especial, encaminarla hacia la preservación de la empresa familiar, evitando así muchos de los conflictos familiares que toda sucesión suele conllevar. En mi opinión, desafortunadamente en nuestro país no se han impulsado medidas ni promulgado leyes que, de forma tan efectiva y que persiga unos fines tan particulares, hayan contribuido a dar solución a uno de los grandes problemas que afecta a la empresa familiar; de otra forma, intentamos resolver con lo ya establecido nuevos retos que sin duda requieren un cambio profundo por parte del legislador, que de no producirse, seguirá acarreado las mismas dificultades que asolan a esta tipología de empresas, y que con frecuencia conducen a su desaparición.

CONCLUSIONES

I. La empresa familiar tiene una gran importancia para la estructura económica de nuestro país, pero en la legislación no existe un tratamiento específicamente adaptado a sus necesidades. No consta ningún texto legal que determine la naturaleza jurídica de esta clase de empresas. Además, la falta de unanimidad por parte de la doctrina, consecuencia directa de su indefinición legal, comporta que no reciban una disciplina acorde. En la actualidad, la empresa familiar debe adaptarse a la legislación existente conforme a su forma jurídica externa, no sobre la base de su esencia. Para la elaboración de un adecuado esquema jurídico es necesario disponer previamente de una definición conceptual clara e inequívoca, en atención a su naturaleza.

II. El protocolo familiar es un instrumento jurídico de gran importancia, pero carece del oportuno respaldo jurídico. Organiza los aspectos internos de la empresa familiar y dispone el marco en el que deben desarrollarse mutuamente los tres pilares que la componen: familia, propiedad y empresa. Su elaboración, requiere de un proceso de comunicación y consenso entre los miembros familiares. No se incluyen solamente los aspectos económicos, patrimoniales y de gestión. También se reflejan los valores propios de la familia que deberán regir el funcionamiento de la entidad.

III. A través del protocolo familiar se establecen un conjunto de expectativas para la familia que sirven de incentivo. De este modo, sus miembros se involucran activamente, al tiempo que esta acción lleva implícita que la empresa dure en el tiempo. Debe estar suscrito por los socios familiares de la entidad, así como por los denominados terceros familiares, parientes que no guardan ningún vínculo con la empresa. De esta forma, aunque sea de forma indirecta, se obligan jurídica y moralmente a acatar lo dispuesto en el documento. A su vez, tendrá en un futuro el efecto deseado sobre el proceso de transmisión.

IV. En el protocolo familiar conviven variedad de pactos con una naturaleza y efectos distintos, por lo que debe ser considerado como un contrato atípico. Su cometido, aspiración y finalidad es mayoritariamente contractual. La razón de este juicio reside en:

1. El principio de autonomía de la voluntad. El documento del protocolo ha sido elaborado por sus firmantes de forma voluntaria. En libertad han acordado la redacción de unos pactos y manifiestan el acuerdo de someterse a su contenido.

2. Los otorgantes se obligan a acatar lo dispuesto en el documento con la finalidad de conservar la empresa y garantizar su específico modo de funcionamiento en el ámbito de la familia.

V. Las normas vigentes señalan que su regulación es exclusiva para las sociedades mercantiles no sometidas a cotización. Manifiesto mi disconformidad ante la falta de motivos de la exclusión de las cotizadas, al no existir incompatibilidad con las obligaciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Sociedades de Capital.

VI. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, establece la posibilidad de que las entidades familiares, de forma voluntaria, publiquen a través del Registro Mercantil el documento que incorpora el protocolo familiar. Tan solo en el caso de las sociedades limitadas se exige para su inscripción el acuerdo de la Junta General, hecho que en mi opinión debería extenderse a todas las demás.

De esta forma, se le atribuye un reconocimiento tanto social como jurídico. Igualmente, comporta una estabilidad societaria, al otorgar una mayor seguridad o ejecutividad de ciertos acuerdos en él contenidos. Aun así, no es suficiente para satisfacer todas sus virtualidades.

VII. Existen diversas clasificaciones que giran en torno a la tipología de protocolos familiares. A la luz de lo expuesto, la más adecuada es aquella que toma en consideración el grado de publicidad del documento. De esta forma, la familia empresaria se responsabiliza de la eficacia jurídica que quiera darle.

Este hecho reviste una gran importancia, por dos motivos principales. En primer lugar, le dota de eficacia jurídica *erga omnes*. En segundo término, para los terceros ajenos a la empresa es un signo de organización enfocado a dar continuidad a la empresa, y por tanto proclive a mantener relaciones comerciales.

VIII. Según lo estipulado en las disposiciones vigentes, la publicación del protocolo familiar tiene un carácter voluntario. Me parece criticable dicho aspecto, pues considero que debería ser obligatoria. De esta forma, se erigiría como garantía para terceros que quieran estar vinculados a la entidad, sean presentes o futuros.

IX. Asimismo, se exige que toda inscripción en el Registro se ajuste a la normativa de la Ley Orgánica de Protección de Datos. En un principio en ella quedarían amparados los firmantes del protocolo, considerados como personas físicas que lleva a cabo una actividad mercantil. Aun así, esta disposición entra en conflicto con lo dispuesto en el artículo 6 del mismo *corpus* legal. Por tanto, y al considerarse que tiene una naturaleza contractual, no existe motivo alguno para no identificar debidamente a todos y cada uno de los otorgantes del documento. Por una parte, se han sometido voluntariamente a su contenido; y por la otra, han escogido a los miembros que integran el órgano de administración, a quienes reglamentariamente se les ha atribuido la potestad de publicarlo o no.

X. Los protocolos familiares suelen integrar la siguiente estructura y contenido básico:

1. *Reunidos*. Identificación de las partes que suscriben y firman el protocolo, y el título de su intervención.

2. *Manifiestan*. En este apartado se contempla el objeto del documento y los términos de especial relevancia. Igualmente, debe recoger la historia y los valores de la familia y la empresa, así como el patrimonio perteneciente a las dos esferas. Por último, se constata la asunción del compromiso de los firmantes.

3. *Cláusulas*. Constituye la columna vertebral del documento. Deberán pormenorizarse todos los aspectos que afecten a la empresa. Comprende los ámbitos de actuación, la política de personal y formación, disposiciones penales y de orden, derechos económicos, y cualquier realidad en relación con la entidad. Más, sobre todo, presta atención a los aspectos relacionados con la sucesión y a la adaptación de otros instrumentos jurídicos al contenido del documento.

4. *Cláusula con gratitud*. Concluye la exposición del documento y expresa el agradecimiento hacia al fundador y antecesores.

XI. La periodicidad en la revisión del protocolo no debe ser muy reducida, y estimo que debería realizarse cada siete años. Es tiempo suficiente para que se observen los problemas y las carencias que envuelven a la empresa, y para calibrar la evolución de la familia. Esto incluye tanto el ámbito de posibles nuevos miembros familiares, como las cualidades personales y orientaciones profesionales que han adquirido los ya conocidos.

XII. El protocolo familiar por sí solo no es suficiente para garantizar el cumplimiento de su contenido y lograr una adecuada transmisión de la empresa familiar. Requiere de la ayuda de otros instrumentos jurídicos que permitan dotar de la máxima validez jurídica a sus disposiciones: los estatutos sociales, el régimen económico matrimonial de los intervinientes y el testamento.

XIII. Existen tres aspectos del protocolo familiar que deben incluirse en los estatutos:

1. La limitación a la transmisibilidad de acciones o participaciones a personas extrañas a la familia, tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*.

2. La regulación de los órganos de gobierno de la familia empresaria. Es necesario establecer, vía estatutaria, los parámetros que delimitan tanto de la Junta como el Consejo de Familia. De esta forma deberá regularse la composición, nombramiento y funciones de dichos órganos. Con ello es posible caracterizar a una empresa como familiar.

3. La incorporación en los estatutos de prestaciones accesorias, para el cumplimiento de los compromisos establecidos en el protocolo. Debe establecerse expresamente la exclusión de la condición de socio ante su incumplimiento.

XIV. El régimen económico matrimonial de los esposos partícipes resulta de gran importancia para las empresas familiares, sobre todo cuando aparecen crisis matrimoniales o por causa del fallecimiento de alguno de los esposos, que podrían influir en el desarrollo de la empresa.

1. El régimen económico de separación de bienes es al que deberían someterse todos los miembros de la entidad familiar. De este modo, se identifica claramente la titularidad de los patrimonios de cada uno de los cónyuges y se minimizan los riesgos de la generación de un patrimonio en común (aun cuando sea inevitable: cfr. art. 1441 CC). Así,

los problemas que pudieran surgir como consecuencia de las desavenencias entre los esposos o por el fallecimiento de alguno de ellos, y que pudieran afectar al mantenimiento y permanencia de la entidad, quedarían mermados.

2. De ser el régimen económico matrimonial de los esposos la sociedad ganancial, debe establecerse una cláusula estatutaria que prevea un derecho de adquisición preferente a favor del cónyuge socio para el caso de liquidación de la sociedad conyugal, independientemente de su causa. De esta forma se evitará que la participación que el socio ostentaba en la entidad no se reduzca o desaparezca.

3. Las capitulaciones matrimoniales constituyen el documento apropiado para modular y adaptar el régimen económico matrimonial a lo establecido en el protocolo familiar. Además, es posible incorporar una serie de pactos que ayudan a la transmisión íntegra de la sociedad familiar. Este es el caso de la promesa de mejorar o la adjudicación preferencial contractual, principalmente.

XV. Las dificultades en la resolución de los conflictos sucesorios es la principal causa de fracaso de estas entidades. El testamento es la figura jurídica apropiada para ordenar adecuadamente las cuestiones sucesorias y a través del cual resulta posible distribuir el caudal relicto del causante socio. Es recomendable optar por la forma notarial, debido a las garantías que ofrece en cuanto a su eficacia y el alcance del fedatario público como asesor de su contenido. La solución óptima para transmitir la empresa familiar es adjudicarla en bloque a aquel descendiente que se considere con mayores aptitudes para llevar su control.

Si la empresa familiar es el bien que compone la mayoría del caudal relicto, y con la finalidad de preservarla indivisa, podrá pagarse en metálico la legítima a los demás titulares, incluso con efectivo extrahereditario, de conformidad con el artículo 1056.2 del Código Civil. Se recomienda que el testador establezca un aplazamiento de dicho pago por un periodo máximo de cinco años. Se trata de un medio preventivo para el caso de que el sucesor, en el momento de la apertura de la herencia, no disponga de los medios suficientes para satisfacer las obligaciones legitimarias.

XVI. El usufructo universal a favor del cónyuge es una fórmula jurídica adecuada para satisfacer el deseo del empresario en un doble sentido. Al fallecer, el supérstite no sufre grandes quebrantos económicos ni patrimoniales; así como se salvaguardan las

expectativas de los herederos, quienes aseguran desde un principio la propiedad de los bienes de la herencia.

1. En el caso de utilizar esta figura, resulta necesario limitar estatutariamente el derecho usufructuario a la mera atribución del porcentaje correspondiente a los beneficios de la empresa, y que su actividad se desarrolle a través de los cauces previstos por la estructura societaria. Su finalidad es soslayar cualquier pacto que pudiera atribuir al usufructuario ajeno el derecho de voto en la entidad.

2. Con el fin de garantizar el cumplimiento del derecho del cónyuge viudo debe establecerse, estatutariamente o mediante acuerdo privado, la política de dividendos de la entidad. De esta forma se evita que los nudos propietarios puedan acordar que nunca se repartan los beneficios, en detrimento del supérstite.

3. Para prevenir los efectos negativos de un posible matrimonio futuro del cónyuge viudo -y que pudiera afectar a la unidad y funcionamiento de la entidad-, bastaría con que el empresario impusiera testamentariamente la condición de no contraer posterior matrimonio. De no ser así, perdería la cualidad de usufructuario.

4. Recomiendo la incorporación de la cautela *socini* en el testamento como medio coercitivo para que los legitimarios acepten la voluntad del testador. No supone un acto de desheredación y es de reconocer que tiene limitaciones si todos los herederos actúan de consuno en contra de la cautela. Se establece un derecho de opción entre recibir lo que por ley les corresponde o bien una cuota mayor pero gravada por el usufructo universal viudal. Este poder de elección puede llevarse a cabo individualmente por cada uno de ellos.

XVII. La fiducia sucesoria es un instrumento útil que puede ser utilizado para evitar decisiones precipitadas, sobre todo en casos de fallecimiento prematuro del empresario. Considero que debe utilizarse cuando tan solo existe descendencia común de los esposos. De este modo se disminuye el riesgo de que el supérstite pueda mejorar a los hijos comunes, en perjuicio de los del matrimonio anterior del causante.

XVIII. A pesar de la prohibición general contenida en el Código Civil, los pactos sucesorios son el instrumento jurídico que logra la transmisión de las empresas familiares con mayor éxito y eficacia. Es cierto que esta negativa se ha atenuado en el Derecho común en materia de legítimas fundamentalmente, con la cesión de la facultad de mejorar

o la promesa de mejora, entre otros. Pero en lo que concierne al hecho de transmitir la entidad familiar de acuerdo a la voluntad del testador, su capacidad es limitada.

Admitidos en algunas Comunidades con Derecho foral propio, posibilitan acumular en un mismo documento aquellos pactos incorporados en el protocolo familiar y los adoptados en materia sucesoria. Igualmente, tienen un carácter irrevocable y no generan una mera expectativa, por lo que el sucesor tiene la certeza de que no verá frustrada su llamada a la herencia.

XIX. La publicidad de los pactos sucesorios puede ser mucho más extensa que la de los protocolos familiares. Además de poder inscribirlos en el Registro Mercantil cuando su finalidad sea el mantenimiento y continuidad de la entidad familiar, tienen cabida en el Registro de la Propiedad, cuando afecten a la propiedad o a otros derechos sobre bienes inmuebles; el Registro de Actos de Última Voluntad, aunque tan solo tomará razón de su existencia y no del contenido; y en el Libro de Socios, cuando dichos pactos tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales.

XX. La partición es la alternativa a los pactos sucesorios para las personas con vecindad civil en aquellos supuestos donde es aplicable el Derecho común. De esta forma, el empresario puede asignar sus bienes entre los coherederos teniendo en cuenta sus aptitudes en relación con la empresa. Además, se impide el nacimiento, o pone fin, a la comunidad hereditaria. El gran inconveniente es que no asegura en su totalidad el éxito en la transmisión la sociedad familiar. Se trata de un simple acto particional que se sustenta en un acuerdo de voluntades que no podrá alterar la naturaleza revocable del testamento, al que debe estar necesariamente vinculado.

XXI. Dos figuras de la legislación francesa, la *donation-partage* y la renuncia anticipada a la acción de reducción, podrían resultar unas eficaces alternativas para la correcta transmisión de las empresas familiares. Considero que la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico en su medida facilitaría el traspaso de estas entidades. Al mismo tiempo, se conseguiría no desvirtuar alguno de los hechos fundamentales que en el marco de nuestras leyes dificulta una transmisión correcta y planificada.

1. La *donation-partage* permite que el disponente distribuya sus bienes presentes de forma irrevocable entre sus descendientes. Éstos no podrán acordar un reparto distinto del asignado. La única limitación es que no podrá atentar contra la reserva hereditaria. La valoración de bienes se realiza a la fecha del acto de la liberalidad y no al fallecimiento del causante. De ser aceptado el lote por todos los beneficiarios constituye una garantía de estabilidad para el futuro, pues permite evitar que se ejercite la acción de reducción por afectar a la reserva al fallecimiento del causante y transmitir así la empresa en unidad. Igualmente, existe la posibilidad de extender el reparto más allá de los vínculos familiares de primer grado.

2. La renuncia anticipada a la acción de reducción es un pacto sobre sucesión futura excepcionalmente autorizado por la ley. Mediante su uso, uno o más herederos renuncian, a una parte o la totalidad de sus derechos reservatarios en favor de una o varias personas determinadas. Tiene un carácter irrevocable, y a través de su uso se asegura una correcta y planificada transmisión empresarial.

CONCLUSIONS

I. L'entreprise familiale a une grande importance pour la structure économique de notre pays mais dans la législation il n'existe pas de traitement spécifiquement adapté à ses besoins. Il ne figure aucun texte légal qui détermine la nature juridique de ce type d'entreprises. En outre, le manque d'unanimité de la part de la doctrine, conséquence directe de sa non définition légale, implique qu'elles ne reçoivent pas de discipline en accord. Actuellement, l'entreprise familiale doit s'adapter à la législation existante conformément à sa forme juridique externe, non sur la base de son essence. Pour l'élaboration d'un schéma juridique adéquat, il est nécessaire de disposer au préalable d'une définition conceptuelle claire et sans équivoque concernant sa nature.

II. Le protocole familial est un instrument juridique de grande importance mais manque du soutien juridique opportun. Il organise les aspects internes de l'entreprise familiale et dispose le cadre dans lequel doivent se développer mutuellement les trois piliers qui la composent: famille, propriété et entreprise. Son élaboration requiert un processus de communication et de consensus entre les membres familiaux. Les aspects économiques, patrimoniaux et de gestion ne sont pas seuls inclus; les valeurs propres à la famille qui devront régir le fonctionnement de l'entreprise sont aussi reflétées.

III. Grâce au protocole familial, est établi un ensemble de perspectives pour la famille qui sert de stimulant. Ses membres s'impliquent ainsi activement, tandis que cette action porte en soi de façon implicite que l'entreprise dure dans le temps. Elle doit être souscrite par les associés familiaux de l'entreprise, ainsi que par les dénommés tiers familiaux, parents qui ne gardent aucun lien avec l'entreprise. De cette façon, même si c'est indirectement, ils s'obligent juridiquement et moralement à respecter les dispositions du document qui aura également, dans l'avenir, l'effet désiré sur le processus de transmission.

IV. Dans le protocole familial, plusieurs pactes de nature et d'effets différents coexistent. C'est pourquoi il faut le considérer comme un contrat atypique. Sa mission, son aspiration et son but sont majoritairement contractuels. La raison de ce jugement réside dans:

1. Le principe d'autonomie de la volonté. Le document du protocole a été élaboré par ses signataires de manière volontaire. Ils ont convenu en toute liberté de la rédaction des pactes et manifestent leur accord pour se soumettre à leur contenu.

2. Les concédants s'obligent à respecter les dispositions du document afin de conserver l'entreprise et de garantir son mode de fonctionnement spécifique dans le cadre de la famille.

V. Les règles en vigueur indiquent que leur régulation est exclusive pour les sociétés commerciales non soumises à cotation. Nous manifestons notre désaccord quant au manque de motifs de l'exclusion des entreprises cotées, n'existant pas d'incompatibilité avec les obligations contenues dans la loi du marché de valeurs et la loi des sociétés de capitaux.

VI. Le décret royal 171/2007, du 9 février, établit la possibilité que les entreprises familiales publient volontairement grâce au Registre du commerce le document qui incorpore le protocole familial. Seulement dans le cas des sociétés à responsabilité limitée, l'accord de l'assemblée générale est exigé pour son inscription, fait qui, à notre avis, devrait être étendu à toutes les autres.

De cette façon, il lui est attribué une reconnaissance tant sociale que juridique. De même, il comporte une stabilité sociétaire, accordant une plus grande sécurité ou une plus grande exécution de certains accords qu'il contient. Il n'est quand même pas suffisant pour satisfaire toutes ses virtualités.

VII. Il existe diverses classifications qui tournent autour de la typologie des protocoles familiaux. À la lumière de ce qui est exposé, la plus adéquate est celle qui prend en considération le degré de publicité du document. De cette façon, la famille entrepreneur se responsabilise de l'efficacité juridique qu'elle veut lui donner.

Ce fait revêt une grande importance pour deux motifs principaux. Tout d'abord, elle le dote d'efficacité juridique *erga omnes*. Deuxièmement, pour les tiers étrangers à l'entreprise cela représente un signe d'organisation envisagé pour assurer la continuité de l'entreprise et, par conséquent, enclin à maintenir des relations commerciales.

VIII. Conformément aux dispositions en vigueur, la publication du protocole familial a un caractère volontaire. Cet aspect nous semble critiquable car nous considérons qu'il devrait être obligatoire. De cette manière, il serait érigé comme garantie pour des tiers qui voudraient être liés à l'entreprise, qu'ils soient présents ou futurs.

IX. De même, il est exigé que toute inscription au Registre soit conforme à la réglementation de la Loi Organique de Protection de Données. En principe, cette loi protège les signataires du protocole, considérés comme personnes physiques réalisant une activité commerciale. Cette disposition entre tout de même en conflit avec les dispositions de l'article 6 de ce *corpus* légal. Par conséquent, et considérant qu'il a une nature contractuelle, il n'existe aucun motif pour ne pas dûment identifier chacun des concédants du document. D'une part, ils se sont soumis volontairement à son contenu; et d'autre part, ils ont choisi les membres qui intègrent l'organe d'administration, à qui de façon réglementaire il leur a été attribué l'autorité de le publier, ou non.

X. Les protocoles familiaux intègrent généralement la structure et le contenu de base suivants:

1. *Réunis*. Identification des parties qui souscrivent et signent le protocole et le titre de leur intervention.
2. *Manifestent*. Dans ce paragraphe, est considéré l'objet du document et les termes d'importance spéciale. Il doit également recueillir l'histoire et les valeurs de la famille et de l'entreprise, ainsi que le patrimoine appartenant aux deux sphères. Finalement, la prise d'engagement des signataires est constatée.
3. *Clauses*. Elles constituent la colonne vertébrale du document. Tous les aspects qui touchent l'entreprise devront être détaillés. Ce paragraphe comprend les domaines d'action, la politique de personnel et de formation, les dispositions pénales et de mandat, des droits économiques et toute réalité liée à l'entreprise. De plus, et surtout, il accorde une attention aux aspects liés à la succession et à l'adaptation d'autres instruments juridiques au contenu du document.
4. *Clause avec gratitude*. Elle conclut l'exposition du document et exprime la reconnaissance au fondateur et aux prédécesseurs.

XI. La périodicité de la révision du protocole ne doit pas être trop réduite; nous estimons qu'elle devrait se réaliser tous les sept ans. Il s'agit d'une périodicité suffisante pour pouvoir observer les problèmes et les carences de l'entreprise ainsi que pour évaluer l'évolution de la famille. Cela inclut tant le domaine de possibles nouveaux membres familiaux que les qualités personnelles et les orientations professionnelles qu'ont acquis les membres déjà connus.

XII. Le protocole familial n'est pas à lui seul suffisant pour garantir le respect de son contenu et obtenir une transmission adéquate de l'entreprise familiale. Il requiert l'aide d'autres instruments juridiques qui permettent de doter de la validité juridique maximale ses dispositions: les statuts sociaux, le régime économique matrimonial des intervenants et le testament.

XIII. Il existe trois aspects du protocole familial qui doivent être inclus dans les statuts:

1. La limitation de la transmissibilité d'actions ou de parts à des personnes étrangères à la famille, tant par acte *entre vifs* que *mortis causa*.

2. Le règlement des organes de direction de la famille entrepreneur. Il est nécessaire d'établir, par voie statutaire, les paramètres qui délimitent tant l'assemblée que le conseil de famille. La composition, la nomination et les fonctions desdits organes devront ainsi être régulées. De cette façon, il est possible de caractériser une entreprise comme familiale.

3. L'incorporation dans les statuts de prestations accessoires pour le respect des engagements établis dans le protocole. L'exclusion de la condition d'associé face à son manquement doit expressément être établie.

XIV. Le régime économique matrimonial des époux participants est d'une grande importance pour les entreprises familiales, surtout quand des crises matrimoniales ont lieu ou en raison du décès d'un des époux, qui pourraient influencer le développement de l'entreprise.

1. Le régime économique de séparation de biens est celui auquel devraient se soumettre tous les membres de l'entreprise familiale. De cette manière, est clairement identifiée la propriété des patrimoines de chacun des conjoints et les risques de la création

d'un patrimoine commun sont minimisés (même si c'est inévitable: cf. art. 1441 CC). Ainsi, les problèmes qui pourraient apparaître suite aux mésententes conjugales ou au décès de l'un des conjoints et qui pourraient affecter le maintien et la permanence de l'entreprise seraient réduits.

2. Si le régime économique matrimonial des époux est la communauté de biens, une clause statutaire qui prévoit un droit d'acquisition préférentielle pour le conjoint associé doit être établie, en cas de liquidation du régime matrimonial, indépendamment de sa cause. Il sera ainsi évité que la participation que l'associé possédait dans l'entreprise ne soit réduite ou disparaisse.

3. Les contrats de mariage constituent le document approprié pour moduler et adapter le régime économique matrimonial conformément au protocole familial. De plus, il est possible d'incorporer une série d'accords qui aident la transmission totale de la société familiale. C'est principalement le cas de la promesse d'avantager ou le cas de l'adjudication préférentielle contractuelle.

XV. Les difficultés dans la résolution de conflits successoraux est la principale cause d'échec de ces entreprises. Le testament est la procédure juridique appropriée pour ordonner adéquatement les questions successorales et par laquelle il est possible de distribuer le patrimoine successoral de l'auteur associé. Il est recommandable d'opter pour la forme notariale, étant donné les garanties qu'elle offre quant à son efficacité et à la portée du notaire en tant que conseiller de son contenu. La solution optimale pour transmettre l'entreprise familiale est de l'adjuger en bloc au descendant qui est considéré comme le plus apte à gérer son contrôle.

Si l'entreprise familiale est le bien que compose la majorité du patrimoine successoral et afin de la préserver indivise, la réserve pourra être payée en espèces, voire en espèces extra héréditaires, aux autres titulaires, conformément à l'article 1056.2 du Code civil. Il est recommandé que le testateur établisse un report dudit paiement pour une période maximale de cinq ans. Il s'agit d'un moyen préventif au cas où le successeur, au moment de l'ouverture de l'héritage, ne dispose pas des moyens suffisants pour satisfaire aux obligations légitimaires.

XVI. L'usufruit universel en faveur du conjoint est une formule juridique adéquate pour satisfaire le désir du chef d'entreprise dans un double sens. En décédant, le survivant

ne connaît pas de grandes pertes économiques ni patrimoniales, ainsi que sont sauvegardées les perspectives des héritiers qui assurent dès le début la propriété des biens de l'héritage.

1. Si cette forme est utilisée, il est nécessaire de limiter statutairement le droit usufruitier à la simple attribution du pourcentage correspondant aux bénéfices de l'entreprise et que son activité soit développée par les voies prévues par la structure sociétaire. Son but est d'éviter tout accord qui pourrait attribuer à l'usufruitier étranger le droit de vote dans l'entreprise.

2. Afin de garantir le respect du droit du conjoint veuf, la politique de dividendes de l'entreprise doit être établie statutairement ou par accord privé. Il est ainsi évité que les nus-proprétaires puissent décider que les bénéfices ne soient jamais distribués, au détriment du survivant.

3. Pour prévoir les effets négatifs d'un possible futur mariage du conjoint veuf -et qui pourrait affecter l'unité et le fonctionnement de l'entreprise-, il suffirait que le chef d'entreprise impose par testament la condition de ne pas se marier postérieurement. Si tel n'est pas le cas, il perdrait la qualité d'usufruitier.

4. Nous recommandons l'incorporation de la *cautela socini* dans le testament comme moyen coercitif pour que les légitimaires acceptent la volonté du testateur. Cela ne représente pas un acte d'exhérédation et il faut reconnaître qu'il a des limites si tous les héritiers agissent d'un commun accord contre la mesure conservatoire. Un droit d'option est établi entre recevoir ce qui par loi leur correspond ou bien une quote-part plus grande mais grevée par l'usufruit universel du conjoint veuf. Ce pouvoir de choix peut être effectué individuellement par chacun d'entre eux.

XVII. La fiducie successorale est un instrument utile qui peut être utilisé pour éviter des décisions précipitées, surtout en cas de décès prématuré du chef d'entreprise. Nous considérons qu'il doit être utilisé quand il existe seulement une descendance commune des époux. De cette manière, le risque que le survivant puisse avantager les enfants communs en préjudice de ceux du mariage précédent de l'auteur diminue.

XVIII. Malgré l'interdiction générale contenue dans le Code civil, les pactes successoraux sont l'instrument juridique qui obtient la transmission des entreprises familiales avec un plus grand succès et une plus grande efficacité. Il est certain que ce

refus s'est atténué en droit commun, fondamentalement en matière de parts réservataires, avec la cession de la faculté d'avantager ou la promesse d'avantage, entre autres. Or, leur capacité est limitée en ce qui concerne le fait de transmettre l'entreprise familiale conformément à la volonté du testateur.

Admis dans certaines communautés autonomes ayant un droit régional propre, ils permettent d'accumuler dans un même document les accords intégrés dans le protocole familial et ceux adoptés en matière successorale. Ils ont également un caractère irrévocable et ne produisent pas une simple perspective, ce pourquoi le successeur a la certitude que son appel à l'héritage ne sera pas frustré.

XIX. La publicité des pactes successoraux peut être beaucoup plus étendue que celle des protocoles familiaux. En plus de pouvoir les inscrire au Registre du commerce quand leur but est le maintien et la continuité de l'entreprise familiale, ils peuvent être inscrits au Registre foncier quand ils touchent la propriété ou d'autres droits sur les biens immobiliers, au Registre central des testaments bien que celui-ci ne prendra note que de leur existence et non du contenu et dans le Livre des associés quand ces pactes ont pour objet des actions nominatives ou des parts sociales.

XX. Le partage est l'alternative aux pactes successoraux pour les personnes qui font partie de ces hypothèses où le droit commun est applicable. Le chef d'entreprise peut ainsi assigner ses biens parmi les cohéritiers en tenant compte de leurs aptitudes par rapport à l'entreprise. De plus, l'ordre de naissance est empêché ou il est mis fin à la communauté héréditaire. Le grand inconvénient est qu'il n'assure pas complètement le succès dans la transmission de la société familiale. Il s'agit d'un simple acte de partage qui se base sur un accord de volontés qui ne pourra pas altérer la nature révocable du testament auquel il doit être nécessairement lié.

XXI. Deux formes de la législation française, la donation-partage et la renonciation anticipée à l'action en réduction pourraient être des alternatives efficaces pour la transmission correcte des entreprises familiales. Nous considérons que l'incorporation dans notre système juridique, à son niveau, faciliterait le transfert de ces entreprises. En même temps, on parviendrait à ne pas dénaturer certains des faits fondamentaux qui dans le cadre de nos lois rend difficile une transmission correcte et planifiée.

1. La donation-partage permet que le disposant distribue ses biens présents de façon irrévocable à ses descendants. Ceux-ci ne pourront pas décider d'un partage différent de celui assigné. L'unique limitation est qu'elle ne pourra pas attenter contre la réserve héréditaire. L'évaluation des biens est réalisée à la date de l'acte de la libéralité et non au moment du décès de l'auteur. Si le lot est accepté par tous les bénéficiaires, cela constitue une garantie de stabilité pour l'avenir car cela permet d'éviter que l'action de réduction soit exercée pour affecter la réserve au moment du décès de l'auteur et transmettre ainsi l'entreprise en unité. Il existe également la possibilité d'étendre le partage au-delà des liens familiaux de premier degré.

2. La renonciation anticipée à l'action en réduction est un pacte sur la succession future exceptionnellement autorisé par la loi. Par son utilisation, un ou plusieurs héritiers renoncent à une partie ou à la totalité de ses droits réservataires en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées. Il a un caractère irrévocable et par son utilisation, il assure une transmission de l'entreprise correcte et planifiée.

ÍNDICE DE SENTENCIAS, RESOLUCIONES Y CONSULTAS

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª). de 22 de julio 1999 (BOE núm. 204, suplemento, de 26 de agosto).

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª). de 10 de mayo 2000 (BOE núm. 136, suplemento, de 10 de mayo).

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno). de 30 de noviembre 2000 (BOE. núm. 4, suplemento, de 4 de enero).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 30 de octubre 1944 (EDJ 1944/634).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 3 de marzo 1964 (EDJ 1964/3196).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 4 de julio 1988 (EDJ 1988/16946).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª). de 25 de septiembre de 1989 (EDJ 1989/8332).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 19 de febrero 1991 (EDJ 1991/1739).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª). de 17 de julio 1993 (EDJ 1993/7273).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 3 de noviembre 1993 (EDJ 1993/9844).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 7 de marzo 1994 (EDJ 1994/2031).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª). de 18 de marzo 1994 (EDJ 1994/2506).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 30 de enero de 1995 (EDJ 1995/316).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 31 de mayo 1995 (EDJ 1995/3359).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, secc. 4ª). de 25 de febrero 1997 (EDJ 1997/1951).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 22 de julio 1997 (EDJ 1997/6182).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 18 de septiembre 1998 (EDJ 1998/19047).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 10 de noviembre 2000 (EDJ 2000/37062).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 3 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/46498).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, secc. 2ª). de 17 de septiembre 2002 (EDJ 2002/37269).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, secc. 2ª). de 18 de marzo 2003 (EDJ 2003/15204).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 10 de julio de 2003 (EDJ 2003/50733).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 21 de octubre de 2005 (EDJ 2005/197583).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 25 de septiembre 2006 (EDJ 2006/275323).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 19 de marzo 2007 (EDJ 2007/20997).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, secc. 3ª). de 4 de mayo 2007 (EDJ 2007/32928).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 9 de julio 2007 (EDJ 2007/144071).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 3 de septiembre 2007 (EDJ 2007/135736).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 21 de septiembre 2007 (EDJ 2007/152397).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 13 de marzo de 2008 (EDJ 2008/35275).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 27 de mayo de 2010 (EDJ 2010/84192).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º). de 17 de enero 2011 (EDJ 2012/43915).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 15 de febrero 2011 (EDJ 2011/10832).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 9 de abril 2012 (EDJ 2012/70400).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª). de 18 de junio 2012 (EDJ 2012/125247).

Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 1ª). de 21 de noviembre 2002 (EDJ 2002/126293).

Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 1ª). de 27 de abril 2005 (EDJ 2005/316710).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Secc. 3ª). de 23 de octubre 2000 (EDJ 2000/55047).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Secc. 3ª). de 5 de marzo 2001 (EDJ 2001/41919).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4ª). de 8 de abril 2002 (EDJ 2002/26818).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 7ª). de 31 de marzo 2003 (EDJ 2003/111259).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Barcelona (Secc. 4ª). de 29 de octubre 2008 (EDJ 2008/280820).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (secc. 3ª). de 27 de enero de 2010 (EDJ 2010/81724).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (secc. 8ª). de 11 de febrero de 2010 (EDJ 2010/84728).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Secc. 1ª). de 20 de abril 2010 (EDJ 2010/167071).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (secc. 1ª). de 17 de marzo de 2011 (EDJ 2011/162413).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (secc. 8ª). de 25 de mayo de 2011 (EDJ 2011/181825).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc.15ª). de 12 de abril 2012 (EDJ 2012/129266).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 1ª). de 28 de marzo 2001 (EDJ 2001/107533).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 1ª). de 10 de enero 2013 (EDJ 2013/44026).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 3ª). de 23 de enero 2013 (EDJ 2013/33339).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 2ª). de 18 de julio 2013 (EDJ 2013/161371).

Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Alicante, núm. 78/2007, de 10 de mayo 2007 (EDJ 2007/33397).

Cass. civ.1re, 12 janvier 1971, *Bull. civ. I*, n° 16.

Cass. civ. 1re, 21 novembre 1979, *Bull.civ. I*, n° 316.

Cass. civ. 1er, 20 octubre 1982, *Bull. civ. I*, nº 299.

Cass. civ. 1re, 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, nº 426.

Sentencia (sala 4ª). de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C.Sas.*, caso 170/83, European Court reports pg. 2999.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5ª). de 14 de abril 1994 (EDJ 1994/14061).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 6ª). de 7 de marzo 1996 (EDJ 1996/12210).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª). de 11 de julio 2006 (EDJ 2006/89136).

Resolución de 5 de abril de 1983, de la Dirección General de los Registro y del Notariado (Id. vLex: VLEX-18539560).

Resolución de 13 de enero de 1984, de la Dirección General de los Registro y del Notariado (Id. vLex: VLEX-18539540).

Resolución de 17 de marzo de 1986, de la Dirección General de los Registro y del Notariado (BOE núm. 81, de 4 de abril).

Resolución de 14 de diciembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 10, de 12 de enero).

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

Resolución de 20 de octubre de 2005, de la Agencia Española de Protección de Datos (Expediente núm. E/00669/2004).

Resolución de 30 de septiembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 268, de 6 de noviembre).

Resolución de 29 de noviembre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales (BOE núm. 318, de 31 de diciembre).

Resolución de 6 de marzo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 109, de 7 de mayo).

Resolución de 14 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 177, de 26 de julio).

Consulta Dirección General de Tributos de 20-02-2006 (V0296-06).

Consulta Dirección General de Tributos de 12-05-2006 (V0931-06).

Consulta Dirección General de Tributos de 19-07-2013 (V2427-13).

ÍNDICE DE INFORMES, DOCUMENTOS, RECOMENDACIONES Y COMUNICACIONES

Decisión del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 28 de julio de 1989 relativa a la mejora del entorno empresarial y al fomento del desarrollo de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 239 de 16.8.1989).

Decisión del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 18 de junio de 1991 relativa a la revisión del programa de mejora del entorno empresarial y de fomento del desarrollo de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas, en la Comunidad (DOCE núm. L 175 de 4.7.1991).

Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 17 de junio de 1992, relativa a las medidas comunitarias de apoyo a la empresa, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, incluidas las de artesanado (DOCE núm. C 178/8 de 15.7.1992).

Recomendación de la Comisión Europea de 25 de mayo de 1994, relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 177 de 9.7.1994).

Comunicación de la Comisión Europea sobre la transmisión de empresas: acciones en favor de las PYME (DOCE núm. C 204 de 23.7.1994).

Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 385 de 31.12.1994).

Comunicación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. C 093 de 28.3.1998).

Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, *Guía para la pequeña y mediana empresa*, Ministerio de Economía, Madrid, 2003.

Recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 124 de 20.5.2003).

Rapport devant l'Assemblée nationale, núm. 2850 du 8 février 2006 par S. HUYGUE.

MassMutual Financial Group, Family Firm Institute, Kennesaw State University, "American Family Business survey 2007", *MassMutual Financial Group*, Massachusetts, 2007, pgs.1-10.

Informe de la Agencia Española de Protección de Datos núm. 0266/2010.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE núm. C 83 de 30.3.2010).

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

Real Decreto de 16 de marzo 1942, n.262 Approvazione del testo del Codice Civile (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n.79 del 4 aprile 1942).

Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 7 de julio).

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58 de 27 de febrero de 1946).

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE núm. 106, de 16 de abril).

Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en resolución de 10 de diciembre de 1948.

Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava (BOE núm. 182, de 31 de julio).

Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (Gaceta de Madrid núm. 149, de 20 de mayo).

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por el que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo).

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre la reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges (BOE núm.107, de 5 de mayo).

Legge 19 maggio 1975, n.151. Riforma del diritto di familia (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 135 del 23 magio 1975).

Constitución Española 1978, Aprobada por las Cortes Generales el día 31 de octubre de 1978. Ratificada por referéndum popular el día 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey Juan Carlos I ante las Cortes Generales el día 27 de diciembre de 1978.

Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de Octubre de 1961 (BOE núm. 153, de 26 de junio).

Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación agraria y de los agricultores jóvenes (BOE núm. 9, de 11 de enero).

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

Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. (BOE núm. 303, de 19 de diciembre).

Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises (JORF du 6 janvier 1988).

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 181, de 29 de julio).

Projet de loi de l'Assemblée nationale, n° 511, modifiant le Code Civil et relatif aux successions du 21 décembre 1988.

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

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares (BOCAIB núm. 120, de 2 de octubre).

Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (BOE núm. 136, de 7 de junio).

Projet de loi de l'Assemblée nationale, n° 2530, relatif aux droits des héritiers du 23 décembre 1991.

Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho civil foral del País Vasco (BOPV núm. 153 de 7 de agosto y BOE núm. 39 de 15 de febrero de 2012).

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (BOE núm. 262, de 31 de octubre). Disposición derogada, vigente hasta el 14 de enero de 2000.

Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio).

Projet de loi de l'Assemblée nationale, n° 1941, relatif aux successions du 8 février 1995.

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 71, de 24 de marzo). Disposición derogada, vigente hasta el 1 de septiembre de 2010.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo).

Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (BOE núm. 159, de 5 de julio).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad económica (BOE núm. 139, de 8 de junio).

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

Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (BOE. núm. 72, de 25 de marzo).

Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (BOE núm. 295, de 10 de diciembre).

Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE núm. 170 de 17 de julio).

Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE núm. 266, de 6 de noviembre).

Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa (BOPV núm. 249 de 30 de diciembre y BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2011).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 15 de diciembre).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero).

Real Decreto 25/2000, de 14 de enero, por el que se concretan los requisitos y condiciones de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE núm. 13, de 15 de enero).

Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001).

Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (JORF du 4 décembre 2001).

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

Proposition du Sénat n° 2002 du 22 mai 2002.

Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 79, de 2 de abril). Disposición derogada, vigente hasta el 1 de septiembre de 2010.

Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica (BOE núm. 100 de 26 de abril).

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm.164, de 10 de julio).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre).

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre).

Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de Gobierno Corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades (BOE núm. 7, de 8 de enero).

Code Civil des Français, modifié par ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004. (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>).

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE núm. 59 de 9 de marzo).

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 61, de 11 de marzo).

Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por el que se establecen las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. (BOE núm. 314, de 30 de diciembre).

Legge 14 febbraio 2006, n.55. Modifiche al Codice Civile in materia di patto di famiglia (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, n.50 del 1 marzo 2006).

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (D.O.G. núm. 124 de 29 de junio y BOE núm. 191 de 11 de agosto).

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (Le Journal officiel de la République française n° 145 du 24 juin 2006).

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm.285, de 29 de noviembre).

Loi n° 2006-1771 du 30 décembre de finances rectificative pour 2006 (J.O.R.F. du 31 décembre).

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

Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (JORF n° 44 du 21 février 2007).

Loi n° 2007-328 du 5 de mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (JORF n° 56 du 7 mars 2007).

Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma contable y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE núm. 160, de 5 de julio).

Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información (BOE núm.312, de 29 de diciembre).

Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions (DOGC núm. 5175 de 17 de juliol i BOE núm. 190 de 7 de agosto).

Reglamento (CE) n° 494/2009 de la Comisión de 3 de junio de 2009 que modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en los relativa a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 27 (DO n° L 149 de 12.6.2009).

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

Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la familia (DOGC núm. 5686, de 5 d'agost).

Ley 35/2010, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias (BOE núm. 240, de 5 de octubre).

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo).

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas (BOE núm. 63, de 29 de marzo).

Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE núm. 184, de 2 de agosto).

Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorios europeo (DO nº L 201 de 27 de julio de 2012).

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre).

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

American Bar Association Business Law Section:

<http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000>

American Bar Association: http://www.americanbar.org/utility/about_the_aba.html

Asociación Madrileña de la Empresa Familiar: <http://www.efamiliar.org/articulo/19/>

Code Civil des Français:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable al *trust* y a su Reconocimiento:

<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt30es.pdf>.

Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio:

<http://www.ipyme.org/es->

[ES/CreacionEmpresas/FormasJuridicas/Paginas/detallenoticia.aspx?itemID=3](http://www.ipyme.org/es-ES/CreacionEmpresas/FormasJuridicas/Paginas/detallenoticia.aspx?itemID=3)

<http://estadisticas.ipyme.org/Empresas/Anuales/InformesAnualesEmpresas2012.aspx?idInforme=1>

Europa.eu:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

European commission enterprise and industry directirate-general:

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/family_business_expert_group_report_en.pdf

Family Business Network International:

<http://www.fbn->

[i.org/fbn/web.nsf/LibraryLU2/AA3786AA36C250F9872575210070073E/\\$file/Monitor2008.pdf](http://www.fbn-i.org/fbn/web.nsf/LibraryLU2/AA3786AA36C250F9872575210070073E/$file/Monitor2008.pdf)

Family Firm Institute, Inc.: <http://www.ffi.org/default.asp?id=398>

Finland Ministry of Trade and Industry Publications 7/2006:

[http://julkaisurekisteri.ktm.fi/ktm_jur/ktmjur.nsf/All/E7E75135A895485BC2257123003F5221/\\$file/jul7elo_2006_netti.pdf](http://julkaisurekisteri.ktm.fi/ktm_jur/ktmjur.nsf/All/E7E75135A895485BC2257123003F5221/$file/jul7elo_2006_netti.pdf)

Fundación para el Conocimiento madri+d:

http://www.madrimasd.org/emprendedores/servicios_emprendedores/guia_autoevaluacion/etapa1/concepto.aspx, en fecha 24-10-2011

Handler Thayer, LLP:

http://www.handlerthayer.com/Press_Releases/2003_Robb_Report_Family_Mission_Statement.pdf

Instituto de Empresa Familiar: http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_ief.html

Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Segona Ponència: Les relacions econòmiques en la crisi familiar, Tossa de Mar, 23 y 24 septiembre de 2004:

http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm#_Toc83443803

Real Academia Española: <http://buscon.rae.es/draeI/>

BIBLIOGRAFÍA

AAVV., *La dévolution successorale: 72e Congrès des notaires de France*, Promaplans, Paris, 1975.

ABRAHAMS, J., *The Mission Statement Book: 301 Corporate Mission Statements from America's Top Companies*, Ten Speed Press, Berkeley, 1999.

ALASCIO CARRASCO, L., “Comentaris al arts. 431-7 i 731-8” a EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs), *Comentaris al Llibre IV del Codi civil de Catalunya*, vol. II, Atelier, 2009.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Aproximación a un concepto de empresa familiar”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 43, 1998, pgs.17-34.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “La empresa familiar: notas introductorias”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3ª Época, Mayo 1999, pgs.11-20.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C. y COCINA ARRIETA, B., “¿Son datos «personales» los datos del empresario individual?”, *Diario La Ley*, núm. 6705, Sección Tribuna, 3 de mayo, 2007, Año XXVIII, pgs.1-10.

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

ANDERSON, B. y KOSTIGEN, T., “100 year plan. Part One: Who we are. The Family Mission Statement”, *Worth*, 2003. (Extraído de : http://www.handlerthayer.com/Press_Releases/2003_Robb_Report_Family_Mission_Statement.pdf).

ANEX-CABANIS, D., “L’entreprise familiale: essai d’approche historique”, *Annales de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Tome XLI, 1993, pgs.21-27.

ARQUER ARMANGUÉ, J., *La empresa familiar*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979.

ARRIOLA ARANA, J.M^a., “Vecindad civil y nulidad de testamento”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 13, enero-marzo, 1995, pgs.9-50.

BADENAS CARPIO, J.M., “Notas sobre el significado jurídico de protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, Ref. XXXII, T. 3, La Ley, 2001, pgs. 1-19 (La Ley 17228/2001).

BAILLON-WIRTZ, N., “Que reste-t-il de la prohibition des pactes su succession future?.- À propos de la loi du 23 juin 2006”, *Droit de la famille*, núm. 11, Étude 44, novembre 2006, pgs.1-10.

BERGER, P., y RICHE, R., “Les nouvelles donations-partages”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 38, étude 1303, 2006, pgs.1-6.

BERNING PRIETO, A.D., “Prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, *Noticias Jurídicas*, febrero 2009, pgs.1-12.

BLASI PUJOL, R., “El protocol familiar com a instrument apte per pactar la compensació econòmica per raó de treball de l’article 41 del Codi de Família”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2006, pgs.87-105.

BLUMENRITT, T., “The relationship between boards and planning in family businesses”, *Family Business Review*, vol. XIX, núm. 1, pgs.65-72.

BORRACHERO FERNÁNDEZ, M., “Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, T. 39, Madrid, 1995, pgs.355-356.

BORRELL GARCÍA, J., “Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar”, en AAVV., “La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales”, *Revista de Derecho Patrimonial monografía*, núm. 11, Aranzadi, Navarra, 2004, pgs.21-32.

BOSCH CARRERA, A., “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar” en AMAT SALAS, J.M., y CORONA RAMÓN J.F. (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007.

BOSCH CARRERA, A., “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en VALLE ZAYAS, J. y PÉREZ RIVARÉS, J.A. y RAMÓN SALELLES, J. (dir), *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2013.

BOSCH SANS, V., “Management de la empresa familiar”, en AAVV., *Fundación Antonio Lancuentra: La empresa familiar*, Escola Universitària d’Estudis Empresarials (UB), Barcelona, 2001.

CALAF AIXALÀ, X., “La tributación de las empresas familiares”, en AAVV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi, Navarra, 2004.

CALATAYUD SIERRA, A., “Conflictos territoriales entre los derechos sucesorios españoles”, *Revista de Derecho civil Aragonés*, año V, núm. 2, Zaragoza, 1999, pgs.169-198.

CALAVIA MOLINERO, J.M., “Sociedad holding familiar: Protocolo familiar y estatutos sociales”, en AAVV., *Fundación Antonio Lancuentra: La empresa familiar*, Escola Universitària d’Estudis Empresarials (UB), Barcelona, 2001.

CALAVIA MOLINERO, J.M., “Protocolo familiar y estatutos sociales”, en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000.

CANEDA MORALES, D., “Prólogo”, en AAVV., *La empresa familiar: manual para empresarios*, Deusto, Barcelona, 2005.

CARBONNIER, J., CATALA, P., DE SAINT AFFRIQUE, J., y MORIN, G., *Des libéralités, une offre de loi*, Defrénois, Paris, 2003.

CARCABA FERNÁNDEZ, M., “Posibilidad en el Derecho Común de atribuir testamentariamente al cónyuge viudo el usufructo universal de los bienes del causante”, en *Diario La Ley*, T. 2, 1985, (La Ley 22731/2001).

CARSUD, A.L., “Meanderings of a Resurrected Psychologist or, Lessons Learned in creating a Family Business Program”, *Entrepreneurship Theory and Practice*, 1994, pgs.39-48.

CATALA, P., “La réforme des successions et des libéralités et le droit de l’entreprise”, *Petites affiches-Le Quotidien Juridique-La loi*, núm. 129, junio 2007 (lextenso.fr PA200712901).

CAYÓN GALIARDO, A., “La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho interno y comparado”, en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000.

CERDÁ ALBERO, F., “La empresa familiar: una noción relativa”, en AAVV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi, Navarra, 2004.

CERDÁ GIMENO, J., “De la fiducia sucesoria en la empresa familiar”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 61, 2007, pgs.89-143.

CORONA RAMÓN, J.F., *Características de la Empresa Familiar*, Colección Biblioteca de la Empresa Familiar, Associació Catalana de l’Empresa Familiar, 2004.

COURET A., “Le concept d’entreprise familiale et sa place dans les économies nationales et européennes”, *Annales de l’Université de Toulouse*, Tome XLI, 1993, pgs.9-19.

CUADRADO IGLESIAS, M., “Configuración jurídica del llamado pseudo-usufructo testamentario”, *Revista de Derecho Privado*, T. 55, Madrid, 1971, pgs.1063-1085.

DAURIAC, I., “La renonciation anticipée à l’action en réduction”, *Recueil Dalloz*, núm. 37, 2006, pgs.2574-2576.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.D. y HERNÁNDEZ GIL, F., *Lecciones de derecho de familia*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999.

DÍE LAMANA, F.J., “El artículo 831 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en derecho común”, *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 9, enero-marzo 2006 (<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/9/Comentarios/el-articulo-831-del-codigo-civil-reformado-por-ley-41-2003-una-reduccion-puntual-pero-importante-de-las-legitimas-en-derecho-comun-por-francisco-javier-die-lamana.aspx>).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed, Aranzadi, Navarra, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II. 9ª ed, Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. 10ª ed, Tecnos, Madrid, 2007.

ECHAIZ MORENO, D., “El protocolo familiar. La contractualización en las familias empresarias para la gestión de las empresas familiares”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol- XLIII, núm. 127, 2010, pgs.101-130.

EGEA FERNÁNDEZ, J., “Protocolo familiar y pactos sucesorios”, *InDret*, núm. 3, 2007, pgs.1-36.

FARGE, C., “Masse active partageable en présence de libéralités: le rapport des libéralités”, en GRIMALDI, M. (dir), *Droit Patrimonial de la famille*, 4ª ed, Dalloz, Paris, 2011.

FAVIER, Y., “Nouveautés en matière de pactes successoraux”, *Journée d'étude en Droit comparé*, UNIL-Lausanne, 5 mars, 2007, pgs.15-23.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Aranzadi, Navarra, 2008.

FERNÁNDEZ GIMENO, J.P., *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. y REYES LÓPEZ, M.J., *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Comares, Granada, 2006.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, Aranzadi, Pamplona, 2009, pgs.289-308.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “La muerte del socio en la sociedad familiar de responsabilidad limitada”, en GARRIDO DE PALMA, V.M., *Estudios sobre la sociedad anónima*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 19, Aranzadi, Navarra, 2002, pgs.89-113.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El condominio y el usufructo sobre participaciones sociales. Un comentario de los artículos 35 y 36 de la ley de sociedades limitadas”, en AAVV. *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 4, McGraw-Hill, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, Aranzadi, Navarra, 2008.

FERRER I RIBA, J., “El nuevo derecho catalán de sucesiones”, *InDret*, núm. 4, 2008, pgs.1-2.

FERRER I RIBA, J., *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009.

FONT GALÁN, J.I., “La empresa” en AAVV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

FONT I SEGURA, A., “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *InDret*, núm. 2, 2009, (http://www.indret.com/pdf/635_es.pdf), pgs.1-28.

FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “Intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 1, núm. 1, 1948, pgs.46-77.

GALEOTE MUÑOZ, M.P., *Sindicatos de voto. El control de la sociedad conjunta*, Tirant lo Blanch, 2008.

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

GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., *Empresa Familiar. Textos y Casos*, Praxis, Barcelona, 1995.

GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., *La sucesión en la empresa familiar*, núm.12, Colección Estudios e informes de “La Caixa”, 1998.

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

GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “Cultura en empresa familiar”, en AAVV., *La empresa familiar 4*, Estudios y Ediciones IESE, Navarra, 1993.

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

GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., y ESTAPÉ LINARES, M.J., “La empresa familiar entre las 1.000 mayores empresas de España, en AAVV., *La empresa familiar 4*, Estudios y Ediciones IESE, Navarra, 1993.

GALLO LAGUNA DE RINS, M.J, M.A., y TOMASELLI, S., “Estructura y contenido de los protocolos familiares”, en AMAT SALAS, J.M., y CORONA RAMÓN, J.F., (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007.

GARCÍA CANTERO, G., “Empresa familiar y sociedad de gananciales”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (dir), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA CANTERO, G., “Transmisión *mortis causa* d la empresa familiar”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852.

GARRIDO DE PALMA, V.M., “Preámbulo”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Civitas, Madrid, 1995.

GARRIDO DE PALMA, V.M., “La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas”, en AAVV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GARRIDO DE PALMA, V.M. (dir), *La sociedad de responsabilidad limitada. Ley 2/1995, de 23 de marzo y reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de*

julio). *Con el estudio de Derecho fiscal y penal (Delitos societarios)*, T. I, Trivium, Madrid, 1996.

GARRIDO DE PALMA, V.M., “El usufructo de la herencia y el cónyuge viudo”, *El Notario del siglo XXI, Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 14, 2007 [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1077&seccion_ver=0]).

GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.IV, Bosch, Barcelona, 2005.

GASCÓ TRAVESEDO, C. y SEGURADO LLORENTE, J.L. y QUINTANA NAVÍO, J. (dir), *Guía. Buen Gobierno de la Empresa Familiar*, Documento 128, Instituto de la Empresa Familiar, Barcelona, 2005.

GERSICK, K.E. y DAVIS, J.A. y MCCOLLOM HAMPTON, M. y LANSBERG, I., *Generation to generation. Life Cycles of the Family Business*, Harvard Business School Press, Boston, 1997.

GIMENO SANDIG, A. y BAULENAS RUVIRETA, G., “Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española” en AMAT SALAS, J.M., y CORONA RAMÓN, J.F. (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007.

GIMENO SANDIG, A. y BAULENAS RUVIRETA, G. y COMA-CROS RAVENTÓS, J., *Modelos de empresa familiar. Soluciones para la familia empresaria*, Deusto, Barcelona, 2009.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., “La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005, pgs.11-30.

GOMÁ LANZÓN, I., “El protocolo familiar” en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. IV, Bosch, Barcelona, 2005.

GOMÁ LANZÓN, I., “El protocolo familiar”, en MARTÍNEZ DÍE, R. (dir), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión (Seminario*

organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio 2004), Aranzadi, Navarra, 2006.

GÓMEZ MORÁN, L., “El usufructo vidual en el Código Civil”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, enero-marzo, 1949, pgs.305-319.

GONZÁLEZ BOU, E., “Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa” en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. II, Bosch, Barcelona, 2005.

GONZÁLEZ PALOMINO, J., “El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 272, Madrid, 1936, pgs.481-493.

GORTÁZAR LORENTE, C., *Derecho y empresa familiar; el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*, Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Segona Ponència: Les relacions econòmiques en la crisi familiar, Tossa de Mar, 23 y 24 septiembre de 2004.

GORTÁZAR LORENTE, C., “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar” en AMAT SALAS, J.M., y CORONA RAMÓN, J.F. (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007.

GRIMALDI, M., “Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006”, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm. 46, noviembre 2006, pgs.1-12.

GUERRA MARTÍN, G., “El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el Movimiento de Reforma del Derecho Europeo”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 20, Aranzadi, Navarra, 2003, pgs.1-656.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L., “La cuota vidual y su regla fija”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, octubre-noviembre, 1946, pgs.546-579.

HERRERO OVIEDO, M., “El renacer de los pactos sucesorios”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones. Dimensiones interna e internacional*, Fundación Asesores Locales, Santiago de Compostela, 2009.

HINOJOSA SEGOVIA, R., “Sistemas de solución extrajudicial de conflictos”, *vLex* (Id.vlex: VLEX-52016337).

HUERTA TROLEZ, A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 3ª Época, Octubre 2003, pgs.41-86.

IGLESIA PRADOS, E., *Análisis de la sucesión intestada*, Monografías 770, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

IGLESIAS LÓPEZ DE VÍVIGO, J.M., “Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, septiembre, 1950, pgs.23-33.

IGLESIAS PRADA, J.L., “El proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada y la empresa familiar”. *Revista General de Derecho*, 1994, pgs.5417-5429.

JOU I MIRABENT, LL., “Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar” en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. T. IV, Bosch, Barcelona, 2005.

KESSLER, R.A., “Drafting a Shareholders’ Agreement for a New York Close Corporation”, *Fordham Law Review*, vol.35, Issue 4, Article.2, 1967, pgs.625-676.

LACRUZ BERDEJO, J.L., “Las legítimas en la Compilación”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, marzo-abril, 1968, pgs.505-540.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones. I. Parte General. Sucesión Voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1971.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. y LUNA SERRANO, A. y DELGADO ECHEVARRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, 9ª ed, Dykinson, Madrid, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. y LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil IV. Derecho de familia*, 3ª ed, Fascículo 2º, Bosch, Barcelona, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. y LUNA SERRANO, A. y DELGADO ECHEVARRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, 4ª ed, Dykinson, Madrid, 2009.

LARRONDO LIZARRAGA, J., *El nuevo Derecho sucesorio catalán. Análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña*”, Bosch, Barcelona, 2008.

LE GUIDEC, R., “La loi du 23 de juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.- Vue panoramique”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, núm. 30, 2006, pgs.1-8.

LE GUIDEC, R., “Les libéralités-partages”, *Recueil Dalloz*, núm. 37, 2006, pgs.2550-2592.

LEACH, P. y BOGOD, T., *Claves de la empresa familiar*, Instituto Estudios Económicos, Madrid, 2006.

LEROYER, A.M. y ROCHFELD, J., “Commentaire de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, núm. 3, Juillet/Setembre, 2006, Dalloz, pgs.612-623.

LEVILLAIN, N., “Renonciation anticipée à l’action en réduction consécutive à une donation-partage”, *Defrénois*, núm. 10, mayo, 2007, (lextenso.fr QP2007DEF0758N1).

LLOPIS GINER, J.M., “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de*

Intereses Personales y Empresariales, Aranzadi, *Revista de Derecho Patrimonial monografía*, núm. 11, Navarra, 2004, pgs.51-69.

LÓPEZ BURNIOL, J.J., “Comentario al Título II (los heredamientos) y a los artículos 67 a 100 del Código de sucesiones “, en JOU I MIRABENT, LL. (coord), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Bosch, Barcelona, 1994.

LOZANO POSSO, M., “El protocolo en las empresas de propiedad familiar”, *Estudios Gerenciales. Revista Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas*, núm. 74, Universidad ICESI, Colombia, 2000, pgs.49-67.

LUCAS, A., “Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 40, Sirey, Paris, 1976, pgs.455-491.

MALAUURIE, P., *Les successions. Les libéralités*, 5ª ed, Defrénois, Paris, 2012.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J., “Las sociedades holding como instrumento de reorganización del patrimonio familiar (I)”, en AAVV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, Madrid, 2000.

MARTÍN OLIVER, A. y CRESPI CLADERA, R., “La financiación externa de las empresas familiares españolas y el impacto de la crisis; análisis comparado”, *Estudios de la Càtedra Banca March de l’Empresa Familiar*, Islas Baleares, 2012, pgs.1-63.

MARTÍNEZ, J., “Introducción al protocolo familiar y al consejo de familia” en AMAT SALAS, J.M., y CORONA RAMÓN, J.F. (ed), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007.

MARTÍNEZ MARÍN, J. y MARTÍN MARTÍN, J. y ÁVILA MARTÍN, C., *Diccionario de términos jurídicos*, Comares, Granada, 1994.

MARTORELL ZULUETA, P., “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Aranzadi, *Revista de Derecho Patrimonial monografía*, núm. 11, Navarra, 2004, pgs.73-94.

MASSIP, J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Paris, 2009.

MCCANN, J.E., LEON-GUERRERO, A.Y. y HALEY, J.D., “Strategic goals and practices of innovative family business”, *Journal of small business management*, 2001, pgs.50-59.

MCCLAIN, L.C., “Family Constitutions and the (New) Constitution of the Family”, *Fordham Law Review*, vol. 75, Issue 2, Article. 19, 2006, pgs.833-881.

MONTEMERLO, D. y WARD, J.L., *The family constitution: agreements to secure and perpetuate your family and your business*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2011.

MORENO UTRILLA, D., “La publicidad del protocolo familiar”, *Revista de San Telmo*, núm. 24, marzo, 2007, pgs.28-31.

NEBRED A VILASANTE, R., “El protocolo familiar” en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, mayo 1999, pgs.21-34.

NEVIN, J., “The Family Rulebook”, *Businessworld*, núm. 15, de 25 de octubre de 2010, pgs.36-42.

NICOD, M., “L’anticipation de la succession”, *La Semaine Juridique Édition Notariale et Immobilière*, núm. 12, marzo 2006, étude 1136, pgs.607-611.

NIETO SÁNCHEZ, J., “Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar”, Intervención en las Jornadas sobre la Sociedad Limitada de Nueva Empresa celebradas en la Universidad de Murcia, los días 19 y 20 de mayo de 2003, *La Notaria*, núm. 5/2005, Mayo 2003, pgs.88-98.

O’NEAL, F.H. and THOMPSON’S, R.B., *Close Corporations and LLCs: Law and practice*, vol. I, Revised 3r ed, Thompson West, 2004.

PATIÑO, M.A., “Las empresas familiares capean mejor la crisis que los gigantes del Ibex”, en *Expansión*, 29-12-2012, pg.3.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coord), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T.IV, Bosch, Barcelona, 2005.

PERDICES HUETOS, A., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de las acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “Prólogo”, en VIÑUELAS SANZ, M., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 2004.

PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, J.J., *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS, Bilbao, 2005.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., “El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales 2008*, vol. V, 1ª ed, T. XIII, Aranzadi, Navarra, 2009, pgs.211-227.

PÉREZ LÓPEZ, J.A., *Fundamentos de la Dirección de Empresas*, 5ª ed., Rialp, Madrid, 2002.

PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

PONT CLEMENTE, M. y ROCA FATJÓ, A., “El protocolo familiar como expresión de los pactos empresariales de familia”, en AAVV., *Fundación Antonio Lancuentra: La empresa familiar*, Escola Universitària d’Estudis Empresarials (UB), Barcelona, 2001.

PURSALS PUIG, C. (dir), *Estudio sobre la profesionalización de la Empresa Familiar*, Instituto de la Empresa Familiar, Barcelona, 2005.

RAMS ALBESA, J.J., *La sociedad de ganancias*, Tecnos, Madrid, 1992.

REVERDY, P.M., “La contractualisation de la transmission successorale”, *Petites affiches-Le Quotidien Juridique-La loi*, núm. 33, febrero, 2007 (lextenso.fr PA200703301).

REYES LÓPEZ, M.J., “Economía del matrimonio y empresa familiar”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Aranzadi, *Revista de Derecho Patrimonial monografía*, núm. 11, Navarra, 2004, pgs.97-188.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 12, octubre-diciembre 2006 (<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/12/Comentarios/la-delegacion-de-la-facultad-de-mejorar-por-juan-jose-rivas-martinez.aspx>).

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones II*, Bosch, Barcelona, 1991.

ROCA SASTRE, R.Mª, “La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales”, en ROCA SASTRE, R.Mª. y PUIG BRUTAU., J., *Estudios de Derecho Privado*, T. II, Dykinson, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ APARICIO, J.A. y AGUSTÍN TORRES, C., “La empresa familiar y el Derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios” en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm.12, mayo 1999, pgs.35-104.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “La empresa familiar en el ámbito del Derecho mercantil”, en FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. (dir), *Cuadernos mercantiles*, Endersa, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 263, enero-marzo, 2007, pgs.1123-1157.

RODRÍGUEZ PRIETO, F., “La sociedad cerrada frente a los extraños”, en AAVV., *Los consejos de Notario*, Inversor, Madrid, 2000.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad”, en AAVV, *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª ed, Aranzadi, Navarra, 2006.

ROMERO COLOMA, A.M., “Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica”, en *Diario La Ley*, núm. 7840, Sección Doctrina, 18 abril 2012, Año XXXIII, (La Ley 3295/2012).

SAIZ, S., “Las empresas familiares aceleran su calidad al exterior”, en *Expansión*, 28-02-2012, pg.9.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios”, *Derecho de sucesiones: Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, pgs.477-542.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 34ª ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 3ª Época, octubre, 2003, pgs.91-134.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, en AAVV., *La empresa familiar: manual para empresarios*, Deusto, Barcelona, 2005.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., “La organización del grupo familiar de empresas”, *Boletín del Ilustre Colegios de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3ª Época, Mayo 1999, pgs.149-165.

SÁNCHEZ GIL, J.M., *Concepto económico de empresa*, Biblioteca de Fomento Social, Madrid, 1964.

SAUVAGE, F., “La renonciation anticipée à l'action en réduction”, *Actualité juridique Famille*, núm. 355, octubre 2006, pgs.355-357.

SEGURA DE LASSALETA, R., “Gobierno estable de la empresa familiar”, en AAVV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi, Navarra, 2004.

SERIAUX, A., *Successions et libéralités*, Ellipses, Paris, 2013.

SERRANO GÓMEZ, E., “Los protocolos familiares”, *vLex*, 2011 (Id.vlex:VLEX-219659733).

SHANKER, M.C. y ASTRACHAN, J.H., “Myths and Realities: Family Businesses’ Contribution to the US Economy – A Framework for Assessing Family Business Statistics”, *Family Business Review*, vol. 9, núm. 2, 1996, pgs.107-123.

TAGIURI, R. y DAVIS, J., “Bivalent attributes of the family”, *Family Business Review*, vol. 9, núm. 2, 1996, pgs.199-208.

TÀPIES LLORET, J., *Empresa familiar: ni tan pequeña ni tan joven*, Fundación Jesús Serra, Barcelona, 2009.

TÀPIES LLORET, J. y CEJA BARBA, L., *Los Protocolos Familiares en países de habla hispana: como son y para que se utilizan*, Documento de Investigación DI-931, IESE Business School, 2011.

TISSERAND-MARTIN, A., “La nouvelle dynamique de la donation-partage”, *Actualité Juridique Famille*, núm. 10, 2006, pgs.349-254.

TISSERAND-MARTIN, A., “La donation-partage et la transmission d’entreprise”, *Petites affiches-Le Quotidien Juridique-La loi*, núm. 129, junio 2007 (lextenso.fr PA200712906).

TUA LÓPEZ, X., “La regulación de los protocolos familiares”, *Noticias Jurídicas*, marzo 2007, pgs.1-4.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho sucesorio. Estudios dispersos sobre las legítimas*, vol. III, Montecorvo, Madrid, 1981.

VALLET DE GOYTISOLO, J., “Comentarios al Código Civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil. Sección sexta. De las mejoras”, *vLex* (Id.vlex: VLEX-231295).

VALLET DE GOYTISOLO, J., “Comentarios al Código Civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil. Sección séptima. Derechos del cónyuge viudo”, *vLex* (Id.vlex: VLEX-231304).

VALLET DE GOYTISOLO, J., “Comentarios al Código Civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil. Sección octava. Pago por la porción hereditaria en casos especiales”, *vLex* (Id.vlex: VLEX-231307).

VALMAÑA CABANES, A., “El protocolo familiar jurídico: necesidad de normas vinculantes para la consecución de sus objetivos”, *Noticias Jurídicas*, mayo, 2010, pgs.1-4.

VAREILLE, B., “Portée liquidative de la renonciation anticipée à l’action en réduction : attention, danger !”, *Defrénois*, núm. 2, enero, 2008 (lextenso.fr AD2008DEF0159N1).

VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, Aranzadi, Pamplona, 2000, pgs.21-48.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VICENT CHULIÁ, F., “La publicidad del protocolo familiar”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2008, pgs.51-90.

WARD, J.L., “Protocolo familiar”, en AAVV., *La empresa familiar 4*, Estudios y Ediciones IESE, Navarra, 1993.

WESTHEAD, P. y HOWORTH, C., “Ownership and management issues associated with family firm performance and company objectives”, *Family Business Review*, vol. 19, núm.4, 2006, pgs.301-316.

YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, J.A., “El protocolo familiar”, en CURIEL LORENTE, F., PARRA LUCÁN, M., y YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA., *La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés*, Actas de los Undécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 2001.

ZALEWSKI, V., “la renonciation anticipée à l’action en réduction : imputation et/ou réduction ?”, *Defrénois*, núm. 22, novembre, 2007 (lextenso.fr AD2007DEF1587N1).