



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DADE

La sucesión en empresas familiares. Los protocolos familiares

Presentado por:

Lara Sanz Estébanez

Tutelado por:

Andrés Augusto Domínguez Luelmo

Valladolid, 23 de mayo de 2025

"Una empresa familiar no es solo un negocio, es
una historia compartida que se escribe con cada
generación."

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de la empresa familiar, con especial atención a los mecanismos jurídicos que permiten garantizar la continuidad de las mismas a lo largo de las sucesivas generaciones familiares. Comenzando con una primera aproximación de los elementos clave de las sociedades de índole familiar, el trabajo centra su atención en uno de los elementos más críticos para su estabilidad, la sucesión empresarial.

En este marco, se abordan los mecanismos sucesorios contemplados por el Derecho común, completándose con las especialidades legislativas de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, con especial atención al pacto sucesorio. El núcleo del trabajo gira en torno a la figura del protocolo familiar, abordando aspectos como su naturaleza jurídica, su contenido más habitual o el papel que representa en la planificación sucesoria.

En este sentido, se analiza el Real Decreto 171/2007, única norma que hace referencia de manera expresa al protocolo familiar, regulando su publicidad a través del acceso al Registro Mercantil. Este análisis se complementa con el estudio de una resolución reciente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

La escasa regulación que acompaña a esta figura del protocolo familiar en España, así como la diversidad de regímenes jurídicos, revelan importantes desafíos para el legislador, y aún más, para las propias familias empresarias.

Palabras clave

Empresa familiar, protocolo familiar, sucesión, Real Decreto 171/2007, publicidad registral

ABSTRACT

The purpose of this paper is the study of family businesses, with special attention to the legal mechanisms that guarantee their continuity throughout the successive family generations. Starting with a first approximation of the key elements of family companies, the paper focuses on one of the most critical elements for their stability, the business succession.

Within this framework, the succession mechanisms contemplated by the common law are dealt with, being completed with the legislative specialties of the Autonomous Communities with their own civil law, with special attention to the succession agreement. The core of the

work revolves around the figure of the family protocol, addressing aspects such as its legal nature, its most common content or the role it plays in succession planning.

In this sense, Royal Decree 171/2007 is analyzed, the only regulation that expressly refers to the family protocol, regulating its publicity through access to the Mercantile Registry. This analysis is complemented with the study of a recent resolution of the Spanish General Directorate of Legal Security and Public Faith.

The scarce regulation that accompanies this figure of the family protocol in Spain, as well as the diversity of legal regimes, reveal important challenges for the legislator, and to a greater extent, for the business families themselves.

Key words

Family business, family protocol, succession, Royal Decree 171/2007, public registration.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	8
2. QUÉ ES LA EMPRESA FAMILIAR	10
2.1. Caracterización	10
2.1.1. Problemas a los que se enfrentan las empresas familiares	11
2.1.2. Formas que pueden adoptar.....	12
2.2. Beneficios fiscales de las empresas familiares.....	13
2.3. Órganos de las empresas familiares	14
2.3.1. Consejo de familia	15
2.3.2. Asamblea familiar	15
2.3.3. Consejo asesor de la sociedad familiar	16
2.3.4. Comité de arbitraje y resolución de conflictos	16
2.3.5. Comité de seguimiento del protocolo familiar	16
3. LA SUCESIÓN EN EMPRESAS FAMILIARES	18
3.1. La libertad de testar. La legítima	18
3.2. Análisis del art 1056 CC	20
3.3. Problemas. Relaciones conyugales	23
3.3.1. Posibilidad de regular el régimen económico-matrimonial	24
3.3.2. Afrontar la entrada de nuevos miembros a la familia por medio de la institución del matrimonio	27
3.3.3. Cómo debe actuar el cónyuge sobreviviente ante la muerte del empresario.....	28
3.4. El testamento	28
4. LOS PROTOCOLOS FAMILIARES	30
4.1. Caracterización	30
4.1.1. Origen histórico	32
4.2. Naturaleza jurídica	33
4.3. Clases de protocolos familiares	34
4.4. Contenido	35

4.4.1.	Identificación de los firmantes	36
4.4.2.	Valores y principios	37
4.4.3.	Participación de los distintos miembros de la familia	37
4.4.4.	Estructura de gobierno corporativo	39
4.4.5.	Derechos políticos	41
4.4.6.	Aspectos financieros	42
4.4.7.	Mediación o arbitraje	43
4.5.	Derecho común vs derechos civiles de las Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia civil	45
5.	GESTIÓN DE LA SUCESIÓN DENTRO DEL PROTOCOLO FAMILIAR...	48
5.1.	Gestión de la sucesión.....	48
5.2.	Retos y conflictos en la sucesión y gestión del protocolo familiar	50
5.2.1.	Fallecimiento del empresario con hijos menores	50
5.2.2.	Problemas en la transmisión entre generaciones. Del fundador a la segunda generación (transición de padre a hijos)	52
5.2.3.	La sucesión en la tercera generación: la complejidad de la "generación de primos"	56
6.	LA PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES.....	58
6.1.	Formas de publicidad del protocolo familiar	59
6.1.1.	Publicación en el sitio web de la sociedad	60
6.1.2.	Mención registral de la existencia del protocolo	60
6.1.3.	Deposito con ocasión de presentación de las cuentas anuales	60
6.1.4.	Inscripción de acuerdos sociales derivados del protocolo	61
6.2.	Principios generales registrales aplicables a la publicidad	62
6.2.1.	Principio de unidad	62
6.2.2.	Principio de permanencia	62
6.2.3.	Principio de voluntariedad	62
6.3.	Sujetos legitimados para solicitar la publicidad	63
6.4.	Efectos jurídicos de la publicidad registral	65
6.5.	Análisis de la Resolución de 29 de noviembre de 2024 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública	66
6.5.1.	Contexto del caso	66

6.5.2. Resolución de la Dirección General.....	66
6.5.3. Valoración jurídica	67
7. CONCLUSIONES	68
8. BIBLIOGRAFÍA	71

1. INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares constituyen una parte esencial del entramado económico español, suponiendo la parte mayoritaria del total de las empresas nacionales. No solo constituyen una importante parte del PIB, sino que también implican un impacto significativo en el empleo y en la capacidad de generar valor a largo plazo. No obstante, la continuidad de estas entidades se ve muchas veces comprometida por las dificultades a las que se enfrentan, principalmente en el momento del cambio generacional. Los conflictos internos, la escasa planificación o la ausencia de mecanismos jurídicos que ayuden a garantizar la estabilidad y profesionalización de estas empresas pueden poner en serio riesgo la supervivencia de las mismas.

Ante las observables necesidades de las empresas familiares, se han desarrollado instrumentos para abordar esos retos que deban tener que afrontar. Entre dichos instrumentos destaca el protocolo familiar, figura que permite a los miembros de las empresas familiares planificar y regular los aspectos que consideren más importantes para el funcionamiento, propiedad y transmisión de su empresa. Sin embargo, a pesar de su relevancia práctica, la regulación del protocolo familiar en España es muy escasa, limitándose esencialmente al Real Decreto 171/2007, regulatorio de su publicidad, por lo que, respecto a aspectos esenciales de esta figura como su contenido, alcance, eficacia interna o vinculante, no cuentan con ningún tipo de regulación. Este vacío legal supone una gran desprotección para las empresas familiares en su conjunto, lo cual se traduce en inseguridad jurídica y desprotección ante situaciones conflictivas o que comprometan la estabilidad empresarial familiar. A lo sumo del vacío legal, la diversidad legislativa en materia civil existente en España refuerza aún más la complejidad de la instauración de los protocolos familiares por parte de las empresas familiares.

El presente trabajo aborda el estudio del régimen jurídico aplicable a la sucesión de las empresas familiares en España, así como el estudio de los protocolos familiares como herramienta de planificación de dicho proceso sucesorio. Este análisis resulta particularmente oportuno teniéndose en cuenta el avance hacia nuevas generaciones en innumerables empresas actualmente. Así mismo, responde a un interés personal de la autora, proveniente de una vinculación personal y directa con la realidad en cuestión, fruto de un contexto familiar marcado por una empresa familiar, actualmente en manos de la segunda generación, con una tercera generación próxima a la incorporación al mercado laboral. Consiguientemente, esta

circunstancia ha hecho posible abordar el estudio del tema con una mirada reflexiva, cercana y especialmente comprometida, más allá del mero interés académico.

En lo que respecta a la metodología empleada, esta ha consistido en un análisis doctrinal y normativo. Debido a la carencia de regulación general del protocolo familiar en el ordenamiento jurídico español, ha sido necesario recurrir a bibliografía especializada y artículos doctrinales para acometer su caracterización, naturaleza jurídica y contenido. Por su parte, lo que respecta a la publicidad del protocolo familiar sí que cuenta con un marco normativo concreto, materializado en el Real Decreto 171/2007, cuyo estudio ha constituido uno de los pilares del presente trabajo. Igualmente, han sido tenidos en cuenta los distintos regímenes existentes en España respecto a la materia sucesoria, tanto la normativa del derecho común como la normativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio. Por último, también han sido analizadas resoluciones administrativas recientes, concretamente la de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de noviembre de 2024 (BOE núm. 310, de 25 de diciembre 2024, pp 180148 y ss.).

La realización de este trabajo se ha estructurado en el desarrollo de seis apartados. El primero de ellos define y caracteriza la empresa familiar, incluyendo una descripción de sus órganos, así como un análisis de los beneficios fiscales de los que goza. El segundo apartado se dedica a estudiar los aspectos sucesorios, comprendiendo el análisis de la legítima, del testamento y de problemas tales como la entrada de nuevos miembros a la familia a través del matrimonio o el fallecimiento del titular. En el tercer apartado se examina el protocolo familiar, su contenido, naturaleza jurídica y su tratamiento por los distintos ordenamientos civiles. En el cuarto apartado se aborda la forma en la que el protocolo familiar puede ser empleado como herramienta de planificación sucesoria, así como los retos de su aplicación. El análisis concluye con un quinto apartado que se centra en la publicidad registral del protocolo familiar, analizando sus formas, principios, efectos y sujetos legitimados, finalizando con el estudio y valoración de un caso concreto.

2. QUÉ ES LA EMPRESA FAMILIAR

2.1. CARACTERIZACIÓN

Como paso previo a poder abordar el desarrollo y los problemas que atañen a la sucesión de las empresas familiares, debe tenerse claramente definido a qué nos referimos cuando hacemos referencia al concepto de empresa familiar, y qué características diferencian a estas del resto de empresas no englobadas en esta categoría. La empresa familiar puede entenderse comúnmente como aquella organización cuyos miembros forman parte de un mismo grupo familiar, de mayor o menor extensión generacional. En términos más técnicos, no existe una definición unívoca, ni un concepto legal claramente definido sobre lo que constituye una empresa familiar, sin embargo, autores como Corbetta, Handler, Calavia, o Vélez ofrecen una aproximación al concepto, definiendo la empresa familiar como “aquella en la que una o pocas familias ligadas por vínculos de parentela, afinidad o sólida alianza detentan una cuota del capital de riesgo suficiente como para asegurarse el control de la empresa”, “una organización en la que las principales decisiones operativas y los planes de sucesión en la dirección están influidos por los miembros de la familia que forman parte de la dirección”, “aquella cuya propiedad total o más significativa pertenece a uno o varios propietarios unidos por lazos familiares y alguno de sus miembros participa en los órganos de gobierno y dirección, cuyo funcionamiento está sometido a unos determinados principios o cultura con la clara intencionalidad de ser transmitida a las siguientes generaciones” y “aquella en la cual las personas de una o más familias ligadas por vínculos de parentesco poseen la suficiente propiedad accionaria de la empresa, el control de las decisiones y aplican un modelo de gestión interdependiente con el proceso de sucesión”, respectivamente¹. Si tratamos de buscar una definición de empresa familiar recogida en algún texto legal, podemos encontrar una en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, que define las empresas familiares como “aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”.

Cuando se piensa en empresa, es frecuente tender inicialmente a la idea de grandes empresas, muchas veces multinacionales, con elevados números de empleados sin ningún tipo de vinculación afectiva entre ellos, grandes cantidades de facturación y numerosas

¹ MOLINA PARRA, P., BOTERO BOTERO, S., MONTOYA MONSALVE, J., “Empresas de familia: conceptos y modelos para su análisis”, *Pensamiento y gestión: revista de la División de Ciencias Administrativas de la Universidad del Norte*, n°41, 2016, pp 120-122.

sucursales. Sin embargo, realmente, el tejido empresarial español está principalmente formado por empresas familiares.

Un elemento esencial en la caracterización de las empresas familiares es la vocación de continuidad, aspecto estrechamente relacionado con la sucesión en este tipo de organizaciones, de lo cual se desprende el objeto de análisis de este trabajo, que son los protocolos familiares, sobre los cuales profundizaremos más adelante. La vocación de continuidad de las generaciones futuras es clave para evitar la muerte de la empresa familiar, la cual propiciaría el retroceso del tejido empresarial, razón por la cual se intentan buscar fórmulas que fomenten esa continuidad. En el caso concreto de España, las empresas familiares representan entre el 65% y el 70% del Producto Interior Bruto, con casi 3 millones de empresas de esta categoría, las cuales realizan además el 60% de las exportaciones, y dan trabajo a más de 14 millones de personas, por lo que mantener y favorecer que se prosiga con los negocios familiares existentes no es problema menor, pues de ello depende en buena parte nuestra economía.

2.1.1 Problemas a los que se enfrentan las empresas familiares

La llevanza empresarial no es tarea sencilla, pues se debe hacer frente a multitud de contingencias, y se deben tomar una enorme cantidad de decisiones para llevar a cabo su gestión, asumiendo una gran responsabilidad. Concretando más en el objeto de estudio del presente trabajo, las empresas familiares se encuentran a menudo con un diverso abanico de complicaciones adicionales que deben afrontar, debido a su composición diferencial.

La dirección de una empresa familiar obliga a idear mecanismos para evitar la confusión entre el patrimonio empresarial y el familiar, buscando asimismo la separación entre los problemas empresariales y los conflictos familiares, todo ello dentro de un mercado muy competitivo. Como se ha mencionado anteriormente, otro problema inherente a la condición de organización familiar es su escasa regulación normativa, lo que aporta desprotección y cierta inseguridad.

Uno de los problemas que no se puede dejar de lado cuando se habla de empresa familiar son las crisis matrimoniales. Si dentro de las relaciones familiares ya suponen un grave perjuicio, si se da esta confusión entre empresa y familia, como es habitual en las empresas familiares, los problemas derivados de la ruptura del vínculo matrimonial pueden

ser un problema fatal para las organizaciones familiares. Es por ello, que es esencial regular estos aspectos de manera previa en los protocolos familiares, para tratar de suavizar las consecuencias que puedan suponer, buscando siempre mantener la integridad de la empresa familiar.

A diferencia de las organizaciones cuya estructura y composición no pertenecen a un mismo núcleo familiar, uno de los mayores retos a los que tienen que hacer frente las empresas familiares, es la ordenación de la sucesión. En España, solo el 30% de las empresas familiares sobrevive a la segunda generación, y solo el 10% de ellas sobrevive a la tercera generación², cifras poco reconfortantes si se piensa que son estas empresas familiares, como se reflejaba anteriormente, las que sustentan buena parte de la economía de nuestro país. Razón por la cual, esta anterior, se han tratado de buscar diversos mecanismos que faciliten el traspaso generacional de la organización, los cuales se analizarán en profundidad en el presente trabajo.

2.1.2. Formas que pueden adoptar

Las empresas familiares, al igual que el resto de las empresas, pueden adoptar diversas formas, tomando en consideración sus características y necesidades, para encontrar la más afín a lo que necesiten. Existe en el panorama económico español empresas familiares bajo la forma de empresas individuales, empresas societarias, comunidades de bienes o sociedades civiles entre las más habituales. Si bien es cierto que, a pesar de poder adoptar esta diversidad de fórmulas de organización, la predominante es la forma societaria. Esta forma societaria, a diferencia de otras como la empresa individual, permite limitar la responsabilidad del empresario, dejando claramente diferenciado el patrimonio personal de este, del patrimonio empresarial.

Concretamente, lo más habitual es que las empresas familiares se organicen en torno a la figura de Sociedad Limitada, pues a diferencia de las Sociedades Anónimas, esta primera permite dar comienzo a la actividad empresarial con una aportación de capital menor, lo cual resulta más apropiado para la mayoría de las empresas familiares, que suelen ser de tamaño pequeño o mediano. Esta figura supone una menor asunción de riesgos, y suele plasmarse

² KPMG Tendencias. Visita Guiada a la gobernanza de las empresas familiares. Consulta en internet. <https://www.tendencias.kpmg.es/2024/09/visita-guiada-gobernanza-empresas-familiares/> (Fecha de consulta: 12 de febrero de 2025)

en el denominado Plan de Empresa, documento donde se recogen la idea de negocio y el camino que se pretende seguir.

2.2. BENEFICIOS FISCALES DE LAS EMPRESAS FAMILIARES³

Como ya se ha mencionado, fomentar la existencia y continuidad de las empresas familiares es un aspecto clave para los países, y en nuestro caso concreto, para España. Es por eso que, el legislador español, asumiendo una parte de esta responsabilidad en el fomento de la continuidad empresarial en los núcleos familiares, ha implementado una serie de beneficios o ventajas fiscales en lo que respecta a la tributación.

En primer lugar, en el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se recoge una reducción del 95% en la transmisión de empresas familiares. Concretamente, en el artículo 20.2, c) de la mencionada ley, se establece que, si sobre la base de una adquisición "mortis causa" que recaiga sobre los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, se hallase incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, será de aplicación una reducción del 95% de dicho valor, siempre que sobre dicha transmisión sea de aplicación la exención recogida en el artículo 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, y se cumplan además dos requisitos adicionales, que son, que no haya una minoración sustancial del valor de adquisición, y que la adquisición se mantenga durante diez años.

De la misma manera, el artículo 20.6 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, determina que en el caso de las transmisiones "inter vivos" de participaciones de empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en entidades del donante, en favor igualmente de cónyuges, descendientes o adoptados, les será también de aplicación la reducción del 95% del referido valor, siempre que, de la misma manera, sobre dicha transmisión sea de aplicación la exención recogida en el artículo 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, y cumpla con unos requisitos, en este caso diferentes a los anteriores, siendo estos que el donante tenga una edad igual o superior a sesenta y cinco años o se encontrase en situación de incapacidad

³ Información obtenida gracias a la realización de prácticas

permanente, en grado de absoluta o gran invalidez; que el donante deje de ejercer funciones de dirección -en el caso de que las realizase- y de percibir remuneraciones por dichas funciones; que el donatario mantenga lo adquirido, y con el correspondiente derecho a la exención del artículo 4.8 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo; que el donatario no realice actos de disposición ni operaciones societarias que puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.

Por su parte, el mencionado artículo 4 de la ley ip, de necesario cumplimiento para la aplicación de la reducción del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, determina en su apartado 8 que estarán exentos del Impuesto sobre el Patrimonio los bienes y derechos del empresario individual que sean necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial o profesional del mismo, siempre que la lleve a cabo de forma personal, habitual y directa y constituya su principal fuente de renta -más del 50% de su base imponible total del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas proceda del ejercicio de esa actividad-.

A lo sumo, otra ventaja fiscal para las empresas familiares se recoge en el artículo 33.3, c) de la 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 no Residentes y sobre el Patrimonio, el cual establece que no se consideran ganancias patrimoniales las que se pongan de manifiesto con motivo de la transmisión lucrativa -donación- de una empresa familiar, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la normativa.

2.3. ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

Ya se ha visto que las empresas familiares pueden adoptar diversas formas a la hora de determinar su organización, siendo la más habitual y la más acorde a sus necesidades la forma societaria. Las sociedades de capital organizan su estructura en torno a dos órganos principales, por un lado, el órgano de administración, el cual puede adoptar diversas formas -administrador único, administradores solidarios, administradores mancomunados y consejo de administración-, y por otro lado la Junta General de Socios.

Ahora bien, en el caso de las empresas familiares, estas presentan otra especialidad en el caso de su organización, pues pueden incluir otros órganos que les son propios, para dar cabida a problemas que solo les atañen a las mismas. Entre estos órganos específicos de dirección de carácter familiar, ajenos a la estructura societaria, encontramos los que se definen a continuación.

2.3.1. Consejo de familia

Este órgano, de carácter permanente, asume el papel de máximo órgano de gobierno familiar. Está formado por miembros de la familia, preferiblemente un numero de ellos que oscile entre cinco y diez, sin superar los doce miembros, y es recomendable que se encuentren representadas en el mismo las distintas ramas familiares, bien sean miembros que ostenten una relación laboral con la empresa, o bien se encuentren desligados de esta en términos estrictamente laborales

Entre las funciones principales de este órgano se encuentran (i) garantizar la continuidad de los canales de comunicación entre la familia y la propia empresa, (ii) gestionar el proceso de sucesión, (iii) promover la formación de las nuevas generaciones, bregando por la continuidad de la organización, (iv) velar por el cumplimiento del protocolo familiar y proceder a su revisión y actualización cuando así lo requiera la situación.

2.3.2. Asamblea familiar

Este órgano de carácter voluntario tiene la misión de acercar la empresa a los miembros de la familia que no sean socios, razón por la cual está formado por todos y cada uno de los miembros de la familia que estén interesados -si bien es cierto que se puede limitar la asistencia a la asamblea-.

Su razón de ser es informar a todos sus miembros de la marcha de la organización, fomentando la transmisión de cualquier cuestión, problemática o inquietud surgida en el seno del entorno familiar, presentando un carácter meramente consultivo, deliberativo e informativo, sin asumir la responsabilidad decisoria. De esa manera, se permite a los miembros más desligados -en lo que a condición de socio se refiere- de la empresa familiar ir adquiriendo un conocimiento progresivo sobre la cultura empresarial familiar y sobre la filosofía que orienta la actividad, pretendiendo la salvaguarda de la continuidad empresarial, así como la promoción de relaciones cordiales y armónicas entre los familiares.

2.3.3. Consejo Asesor de la sociedad familiar

A diferencia de los órganos anteriores, este Consejo Asesor de la sociedad familiar está conformado por expertos independientes, ajenos a la organización, lo que aporta a la empresa familiar un enfoque objetivo y un punto de vista externo, ajeno a las influencias que pueda suponer el componente familiar en la empresa, mitigando posibles conflictos familiares. A lo sumo, estos expertos independientes, aunque sin poder de decisión en lo relativo a la gestión empresarial -materia reservada al Consejo de Administración-, proporcionan guía y asesoramiento en la definición y ejecución de la estrategia empresarial dirigida a la alta dirección⁴.

En concreto, en materia de sucesión, contar con un Consejo como el presente, aporta estabilidad y continuidad, pues ayuda a promover un traspaso más estructurado.

2.3.4. Comité de arbitraje y resolución de conflictos

Este órgano, como su propio nombre indica, se encarga de mitigar los problemas o conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar, función para la cual pueden ser designados una serie de terceros independientes, que asuman el papel de árbitro⁵.

Muchas veces, el origen de esos problemas y disputas se encuentra en el incumplimiento de los protocolos familiares objeto de estudio de este trabajo, sobre los cuales se profundizará más adelante.

2.3.5. Comité de seguimiento del protocolo familiar

La principal función de este órgano es garantizar la correcta implementación, desarrollo, y cumplimiento del protocolo familiar, así como su revisión y actualización cuando las circunstancias lo requieran.

En lo relativo a su composición, principalmente está compuesto por miembros del Consejo de Familia, procurando alcanzar una cifra impar y no muy elevada, evitando así posibles disputas, y seleccionar a aquellos miembros más capacitados, tanto en

⁴ Consulta en Internet: CEDEC disfrutar de ser empresario. <https://cedec-group.com/es/blog/el-consejo-asesor-en-la-empresa-familiar> (Fecha de consulta 12 de febrero de 2025)

⁵ Consulta en Internet: FAMILY BUSINESS SOLUTIONS. <https://fb-solutions.es/organos-de-gobierno-de-la-empresa-familiar> (Fecha de consulta 12 de febrero de 2025)

conocimientos, como en lo que a la resolución de conflictos se refiere. Si bien es cierto, también puede formar parte de este comité un grupo de expertos ajenos a la organización, que sean capaces de aportar imparcialidad en la toma de decisiones.

A pesar del hecho de poder contar con algunos de estos órganos propios familiares, debe tenerse presente que estos constituyen órganos extraestatutarios, creados por el protocolo familiar de cada empresa, y por tal razón no pueden inmiscuirse en las funciones reservadas a los órganos propiamente estatutarios -en concreto, la Junta General y el órgano de administración -, respetando los ámbitos de competencias exclusivos y propios de estos. Es por eso, que toda cláusula de los protocolos que atribuya a los órganos extraestatutarios funciones que excedan su ámbito de competencia, debe rechazarse, sin perjuicio de la validez que las mismas puedan tener en el ámbito de las relaciones obligacionales inter partes.

3. LA SUCESIÓN EN EMPRESAS FAMILIARES

3.1. LA LIBERTAD DE TESTAR. LA LEGÍTIMA

Antes de fallecer, toda persona dispone de la facultad de realizar testamento, lo cual facilita el reparto de los bienes una vez muerto el causante, al no ser dejados al libre albedrío. Sin embargo, a pesar de la existencia de la facultad de disponer en testamento el reparto de los bienes, esa libertad tiene límites, límites más o menos amplios en función del Derecho que aplique. Esos límites a la libertad de testar son lo que constituye la denominada legítima, la cual reserva una porción del caudal hereditario a los herederos forzosos del causante.

En el Derecho común español, los herederos forzosos recaen en los descendientes, en primer lugar, en los hijos, y ya en caso de no haber descendientes, pasan a convertirse en herederos forzosos los padres y ascendientes. Es solo dado el caso de inexistencia de todos los anteriores, cuando es el viudo o la viuda del causante quien asume los derechos y deberes atribuidos a los herederos forzosos, pero en este último caso, el derecho a legítima es en forma de derecho al usufructo de una parte de los bienes.

La legítima se regula en el Código Civil español entre los artículos 806 y 822, donde se reservan dos tercios de la herencia para los herederos forzosos, uno de ellos de forma estrictamente proporcional -el tercio de legítima estricta-, y el otro -el tercio de mejora-, en forma de libre distribución entre todos los herederos forzosos -siempre y cuando haya testamento, ya que en caso de no haberlo, los dos tercios serán repartidos a partes iguales entre los hijos-, dejando el último de los tercios -el tercio de libre disposición- a la libre disposición del causante, que puede distribuir como más le convenga. En los territorios españoles con derecho civil propio, esto es, Cataluña, País Vasco, Aragón, Baleares, Galicia y Navarra, los porcentajes reservados a las legítimas son diferentes⁶, no obstante, de cualquier manera, ya sea en los territorios regidos por el Derecho común, o los territorios con

⁶ Más concretamente, en Navarra el porcentaje reservado a la legítima es nulo según la Ley 267 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, donde se establece que “La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de “cinco sueldos ‘febles’ o ‘carlines’ por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles”, no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero”. Por su parte, tampoco hay un porcentaje reservado a la legítima en el Valle de Ayala (Álava), según recoge el artículo 89.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco cuando establece que “los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieran por testamento, donación o pacto sucesorio, aportando a sus legitimarios con mucho o poco”. Por tanto, tanto en Navarra como en el Valle de Ayala la legítima no opera como una reserva obligatoria de bienes, permitiendo la ley disponer del patrimonio libremente.

Derechos forales propios, la legítima cuenta con una amplia protección legislativa en todo el territorio español.

El reparto de los bienes de una persona no es tarea sencilla, y lo es menos aun cuando existe en el patrimonio de esa persona algún bien indivisible, como es, siguiendo con el caso que atañe al presente trabajo, una empresa familiar.

Si el derecho a participar en el reparto hereditario reservado a los herederos forzosos se limita a una pequeña parte, el causante, y, tratando el caso del reparto de una empresa familiar, el empresario, tiene la posibilidad de elegir con criterio al sucesor que considere más adecuado para continuar con la llevanza de la empresa familiar. Pero, si, por el contrario, el causante se acoge a un Derecho que establece una legítima muy amplia para los herederos forzosos, este no tendrá esa facultad de elección de la persona más capacitada para la sucesión de su puesto de empresario, y tendrá que delegar esa facultad en alguno de sus herederos forzosos, independientemente de la voluntad de estos en asumir el cargo.

La falta voluntad de los herederos forzosos para asumir la llevanza de la empresa familiar puede ser un asunto muy problemático, pues pone muchas trabas a la continuidad del negocio. Un problema puede ser la excesiva división de la empresa, lo cual dificulta su llevanza, y en sentido contrario, otro problema de gran envergadura es que ningún heredero quiera continuar al frente de la misma, lo que supondría el fin de la empresa familiar, desembocando bien en la venta del negocio a un tercero, o bien en la disolución.

En el momento de la sucesión, no solo se encuentra en las empresas familiares el problema de que el empresario no pueda elegir a quien atribuir la misión de continuar con su empresa, sino a mayores, la imposibilidad de transmitir de forma unitaria la misma. Si el patrimonio del fallecido es insuficiente como para otorgar a uno de sus herederos forzosos la empresa familiar de manera unitaria, y, al resto, otro tipo de bienes por valor equivalente, pueden surgir varios problemas.

Se han tratado de establecer distintos mecanismos para dar solución a este recurrente problema, buscando evitar la disolución y liquidación de la empresa en cuestión afectada, pero ello no quita que al adjudicatario de la posición de continuador con la llevanza de la empresa familiar se le deje de atribuir la obligación de resarcir en metálico al resto de sus

coherederos, igualmente legitimarios, en la parte correspondiente. Y es que, aunque a priori la naturaleza de la legítima sea de *pars bonorum*, según establecen en el Código Civil los artículos 806 y 808, al referirse respectivamente a la legítima como "la porción de bienes" y "las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre", es posible adoptar mecanismos que la alejen de esa naturaleza, aceptándose excepcionalmente que la legítima sea considerada como una *pars valoris bonorum*, al permitir la compensación en metálico. Esta excepcional valoración es la que permite el artículo 1.056 del Código Civil.⁷

3.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1.056 DEL CÓDIGO CIVIL

Uno de los principales mecanismos que permite remediar este problema de la indivisibilidad de la empresa familiar, es el que aparece recogido en el artículo 1.056 del Código Civil español. Este mencionado artículo recoge lo que se conoce como mejora particional, la cual regula estableciendo que *"cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos."*

*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 concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, 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; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.'*⁸

La utilidad de este artículo en lo que respecta a este asunto de la continuidad de las empresas familiares y cómo gestionar su sucesión, le viene dada gracias a la reforma en la redacción de su párrafo segundo que se introdujo con la entrada en vigor de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, la cual modifica la Ley 2/1995, de 23

⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "La transmisión unitaria de la empresa familiar y la partición hereditaria", *Retos del derecho de sucesiones en el siglo XXI: Volumen I*. Arrébola Blanco, Adrián (Dir.); Rogel Vide, Carlos (Dir.), Amunátegui Rodríguez, Cristina de (Dir.). Editorial Reus, España, 2023, pp.371-420.

de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, introducida actualmente en la Ley de Sociedades de Capital. Gracias a dicha reforma, el artículo brinda la oportunidad al testador de adjudicar la participación en la sociedad al completo a uno solo de sus herederos, otorgándose de esta forma y según su voluntad, al descendiente que mejor preparado considere. Al resto de legitimarios nada más tendrá que compensarles en metálico -en un plazo máximo de cinco años a contar desde la muerte del testador- por una cantidad equivalente, evitando así tener que romper la unidad de la empresa.⁹

Este mecanismo permite que, llegado el momento de la partición hereditaria, el testador pueda determinar la adjudicación a uno o a varios de sus herederos de determinados bienes de su caudal hereditario, compensando al resto de sus herederos forzosos con la entrega de dinero por un valor equivalente. Este mecanismo tiene una especial relevancia dentro del contexto de la sucesión de empresas familiares, pues facilita la continuidad del negocio en unidad, evitando tener que fragmentar su estructura.

De esta manera, gracias a la existencia de este mecanismo, el testador puede adjudicar la empresa de forma íntegra -otorgando la totalidad de las acciones o de las participaciones de la misma- al heredero que considere mejor capacitado para su llevanza, evitando la disgregación del capital social o de los activos necesarios para la correcta marcha de la sociedad. Al resto de los herederos que no sean elegidos para continuar con la gestión del negocio, tendrá la posibilidad gracias a las disposiciones de este artículo, de compensarles con el resto de sus bienes que no estén directamente relacionados con el negocio o no sean esenciales para este, o mediante el pago en efectivo. De esta manera, se permite compaginar el mantenimiento de los derechos de los legitimarios con la continuidad del negocio familiar al poder evitar su desmembramiento.

A pesar de que este mecanismo proporciona un acercamiento a la solución de la continuidad de la empresa familiar, el mismo no está exento de desafíos. Un problema que implica grandes dificultades al que se enfrentan quienes necesitan aplicar este artículo 1.056, es la falta de disposición de caudal hereditario suficiente como para compensar a los legitimarios no elegidos para ser los continuadores de la empresa familiar, no habiendo recibido las correspondientes acciones o participaciones de la sociedad en cuestión.

⁹ CUCURULL POBLET, T., *El protocolo familiar mortis causa*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp 207 a 209

Otro problema que plantea la aplicación de este artículo es la necesidad de realizar una correcta valoración de los bienes, sobre la cual todos los legitimarios estén de acuerdo. En caso contrario, pueden surgir conflictos si los herederos consideran que las compensaciones no son equitativas. Tratándose de una empresa cotizada, es una tarea sencilla la de determinar el valor de sus acciones, pero, si, por el contrario, se trata de empresas no cotizadas -que será el caso más habitual, y más tratándose de empresas familiares- esa valoración de la sociedad no es tan sencilla de llevar a cabo, lo que puede fácilmente dar lugar a disputas.

No obstante, a pesar de estas dificultades que plantea el artículo, la jurisprudencia no ha dudado en reconocer la importancia que merece como vía para proteger la unidad de las empresas familiares. De la misma manera, la doctrina también ha destacado la utilidad de este artículo como herramienta para la planificación sucesoria, la cual debe emplearse de manera combinada con otros mecanismos como los pactos sucesorios o los protocolos familiares -sobre los que se profundizará a lo largo del presente trabajo-.

Es labor del testador, haciendo uso del mecanismo del artículo 1.056, la de incluir cláusulas en su testamento donde se establezcan de forma clara las reglas para la partición y adjudicación de los bienes de la empresa, de forma que se minimice el posible riesgo de disputa entre los herederos.

Es por eso por lo que, este artículo tiene gran utilidad, ya que permite compatibilizar distintos objetivos de gran importancia, haciendo posible respetar los derechos de los legitimarios a la par que lograr la continuidad de las empresas de carácter familiar. El ser una herramienta tan beneficiosa no quita que tenga que hacer frente a complejidades, lo que obliga a llevar a cabo una planificación sucesoria adecuada, teniendo en cuenta todos los bienes de los que dispone el testador, así como el contexto familiar en el que se encuentra.

Este artículo 1.056 se complementa con el artículo 841 del Código Civil, el cual permite, que, en caso de desacuerdo, se adjudique a los hijos o descendientes del testador, su parte correspondiente en dinero o en bienes distintos a los asignados inicialmente. Esto permite reforzar la posibilidad de que se mantenga la empresa familiar, incluso en el caso de que se produzcan disputas en el seno de la familia. Según este artículo 841, será el propio testador o bien el contador partidor expresamente autorizado por el primero, quien tendrá

la facultad de adjudicar los bienes hereditarios a los descendientes, o bien el pago en metálico de la porción correspondiente.

Sin embargo, a diferencia de este último artículo, el artículo 1.056 del Código Civil, facilita el mantener la unidad de la empresa familia, pues da la oportunidad de compensar con el pago en metálico al resto de los legitimarios en el plazo de cinco años a contar desde el fallecimiento del testador, con lo cual, se permite el poder acceder a la aprobación judicial de la partición hereditaria evitando tener que pasar por los tribunales en caso de disconformidad de algún descendiente. Esta posibilidad de aplazamiento del pago en metálico permite satisfacer la compensación de la porción hereditaria con efectivo no perteneciente a la masa hereditaria, eliminando así el problema de la falta de caudal hereditario suficiente para el pago en el momento del fallecimiento.

Es preciso destacar también, que frente a la anterior versión de este artículo 1.056, la cual buscaba defender el interés de la familia, con la nueva redacción se mantiene este objetivo y se añade a mayores el objetivo de defender el interés de la propia empresa, protegiendo su continuidad, contribuyendo así a preservar el tejido empresarial español.

3.3. PROBLEMAS. RELACIONES CONYUGALES

Las empresas familiares tienen que hacer frente a un sinnúmero de dificultades, y asuntos que deben ordenar y resolver. Uno de ellos, es el conjunto de problemas derivados de las relaciones conyugales.

Cuando se contrae matrimonio entre dos personas socias de una entidad, o entre una persona socia de una entidad y otra que no ostenta esa posición, se afecta directamente a las empresas familiares de las que esos cónyuges son parte. Esa afección puede venir por diversos motivos, bien sea por los problemas que pueden plantear las crisis matrimoniales o bien el fallecimiento de alguno de los cónyuges.

Es por ello por lo que son varias las dificultades que plantea este asunto; la posibilidad de regular el régimen económico matrimonial en los protocolos familiares, el cómo afrontar la entrada de nuevos miembros a la familia por medio de la institución del matrimonio, o el

cómo debe actuar el cónyuge sobreviviente ante la muerte del empresario, son algunas de ellas.

3.3.1. La posibilidad de regular el régimen económico matrimonial en los protocolos familiares

Existen en España varios tipos de regímenes matrimoniales a los que los cónyuges pueden optar, estos son: la sociedad de gananciales -recogido en los artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil-, el régimen de separación de bienes -recogido en los artículos 1.435 a 1.444 del Código Civil, y el de participación -el régimen de partición, recogido en los artículos 1.411 a 1.434 del Código Civil, prácticamente no tiene uso-. De la misma manera que existen varios regímenes matrimoniales, existe la posibilidad de que los cónyuges escojan el que consideren más adecuado en función de su situación, siendo el régimen de gananciales el que se aplica por defecto en los territorios que se rigen por el Derecho común, salvo que se hagan capitulaciones matrimoniales.

Moro Almaraz define las capitulaciones matrimoniales como “aquel contrato por medio del cual los cónyuges establecen antes de contraer matrimonio o constante el mismo, el régimen económico al que van a someter sus relaciones económicas y/o patrimoniales tanto personales como con respecto a terceros, o modifican o sustituyen dicho régimen constante matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”¹⁰.

Las capitulaciones matrimoniales, las cuales aparecen reguladas en el Código Civil, en el artículo 1.315, y posteriormente un poco más adelante, entre los artículos 1.325 y 1.335, constituyen un elemento de elevada importancia en lo relacionado con la sucesión de las empresas familiares, y es que permiten omitir el régimen económico matrimonial establecido por defecto por otro que se adecue más a las necesidades familiares.

En concreto, en los territorios regidos por el derecho común, las capitulaciones matrimoniales permiten la no aplicación del régimen económico matrimonial de gananciales, el cual dificulta la llevanza de la gestión empresarial, pues entromete el patrimonio del nuevo cónyuge. Por su parte, el régimen económico matrimonial de separación de bienes es mucho

¹⁰ MORO ALMARAZ, M. J. y SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2005, p. 110.

más apropiado para compaginar el matrimonio con la pertenencia a una empresa familiar, debido al hecho de que permite mantener separados los patrimonios de cada cónyuge, manteniendo la identidad privativa de cada uno de ellos. De esa forma, ni los riesgos empresariales afectan a los bienes matrimoniales, ni el nuevo cónyuge se entromete en el patrimonio empresarial.

Tratar de evitar o minimizar estos problemas que pueden surgir a raíz de las relaciones conyugales es una cuestión esencial, cosa que ya decía Martorell Zulueta cuando, tratando la relevancia de la más correcta decisión por el mejor régimen económico matrimonial de los sucesores, dice que "no debe dejarse al azar la continuidad del proyecto empresarial"¹¹

Si bien es cierto que los protocolos familiares constituyen un excelente instrumento para la ordenación de gran cantidad de aspectos, incluidos ciertos asuntos relativos a las relaciones conyugales, estos no pueden establecer la obligación de contraer matrimonio bajo un determinado régimen económico matrimonial, pues el régimen económico matrimonial se encuentra fuera de las posibilidades de negociación. Es por esa razón por la cual los protocolos familiares adquieren en este campo fuerza de mero ruego, sin poder llevar asociado un cumplimiento forzoso.

A pesar de su imposibilidad de constituir obligación en la determinación del régimen económico matrimonial, los protocolos familiares sí que pueden establecer ciertas condiciones o requisitos, tratando de conservar la unidad familiar original, ya que, en caso de no regularse, podría desembocar en graves problemas para la organización. En el supuesto de que un miembro del grupo familiar contrajera matrimonio con una persona ajena a la empresa, en régimen legal de gananciales, y posteriormente se produjese una crisis matrimonial que desembocara en la terminación de la sociedad de gananciales – por alguna de las razones contempladas en el artículo 1.392 del Código Civil-, se quebrantaría la armonía empresarial, debido a la posible entrada del cónyuge que hasta el momento no era poseedor de la condición de socio, a la sociedad familiar. En caso de que la incorporación a la sociedad se realiza por medio una transmisión hereditaria, en principio no hay razones para considerar problema alguno, pues si la transmisión de las acciones o participaciones sociales se lleva a

¹¹ MARTORELL ZULUETA, P. "Empresa familiar y regímenes comunitarios", en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Reyes López, María José (aut.), Aranzadi, Navarra, 2004, pp.95

cabo mortis causa, bajo cualquier régimen económico matrimonial al que estén sujetos los cónyuges, estas se considerarían bienes privativos. Por lo tanto, quedarían al margen de posibles complicaciones derivadas de una eventual liquidación del régimen económico del matrimonio. Si, por el contrario, las acciones o participaciones sociales son adquiridas por el sucesor mediante una transmisión inter vivos, ya sea por ampliación de capital o por compraventa, el régimen económico matrimonial ya sí jugaría un papel crucial en el futuro de la empresa familiar.

Algunos de los mecanismos que se pueden adoptar para proteger la unidad de la empresa familiar, y evitar su desmembración son los pactos reguladores de los derechos de reembolso, los cuales pueden adoptar dos direcciones.

Una primera orientación la constituyen los pactos sobre el derecho de reembolso, que implican que, si uno de los cónyuges aporta dinero a la sociedad de gananciales -la cual es común a ambos cónyuges- destinado a mejorar la empresa familiar del otro cónyuge -la cual constituye un bien privativo de este- puede regularse los derechos del primer cónyuge -el no miembro de la empresa familiar- a obtener el reembolso de lo aportado en caso de disolución de la sociedad de gananciales, habiendo acordado la correspondiente valoración de la aportación.

Por otro lado, también se pueden adoptar pactos que establezcan la situación contraria, esto es, pactos de exclusión del derecho de reembolso, acordando que lo aportado a la empresa familiar por el cónyuge no miembro no le será devuelto en caso de disolución de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, dentro de un régimen legal de separación de bienes, se puede adoptar un pacto entre los cónyuges que establezca que las empresas fundadas en dicho régimen son propiedad de ambos, determinando que, si fundan una empresa durante el matrimonio, esta será propiedad de ambos a partes iguales.

Es importante tener en cuenta que, estas previsiones sobre el régimen económico matrimonial no deben ser adoptadas exclusivamente por los actuales miembros de la empresa familiar, sino también por sus sucesores. La preparación de las futuras generaciones es

esencial para garantizar la continuidad empresarial, evitando posibles conflictos acaecidos en el futuro, y posibles confusiones patrimoniales.

3.3.2. Afrontar la entrada de nuevos miembros a la familia por medio de la institución del matrimonio

No es menor la importancia que tiene el régimen económico matrimonial, a la hora de asumir los posibles problemas que plantea la entrada de nuevos miembros a la familia a través de la institución del matrimonio. Y es esta la razón por la cual se pueden adoptar una serie de pactos que traten de mitigar los posibles problemas que puedan surgir.

Un ejemplo de uno de esos pactos es el pacto de preferencia de adjudicación de la empresa, el cual establece que si es uno de los cónyuges quien ostenta la cualidad de ser miembro de una empresa familiar, pueden acordar que este tenga prioridad a la hora de quedarse con la empresa en caso de separación o disolución de la sociedad de gananciales.

Otro ejemplo es la regulación de la exclusión de derechos sobre los bienes de la empresa familiar en caso de divorcio, estableciendo que, en caso de disolución matrimonial, ninguno de los cónyuges puede reclamar nada sobre la empresa del otro, inclusive en el caso de que alguno de los bienes sea común -por la sociedad de gananciales-. En el caso de encontrarse el matrimonio bajo un régimen legal de separación de bienes, pueden los cónyuges hacer un pacto de que quien lleva la empresa la tiene como suya, esto es, si uno de los dos cónyuges es quien lleva la gestión de una empresa, pueden acordar que esta será siempre de su exclusiva propiedad.

3.3.3. Cómo debe actuar el cónyuge sobreviviente ante la muerte del empresario

Otra posible situación que es preferible dejar determinada antes de que se produzca, es cómo gestionar el negocio familiar en caso de que fallezca uno de los cónyuges fundadores de la empresa. Una posible solución es firmar antes o durante el matrimonio, capitulaciones matrimoniales que contengan un pacto de preferencia al cónyuge supérstite para quedarse con la empresa, acordando que, si uno de los cónyuges muere, sea el cónyuge que sobrevive el que tenga el derecho preferente de quedarse con la totalidad de la empresa que fundaron juntos.

Otra alternativa para afrontar esta situación, en el caso de que el causante no quisiera que su cónyuge viudo asumiera la gestión empresarial, es que este deje recogido en su testamento -al amparo del artículo 839 del Código Civil- la disposición de que su cónyuge no reciba su correspondiente legítima -la cual se le atribuye en forma de usufructo, sobre los bienes empresariales, en este caso- disponiendo que se le atribuya en forma de dinero u otros bienes, siempre respetando la legítima. Esta otra solución permite evitar problemas en la gestión de la empresa familiar tras el fallecimiento del causante.

3.4. EL TESTAMENTO

El testamento es un instrumento esencial del derecho, que se caracteriza en nuestro ordenamiento por ser el único negocio con efectos mortis causa. Se encuentra regulado en el Código Civil, en el artículo 1.271, y es de gran utilidad a la hora de gestionar la sucesión hereditaria de las empresas familiares.

Cuando el empresario no otorga testamento, llegado el momento de su fallecimiento, la continuidad de la empresa se convierte en una situación controvertida, especialmente ante la inexistencia de otros documentos reguladores de la trayectoria empresarial. Si se produce esta situación -o si, habiendo realizado testamento, este es declarado nulo-, se aplican las normas de la sucesión *ab intestato*, regulada en los artículos 912 y siguientes del Código Civil, los cuales dan lugar a un reparto hereditario caracterizado por la rigidez.

Cuando se produce la sucesión *ab intestato* en el seno de una empresa familiar, se puede generar inestabilidad y comprometer su continuidad. Esto es debido a que la prioridad legal de la línea descendente no garantiza que los herederos estén capacitados para la gestión empresarial, lo que puede provocar fragmentación si existen diferencias en sus intereses. Asimismo, si el cónyuge supérstite tiene participación en la empresa, la redistribución de la propiedad al aplicar estas reglas puede alterar el control y afectar la toma de decisiones, modificando incluso los ideales del fundador. Y, a lo sumo, ante la ausencia de descendientes, la empresa pasaría según estas reglas a ascendientes o parientes colaterales, quienes pueden carecer de interés o motivación para asegurar su continuidad. Esto subraya la importancia de una planificación sucesoria adecuada¹².

¹² CUCURULL POBLET, T. Op. Cit, pp 202

En el caso contrario, en el que el empresario sí que haya otorgado testamento, de lo que disponga en ese documento dependerá el futuro de la entidad empresarial. Gracias a esta situación, es posible evitar muchos de los problemas recién abordados que produce la falta de este documento -documento que necesitará incluir en estos casos de sucesión de empresas familiares, ciertos instrumentos como legados, o disposiciones acerca del pago de las legítimas-.

Una vez determinada la mayor favorabilidad por la realización de testamento, debe señalarse, que no existe un único modelo de este instrumento, si bien es cierto, que es recomendable optar por el testamento denominado abierto, esto es, otorgado ante notario, pues así se asegura la existencia de amplias garantías en cuanto a su conservación y eficacia, además de garantizar que las disposiciones que se contengan en el documento estarán ajustadas a la legalidad existente.

También es importante considerar que cada testamento tendrá unas disposiciones diferentes, adaptadas todas ellas a las particularidades de cada empresa, para lograr así los efectos esperados. Para ello, se tomará en consideración, no solo la empresa familiar, sino también la distribución del patrimonio del empresario, para lo que es fundamental tener en cuenta el tamaño y las particularidades de la empresa, la situación y estructura familiar, así como las características individuales de los sucesores, incluyendo sus valores tanto personales como profesionales.

Las disposiciones testamentarias deben ser asumidas por todos los miembros de la familia, y debe mantenerse ese compromiso a lo largo del tiempo. El crecimiento de la familia lleva aparejada la mayor dificultad de la empresa familiar de mantener su forma unitaria, así, con el paso de la primera a la segunda generación, es posible mantener esa unidad, sin embargo, pocas son las empresas que logran sobrevivir a la tercera generación, pues, aunque siga existiendo un mismo núcleo familiar, las ramas van siendo cada vez más alejadas, dificultando en gran medida la gestión empresarial. Es por eso por lo que deben dejarse determinadas más especificaciones testamentarias cuanto más ramificadas se van haciendo las líneas familiares.

4. LOS PROTOCOLOS FAMILIARES

Como se viene desarrollando, la sucesión en las empresas familiares supone un punto de inflexión para la continuidad de las mismas, es un momento crucial en la determinación del éxito de su prolongación en el tiempo. Para tratar de suavizar la brusquedad del panorama de la sucesión en el negocio, se pueden adoptar -como se ha visto- varios mecanismos. Todos estos mecanismos permitan anticipar los posibles problemas, así como regular la adopción de soluciones. Mas concretamente, el mecanismo sobre el que se va a incidir en el presente trabajo, son los protocolos familiares.

4.1. CARACTERIZACIÓN

Un protocolo familiar es un pacto suscrito en el seno de una empresa familiar, para regular una amplia variedad de aspectos que puedan afectar al negocio propiamente dicho. Son varios los autores que han aportado una definición de los protocolos familiares, entre ellos Gomá Lanzón, quien los clasifica como "un medio para aplicar el buen gobierno de las sociedades a unas empresas donde pueden existir malas prácticas específicas: nepotismo, rivalidad entre generaciones, exclusión de las normas empresariales en la gestión, dirección familiar poco profesional..."¹³, o como bien, en boca de Vicent Chuliá "el acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la Familia y la Empresa"¹⁴, o, como también define Moreno, "el marco, o conjunto de acuerdos, en el que se contienen los valores fundamentales (la misión o la meta) de la familia y de la empresa, las reglas de funcionamiento para las relaciones entre los familiares, que pueden ser propietarios o no y que pueden trabajar o no en la empresa, así como su compromiso de cumplirlo; con la finalidad de ser una herramienta que facilite la sucesión, convivencia y continuidad de la empresa familiar a largo plazo"¹⁵, así

¹³ GOMÁ LANZÓN, I., *El protocolo familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t IV. Arrido Melero, Martín; Fugardo Estivill, Josep María; Serrano De Nicolás, Ángel (Coordinadores), Bosch, Barcelona, 2005, "El protocolo familiar" pp. 653-708

¹⁴ VICENT CHULIÁ, F., "Organización jurídica de la empresa familiar", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2001, p. 38.

¹⁵ Consulta en internet: INSTITUTO INTERNACIONAL SAN TELMO. [file:///Users/larasanz/Downloads/PREV.%20JIN-7%20EI%20Protocolo%20Familiar%20\(2\).pdf](file:///Users/larasanz/Downloads/PREV.%20JIN-7%20EI%20Protocolo%20Familiar%20(2).pdf) (Fecha de consulta: 24 de abril de 2025)

como, en palabras de Pérez Giménez "el acuerdo al que llegan los componentes de grupo familiar, propietarios de una empresa, para a través del mismo, establecer las obligaciones, limitaciones, requisitos y exigencias a los que se someten los miembros del grupo en aras de mantener la paz familiar"¹⁶, y, en la línea de los anteriores, Garrido de Palma define el protocolo familiar como "el acuerdo entre los familiares propietarios de la empresa por el que se comprometen a organizar -con proyección de continuidad- la propiedad y el gobierno de la misma, así como su dirección y gestión y las relaciones profesionales-laborales de la empresa familiar en su conjunto"¹⁷.

Si se trata de buscar una definición de protocolo familiar recogida en algún texto normativo, hay que irse a la que ofrece el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, donde se define -en su artículo 2.1- protocolo familiar 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 familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".

Todas las definiciones aportadas por los autores, así como la del Real Decreto, se apoyan en dos conceptos clave e imprescindibles, estos son, la empresa y la familia, a los cuales se suma también el pilar fundamental de la propiedad, pues se trata de empresas propiedad de familias. Mezclar estos conceptos puede traer consigo dificultades, pues el ámbito de la familia -guiado por lazos sentimentales-, y el ámbito de los negocios - guiado por los beneficios empresariales- pueden ser difíciles de compaginar, y esa es la razón por la que aparecen los protocolos familiares, para mitigar esos problemas.

Existen otros mecanismos que pueden guiar el funcionamiento de las empresas, como son los Estatutos sociales, existentes por obligación legal. Los Estatutos cumplen una función fundamental en la ordenación de las empresas, regulando numerosos aspectos, tales

¹⁶ PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., "El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresarial", Aranzadi, *Revista de sentencias de TS.J y AP*, núm. 5, 2008.

¹⁷ GARRIDO DE PALMA, V.M., "La familia empresaria ante el Derecho", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV, Garrido Melero, Martín (Coor.), Fugardo Estivill, Josep María (Coor.), Serrano de Nicolás, Ángel (Coor.), Bosch, Barcelona, 2005, p. 88.

como la determinación del objeto social, del capital social, de los órganos de gobierno o la distribución de dividendos, entre otros muchos; sin embargo, se trata de un mecanismo de ordenación común y obligatorio para todas las empresas, sin enfocarse en las especificidades de las empresas de carácter familiar. Para cubrir esas necesidades, están los protocolos familiares, que, a pesar de no tratarse de un mecanismo de obligada realización para las empresas -cada empresa analizará la conveniencia o no de contar con un protocolo familiar- son un mecanismo capaz de integrar la familia con el negocio, teniendo una especial relevancia en lo que a la sucesión respecta.

Los protocolos familiares son capaces de dar solución a problemas evitando tener que acudir a los tribunales, lo cual facilita y acelera enormemente la resolución. Estos instrumentos se pueden considerar un contrato entre los miembros de la familia, donde se dejan regulados todos y cuantos aspectos estos deseen, desde los valores empresariales hasta los órganos de gobierno, pasando por la responsabilidad empresarial o la ordenación de la sucesión, entre otros muchos y variados aspectos. Siempre que los miembros de la familia se encuentren con algún problema o alguna duda acerca de cómo actuar en una determinada solución, pueden recurrir al protocolo familiar¹⁸.

Actualmente, el concepto de protocolo familiar suscita muchas dudas, pues el legislador no ha desarrollado un marco normativo que lo regule en profundidad, limitándose a regular su publicidad, en el Real Decreto 171/2007. Sumado a esta falta de regulación, está el hecho de que este instrumento no tiene una tarea sencilla, pues debe regular no solo el presente de la empresa -que, a pesar de no ser una tarea exenta de complicaciones, al menos se trata de terreno conocido- sino también el futuro de la empresa, con sus respectivas incógnitas sobre las nuevas generaciones. Los protocolos familiares suponen un compromiso hecho por la empresa con miras al futuro y a sus nuevas generaciones venideras.

4.1.1. Origen histórico

A partir de la década de los noventa, comienzan a introducirse en las empresas familiares europeas estos mecanismos, creados con el fin de regularizar los asuntos que conciernen a los negocios familiares, un aspecto que hasta el momento no había sido tenido en especial consideración. Esta introducción en Europa viene de la influencia americana,

¹⁸ SERRANO GOMEZ, E., “Los protocolos familiares”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Joaquín J. Rams Albasa (Dir. y Coord.) Dykinson, S.L., Madrid, pp 350-352

pues ya en la década de los ochenta estaban consolidados en Estados Unidos los denominados “Family Agreements”.

A pesar de la acogida europea de los protocolos familiares, en España apenas ha tenido desarrollo este instrumento, pues simplemente se cuanta con la existencia de un Real Decreto que regula su publicidad, no existiendo ningún otro texto normativo que regule a fondo los aspectos clave de los protocolos familiares.

4.2. NATURALEZA JURÍDICA

Consecuencia directa de esa falta de regulación que se mencionaba, surge la diversidad de tipos diferentes de protocolos familiares que pueden encontrarse, pues cada protocolo recogerá los contenidos que más adecuados y necesarios considere para su empresa familiar. De esta forma, se considera a los protocolos familiares un negocio jurídico de naturaleza mixta, que deben combinar la inclusión de aspectos familiares y económicos.

La atipicidad también es un adjetivo que define bien la naturaleza de los protocolos familiares, pues abordan aspectos muy heterogéneos, tratando de alcanzar siempre el objetivo de ordenar y solucionar posibles contingencias que surjan a lo largo de toda la vida de las empresas de índole familiar.

De la misma forma que en las empresas van surgiendo nuevos problemas y van produciéndose nuevas circunstancias, así como nuevas generaciones, los protocolos familiares son un instrumento dinámico, que debe ir adaptándose a todos esos cambios. Es por eso por lo que se trata de un instrumento que debe estar en continua revisión.

A lo sumo, los protocolos familiares también se caracterizan por su complementariedad con otros negocios jurídicos, como se veía previamente, con el testamento o las capitulaciones matrimoniales -entre otros-, que regularán determinados aspectos de manera más concreta, dando un desarrollo más amplio a las estipulaciones recogidas en el protocolo familiar.

Una cuestión objeto de debate acerca de la naturaleza de los protocolos familiares, es el tema de su obligatoriedad. Estos mecanismos se caracterizan por ser un acuerdo voluntario

alcanzado entre varios miembros de un núcleo familiar –así como por las futuras generaciones que se irán adhiriendo al acuerdo adoptado–, y como tal, para tener valor requiere que se cumplan sus disposiciones, pues, a pesar de tratarse de un documento privado, los firmantes no pueden tomar decisiones dispares a lo regulado en el protocolo familiar, además de que, el hecho de que se trate de un acuerdo voluntario implica que ningún miembro de la familia es forzado a firmar el acuerdo, y por tal razón debe haber un componente de obligatoriedad, por el que se le vincule con aquello que ha firmado. Siguiendo la línea de estas consideraciones, el protocolo familiar asumiría una naturaleza contractual, al ser un acuerdo firmado entre varias partes, que asumen la obligación de aquello que firman. Sin embargo, no está del todo clara esa naturaleza contractual, pues hay quien considera que los protocolos no son más que meras declaraciones de intenciones, sin ser vinculantes en sus disposiciones, pues no tendría trascendencia judicial el caso de su incumplimiento¹⁹.

4.3. CLASES DE PROTOCOLOS FAMILIARES

Existen diversas clases de protocolos familiares, los cuales podemos agrupar en función de criterios diferentes²⁰:

En primer lugar, si se presta atención a su eficacia, entendida esta como la fuerza de la obligación de cumplimiento, se pueden distinguir tres clases de protocolos familiares, presentados a continuación según su grado de obligatoriedad. Los primeros de ellos, empezando por el nivel más bajo de obligatoriedad, son los denominados pactos entre caballeros. Este tipo de acuerdos se caracterizan por carecer de fuerza legal, tratándose por ende de meras recomendaciones o pautas de comportamiento a seguir por sus miembros, que, en caso de verse incumplidas, no alcanzan a implicar la imposición de sanciones. En un rango intermedio de eficiencia se encuentran los llamados protocolos con eficiencia interna, los cuales, como su propio nombre indica, establecen la obligatoriedad de su cumplimiento exclusivamente entre aquellos miembros de la familia que se constituyan como firmantes del acuerdo. Por último, el nivel más alto de eficacia es ocupado por los protocolos con eficacia frente a terceros, los que, bien por medio de su inclusión en los Estatutos sociales de la

¹⁹ CUCURULL POBLET, T., op cit, pp 130-133

²⁰ SERRANO GOMEZ, E., “Los protocolos familiares”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Joaquín J. Rams Albasa (Dir. y Coord.) Dykinson, S.L., Madrid, pp 356-359

empresa, o bien por encontrarse inscritos en el Registro Mercantil, poseen fuerza obligatoria erga omnes -frente a terceros- conllevando las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento.

En segundo lugar, atendiendo a la publicidad que se da a estos acuerdos, se vuelven a encontrar tres clases diferentes agrupadas en función de su grado de divulgación. El primero de ellos, los de menor difusión, son los pactos familiares secretos o reservados, los cuales permanecen en ocultos, sin revelar ni su contenido ni su existencia; a continuación, están los protocolos familiares con pactos parasociales, encargados de regular ciertos ámbitos privados de la empresa familiar y los cuales pueden optar por inscribirse, si así se desea, en el Registro Mercantil; por último, se encuentran los protocolos familiares con transcendencia registral, alcanzando el mayor grado de difusión, por encontrarse inscritos en el Registro Mercantil, surtiendo efectos frente a terceros externos a la organización.

En tercer lugar, dependiendo de su nivel de completitud y su autonomía, podemos hablar por un lado de los pactos contractuales autosuficientes, hechos por sí mismos, definidos y aceptados en todos sus aspectos en el propio protocolo familiar. Por otro lado, se incorporan los acuerdos contractuales que requieren de desarrollo y/o ejecución posterior a través de otro instrumento jurídico independiente, cuya efectividad se vincula a ese instrumento jurídico posterior de desarrollo, bien se trate de una modificación estatutaria o un testamento o unas capitulaciones matrimoniales, entre otros.

4.4. CONTENIDO

Debido al escaso contenido legislativo con el que cuentan los protocolos familiares, no hay unas reglas estipuladas que determinen la obligatoriedad de la inclusión de unos contenidos concretos en los mismos. Es por eso por lo que, todo su contenido se basa en los acuerdos que quieran tomarse voluntariamente por los miembros de la familia, permitiendo abarcar diversos aspectos de carácter esencial, los cuales, en su conjunto, buscan prevenir conflictos, asegurando así una gestión eficiente y armónica de la empresa a lo largo de las distintas generaciones.

Los protocolos familiares deben estar en consonancia con los estatutos sociales de la empresa, los cuales van a permitir a lo sumo completar todos aquellos aspectos que no hayan

sido desarrollados o abordados por los protocolos. En caso realizar estos dos instrumentos en momentos temporales distintos, es necesario una revisión, así como una posible ampliación, de los mismos, para evitar que se produzcan incongruencias.

El contenido de cada protocolo familiar seguirá su propia línea de desarrollo, encontrándose tanto aspectos comunes como aspectos diferenciales de cada uno. Además, cada protocolo puede abordar un mismo tema de forma diferente, a modo de ejemplo, puede que una empresa familiar delimite en su protocolo el concepto de descendientes como los descendientes por consanguineidad, mientras que otro incluya también a los descendientes por adopción²¹.

Son varios los aspectos que se pueden incluir en estos acuerdos, los cuales proceden a analizarse a continuación.

4.4.1. Identificación de los firmantes

Como paso inicial para formalizar un protocolo familiar, es necesario identificar a los participantes, con el objetivo de establecer con exactitud quiénes firman el acuerdo y en calidad de qué lo realizan. Es esencial registrar los datos personales íntegros de cada signatario, incluyendo su nombre y apellidos, además de su documento de identificación.

Además de la identificación en sí, es crucial detallar el concepto en el que cada firmante participa dentro del protocolo. Por lo tanto, es necesario señalar si actúa como socio, como colaborador de la empresa familiar, como gerente, empleado o, si, por el contrario, actúa solo en calidad de integrante de la familia sin una participación directa en la administración o propiedad de la misma. Esta diferenciación es crucial para definir el ámbito de los compromisos adquiridos por cada miembro y para prevenir disputas futuras acerca de la esencia de la intervención de cada uno de los firmantes.

Otro elemento esencial en esta sección es la evaluación de la capacidad y legitimidad con la que cuentan los participantes para firmar el protocolo. La capacidad jurídica y de actuar de cada signatario debe ser evaluada de acuerdo con la legislación en vigor, garantizando de esa forma que todos ellos poseen la competencia requerida para tomar las

²¹ Información obtenida de la lectura de algunos protocolos familiares, a los que tuve acceso en las prácticas

responsabilidades que surgen del pacto. Si alguno de los signatarios actúa a través de un representante legal o voluntario -por las razones que lo hagan necesario-, será necesario especificar dicha representación, proporcionando la documentación que valide correctamente su poder para actuar.

En este escenario, la intervención notarial cobra una importancia crucial, pues ayuda a fortalecer la seguridad legal del documento, corroborando la identidad y capacidad de los signatarios y otorgando al protocolo una mayor autenticidad y capacidad de alcanzar la suficiente fuerza probatoria.²²

4.4.2. Valores y principios

Uno de los elementos clave que debe tener presencia en los protocolos familiares es la definición de los valores y principios que rigen tanto la empresa como la familia. Estos principios van a permitir constituir la base sobre la cual se construyen las distintas normas de actuación y sirven como guía para la toma de decisiones que haya de tener lugar en el futuro. Además, se establece el compromiso de los miembros de la familia con el proyecto empresarial, reforzando de la misma forma la unidad y la visión compartida. Esta definición de valores permite crear una proyección hacia el futuro de las líneas de actuación a seguir por la empresa. También es importante en este punto, que los firmantes definan la distinción entre las esferas familiares y empresariales, como instituciones independientes, permitiendo evitar la confusión entre las mismas.

4.4.3. Participación de los distintos miembros de la familia

El protocolo familiar regula la participación de los integrantes de la familia en la empresa, definiendo las condiciones de ingreso, permanencia y salida, con la finalidad de asegurar un balance entre la profesionalización de la gestión y la conservación de la identidad familiar de la empresa. Para alcanzar ese objetivo, se establecen criterios objetivos que establecen quién puede entrar y bajo qué circunstancias, previniendo de esta manera situaciones de nepotismo y promoviendo de ese modo la meritocracia.

²² BAREA MARTÍNEZ, M.T. *El control notarial de los límites del protocolo familiar*. Granada, 2018. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada. José Soto Ruiz (Coor.)

En lo relativo a la pertenencia al protocolo familiar, y, por ende, a la empresa, este debe establecer qué familiares pertenecen al mismo, quienes no, y bajo qué circunstancias. Es posible incluir a todos los descendientes de una específica rama familiar o poner límites a la inclusión, basándose en aspectos como la edad o el nivel de parentesco. Además, se pueden definir reglas concretas acerca de la inclusión de menores de edad, ya sea reconociendo su futuro derecho a participar en la empresa o imponiendo requisitos extra para su inclusión eficaz en el protocolo familiar.

Un elemento crucial en este aspecto es el establecimiento de los criterios para la inclusión de nuevos integrantes de la familia en la compañía. En este contexto, el protocolo puede definir requisitos básicos de educación académica, experiencia previa en otras compañías, dominio de lenguas o una edad mínima específica para acceder a un cargo laboral dentro del conjunto de empresas familiar. Por ejemplo, podrían establecerse condiciones como tener más de 25 años, haber conseguido una educación universitaria o haber trabajado previamente por al menos dos años fuera del negocio familiar, preferentemente en el mismo ámbito. Por lo tanto, se promueve que los parientes que quieran ingresar a la empresa lo hagan con una capacitación y experiencia que les faciliten aportar un verdadero valor a la organización²³.

Complementariamente al hecho de regular el ingreso, el protocolo puede definir reglas acerca de la promoción interna y la salida de los parientes empleados por la compañía. Respecto a la promoción, podrían requerir evaluaciones regulares del rendimiento o el logro de ciertos objetivos de formación y entrenamiento. Respecto a la salida, el protocolo puede establecer los hechos por los que un integrante de la familia debería dejar la compañía, incluyendo circunstancias como el incumplimiento de sus responsabilidades profesionales o conflictos de interés con la empresa familiar.

El protocolo también podría anticipar la existencia de programas de prácticas orientados a los integrantes más jóvenes de la familia, en particular a los que están en la etapa universitaria. Mediante estas prácticas, los herederos pueden entender el funcionamiento del

²³VAREA PERIS, S. “El trabajo de los miembros de la familia”, en VV.AA. *El protocolo familiar: consejos prácticos para su elaboración*, Cárdenas Armesto, Leonardo (Coor.), Asociación Española de Asesores, Madrid. Pp 95-96

negocio desde una fase inicial, promoviendo de esta manera el vínculo y la dedicación hacia la empresa, pero sin que esto conlleve un derecho inmediato a desempeñar un cargo en ella. La inclusión de este aspecto dentro del protocolo familiar va sentando las bases de la regulación de la sucesión de la empresa familiar.

Otro aspecto importante es la normativa que rige la participación en los órganos de gobierno de la compañía. El protocolo tiene la capacidad de determinar quiénes pueden tener roles en la sociedad y quiénes pueden integrarse a los órganos de decisión. En ciertas situaciones, se restringe la compra de participaciones a los integrantes de la familia directa, excluyendo a esposas o parientes políticos, con el objetivo de mantener el control del negocio en el seno de la familia. Además, se pueden establecer limitaciones para que solo ciertos integrantes puedan ocupar posiciones de gestión, garantizando de esta manera una administración profesionalizada.

Respecto a las relaciones familiares y su influencia en la compañía, ciertos protocolos contienen estipulaciones concretas para mantener la estabilidad patrimonial de la misma. Un caso ilustrativo sería la posible instauración de la obligación de casarse bajo el régimen de separación de bienes- bien para los miembros de cualquier generación, o bien haciendo énfasis en una generación más concreta, como puede ser a partir de la tercera, por encontrarse estos más alejados del núcleo del origen familiar-, e incluso la obligación de cambiar su régimen económico-matrimonial si hubiese contraído matrimonio en régimen de gananciales. Estas normas buscan proteger el patrimonio familiar y evitar que conflictos conyugales puedan afectar la continuidad de la empresa²⁴.

4.4.4. Estructura de gobierno corporativo²⁵

Otro elemento objeto de inclusión en el protocolo familiar es la determinación de la estructura de gobierno corporativo de la empresa, estableciendo el método de gestión más apropiado para asegurar la continuidad y estabilidad de la empresa. Esta estructura puede cambiar con el paso del tiempo según las necesidades de la empresa y la familia dueña. Por

²⁴ VALVERDE HUERTA, A. “Derechos y obligaciones individuales de los socios” en VV.AA. *El protocolo familiar: consejos prácticos para su elaboración*, Cárdenas Armesto, Leonardo (Coor.), Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid. Pp 127-134.

²⁵ Información obtenida de la lectura de algunos protocolos familiares, a los que tuve acceso en las prácticas

ejemplo, podría ser que en una fase inicial la sociedad se administre por medio de un solo administrador, pero que más adelante -por razones como la expansión del conjunto familiar o el desarrollo del negocio-, la estructura pueda transformarse, adoptando otras formas posibles, como es un Consejo de administración, o unos administradores mancomunados. Así mismo, una vez decidida la estructura del órgano de gobierno, se puede matizar, por ejemplo, en el caso de los administradores mancomunados, se puede establecer que se definan uno por cada rama familiar.

El protocolo también puede contener limitaciones particulares estableciendo qué determinados miembros de la familia pueden integrarse al órgano de gestión. Normalmente se evitan ciertos nombramientos, como el de individuos menores de una edad determinada o el de miembros que, por el trabajo -fuera de la empresa- que desempeñan, puedan estar relacionados con la actividad de la sociedad. Igualmente, se pueden definir requisitos favorables para ocupar estos puestos, como la necesidad de ser socio de la compañía y haber llegado a una edad mínima. Estas acciones tienen como objetivo asegurar que los gerentes posean un grado apropiado de madurez y conexión con la empresa, minimizando el peligro de disputas internas y garantizando una administración dedicada a los intereses de la empresa y de la familia.

Un elemento significativo en la estructura de gobierno corporativo es la opción de incluir un director general externo. Esta persona, distinta a la familia, puede tener un rol crucial en la profesionalización de la administración de la empresa, brindando experiencia, autonomía y una perspectiva imparcial en la toma de decisiones. La inclusión de un directivo externo evita interferencias provenientes de las relaciones familiares y asegura que las decisiones estratégicas se adopten basándose en criterios de eficacia y búsqueda del beneficio, sin estar influenciadas por lazos personales.

Además de la inclusión de la figura de un director general externo, se pueden tomar otras decisiones relativas a la introducción de otros miembros ajenos a la familia, como puede ser la figura de un asesor externo. Esta figura suele buscarse en consultores profesionales, que, a pesar de no ser miembros de la familia, sí que son personas de confianza, con larga experiencia en empresas familiares. La labor de estos consultores profesionales es brindar saberes especializados y asistir en la toma de decisiones. Su implicación -de la misma manera

que el director general externo- fortalece la gobernanza corporativa y ayuda a resolver disputas desde un punto de vista objetivo e imparcial.

4.4.5. Derechos políticos²⁶

De la misma manera que los anteriores, los derechos políticos son otro aspecto sobre el que los miembros de la familia pueden debatir si incluir en su protocolo familiar. Se puede debatir la inclusión de aquellos derechos políticos de los socios con el objetivo de asegurar la estabilidad en la toma de decisiones y prevenir disputas que amenacen la continuidad de la empresa. En este contexto, suele ser común que los miembros de la primera generación ejerzan un control mayor sobre la sociedad, garantizando de esa forma la transferencia organizada del liderazgo a las generaciones siguientes cuando llegue el momento de la sucesión.

Uno de los métodos más empleados para alcanzar este propósito es otorgar derechos de voto mayoritario a los fundadores, lo que les permite mantener el poder de decisión incluso si la propiedad se ha distribuido entre los diferentes integrantes de la familia. Para lograr otorgar este derecho, el protocolo puede asegurar la creación de clases de acciones diferentes, con derechos de voto distintos. Un caso típico es la generación de acciones con voto plural -participación que otorga a su titular un número de votos mayor al que le correspondería acorde a su valor nominal, correspondiendo en algunos casos concretos, con derechos de voto representativos del 75%-, exclusivas para los integrantes de la primera generación. Con esta estructura, se concede a estas acciones un peso más elevado en la toma de decisiones, lo que permite a los propietarios mantener el control de la empresa, garantizando de esta manera que las decisiones estratégicas sean adoptadas por aquellos que han liderado el negocio desde sus inicios.

En relación con el establecimiento de este voto plural, también pueden incluirse en el protocolo limitaciones a la transmisión de las acciones que los contengan. Con la inclusión de estas limitaciones se pretende evitar el traspaso de esas acciones a personas ajenas a la familia o a determinados miembros de la familia no involucrados en el negocio familiar

Otro derecho político que puede incluirse en el protocolo es el relativo a los pactos de asignación de votos. Con estos convenios, determinados socios se comprometen a votar

²⁶ Información obtenida de la lectura de algunos protocolos familiares, a los que tuve acceso en las prácticas

en bloque en las juntas generales, asegurando así una mayor unión en la toma de decisiones. Este procedimiento es particularmente beneficioso cuando la empresa cuenta con diversas ramas familiares, pues evita la fragmentación del voto y fortalece la estabilidad en el gobierno corporativo.

4.4.6. Aspectos financieros

También puede negociarse la inclusión de disposiciones de índole económica, las cuales permitan garantizar la sostenibilidad financiera del negocio. Una disposición económica de posible regulación es la distribución entre los herederos de las acciones, o participaciones sociales de la empresa, aspecto sobre el que el protocolo puede prever acuerdos relativos a su distribución, en concordancia con lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil -el cual, como se vio anteriormente, permite hacer la partición de los bienes de manera que se adjudique incluso una empresa o parte de ella a uno solo de los herederos, respetando siempre la legítima-²⁷.

El protocolo familiar puede incluir también normas sobre la política de dividendos, determinado o bien el reparto periódico o bien la reinversión en la propia empresa. Esto ofrece estabilidad a aquellos miembros de la familia que, no manteniendo una relación laboral con la empresa familiar, sí cuentan con participaciones de la misma. Se pueden adoptar acuerdos sobre el establecimiento de un dividendo mínimo, o un máximo posible a repartir, así como otras precisiones que se consideren más idóneas para la empresa²⁸

Otro aspecto clave objeto de debate es el uso del patrimonio común de la familia, que puede incluir desde bienes inmuebles hasta derechos de propiedad intelectual, pasando por cualquier otro tipo de activo compartido. En el protocolo se pueden dejar determinadas directrices sobre la manera de gestionar esos activos, las condiciones de uso y acceso a los mismos por parte de los miembros de la familia, así como la gestión de su posible arrendamiento o venta.

También es habitual que en el protocolo se establezcan las condiciones económicas que afectan a los miembros de la familia que trabajan en la empresa familiar, diferenciándolos

²⁷ Vid., BAREA MARTÍNEZ, M.T. *El control notarial de los límites del protocolo familiar*, p 62

²⁸ Vid., SERRANO GÓMEZ, E. *op. Cit.*, p 369

de aquellos que no lo hacen. En este aspecto se incluyen la determinación de salarios y otras retribuciones, con el objetivo de fomentar la profesionalización de la gestión familiar, evitando a lo sumo posibles conflictos. Concretamente, de algunos modelos relativos al contenido de los protocolos familiares, se puede extraer que lo habitual en cuanto a la remuneración de los integrantes de la familia que desempeñen tareas en la compañía, es que reciban una compensación conforme a la fijada en el mercado para puestos parecidos en compañías comparables y que se establecerá, en cada situación, basándose en su valor, su compromiso efectivo, y las obligaciones que asuman²⁹.

No es de menor importancia, dentro de los aspectos económicos, dejar determinadas directrices sobre la financiación de la empresa, ya sea a través de recursos propios o mediante el endeudamiento.

4.4.7. Mediación o arbitraje

En último lugar, es habitual que se recojan en el protocolo familiar mecanismos que permitan la mediación o el arbitraje, entendidos como métodos alternativos para solucionar disputas, evitando que los desacuerdos internos perjudiquen la estabilidad de la empresa, al permitir evitar acudir a directamente a la vía judicial. Estos mecanismos, ofrecen alternativas más ágiles para la solución de controversias dentro de la empresa. Además, estos mecanismos cuentan con un mayor grado de confidencialidad, siendo una alternativa deseable para la resolución de conflictos en el seno de la empresa familiar, permitiendo gestionar los desacuerdos de una manera más estructurada y con un menor coste emocional y económico³⁰.

Para dotar de mayor fuerza legal a estos mecanismos de la mediación y el arbitraje, los protocolos familiares pueden incluir cláusulas compromisorias, mediante las cuales, la familia empresaria firmante se obliga a someter sus disputas a estos mecanismos. En España, el marco legal de la mediación se encuentra regulado por la Ley 5/2012, de mediación en

²⁹ TARTABINI, AMANDA M. Modelo de protocolo familiar. Consulta en internet. https://economicas.unsa.edu.ar/afinan/fe/material_de_estudio/material/Modelo%20de%20protocolo%20familiar.pdf (Fecha de consulta: 18 de marzo de 2025)

³⁰ LASHERAS MAYORAL, N.S. “Mediación en empresa familiar: más allá del protocolo familiar”. *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, No. 1, pp. 60-69

asuntos civiles y mercantiles, mientras que el arbitraje se regula en la Ley 60/2003, de Arbitraje.

A mayores de la inclusión de estos mecanismos de mediación y arbitraje para afrontar la solución de disputas familiares en la empresa, también se puede recoger, como método previo, o bien como alternativa, la denominada “buena fe familiar”. Esta figura busca alcanzar soluciones a los conflictos desde la perspectiva de la ética -más que desde el punto de vista jurídico- apelando al diálogo entre los miembros, así como al respeto y a la visión compartida de los compromisos asumidos por los miembros de la empresa familiar³¹.

Una vez determinado el contenido, es importante establecer al final del protocolo la duración del mismo, la cual puede ser indefinida, con sus correspondientes periodos de revisión en el número de años que se establezca, o bien optar por una duración concreta -lo cual es menos habitual, pues consistiría en la inclusión de una cláusula de derogación en una fecha determinada-. Las modificaciones surgidas por esos periodos de revisión pueden requerir de unanimidad para su aprobación, o bien de otras mayorías, pero sean cual sean, deben estar previamente definidas. Las revisiones y modificaciones poseen una importancia clave, pues permiten al protocolo adaptarse a los cambios que pueda experimentar la empresa, evitando así que el protocolo quede desactualizado y no se corresponda con las necesidades del negocio³².

También se pueden incluir en la parte final del protocolo cláusulas que establezcan su aplicabilidad, a pesar de la denegación de su inscripción en los registros³³. A lo sumo, el protocolo ocupa un papel primordial en la compañía, por lo que, en caso de que se encontrara alguna oposición a la inscripción en el Registro Mercantil de algún artículo de los Estatutos sociales -que, como se ha visto, pueden desarrollar aspectos contenidos en el protocolo familiar -, o la contradicción de algún artículo de estos con el protocolo, eso no afectará a la fuerza obligatoria con la que cuenta el protocolo en relación a sus firmantes³⁴.

³¹ Información obtenida de la lectura de algunos protocolos familiares, a los que tuve acceso en las prácticas

³² SERRANO GOMEZ, E. *Op. Cit.*, pp 371-272

³³ Información obtenida de la lectura de algunos protocolos familiares, a los que tuve acceso en las prácticas

³⁴ GASTÓN DE IRIARTE MEDRANO, S. “Pactos parasociales y protocolos familiares”, *Retos del derecho de sucesiones en el siglo XXI: Volumen I*. Arrébola Blanco, Adrián (Dir.); Rogel Vide, Carlos (Dir.), Amunátegui Rodríguez, Cristina de (Dir.). Editorial Reus, España, 2023, pp. 447

4.5. DERECHO COMÚN VS DERECHOS CIVILES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN MATERIA CIVIL

Como ya se ha mencionado, los protocolos familiares requieren el respaldo de otros instrumentos jurídicos, donde desarrollar y concretar sus pretensiones, instrumentos jurídicos cuya fuerza vinculante no sea puesta en duda. En estos textos normativos se aprecian importantes diferencias en función de si la legislación aplicable es la del Derecho Común, o, por el contrario, se aplica la legislación de alguno de los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia civil

Los protocolos familiares creados en el contexto del Derecho común, se complementarán con instrumentos como los testamentos, las capitulaciones matrimoniales o las donaciones. Mientras que, por su parte, en los protocolos familiares creados en el ámbito de algún Derecho civil propio de alguna Comunidad Autónoma, los pactos sucesorios pueden ser una opción más flexible y vinculante.

Los pactos sucesorios son definidos en el artículo 3, apartado 1, letra b del Reglamento de la Unión Europea 650/2012³⁵ como “todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo”.

A partir de esta definición, es posible detectar la gran utilidad que puede aportar este instrumento a la hora de organizar la sucesión dentro de la empresa familiar, pues ofrecen la posibilidad de vincular de manera definitiva las voluntades del causante, por un lado, con la de los herederos por otro, otorgando una mayor seguridad jurídica a la transmisión hereditaria de la empresa familiar. No obstante, los pactos sucesorios no están admitidos en

³⁵ Reglamento (UE) n° 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

todos los territorios dentro de España, de hecho, el derecho común no los permite, por lo que su aplicabilidad se reduce a aquellas Comunidades Autónomas con derecho civil propio que los permiten expresamente.

El artículo 1.271 del Código Civil -expresión del Derecho común- prohíbe celebrar contratos son herencias futuras, en virtud de la defensa de la libertad testamentaria y de la revocabilidad de las disposiciones referentes a las últimas voluntades. Sin embargo, siguiendo una línea contraria a esta, las jurisdicciones de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio no solo no incorporan esta prohibición relativa a los pactos sucesorios, sino que además reconocen su gran importancia -Jornadas de Tossa de septiembre de 2004: “La admisión de la sucesión contractual por el derecho civil catalán supone una ventaja para solucionar problemas de continuidad de la Empresa Familiar”-³⁶.

Por tanto, a pesar de la negativa por parte del Derecho común a la implementación de los pactos sucesorios, estos representan un instrumento idóneo y de gran eficacia jurídica para conservar la continuidad de la empresa familiar, prueba de ello es su admisión y regulación por parte de las legislaciones con Derecho civil propio - Galicia, Navarra, País Vasco, Aragón, Cataluña y Baleares, las cuales sí los reconocen y regulan expresamente-. Esa gran eficacia jurídica que poseen los pactos sucesorios viene dada por el artículo 25 del Reglamento (UE) 650/2012, el cual reconoce su carácter vinculante y su validez siempre que se ajusten a la ley aplicable a la sucesión conforme a sus normas³⁷.

Ese mismo artículo 25 determina que, cuando se trate de un pacto sucesorio sobre la sucesión de una sola persona, la validez material, admisibilidad y efectos vinculantes del mismo dependerán de la ley que le fuese aplicable a su sucesión, que hubiese regido su herencia, si hubiera fallecido en el momento de conclusión del pacto.

Por su parte, si se tratase de pactos sucesorios firmados por varias personas, para admitir la validez de estos, es necesario que a todos los firmantes les sean aplicables leyes que admitan pactos sucesorios, y en este caso, la validez se determinará en virtud de la ley con la

³⁶ GORTÁZAR LORENTE, Carlos, «Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», en *Nous reptes del dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, p. 141.

³⁷ CARRIZO AGUADO, D. *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 174 a 176

que el pacto presente una vinculación más estrecha³⁸. En este caso, si de entre varios firmantes, todos ellos estuviesen sometidos a Derechos civiles propios de Comunidades Autónomas con capacidad para legislar, y solo uno de ellos sometido al derecho común, ya no sería admisible dicho pacto sucesorio.

Por este motivo, es observable como ciertas sociedades familiares deciden trasladar la ubicación de su sede social a aquellas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio que les permitan firmar pactos sucesorios, en aras de asegurar una mayor protección en lo que respecta a su sucesión empresarial³⁹.

³⁹ CARRIZO AGUADO, D. op. Cit. p. 179

5. GESTIÓN DE LA SUCESIÓN DENTRO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

5.1. GESTIÓN DE LA SUCESIÓN

Uno de los contenidos esenciales a incluir en un protocolo familiar es la gestión de la sucesión, que, debido a la importancia que supone, y a ser el objeto principal de estudio del presente trabajo, se presentará a continuación, de manera más extensa que el resto de los contenidos que puede tener u protocolo familiar. Afrontar la ordenación de la sucesión puede ser uno de los intereses principales que motiven a los miembros de la familia a promover la creación de un protocolo familiar para su empresa.

El momento de la sucesión constituye un momento vital para la vida de las empresas familiares, pudiendo constituir un momento crítico, por lo que lo más recomendable es dejar definida su ordenación con antelación suficiente. Abordar este periodo de manera metódica es crucial para mantener la armonía familiar y empresarial, evitando, en la medida de lo posible, incertidumbres y conflictos en lo que respecta al relevo generacional.

No hay normas estipuladas que establezcan qué mecanismos deben incluirse, por lo que cada empresa familiar incluirá unas estipulaciones diferentes. Un elemento clave para regular la gestión de la sucesión, es contar con el testamento del empresario -el cual debe respetar siempre los derechos de los legitimarios y de su cónyuge viudo-, donde se establecerán las bases de la sucesión, evitando caer en el complicado escenario de la sucesión ab intestato⁴⁰. Por su parte, hay empresas familiares que optan por el otorgamiento por parte de los miembros de la primera generación, de testamento mancomunado -acto jurídico en el que dos individuos, usualmente en pareja, manifiestan sus últimas voluntades de manera conjunta- buscando con ello armonizar las voluntades de los cónyuges fundadores en lo que respecta al destino de la empresa⁴¹.

Además, se considera la importancia de examinar y ajustar los testamentos de los socios actuales para que estén en concordancia con los acuerdos establecidos en el protocolo. Si algún miembro de la familia no ha otorgado testamento, se aconseja que lo haga,

⁴⁰ GARCÍA CANTERO, G. "Transmisión mortis causa de la empresa familiar" *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Garrido de Palma, Víctor Manuel (Dir.), Civitas, Madrid, 1995, pp. 105 y ss.

⁴¹ Información obtenida de la lectura de algunos protocolos familiares, a los que tuve acceso en las prácticas

incluyendo de manera explícita las disposiciones requeridas para asegurar una sucesión acorde a su empresa familiar. Este aspecto puede encontrar dificultades, a la hora de amoldar los testamentos de los firmantes del protocolo al sentido concreto que se acuerde.

Es esencial el consenso de los miembros de la familia en esta cuestión de la sucesión, siendo especialmente crucial en lo relativo a la designación del sucesor del empresario. Esta decisión debe tomarse de manera sustancialmente medida, para evitar las disputas entre los posibles candidatos a dicho puesto, y para elegir al aspirante más apropiado en función de criterios objetivos -que permitan no hacer sentir desplazado a ningún otro miembro-. Para no tener que pasar por cambios bruscos y traumáticos, es una práctica habitual que el empresario se tome un tiempo para llevar a cabo de manera compartida sus labores en la empresa junto con su previamente nombrado sucesor⁴².

Uno de esos criterios objetivos en la determinación del sucesor es, en la amplia mayoría de los casos, el hecho de que dicha persona sea un miembro de la familia, para evitar hacer caer a la empresa en manos de un tercero. La necesidad de que la persona beneficiaria de la transmisión mortis causa sea un descendiente del empresario fallecido, es una práctica de lo más habitual, y en el caso de no existir esa descendencia, que ese sucesor recaiga en un miembro de la familia extensa. De esta forma, ser heredero del empresario otorga la posibilidad de convertirse en socio de la empresa, reformando de esa manera la continuidad de la familia en el capital social de la organización.

Una medida adicional que se puede adoptar y que se puede apreciar en varios protocolos familiares es la exigencia de que el acuerdo se firme por los herederos en el momento o, preferiblemente, antes de la transmisión mortis causa, como condición para poder acceder a las participaciones de la empresa.

Todas estas previsiones relativas a la gestión de la sucesión pueden articularse de manera que ostenten una mayor o una menor intensidad jurídica. Algunas tienen naturaleza puramente moral o ética, mientras que, por su parte, otras pueden incorporarse al testamento -siempre de manera acorde al ordenamiento bajo el que se encuentre, respetando las

⁴² SERRANO GOMEZ, E., “Los protocolos familiares”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Joaquín J. Rams Albesa (Dir. y Coord.) Dykinson, S.L., Madrid, pp 384-386

disposiciones legales- o incluso a los estatutos sociales, otorgándoles de esa manera fuerza vinculante.

5.2. RETOS Y CONFLICTOS EN LA GESTIÓN DE LA SUCESIÓN EN EL PROTOCOLO FAMILIAR

El momento de la sucesión es un momento tan delicado y decisivo en el ciclo vital de la empresa, que no puede evitar estar exento de situaciones que pueden resultar problemáticas. Para tratar de mitigar los efectos negativos de esas situaciones, los protocolos familiares deben dejar bien atadas todas las posibles situaciones que pueden desencaminar en esas situaciones complejas de afrontar.

5.2.1. Fallecimiento del empresario con hijos menores⁴³

Una de las labores más importantes en lo que respecta a la continuación del negocio familiar, es la determinación de quien será el sucesor del empresario una vez este ya no esté. Es preferible que dicho sucesor se asiente en la persona mejor capacitada para hacerlo, y el empresario es una figura clave en la toma de esa decisión, pues es quien mejor puede valorar esa mejor capacitación para el puesto.

El problema surge cuando el empresario fallece, y -entre tantos de los problemas que supone- si todavía haber sido capaz de tomar la decisión de quien será el candidato mejor capacitado entre sus herederos para asumir el cargo de ser su sucesor, cosa que puede ocurrir igualmente cuando los hijos sean mayores de edad, si no ha tenido el tiempo suficiente para valorar sus capacidades al frente del negocio.

Ante este problema, surge la posibilidad de que, gracias a las premisas del artículo 831 del Código Civil, el cónyuge superviviente pueda ser quien asuma la facultad de canalizar todos los bienes de la herencia -entre ellos, la empresa familiar- vía mejora, actuando como si se tratase de una fiducia sucesoria. con esta acción, se permite la mejor continuidad de la empresa, gracias a su otorgamiento al hijo con más aptitudes para continuar con la labor empresaria.

⁴³ DOMINGUEZ LUELMO, A. *Retos del derecho de sucesiones en el siglo XXI: Volumen I*, op. cit., pp 410-413

En este sentido, aparecen varias figuras diferentes a la hora de llevar a cabo esta acción. Por un lado, se encuentra el empresario fallecido, quien faculta en su testamento a su cónyuge para que pueda este realizar una serie de actos. Por otro lado, se encuentra el cónyuge, que, gracias a la delegación de facultades dadas por su cónyuge fallecido, tiene la capacidad de “realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”. Por último, la otra figura esencial en este esquema, son aquellos que se ven favorecidos con la delegación de facultades que se hace de un cónyuge al otro, y esto son los hijos y descendientes comunes, que pasan a tener la propiedad de aquello que se les adjudique, así como la posesión -por el hecho de su aceptación- en el caso de que las disposiciones de su progenitor hayan tenido como objeto unos bienes concretos claramente determinados, salvo que se determine lo contrario.

Es posible que se produzca la muerte del empresario si antes haber este otorgado testamento, lo cual también es contemplado por el artículo 831 del Código Civil, en el que se establece que, en caso de que se produzca dicha circunstancia -de no haberle sido conferida en testamento al cónyuge superviviente la facultad de delegación, o no se hubiera señalado plazo para dicha delegación- el cónyuge viudo tendrá un plazo de dos años, a contar o bien desde la apertura de la sucesión o bien desde la emancipación del último hijo común, para ejercer la atribución de los bienes de la herencia, esto es, para ejercer la fiducia sucesoria. En el plazo que transcurra desde la muerte del empresario, hasta que termine el periodo de dos años previamente mencionado, la administración de los bienes de que se trate la delegación corresponde al cónyuge viudo.

El tema del plazo impacta de manera directa en los derechos de los legitimarios respecto al pago de su legítima estricta. Por un lado, un sector doctrinal sostiene que el ejercicio de la fiducia sucesoria puede posponerse sin la necesidad de realizar el pago de las legítimas estrictas de los descendientes comunes. Sin embargo, la doctrina predominante rechaza la opción de poder retrasar la entrega de la legítima estricta a los descendientes comunes hasta que se haya cumplido el plazo fijado para ejercer la atribución delegada por parte del cónyuge. Sin embargo, si se combina correctamente la fiducia del artículo 831 con

el régimen del artículo 1056.2 del Código Civil, el pago de la legítima estricta puede ser pospuesto por cinco años desde el inicio de la sucesión.

Esta facultad otorgada por el artículo 831 del Código Civil, ofrece la posibilidad de considerar de manera conjunta a todo el patrimonio de los cónyuges -lo cual cobra especial relevancia cuando haya de por medio una empresa, especialmente si esta es de carácter ganancial-.

5.2.2. Problemas en la transición entre generaciones. Del fundador a la segunda generación (transición de padre a hijos)⁴⁴

El traspaso del negocio familiar de una generación a otra representa uno de los acontecimientos más delicados en la existencia de cualquier empresa familiar. Este proceso, denominado “cambio generacional”, no se restringe únicamente al cambio de propiedad o administración, sino que conlleva un cambio profundo que impacta tanto en las relaciones individuales como en las estructuras organizativas, económicas y sociales de la compañía y la familia que la sustenta.

Uno de los cimientos en los que se fundamenta y sustenta la empresa familiar es la transferencia de saberes, principios y vínculos sociales, que constituyen el patrimonio intangible de lo que el fundador deja a sus herederos. No obstante, esta transmisión no ocurre de manera automática ni está libre de tensiones, y es que el paso del fundador (primera generación o 1ªG) a sus descendientes (segunda generación o 2ªG) presenta múltiples retos que necesitan ser enfrentados con una meticulosa organización y con herramientas apropiadas, tales como el protocolo familiar.

La compañía de primera generación generalmente se caracteriza por poseer una marcada conexión entre el propio fundador y su negocio. Este generalmente desempeña el papel de líder único, impregnando la organización con su visión, su manera de administrar y sus principios personales. El impacto del fundador es crucial, pues no solo crea la compañía, sino que también la configura en base a su cultura y determina, en gran medida, cómo quiere que la próxima generación se relacione con ella. Por lo tanto, el triunfo del relevo

⁴⁴ PAVÓN SAEZ, M. “Parte III: marco teórico de la empresa familiar” *El protocolo familiar: Consejos prácticos para su elaboración*, Cárdenas Armesto, Leonardo (Coor.) pp 208-225

generacional se basará en gran medida en cómo este haya capacitado a sus herederos y en la disposición de ambas generaciones —padres e hijos— para establecer una coexistencia en el ámbito empresarial.

Dentro del proceso de transición generacional pueden distinguirse distintas etapas. La primera de ellas es la de toma de decisiones, donde se cuestiona si verdaderamente hay interés en continuar con el negocio familiar. Posteriormente, se pasa a una fase de formación y crecimiento de la nueva generación, que comienza desde la niñez de los hijos hasta su ingreso definitivo a la compañía. Seguidamente, tras haber permanecido un tiempo en la empresa, se pasa a la fase de asociación, en la que ambas generaciones comparten responsabilidades y espacios de administración, para finalmente dar paso a la fase final, en la que se produce el traspaso total de poder y, en algunos casos, de la propiedad, instante que señala el culmen del cambio generacional.

Este traspaso no se encuentra exento de complicaciones. De esa forma, uno de los problemas más frecuentes que se suelen producir tienen que ver con la comunicación intergeneracional, pues mientras el fundador sostiene mantenerse fiel a las técnicas tradicionales -las cuales han guiado su forma de actuar probablemente desde el momento en el que fundó la empresa-, los descendientes suelen adoptar una perspectiva más contemporánea e innovadora del negocio. Además, ha de tenerse en cuenta que no todos los herederos tienen por qué querer integrarse al negocio familiar, ya que algunos de ellos pueden querer desarrollar su carrera profesional en un entorno diferente a la empresa de su familia. Esta elección no es igual por parte de todos los herederos, ya que podría suceder que solo algunos hijos deseen pasar a formar parte de la compañía mientras otros opten por desvincularse, lo que podría -no necesariamente- provocar conflictos, tanto económicos como emocionales.

Un aspecto que implica significativas diferencias a la hora de proceder al traspaso generacional es el número de personas que integran la segunda generación. Cuando ese número es reducido, la integración de todos ellos en la empresa puede ser manejable. Por el contrario, cuando el número de hijos del fundador supera los cuatro o cinco, la compañía podría no poseer la capacidad necesaria para cumplir con las expectativas de todos -tanto desde el punto de vista económico, como de sus objetivos profesionales-, lo que requiere tomar decisiones complicadas respecto a la participación y el papel de cada individuo.

Un elemento esencial para lograr alcanzar un cambio generacional exitoso es el deseo de ambas generaciones de perseguir un objetivo común, demostrando la capacidad suficiente para lograr de esa forma construir una visión empresarial común en el largo plazo. Ese objetivo a largo plazo se basa en alcanzar un desarrollo sostenible, el cual es definido como “un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. No solo se requiere mantener la rentabilidad financiera de la empresa familiar, sino también conservar su unidad interna y su cultura familiar, tratando de hacer que el negocio perdure a lo largo del tiempo. Para lograrlo, son esenciales principios como la confianza, el deseo de conversar, la unión y una cultura que también promueva la innovación. En realidad, la innovación es el instrumento que posibilita a la empresa familiar ajustarse a los cambios del ambiente y asegurar de esa manera su perdurabilidad a través de las sucesivas generaciones.

Desde un punto de vista legal, la sucesión en la empresa familiar ha estado históricamente sujeta a las regulaciones fiscales que se aplican a la transmisión. Tradicionalmente, la transferencia de la propiedad empresarial de padres a hijos se veía sometida a la misma carga fiscal que el resto de las empresas que no ostentaban la condición de familiar, lo cual representaba una elevada carga tributaria que suponía un impedimento significativo para la continuidad del negocio familiar. Esta circunstancia provocaba una significativa inseguridad, dado que se tributaba por una transmisión que realmente no traía consigo un beneficio económico real, pues no era más que una sustitución en la titularidad del negocio familiar, buscan que no cayera en manos de terceros ni que se pusiera fin a la actividad empresarial.

En favor de la continuidad de las empresas familiares, se produjo un cambio significativo en 1994, debido a la Recomendación de la Comisión Europea 94/1069/CE, de 7 de diciembre, en relación con la transmisión de las pequeñas y medianas empresas. A través de dicha recomendación, se solicitaba a los países miembros a implementar ciertas modificaciones fiscales y legales que propiciaran la continuidad de las empresas familiares, destacando como uno de los principales impedimentos a esta continuidad las altas cargas tributarias en los procedimientos de sucesión. Desde ese momento, empezó a establecerse en España un sistema fiscal específico para las empresas familiares, con la finalidad de suprimir obstáculos que pudieran poner en riesgo su continuidad.

Este nuevo sistema no se estableció a través de una única ley, sino que se desarrolló de forma gradual y dispersa en diversos cuerpos normativos del sistema fiscal. En el ámbito estatal, se implementaron incentivos importantes, tales como el 95% en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) para la transferencia de participaciones en empresas familiares -el cual se encuentra actualmente recogido en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre-, vinculado al cumplimiento de ciertos requisitos. A mayores de estas bonificaciones estatales en el del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al tratarse de un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, numerosas de estas han decidido incrementar aún más sus bonificaciones fiscales, llegando incluso a alcanzar el 99% de bonificación.

El fundamento en el que se sustentan todas estas bonificaciones es el de que, desde una perspectiva económica, realmente no se produce el hecho imponible del impuesto, pues no se está generando un verdadero enriquecimiento con la transmisión. Se trata de un simple traspaso que persigue el objetivo de la continuidad empresarial, por lo que el impuesto debería posponerse al momento en el que realmente se produzca un verdadero beneficio con la transmisión, esto es, con una futura venta, en caso de que esta tenga lugar en un futuro⁴⁵.

Otra cuestión relevante en cuanto a al traspaso de la primera a la segunda generación es el tema de la elección de un líder de entre todos los herederos. En ocasiones puede resultar recomendable contar con una sola persona al frente, sin embargo, esta decisión puede acarrear consecuencias muy negativas si se producen disputas internas entre los hijos del fundador, razón por la cual la selección de un solo líder entre hermanos no siempre es factible ni apetecible. Para evitar los problemas que puedan surgir de esta elección de líder único, en numerosas ocasiones puede optarse por un modelo de co-liderazgo, en el que las responsabilidades se reparten de acuerdo con las habilidades de cada uno de los sucesores. Este método, aunque pueda resultar más complicado de implementar, puede ayudar a preservar el balance entre los intereses familiares y los de la empresa.

⁴⁵ LUCHENA MOZO, G. M. (Universidad de Castilla-La Mancha) “La supresión del Impuesto sobre el Patrimonio y las empresas familiares” *Revista de Estudios Empresariales*. Segunda época. Número: 2 (2009). Pp 62-79

5.2.3. La sucesión en la tercera generación: la complejidad de la "generación de primos" ⁴⁶

El traspaso generacional de la segunda a la tercera generación constituye, como también lo suponía el paso de la primera a la segunda generación, uno de los momentos más delicados del proceso sucesorio. Esta referida tercera generación, recibe coloquialmente el nombre de “generación de primos”, por estar compuesta por los nietos del fundador. Una de las características definitoria de esta generación es que, al no ser hermanos entre ellos, a diferencia de sus progenitores, no han experimentado numerosas vivencias comunes que les hayan permitido reforzar sus lazos afectivos, lo cual dificulta la unidad familiar y su cohesión emocional.

En esta etapa, tienen lugar novedosas formas de relaciones familiares, con características muy diferentes a las relaciones fraternales apreciables en la segunda generación. Entre los condicionantes que afectan a que dichas relaciones sean diferentes, se encuentran el hecho de que la familia pasa a ser mucho más numerosa -las ramas del árbol se multiplican con el paso de una generación a otra-, así como el hecho de que la propiedad pasa a ser mucho más dispersa, y los vínculos familiares no impactan en las decisiones empresariales de la misma manera que lo hacían en las anteriores generaciones. Sumado al hecho de que en esta etapa muchos más miembros forman parte de la familia, también es importante resaltar el hecho de que habitualmente, aumentará significativamente el número de accionistas pasivos, esto es, los miembros de la familia que no mantienen una relación laboral con la empresa familiar, lo cual es una circunstancia que añade complejidad al asunto, especialmente a la hora de tomar decisiones.

Esta generación de primos puede analizarse desde varias perspectivas. En primer lugar, desde la perspectiva de la propiedad, es fundamental permitir a los miembros de esta generación poder entrar y salir de la empresa según sus preferencias personales, esto es, garantizar la libertad en lo que respecta a la entrada y salida de los accionistas, sin que ello suponga una ruptura de las buenas relaciones familiares. Para alcanzar este objetivo, es importante tomar acciones como el establecimiento de mecanismos que faciliten la compraventa de acciones, o dejar claramente definidas las políticas de dividendos, favoreciendo así una propiedad más flexible.

⁴⁶ PAVÓN SAEZ, M. “Parte III: marco teórico de la empresa familiar” op. cit. pp 226 - 238

Por otro lado, desde el punto de vista empresarial, la llegada de esta generación supone normalmente un mayor grado de profesionalización, apreciable en el menor número de familiares empleados en la empresa, y en la entrada de un mayor número de personas ajenas al núcleo familiar encargadas de la gestión empresarial. En este aspecto, resulta clave la existencia de un liderazgo familiar cualificado que sea capaz de motivar a toda una nueva generación.

Otro aspecto fundamental es la gestión de la igualdad. En este punto, los primos deben asumir la existencia de desigualdades, y deben aprender a gestionarlas e integrarlas en la gestión empresarial si quieren evitar disputas internas. Existen diferencias en el número de descendientes de cada rama familiar, en los lugares en los que reside cada miembro de la familia, en los caminos profesionales elegidos por cada uno, así como en la herencia que pudieran recibir. Todas estas desigualdades hacen necesario adoptar una actitud de respeto, consenso y flexibilidad en la empresa y en la familia.

En vista de esta situación, una decisión significativamente relevante que deben tomar las empresas llegadas a este punto es la creación de un Consejo de Familia. Es recomendable que la creación de este órgano comience a fundarse durante la segunda generación, para suavizar el traspaso a la tercera, definiendo una estrategia común. En este órgano se pretende, no solo gestionar la sucesión de la mejor manera posible, sino también involucrar, motivar y educar en los valores de la empresa familiar a los miembros de la tercera generación, permitiéndolos de esta manera continuar con el legado familiar.

6. LA PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES

Como se ha visto hasta ahora, la sucesión es un momento determinante en la vida de una empresa familiar, el cual plantea retos de importante calibre. Muchos de estos retos que presenta son abordados con los protocolos familiares, instrumentos que en su origen han presentado un carácter confidencial a la vez que no vinculante, lo cual ha originado problemas prácticos en relación con su eficacia y aplicabilidad.

Actualmente, en nuestro país, no existe apenas normativa que regule la figura de los protocolos familiares, lo cual refleja una falta de compromiso con las empresas familiares y con su protección. A pesar de esta falta de actividad legislativa, sí que se existen determinados textos normativos donde se aprecia cierta regulación, concretamente legislando sobre la publicidad de los protocolos familiares. En primer lugar, el primer paso que se dio en España hacia esta regulación se produce con la Ley 7/2003, de 1 de abril, reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, en cuya disposición final segunda se preveía el desarrollo reglamentario del acceso al Registro Mercantil por parte de los protocolos familiares. Finalmente, este mandato tuvo su desarrollo en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares⁴⁷.

Este Real Decreto supone un gran avance en la seguridad jurídica de los protocolos familiares, y, por ende, de las empresas familiares, pues regula expresamente la posibilidad de acceso de estos instrumentos al Registro Mercantil. Gracias a dicho acceso, los protocolos adquieren la publicidad necesaria para reforzar su eficacia y dotar de una mayor seguridad jurídica a los acuerdos que en ellos se recogen. No obstante, el acceso al registro no deja de ser un acto voluntario, que permite a las empresas valorar la idoneidad de esta protección, además de permitir su registro en distintos grados de amplitud -puede inscribirse el protocolo en su totalidad, parte del mismo, o simplemente hacer una mención sobre su existencia-.

Es importante resaltar el hecho de que este Real Decreto solo permite la inscripción de un protocolo familiar por sociedad, en aras de promover la claridad y la estabilidad del régimen aplicable.

⁴⁷ CORONA, J. “La publicidad de los protocolos familiares. Reconocimiento jurídico del protocolo familiar” *Revista entre magnitudes*

En cuanto al ámbito de aplicación de esta normativa reglamentaria, este se reduce a las sociedades mercantiles no cotizadas -tanto personalistas como capitalistas-, quedando excluida su aplicación a las sociedades anónimas admitidas a cotización y a las sociedades con forma jurídica civil⁴⁸.

Así mismo, gracias a la publicación de este Real Decreto 171/2007, se reconoce por primera vez la importancia del Consejo de Familia, órgano consultivo cuyas funciones principales se centran en mejorar la relación entre familia y empresa, previniendo y solventando conflictos internos.

Son innegables los avances alcanzados por el Real Decreto en lo que respecta a la seguridad jurídica y a la transparencia de las empresas familiares, manteniendo su autonomía. Sin embargo, todavía siguen existiendo cláusulas de dichos acuerdos no inscribibles en el Registro Mercantil, no terminándose de alcanzar esa plena seguridad jurídica para las empresas de índole familiar. Esta no inscribibilidad de determinadas cláusulas obliga a complementar los protocolos familiares con pactos parasociales o acuerdos extraestatutarios, lo cual plantea dificultades en relación con la eficacia de los protocolos familiares⁴⁹.

6.1. FORMAS DE PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR

El Real Decreto 171/2007 regula entre sus artículos 4 a 7, las distintas formas de asegurar la publicidad registral de los protocolos familiares, esto es, las distintas vías de acceso que tiene este instrumento para inscribirse en el Registro Mercantil, bien sea un acceso total, o bien con la mera declaración de su existencia. Se pueden encontrar un total de cuatro formas diferentes de publicidad, desarrolladas a continuación⁵⁰:

⁴⁸ GASTÓN DE IRIARTE MEDRANO, S. “Pactos parasociales y protocolos familiares”, *Retos del derecho de sucesiones en el siglo XXI: Volumen I*. Arrébola Blanco, Adrián (Dir.); Rogel Vide, Carlos (Dir.), Amunátegui Rodríguez, Cristina de (Dir.). Editorial Reus, España, 2023, pp. 444

⁴⁹ FELIU REY, J. “Los protocolos familiares y su publicidad: la apertura del registro mercantil”. *Revista crítica de Derecho Privado*, 2013 pp 184-187

⁵⁰ FELIU REY, J. “Los protocolos familiares y su publicidad: la apertura del registro mercantil”. *Revista crítica de Derecho Privado*, 2013 Pp 199-205

6.1.1. Publicación en el sitio web de la sociedad

Esta primera forma de publicidad, la cual se encuentra recogida en el artículo 4 del Real Decreto, consiste en hacer público el protocolo familiar de la organización a través del propio sitio web de la misma.

A pesar de estar recogida esta como primera modalidad de publicidad del protocolo familiar, no alcanza la máxima extensión registral, pues no supone la inscripción en el Registro Mercantil, sino su mera publicación en el sitio web de la empresa familiar. No obstante, a pesar de no recogerse en el Registro Mercantil, sí que facilita el conocimiento del contenido del protocolo a terceros.

6.1.2. Mención registral de la existencia del protocolo

El artículo 5 del Real Decreto regula esta segunda modalidad de publicidad, la cual tampoco implica una difusión completa del protocolo familiar, pues se reduce a la mera declaración de existencia de dicho instrumento. Consiste en hacer constar en la hoja registral de la sociedad, el hecho de la existencia de un protocolo familiar, pero sin entrar a determinar su contenido.

La sencillez de esta fórmula es consecuencia directa del hecho de que esta sea una de las modalidades de publicidad del protocolo familiar más habituales en la práctica. El procedimiento para su registro consiste en la solicitud al registrador, por parte del órgano de administración, de la constancia de la existencia del protocolo por medio de una instancia con firma legitimada notarialmente. A lo sumo, si se quiere proporcionar una mayor transparencia, puede determinarse si el protocolo es accesible desde la web de la empresa.

6.1.3. Depósito con ocasión de presentación de las cuentas anuales

La tercera modalidad, la cual encuentra su regulación en el artículo 6 del Real Decreto, consiste en depositar el protocolo familiar de manera total o parcial en el Registro Mercantil, junto con las cuentas anuales. En esta situación, es necesario proporcionar una copia o declaración del documento público que incluye el protocolo.

La limitación que acarrea esta modalidad es la rigidez temporal que lleva implícita, al no poder llevarse a cabo más que una vez a año, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales. Además, son varios los autores que han cuestionado esta forma de publicidad, por asociar una obligación contable como es la presentación de las cuentas anuales con un documento de naturaleza estratégica y privada como es el protocolo familiar.

6.1.4. Inscripción de acuerdos sociales derivados del protocolo

La última de las modalidades de publicidad encuentra su regulación en el artículo 7 del Real Decreto. Esta forma de publicidad permite que en el momento en que se lleven a cabo acuerdos sociales inscribibles consecuencia de la ejecución del protocolo familiar, estos se hagan constar en la inscripción registral como actos derivados del mencionado protocolo familiar, siempre que este haya sido previamente publicado.

Para evitar la denegación de la inscripción, debe verificarse por el registrador que el protocolo familiar se publicó de manera conforme a las formas admitidas y que los acuerdos inscritos guardan relación directa con su contenido.

De esta forma, esta modalidad sí que proporciona un efecto registral pleno, debido al hecho de que los acuerdos inscribibles por esta vía despliegan los efectos característicos de la publicidad material, esto es, aquella publicidad que garantiza la oponibilidad erga omnes de lo inscrito.

Esta cuarta forma de publicidad difiere de las anteriores en cuanto al efecto de publicidad que genera, pues, mientras -como se ha dicho- esta inscripción de acuerdos sociales derivados del protocolo produce los efectos típicos de la publicidad material registral, las anteriores formas de publicidad se limitan a dar lugar a una “publicidad noticia”. Esta publicidad noticia se caracteriza por su falta de oponibilidad frente a terceros, no obstante, a pesar de esa falta de oponibilidad frente a terceros ajenos al protocolo y a la sociedad, permite dar a conocer la situación jurídica objeto de dicha publicidad noticia, pudiendo afectar a la apariencia de buena fe.

6.2. PRINCIPIOS REGISTRALES APLICABLES A LA PUBLICIDAD

El Real Decreto 171/2007, articula una serie de principios que caracterizan a la publicidad registral de los protocolos familiares. Así mismo, el catedrático de Derecho Mercantil Vicent Chuliá determina que los principios fundamentales de esta publicidad son la unidad, la permanencia y la voluntariedad, principios que se desarrollaran a continuación.

6.2.1. Principio de unidad

El principio de unidad se basa en la idea fundamental de que solo puede existir un único protocolo familiar por cada empresa familiar. Esto no suprime la posibilidad de llevar a cabo las modificaciones que se consideren necesarias, pues el protocolo familiar es un instrumento vivo que debe adaptarse a los cambios que afecten a la organización. De la misma manera que se permiten las modificaciones, nada impide que ese único protocolo pueda ser objeto de distintas formas de publicidad, siempre y cuando se garantice su carácter unitario.

El motivo de ser de este principio, recogido en el artículo 2.2 del Real Decreto, es el de garantizar la coherencia del régimen jurídico aplicable, evitando la contradicción de los acuerdos adoptados.

6.2.2. Principio de permanencia

El siguiente principio, recogido en el artículo 2.2 del Real Decreto, es el principio permanencia, el cual implica que una vez recogida la existencia de un protocolo familiar, no podrá inscribirse otro en el Registro, a no ser que se refleje expresamente que se trata de una mera modificación, en cuyo caso sí que tendrá acceso. En la misma línea, el artículo 3.3. del Real Decreto establece que hasta que no se haya solicitado la modificación o actualización de un protocolo, se presume vigente el protocolo registrado.

6.2.3. Principio de voluntariedad

Un principio fundamental que se recoge en el artículo 2.3 del Real Decreto 171/2007, es el que garantiza la voluntariedad de la publicidad del protocolo familiar, al no constituir

una obligación legal. Esto significa que es la propia organización la que podrá tomar la decisión sobre si hacer o no público su protocolo familiar. Este principio diferencia a los protocolos familiares de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas, los cuales son de obligada publicidad según la Ley de Sociedades de Capital.

Este principio es cuestionado por algunos autores, los cuales niegan la voluntariedad de la publicidad cuando se trate de acuerdos del protocolo inscribibles, en virtud de los artículos 19.2 del Código de Comercio y 4.1 del Reglamento del Registro Mercantil, los cuales imponen el carácter inscribible de los actos sujetos a ello por disposición legal.

Junto con estos principios fundamentales, existen otros principios que caracterizan a la publicidad de los protocolos familiares. El primero de ellos es el de la flexibilidad, pues, como ya se ha mencionado, el protocolo familiar permite adaptarse a las circunstancias de la empresa familiar, posibilitando su modificación o sustitución. En segundo lugar, de la mano con la flexibilidad, el principio de mutabilidad también caracteriza a la publicidad de los protocolos familiares, al permitir la evolución de este instrumento a lo largo del tiempo, permitiendo inclusive la creación de un comité de seguimiento que permita garantizar esa actualización. De no menor importancia, y, a pesar de no estar expresamente contemplado en el Real Decreto 171/2007, cabe mencionar la posibilidad -admitida doctrinalmente- de cesar con la publicidad registral, debido a razones de interés social⁵¹.

En último lugar, debe tomarse en consideración el hecho de que es la propia empresa la que debe hacerse cargo de asumir los costes asociados a cualquier forma de publicidad que quiera darle a su protocolo familiar.

6.3. SUJETOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA PUBLICIDAD

En la redacción del Real Decreto 171/2007 también se incluye quienes son aquellos sujetos legitimados para llevar a cabo la publicidad del protocolo familiar de la empresa. Concretamente, en el artículo 3.1 del Real Decreto se determina que dicho sujeto legitimado para instar la publicidad es el órgano de administración de la propia organización, quien, en

⁵¹ SERRANO GÓMEZ, E. “Los protocolos familiares” op. cit. pp 403-404

atención al interés social, deberá tomar la decisión a cerca de la publicación del protocolo familiar.

El basar esta decisión en el interés social introduce en esta decisión un límite que constituye un criterio jurídico indeterminado que complica la situación, a la vez que obliga a los administradores a llevar a cabo una valoración prudente de la conveniencia de asumir esta publicidad registral, teniendo en cuenta su impacto en el buen gobierno de la sociedad, en la prevención de conflictos, y en la estabilidad empresarial. En orden a valorar ese interés social en la publicación del protocolo familiar, los socios tienen un deber activo de colaboración, facilitando el acceso al contenido del protocolo al órgano de administración.

Además de ser acorde con el interés social, existe otro límite que debe tomarse en consideración a la hora de valorar la idoneidad de la publicidad del protocolo familiar, y este es, el consentimiento expreso de todas aquellas personas cuyos datos de carácter personal figuren en dicho acuerdo. Esta exigencia de protección, la cual se encuentra recogida el artículo 3.2 del Real Decreto, tiene su razón de ser en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y actualmente en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Este límite proviene de la necesidad de respetar la voluntad de los firmantes en un documento de naturaleza contractual como es el protocolo familiar. Este consentimiento debe ser siempre expreso, por escrito y previo a la publicación del protocolo.

En caso de que se produzca la circunstancia de que el órgano de administración niegue la publicación del protocolo familiar, los socios pueden acudir a la vía judicial para solicitar la publicación si se muestran insatisfechos con dicha decisión. Esta posibilidad, recogida en la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, permite a los socios promover activamente la publicidad registral de este instrumento. No obstante, a pesar de la existencia de esta posibilidad, numerosos autores se muestran disconformes con esta posibilidad, bien por las dudas que produce la capacidad del juez en la determinación de la existencia de interés social necesario, o bien por considerar este cauce judicial excesivamente subjetivo e invasivo dentro de la esfera societaria.

Esta discrecionalidad que permite la valoración a cerca de la publicación del protocolo familiar por arte del órgano de administración desaparece cuando se trate de la publicidad de acuerdos inscribibles en virtud del artículo 7 del Real Decreto. En estos casos,

el órgano de administración deberá proceder a su publicación en orden a dar cumplimiento a lo recogido en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil sobre la obligatoriedad de la inscripción de determinados actos societarios⁵².

6.4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

El carácter voluntario de la publicidad del protocolo familiar, al igual que de la propia elaboración del documento, posibilita la decisión de sus otorgantes de mantener dicho protocolo en privado o bien permitir su conocimiento a terceros. Esta decisión, no tiene solamente implicaciones jurídicas, sino también otras de índole económica y reputacional. Al hacer público el protocolo familiar, se puede mejorar la imagen que tienen de la empresa los acreedores, inversores, clientes o proveedores, pues se traslada una imagen de empresa con solida organización y con miras de continuidad -al haber previsto mecanismos que aboguen por la continuidad sucesoria-, y con un buen gobierno.

De esta forma, el dar publicidad a los protocolos familiares contribuye a generar confianza, transparencia y proyectar estabilidad. Como decía el profesor Vicent Chuliá “el mercado, como poder regulatorio fáctico, es el que juzgará y —supuestamente— premiará a las sociedades familiares que desvelen su constitución jurídica interna a los terceros, inversores y acreedores, clientes y proveedores, a los poderes públicos y al capital humano (directivos y trabajadores actuales y potenciales de la empresa familiar). La transparencia de los valores empresariales y familiares asumidos contractualmente en el Protocolo Familiar, y de la organización corporativa y financiera de la Sociedad Familiar, puede ser un instrumento de clarificación y de competencia en el mercado, dando a conocer la excelencia de la firma”⁵³.

En definitiva, a pesar de la falta de efectos jurídicos materiales de los protocolos familiares y de su publicidad, sí que pueden generar otros efectos de significativa importancia empresarial, contribuyendo a mejorar la imagen de la organización y su sostenibilidad a largo plazo.

⁵² FELIU REY, J. “Los protocolos familiares y su publicidad: la apertura del registro mercantil”. *Revista crítica de Derecho Privado*, 2013, pp 194-199

⁵³ SERRANO GÓMEZ, E. “Los protocolos familiares” op. cit. pp 407-408

6.5. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2024 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

En orden a apreciar la aplicación práctica del régimen de publicidad de los protocolos familiares, se procede a analizar la Resolución de 29 de noviembre de 2024 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE n.º 310, de 25 de diciembre de 2024, pp.180148 y ss.).

6.5.1. Contexto del caso

El 1 de febrero de 2024, la sociedad "New Okapi, S.L." presentó una escritura de elevación a público de acuerdos sociales para su inscripción, en la cual se contenía la modificación de los estatutos sociales para incorporar un nuevo artículo, el 6º bis, donde se estipulaba una prestación accesorio no retribuida. La prestación accesorio en cuestión consistía en la asunción por parte de los socios del compromiso de cumplimiento de las disposiciones contenidos en un protocolo familiar que acababan de formalizar ese mismo día mediante escritura pública.

La inscripción solicitada fue rechazada por el registrador mercantil, quien sostuvo para argumentar su decisión que el contenido específico de la prestación accesorio no se mencionaba explícitamente en los estatutos de la sociedad, sino que se refería a un protocolo familiar no registrado. Se consideró que esta situación obstaculizaba que terceros pudieran entender las responsabilidades asumidas por los socios, dado que el acceso al protocolo exigía justificar un interés legítimo frente al notario autorizante.

Frente a esta calificación negativa por parte del registrador mercantil, la sociedad presentó un recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

6.5.2. Resolución de la Dirección General

Por su parte, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública estimó el recurso presentado por la sociedad y revocó la calificación negativa del registrador mercantil. La razón de la estimación de este recurso se basó, en primer lugar, en el hecho de que la prestación accesorio estaba claramente definida, ya que estaba formalizada en una escritura pública mencionada en los propios estatutos, lo que facilita su acceso a través del Registro.

En segundo lugar, la Dirección General argumentó que el mecanismo de la prestación accesoria tiene como objetivo proporcionar información y asegurar que tanto los socios como terceros, especialmente los futuros compradores de participaciones, estén bien informados. Por último, se manifestó que la referencia en los estatutos a un documento externo, como es el protocolo familiar, siempre que esté correctamente identificado y formalizado de manera pública, no infringe los principios que rigen el tipo social ni las exigencias de seguridad jurídica que son propias del Registro Mercantil.

6.5.3. Valoración jurídica

Esta resolución marca un hito importante en lo que respecta a la interpretación de la eficacia del protocolo familiar y su a posible inclusión en los estatutos sociales. Permite aportar claridad sobre cómo se puede utilizar el mecanismo de la prestación accesoria para asegurar que los socios cumplan con el protocolo, sin necesidad de incluir su contenido de manera literal en los estatutos. Además, con esta resolución también se refuerza la idea de que formalizar el protocolo familiar mediante escritura pública —inclusive no estando inscrito o depositado— puede ser suficiente para que sus cláusulas tengan efectos jurídicos, siempre que haya una referencia clara y precisa en los documentos que sí están inscritos.

En consecuencia, esta resolución promueve una interpretación flexible de los requisitos de inscripción de los protocolos familiares, la cual facilita su uso como instrumento de autorregulación dentro de las empresas familiares.

7. CONCLUSIONES

Del presente estudio es posible extraer varias conclusiones, conclusiones de vital importancia en el marco de un país, España, con una economía sostenida de manera predominante por empresas de índole familiar.

La primera conclusión que puede extraerse del análisis que se ha venido exponiendo es la relativa a la escasa regulación de la que goza el protocolo familiar en el ordenamiento jurídico español. A pesar de haberse consolidado este instrumento del protocolo familiar como herramienta fundamental en la prevención de conflictos y en la planificación sucesoria en la empresa familiar, la regulación normativa del mismo resulta claramente insuficiente, pues apenas existe. El único texto legal que le dedica atención de manera expresa es el Real Decreto 171/ 2007, el cual se limita en exclusiva a regular su posible publicidad en el Registro Mercantil. Esta laguna normativa origina una importante inseguridad jurídica a las empresas familiares, en el sentido de que no existen pautas legales a las que estas puedan acogerse a la hora de desarrollar un protocolo familiar, ni siquiera relativas a cuestiones básicas tales como su contenido mínimo, su eficacia vinculante o su posibilidad de ejecución en caso de incumplimiento.

Cabe destacar también que, al tratarse de un documento de naturaleza contractual - cuya eficacia depende prácticamente en su totalidad de la autonomía de la voluntad de las partes- la validez del mismo, así como su aplicabilidad, quedan en manos de la práctica profesional para poder dotar de coherencia y aplicabilidad a los acuerdos suscritos. Esta circunstancia puede ser asumible para empresas de mayor tamaño, sin embargo, para empresas de dimensión más reducida -como suele ser el caso de las empresas familiares- esto puede resultar algo de más difícil acceso, cayendo en situación de vulnerabilidad. La inseguridad se incrementa aún más cuando se pretende que el protocolo despliegue efectos frente a terceros.

Siguiendo por esa línea, puede afirmarse que, debido a la falta de normativa general, el papel de los profesionales del derecho, como notarios o asesores jurídicos especializados, alcanza gran importancia, al convertirse estos en garantes de que los protocolos familiares se ajusten al marco legal, siendo coherentes con los estatutos empresariales, respetando los derechos sucesorios -como la legítima, a la cual se ha aludido en el trabajo- y contando con una adecuada redacción técnica.

Otra conclusión que puede extraerse es que la existencia de diversos regímenes civiles en España genera disparidades a la hora de proceder a la sucesión de la empresa familiar. Por un lado, el derecho común prohíbe los pactos sucesorios, mientras que, por otro lado, Comunidades Autónomas con derecho civil propio sí que permiten la existencia de estos pactos, aportando una mayor protección en cuanto al relevo generacional a las empresas en ellas asentadas. Esta pluralidad regulatoria motiva en algunos casos a determinadas empresas a trasladar su ubicación a aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una regulación que, en este caso, aporta mayor seguridad, lo cual puede plantear retos para el Derecho interregional.

La siguiente conclusión gira en torno al mencionado Real Decreto 171/2007, en el cual se recogen las distintas vías de acceso al Registro Mercantil para publicitar el protocolo familiar. Entre las distintas formas reguladas se encuentran la simple mención registral de la existencia del protocolo, la publicación en el sitio web de la sociedad, el depósito total del protocolo familiar con motivo de la presentación de las cuentas anuales, y la inscripción de acuerdos sociales adoptados en ejecución del mismo. Es únicamente esta última modalidad de publicidad la que puede generar efectos jurídicos con cierto grado de oponibilidad, configurándose las demás vías como meros mecanismos de publicidad informativa sin la capacidad de otorgar fuerza vinculante plena a su contenido. Esta circunstancia pone de manifiesto una paradoja, y es que la única regulación legal existente referente a los protocolos familiares se limita a regular su publicidad, y, aun así, no garantiza en todas las ocasiones que dicho acceso al registro implique eficacia jurídica relevante. Por otro lado, esta circunstancia también puede interpretarse como una mayor flexibilidad que se otorga a las familias empresarias, al permitírseles valorar la idoneidad de elevar o no a público el contenido de su protocolo familiar.

En definitiva, sería deseable en el panorama jurídico actual una intervención legislativa más ambiciosa en lo que respecta al protocolo familiar. Dicha regulación debería tratar aspectos como los contenidos mínimos a incluir en los protocolos familiares, el ofrecimiento de garantías ante su incumplimiento, así como la regulación expresa de su valor jurídico. Igualmente sería deseable una armonización de la legislación a nivel nacional, garantizando la igualdad en el tratamiento entre las distintas Comunidades Autónomas, lo cual permitiría evitar conflictos interregionales. El reconocimiento de una eficacia vinculante

más clara contribuiría a reforzar la seguridad jurídica de las empresas familiares, permitiendo garantizar en mayor medida su continuidad intergeneracional.

No obstante, a pesar de esta falta de fuerza legal vinculante del protocolo familiar, su utilidad trasciende su eficacia jurídica, proyectándose como un instrumento que permite garantizar la cohesión emocional y cultural dentro de la familia empresaria. Esta herramienta puede resultar de gran utilidad, pues lleva a cabo una labor de diálogo, consenso y planificación, constituyendo un medio para expresar los valores, identidad y visión compartida de los miembros de la empresa familiar, pudiendo entenderse como una especie de “estatuto emocional”. Proceder a la realización de un protocolo familiar obliga a los miembros de la familia empresaria a tomar decisiones y someterse a reuniones que, a pesar de no ser siempre jurídicamente exigible, son clave para el futuro de la sociedad, previniendo disputas, consolidando la cultura empresarial familiar y facilitando el relevo generacional. Por consiguiente, el protocolo familiar constituye una muestra de la importancia de la autorregulación en aquellos contextos donde el Derecho no alcanza de forma suficiente.

8. BIBLIOGRAFÍA

BAREA MARTÍNEZ, María Teresa. *El control notarial de los límites del protocolo familiar*. Granada, 2018. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada. José Soto Ruiz (Coordinador).

CARRIZO AGUADO, David. *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2024.

Consulta en Internet: CEDEC disfrutar de ser empresario. <https://cedec-group.com/es/blog/el-consejo-asesor-en-la-empresa-familiar> (Fecha de consulta 12 de febrero de 2025).

Consulta en Internet: FAMILY BUSINESS SOLUTIONS. <https://fb-solutions.es/organos-de-gobierno-de-la-empresa-familiar> (Fecha de consulta 12 de febrero de 2025).

Consulta en internet: KPMG Tendencias. Visita Guiada a la gobernanza de las empresas familiares. <https://www.tendencias.kpmg.es/2024/09/visita-guiada-gobernanza-empresas-familiares/> (Fecha de consulta: 12 de febrero de 2025).

Consulta en internet: INSTITUTO INTERNACIONAL SAN TELMO. [file:///Users/larasanz/Downloads/PREV.%20JIN-7%20El%20Protocolo%20Familiar%20\(2\).pdf](file:///Users/larasanz/Downloads/PREV.%20JIN-7%20El%20Protocolo%20Familiar%20(2).pdf) (Fecha de consulta: 24 de abril de 2025)

Consulta en internet: TARTABINI, Amanda Mirta. Modelo de protocolo familiar. https://economicas.unsa.edu.ar/afinan/fe/material_de_estudio/material/Modelo%20de%20protocolo%20familiar.pdf (Fecha de consulta: 18 de marzo de 2025)

CORONA, Juan. “La publicidad de los protocolos familiares. Reconocimiento jurídico del protocolo familiar” *Revista entre magnitudes*, pp 46-49.

CUCURULL POBLET, Tatiana. *El protocolo familiar mortis causa*, editorial Dykinson, Madrid, 2015.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés Augusto. “La transmisión unitaria de la empresa familiar y la partición hereditaria”, *Retos del derecho de sucesiones en el siglo XXI: Volumen I*. Arrébola

Blanco, Adrián (Director); Rogel Vide, Carlos (Director), Amunátegui Rodríguez, Cristina de (Director). Editorial Reus, España, 2023. Pp 369-421

FELIU REY, Jorge. “Los protocolos familiares y su publicidad: la apertura del registro mercantil”. *Revista crítica de Derecho Privado*, 2013, pp 181-208.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Transmisión mortis causa de la empresa familiar”, *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Garrido de Palma, Víctor Manuel (Director), Civitas, Madrid, 1995.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. "La familia empresaria ante el Derecho", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Garrido Melero, Martín (Coordinador), Fugardo Estivill, Josep María (Coordinador), Serrano de Nicolás, Ángel (Coordinador), t. IV, Bosch, Barcelona, 2005.

GASTÓN DE IRIARTE MEDRANO, Santiago. “Pactos parasociales y protocolos familiares”, *Retos del derecho de sucesiones en el siglo XXI: Volumen I*. Arrébola Blanco, Adrián (Director); Rogel Vide, Carlos (Director), Amunátegui Rodríguez, Cristina de (Director). Editorial Reus, España, 2023.

GOMÁ LANZÓN, IGNACIO. “El protocolo familiar”, *El protocolo familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV. Arrido Melero, Martín; Fugardo Estivill, Josep María; Serrano De Nicolás, Ángel (Coordinadores), Bosch, Barcelona, 2005. Pp 653-708.

GORTÁZAR LORENTE, Carlos, «Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», en *Nous reptes del dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 123–148.

LASHERAS MAYORAL, NURIA. “Mediación en empresa familiar: más allá del protocolo familiar”. *Revista de Mediación* 2014, vol. 7, nº 1, pp. 60-69.

LUCHENA MOZO, Gracia María. “La supresión del Impuesto sobre el Patrimonio y las empresas familiares”, *Revista de Estudios Empresariales. Segunda época*. Número: 2 (2009), pp. 62-79.

MARTORELL ZULUETA, Purificación. “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en AAVV., *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*, Reyes López, María José (autor), Aranzadi, Navarra, 2004, pp 73-96.

MOLINA PARRA, Paula Andrea, BOTERO BOTERO, Sergio, MONTROYA MONSALVE, Juan Nicolás, “Empresas de familia: conceptos y modelos para su análisis”, *Pensamiento y gestión: revista de la División de Ciencias Administrativas de la Universidad del Norte*, nº 41, 2016, pp. 116-149.

MORO ALMARAZ, María Jesús. y SÁNCHEZ CID, Ignacio. *Lecciones de Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2005.

PAVÓN SAEZ, Manuel. “Parte III: marco teórico de la empresa familiar”, *El protocolo familiar: Consejos prácticos para su elaboración*, Cárdenas Armesto, Leonardo (Coordinador), pp 201-254.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa. "El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria", Aranzadi, *Revista de sentencias de TSJ y AP*, nº 5, 2008, pp 211-227.

SERRANO GOMEZ, Eduardo. “Los protocolos familiares”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Joaquín J. Rams Albesa (Dirección y Coordinación), Dykinson, S.L., Madrid.

VALVERDE HUERTA, Ángel. “Derechos y obligaciones individuales de los socios”, en VV.AA. *El protocolo familiar: consejos prácticos para su elaboración*, Cárdenas Armesto, Leonardo (Coordinador), Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, pp 127-144.

VAREA PERIS, Sofía. “El trabajo de los miembros de la familia”, en VV.AA. *El protocolo familiar: consejos prácticos para su elaboración*, Cárdenas Armesto, Leonardo (Coordinador), Asociación Española de Asesores, Madrid, pp 77-102.

VICENT CHULIÁ, Francisco. "Organización jurídica de la empresa familiar", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2001, p. 21-48.