

EL PROTOCOLO FAMILIAR: INSTRUMENTO ESENCIAL PARA UN CORRECTO RELEVO EN LA EMPRESA FAMILIAR

Beatriz Alonso Herranz

Abogada ICAM

RESUMEN: El objeto de este trabajo es estudiar el Protocolo Familiar, profundizando en su concepto, naturaleza jurídica y eficacia, su contenido, publicidad y desarrollo. El protocolo familiar es el principal instrumento jurídico que el Ordenamiento jurídico pone a disposición de los empresarios familiares para que puedan sistematizar la relación entre la familia y la empresa, disociando ambas esferas y, especialmente, constituye la herramienta fundamental en la planificación de la sucesión de la empresa familiar. Asimismo, trataremos de reflexionar sobre la importancia del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares en las Sociedades Familiares.

PALABRAS CLAVE: Empresa familiar, Protocolo Familiar, Estatutos Sociales, eficacia, publicidad, prestaciones accesorias, relevo generacional.

1. Introducción.

Consideramos necesario abordar el estudio de la sucesión de la empresa familiar (en adelante EF) pues estamos ante una cuestión ampliamente debatida en la literatura jurídica y que, por el contrario, ha sido objeto de una atención parcial por parte del legislador. En este sentido, ponemos de manifiesto la ausencia de una reforma integral que permita encauzar adecuadamente la problemática del relevo intergeneracional que se plantea en torno a la empresa familiar. Desde esta perspectiva, la última reforma se remonta al año 2003 con la Ley 7/2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada¹.

La Ley 7/2003 se forjó en el seno de la “Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar”, constituida dentro de la Comisión de Hacienda del Senado y que concluyó con un Informe publicado en el Boletín Oficial de las Cortes

¹ Ley 7/2003 de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995 de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (BOE núm. 79, de 2 de abril de 2003).

Generales (en adelante BOCG) el 23 de noviembre de 2001². En este informe se realizaban una serie de recomendaciones sobre qué y cómo debería ser el futuro estatuto jurídico de la empresa familiar³.

Las empresas familiares se han convertido en el activo más importante del tejido empresarial, estimándose que constituyen 1,1 millones de empresas, esto es, el 89% sobre el total de las mismas⁴. Por sus especiales caracteres y valores de cultura empresarial orientados al largo plazo y mayor grado de unidad, compromiso y dedicación con el negocio, hacen de ellas la mayor fuente de empleo en España. Actualmente, crean el 67% del empleo privado, con un total de más de 6,58 millones de puestos de trabajo siendo responsables del 57,1 del PIB del sector privado⁵.

La sucesión en la empresa familiar pone de manifiesto problemas propios que pueden dificultar y, en los casos más extremos, pueden impedir su transmisión a las sucesivas generaciones de la familia del fundador. Este aspecto ha suscitado el interés de la doctrina, si bien, no ha sido percibido por el operador jurídico a la hora de emprender los necesarios cambios legislativos⁶.

Los activos de la empresa familiar se crean a partir de todo aquello que la familia ha ido construyendo y desarrollando a través de las generaciones. De este modo, en el patrimonio de la empresa familiar incluimos no sólo bienes sino también valores, tradiciones y conocimientos técnicos específicos desarrollados en su seno. Como hemos manifestado anteriormente, el principal objetivo de las empresas familiares es garantizar su supervivencia, para ello, el Derecho debe ocuparse de que las familias empresarias cuenten con todos los elementos necesarios para promover su subsistencia y continuidad más allá de la presencia del fundador.

Estas medidas deben dirigirse a dar soluciones que amortigüen la alta tasa de fracaso acaecido como consecuencia del relevo intergeneracional de estas empresas⁷. Se

²https://administracion.gob.es/pag_Home/espanaAdmon/boletinesYLegislacion/BO_Cortes.html.

Consultado el 04 de octubre de 2023.

³ Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG núm. 312, de 23 de noviembre de 2001, páginas 1 a 40).

⁴ <https://espaciopymes.com/noticias/la-empresa-familiar-definicion-caracteristicas-generales-y-constitucion/> Consultado el 04 de octubre de 2023.

⁵ <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/cifras/>. Consultado el 30 de septiembre de 2023.

⁶ “La empresa familiar en el Derecho español: necesidad de una regulación jurídica” en elnotario.es. <https://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/9281-la-empresa-familiar-en-el-derecho-espanol-necesidad-de-una-regulacion-juridica> Consultado el día 05 de octubre de 2023.

⁷ Se ha condicionado su alcance hasta el punto de entender que “la sucesión familiar se convierte en cuestión de interés público, de interés general”, GARRIDO DE PALMA, V. M., “La familia empresaria

estima que cada año unas 450.000 empresas afrontan este reto, de las cuales alrededor de 150.000 cierran cada año debido a una sucesión malograda, lo que supone una pérdida de 600.000 puestos de trabajo. Para poder superar este desafío de una manera eficaz, es prioritario elaborar un buen plan de sucesión pues, el objetivo de los propietarios es transmitir la empresa en la mejor situación a la generación siguiente⁸.

Desde esta perspectiva de estudio, es necesario, por tanto, examinar la cuestión de la planificación de las sucesiones y ofrecer soluciones que posibiliten el mejor relevo generacional, por ejemplo, en el contexto del Derecho sucesorio o mediante incentivos fiscales que apoyen estas transmisiones. El amplio abanico de enfoques aplicados en Europa a los derechos de sucesión y el impuesto sobre el patrimonio ilustra que hay mucho margen de mejora en la legislación en este ámbito.

2. LA PLANIFICACIÓN EN EL PROTOCOLO FAMILIAR DE LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA COMO MEDIDA NECESARIA Y GARANTÍA PARA LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y EMPRESARIAL

2.1. El Protocolo Familiar y el relevo generacional

La planificación del relevo generacional debe ser abordada primeramente por el Protocolo Familiar (en adelante PF) y, posteriormente por los estatutos desde dos vertientes, a saber, en primer lugar, la transmisión *inter vivos* y, en segundo lugar, la sucesión *mortis causa*.

1. La transmisión *inter vivos*. La normativa permite por medio de los estatutos sociales establecer para las participaciones sociales procedimientos para impedir la transmisibilidad voluntaria por actos *inter vivos* durante un período de tiempo⁹. La posibilidad de recoger estas cláusulas en el PF, que se van a incluir en los Estatutos Sociales, puede resultar especialmente útil para consolidar una

ante el Derecho”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch. Barcelona, 2005, p. 67.

⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo”. Boletín Oficial de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IE0722>

⁹ Art. 108.4 LSC establece la posibilidad de que los Estatutos Sociales, impidan la transmisión voluntaria de las participaciones por un período de tiempo.

composición del capital social que facilite la ordenada transición en la gestión de la EF a través de la consolidación de las mayorías establecidas en el capital social de ésta¹⁰.

2. Las transmisiones mortis causa se encuentran reguladas en los artículos 110 y 124 de la Ley de Sociedades de Capital. La normativa permite la posibilidad de restringir la transmisibilidad de las participaciones o de las acciones de una empresa familiar, si bien, deberá recogerse en los estatutos sociales.

La inclusión de estas cláusulas en los Estatutos Sociales no plantea dudas jurídicas en lo que respecta a su acceso en el Registro, como expresamente se dispone en el artículo 188.3 del Reglamento de Registro Mercantil¹¹.

2.2. Concepto Protocolo Familiar

Uno de los principales instrumentos utilizados por los empresarios familiares en la planificación de la sucesión de la empresa familiar es el indicado PF. Este instrumento es empleado con el fin de proporcionar la tan necesaria continuidad de la empresa, tanto en la esfera patrimonial como en su aspecto familiar. Este PF para ser efectivo debe estar dotado de fuerza vinculante pues de lo contrario no pasaría de ser una mera declaración de intenciones carente de cualquier trascendencia jurídica. Sería inútil para la finalidad para la que se han concebido sus cláusulas, la ordenación de la transmisión empresarial *inter vivos* o *mortis causa*.

Por ello y para garantizar la sucesión empresarial en condiciones óptimas el empresario necesita instrumentos jurídicos eficientes que le permitan planificar su sucesión y adaptarla a sus circunstancias particulares¹² para lo que debemos tener en

¹⁰ ÁLVAREZ DE LINERA GRANDA, P., *Protocolo Familiar, naturaleza jurídica y eficacia procesal*. Ediciones Akal 2020.

¹¹ Según lo dispuesto en el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren las circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los Estatutos.

¹² En palabras de Sánchez-Crespo “La falta de planificación convierte el proceso en suceso como resultado de un hecho imprevisto de tal manera que, puede ser al fallecimiento o accidente del fundador, obligando a improvisar y a tomar decisiones precipitadas que pueden suponer un peligro para la continuidad de la empresa”, en SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en *El cambio generacional en la empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 27 de octubre 2003, p. 100.

cuenta los tres principios esenciales en esta materia que son el principio de unidad, el principio de continuidad y el principio de conservación de empresa¹³.

2.3. Naturaleza jurídica del Protocolo Familiar

El PF es considerado un contrato¹⁴, dentro de la categoría contractual, la doctrina por unanimidad lo incardina como un acuerdo¹⁵, un compromiso formal lo que ha llevado a nuestro país la práctica bastante generalizada de elaborar un documento que facilite la planificación de la transmisión de la empresa, el desarrollo armónico de ambas esferas, familiar y empresarial, para asegurar la continuidad de esta. De este modo, es común opinión de la doctrina, la afirmación de que el PF es un documento de naturaleza jurídica compleja¹⁶, se afirma que el PF es un acuerdo marco o un acuerdo base entre los miembros de la familia empresaria¹⁷, que incluye múltiples pactos que, a su vez, han de instrumentarse en otros contratos y pactos que los desarrollen¹⁸.

En consonancia con lo dicho, se define el PF como “el documento básico de organización de la Sociedad Familiar, que planifica las relaciones entre el Grupo Familiar, la Propiedad Familiar y la Empresa o Sociedad Familiar fijando las reglas a

¹³ PALAZÓN GARRIDO, M.L., *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 99.

FUENTES MARTÍNEZ justifica que “por su propia razón de ser, la empresa tiene una sustantividad propia, bien diferenciada de cualquier otro elemento patrimonial que integre el caudal hereditario. Así, vistas las cosas, la empresa es una realidad eminentemente dinámica, bastante diferente de otros elementos patrimoniales susceptibles de integrar el caudal relicto, y que admiten una gestión más estática (básicamente patrimonios de disfrute, no productivos). Es más, cabe afirmar, sin dudas ni titubeos, que las normas sucesorias que aparecen plasmadas en la legislación civil, con mayor claridad, eso sí, en la legislación civil común que en las forales o especiales, proceden de épocas en las que la realidad empresarial era bien distinta a la actual, contemplan, en suma, patrimonios básicamente de disfrute o dedicados básicamente a la producción agraria o a una actividad empresarial escasamente implantada o desarrollada” en FUENTES MARTÍNEZ, J. J., “La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria ultra vires. Algunas propuestas de reforma”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 462.

¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp.61- 62.

¹⁵ FELIU REY, J.: *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 131.

¹⁶ Entre otros *Vid.*, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 19, 2022, pp. 89-113; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “*El protocolo familiar como instrumento...*”, *Op. Cit.*

¹⁷ Ministerio de Economía (Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa) (2003). Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía. http://www.laempresafamiliar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf.

¹⁸ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “*El protocolo familiar como instrumento...*”, *Op. Cit.*, pp. 106 y 114 y ss.

observar sobre gran diversidad de temas”¹⁹. En este sentido, Vicent Chuliá explica que “La organización de la empresa familiar, a partir del PF, aparece como un complejo de negocios jurídicos y contratos o, si se prefiere, como un negocio complejo, en el que el Protocolo Familiar, como negocio básico, integra negocios jurídicos típicos de diversa naturaleza y modifica el contenido de figuras típicas o «*legal tools*» que son construidas para utilizar el edificio general de la Sociedad Familiar”²⁰.

2.4. Contenido del Protocolo Familiar: pactos y reglas en la Empresa Familiar.

La familia empresaria decide qué pactos incorporar en el PF y, por tanto, qué efectos otorgar a los mismos, aunque su contenido deberá encuadrarse dentro de lo establecido por las disposiciones legales de carácter imperativo. La doctrina clasifica estas disposiciones en función de su fuerza vinculante²¹, de esta forma, encontramos tres clases de pactos que podrán contenerse en el PF.

a. Pactos con fuerza moral o no exigibles jurídicamente, también denominados “pactos entre caballeros”: Recogen normas de conducta o recopilan valores morales, no generan derechos y obligaciones, aunque la vulneración de dichos pactos lleve consigo la censura moral por parte de los miembros de la empresa familiar.

b. Los pactos con fuerza contractual simple o con efectos puramente obligacionales: Producen efectos sólo entre quienes son partes del mismo, por ello quienes son partes en ellos, pueden compelerse a su cumplimiento conforme lo

¹⁹ VICENT CHULIÁ sostiene que “El Protocolo Familiar viene a desempeñar en la organización jurídica de la Sociedad Familiar la misma función que el contrato base en la *joint venture*, tanto la contractual que se dota de una sociedad, órgano al servicio de la unión de empresas como la que adopta la forma de *joint venture* corporativa, mediante la constitución de una filial común, sometida al control conjunto de las diversas empresas (individuales o societarias) unidas en el contrato de base. Si en el caso de la *joint venture* se puede afirmar que la sociedad común es utilizada como forma de organización técnica de una alianza entre empresas, en el caso de la Sociedad Familiar la sociedad anónima o limitada familiar, o cabecera del grupo familiar es, también una técnica de organización de la «Empresa Familiar» y todas y cada una de sus normas legales y cláusulas estatutarias deben ser interpretadas en función de la convivencia armónica entre las exigencias y valores de la Familia y de la Empresas, y no sólo como una mera «técnica de organización de la empresa » que es como aparecen en la regulación positiva” en VICENT CHULIÁ, F. (2002). “Organización jurídica de la sociedad familiar”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V. Madrid, ed. McGraw Hill, pp. 4529-4570.

²⁰ *Ídem*. pp. 4557

²¹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “*El protocolo familiar como instrumento...*”, *Op. Cit.*, pp. 91 y ss.; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., “*Protocolo familiar: un instrumento para...*”, *Op. Cit.*, pp. 92 y 93.

establece el artículo 1124²² del Código Civil (en adelante CC), y en su caso resarcimiento de daños.

c. Los pactos que están dotados con fuerza frente a terceros: Son oponibles tanto frente a la sociedad como frente a cualquier tercero. Para que estos pactos puedan ser eficaces erga omnes deben desarrollarse a través de otros documentos siendo eficaces cuando se les proporciona la necesaria publicidad registral.

El origen contractual del PF hace necesario el estudio de su eficacia como instrumento utilizado para la organización y planificación de la EF.

2.5. Eficacia del Protocolo

La mayor parte de las cláusulas recogidas en el PF están orientadas a establecer mecanismos para abordar las diferentes situaciones que pueden producirse en el futuro. Esta previsión se ve amparada por lo dispuesto en el CC, concretamente en su artículo 1.271 que establece que pueden ser objeto de contrato aquellas cosas que, si bien, no tienen una existencia en el momento de celebración del contrato pueden existir en un futuro.

Su naturaleza contractual, permite encontrar la libertad de decisión y de elaboración como reflejo de la autonomía de la voluntad, principio básico del derecho de obligaciones. Dicho instrumento ha sido elaborado voluntariamente por los miembros de la empresa familiar, quienes han acordado de forma libre y voluntaria la redacción de las cláusulas recogidas en su contenido y su sometimiento a las mismas. Resultado de la naturaleza contractual del PF, las cláusulas que lo integran comprendan obligaciones que conforme a lo dispuesto en el art. 1088 CC. consisten en un “dar, hacer o no hacer alguna cosa”, lo que implica que tienen fuerza de ley entre las partes, cuyo efecto es la vinculación absoluta como dispone el artículo 1.091 del mismo texto legal.

²² Artículo 1124: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

En esta misma línea se ha pronunciado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) que, al abordar el tema de la interpretación de los PF, nos remite a la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los contratos que opta por la intención de los contratantes *ex art. 1281 CC*²³.

Por su parte, el RD 171/2007, de 9 de febrero²⁴, significó un gran impulso a las EF, y como hemos manifestado anteriormente, fue la primera vez que el legislador recogía de forma expresa un documento orientado a la conservación de este tipo de entidades. Si bien, para que el PF surta plenos efectos, serán necesarios otros instrumentos jurídicos, entre ellos, los Estatutos sociales.

Ambos documentos -PF y Estatutos sociales- a pesar de tener finalidades distintas -mientras que los Estatutos Sociales están orientados a la organización empresarial, el PF está incardinado a la regulación de la relación entre la familia y la empresa, deben coordinarse para poder ser plenamente eficaces. Para conseguir esta garantía del PF, la redacción del mismo como “documento marco” que organiza las relaciones entre la familia propietaria y la empresa, debe ser anterior a la redacción de los Estatutos Sociales, estableciendo de esta forma, una concordancia con lo establecido por el PF. La finalidad perseguida con esta prelación se explica porque, a diferencia de lo que ocurre con el PF que es potestativo, toda sociedad debe tener unos Estatutos Sociales obligatoriamente. El contenido mínimo de los Estatutos Sociales se recoge en la Ley de Sociedades de Capital²⁵(en adelante LSC) y en el Reglamento del Registro Mercantil²⁶ (en adelante RRM).

En este sentido, en las EF como en cualquier sociedad, los Estatutos Sociales son instrumentos vinculantes para todos los integrantes de la sociedad. De esta forma, no son sólo un documento obligatorio para todas las sociedades, sino que además es preceptiva, la inscripción de los mismos en el Registro Mercantil por lo que su contenido se presume válido y exacto, así como eficaz no sólo entre los socios sino *erga omnes*²⁷. Así es manifestado en el art. 7 del RD 171/2007 al disponer que “cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar

²³ *Vid.* SSTs de 25 de febrero de 2013 y de 8 de marzo de 2013.

²⁴ Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares

²⁵ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE, N° 161, de 3 de julio de 2010.

²⁶ Real Decreto 1784 /1996 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE n°. 184, de 31 de julio de 1996.

²⁷ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio. Gaceta de Madrid núm. 289 de 16 de octubre de 1885.

publicado, en la inscripción se debe mencionar esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador y así lo hará constar son en la inscripción de la escritura pública”²⁸.

Por ello, se hace imprescindible la coordinación entre las estipulaciones y cláusulas establecidas en el PF con los Estatutos Sociales, pues sólo así podrán acceder al Registro Mercantil, naciendo de este modo, la oponibilidad y eficacia frente a la propia sociedad y a cualquier tercero. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en consonancia con lo expuesto en su Resolución de 4 de mayo de 2005²⁹ declara inscribible en el Registro Mercantil la cláusula contenida en los Estatutos Sociales que imponga como principio rector en la interpretación y aplicación de éstos “la finalidad de conservación de la empresa y del patrimonio familiar”.

2.6. El Protocolo Familiar como código de buen gobierno corporativo

Es importante, como destaca Olcese Santonja³⁰, instituir en las EF algunas pautas en forma de Código de buenas prácticas corporativas por los fundadores para facilitar el tránsito intergeneracional. De esta forma, los individuos de las generaciones futuras asimilarán estas orientaciones de buen gobierno cuando dirijan la empresa familiar, por ello, es aconsejable incluir cláusulas que regulen la introducción de prestaciones accesorias en los estatutos sociales conforme lo dispuesto por los arts. 86 a 89 de la LSC.

Resulta de especial utilidad para conseguir un ordenado y eficaz tránsito intergeneracional, la incorporación al PF de estas buenas prácticas corporativas que se incluirán en los Estatutos Sociales a través de la necesaria modificación estatutaria como prestaciones accesorias. La utilización de este instrumento jurídico con su incorporación a los Estatutos posibilita la regulación estatutaria de las condiciones personales de los socios como miembros de la familia empresaria³¹.

²⁸ Art. 7 RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares. BOE núm. 65, de 16 de marzo.

²⁹ Resolución de 4 de mayo de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado BOE (núm. de 6 de julio).

³⁰ OLCESE SANTONJA A., “Buen gobierno y transparencia en la empresa familiar” en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona, 2005

³¹ ALVAREZ DE LINERA GRANDA, P. *Protocolo familiar; naturaleza jurídica y eficacia procesal*, Editorial Akal, 2020.

Desde esta perspectiva, es necesario que la Junta General de la EF apruebe la modificación de los Estatutos Sociales para incorporar las prestaciones accesorias que supondrán el establecimiento de derechos y obligaciones para aquellos miembros de la familia empresaria que, a la vez, sean socios de la empresa familiar.

La Jurisprudencia se ha pronunciado acerca de estas prestaciones accesorias y de su eficacia, la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Madrid de 4 de noviembre de 2016 indica que dichas prestaciones son obligaciones a cargo de todos o de alguno de los socios que han de estar previstas en los Estatutos Sociales y que pueden tener un carácter personalísimo.

La doctrina³² por su parte, ha destacado que las principales características de las prestaciones accesorias son las siguientes:

a) Son accesorias a la condición de socio en el sentido de que no puede estar obligado a realizar prestaciones accesorias alguien que no es socio.

b) Son obligaciones específicas y, por tanto, con causa diferente al deber de lealtad del socio.

c) A las prestaciones accesorias no se les aplican los límites a las aportaciones sociales ni, en general, las normas sobre el capital social.

d) Han de figurar en los estatutos sociales y descritas de modo suficiente para poder considerarlas determinadas o determinables.

La exigencia de la inclusión de las prestaciones accesorias en los Estatutos pone de manifiesto que son el resultado de un “contrato” entre el socio y la sociedad, es decir, con el resto de los socios. Dentro de los límites legales, los estatutos sociales pueden regularlas como deseen, producto del acuerdo sinalagmático entre la sociedad y el socio, por lo que será necesario el consentimiento del socio afectado por su creación, modificación o extinción.

El artículo 86 de la LSC³³, reconoce el carácter estatutario de las prestaciones accesorias debiendo quedar recogidas en los estatutos sociales.

³² ALFARO AGUILA-REAL J., “Prestaciones accesorias”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo II. AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M.) Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp.433-480

³³ Regula el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital la condición de estatutarias de las prestaciones accesorias: 1. En los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anterior Dirección General de los Registros y del Notariado) mantiene este criterio de exigencia de constancia estatutaria y así en Resoluciones como la de 7 de marzo de 2000³⁴ y 18 de junio de 2012³⁵ señalan que se configuran las prestaciones accesorias como obligaciones de naturaleza societaria y de carácter estatutario, cuyos rasgos básicos han de constar en los estatutos. Por tanto, podemos entender que no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, pero será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de tal forma que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados.

Considerando el PF como un contrato marco, el cumplimiento de lo contenido en el mismo debe ser considerado como prestación accesorio, así en aquellos supuestos en los que los estatutos sociales de la empresa familiar establezcan la obligación de suscribir y respetar el PF de la familia empresaria, estaríamos ante derechos y obligaciones unidos a las acciones o participaciones de la empresa familiar.

El medio más eficaz de conseguir la adhesión voluntaria de los miembros de la empresa familiar al PF es configurar la adhesión al mismo como prestación accesorio como condición para la adquisición de acciones o participaciones. Con la inclusión del PF en los estatutos sociales se puede plantear la exclusión de la sociedad del socio incumplidor de lo dispuesto en el PF³⁶.

La inclusión de estas prestaciones accesorias al PF permite trasladar al ámbito societario los efectos de los posibles incumplimientos de lo dispuesto en este PF lo que supone asumir las posibles consecuencias que, en el ámbito societario puedan derivarse.

gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento. 2. En ningún caso las prestaciones accesorias podrán integrar el capital social. 3. Los estatutos podrán establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas”.

³⁴ Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de marzo de 2000. BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2000, páginas 13610 a 13612

³⁵ Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2012. BOE núm. 178, de 26 de julio de 2012, páginas 53693 a 53700

³⁶ PAZ ARES, C., “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *Actualidad jurídica* *Uría&Menéndez*, N.º. Extra 1, 2011. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf> (Consultado el 29 de octubre de 2023)

El RD 171/2007 modificó el artículo 187.1 del Reglamento del Registro Mercantil³⁷, permitiendo que se establezcan garantías en caso de incumplimiento de las prestaciones accesorias en forma de cláusulas penales que pueden tener diverso contenido, Díez Soto se refiere a la suspensión de la posibilidad de suscripción de acciones e incluso a la exclusión social³⁸.

3. MEDIDAS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Resulta ciertamente interesante tratar de avanzar en la regulación acometida en Derecho comparado, pues de esta podremos extraer indicios para una posible y necesaria reforma legislativa interna.

En virtud de lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁹ (en adelante TFUE), esta “dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6. 2”, de este modo, encontramos la justicia dentro de las competencias compartidas entre los Estados Miembros y la Unión Europea. En este sentido, destacamos la labor de la Comisión Europea orientada a unificar la normativa de sus Estados Miembros para dotar a los mismos de normas jurídicas comunes que ofrezcan un marco jurídico uniforme en toda la Unión.

En la materia que nos compete, el 17 de agosto de 2015 entró en vigor el Reglamento (UE) nº650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y ejecución de los documentos públicos en materia *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁴⁰. El art. 1.1 h) recoge dentro de su ámbito de aplicación “las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas,

³⁷ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se publica el Reglamento del Registro Mercantil. BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996.

³⁸ DÍEZ SOTO, C.M., “El protocolo familiar: Naturaleza y eficacia jurídica”, en *Régimen jurídico de la empresa familiar*, (coord.) por Mercedes Sánchez Ruiz; Carlos Manuel Díez Soto (aut.), Juana María del Vas González (aut.), 2010, pp. 167-202

³⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf](https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf)

⁴⁰ Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 201, de 27 de julio de 2012. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-81342>

que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros”. En este sentido, define también qué es el denominado “pacto sucesorio” 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” (art.3.1.b). Todo ello, nos acompaña a la hora de buscar una legislación interna más importante en la materia.

Desde esta perspectiva y en lo referente a legislaciones internas de los Estados Miembros, en el área de las transmisiones de empresas cabe mencionar a los Países Bajos, donde el Ministerio de Economía ha introducido un «paquete de sucesión» (*Overdrachtspakket*). Los empresarios que alcanzan los 55 años reciben un paquete de sucesión que les recuerda la importancia de planificar la transmisión de su empresa y les ofrece una serie de herramientas para ayudarles en este proceso. El Instituto belga de la Empresa Familiar (*Instituut voor het Familiebedrijf*) ha elaborado un documento sobre las sucesiones en tres idiomas: neerlandés (*Scorecard Opvolging*), francés (*Scorecard Transmission*) e inglés (*Succession Scorecard*).

Otros ejemplos los ofrecen Eslovenia, cuya Cámara de Artesanos y Pequeñas Empresas (*Obrtno podjetniška zbornica Slovenije*) organiza seminarios y formaciones que cubren todas las cuestiones relacionadas con la sucesión, y Finlandia, que cuenta con un programa sobre sucesiones (*ViestinVaihto-ohjelma*). En Austria hay una ley sobre la continuación de las actividades empresariales por parte de un miembro de la familia en caso de fallecimiento del gestor de la empresa (*Gesamte Rechtsvorschrift für Gewerbeordnung*, 1994). Existen disposiciones similares en Francia (*des successions et des libéralités*) y Luxemburgo. La Agencia polaca de Desarrollo Empresarial, en cooperación con el Instituto de la Empresa Familiar, ha preparado un paquete de sucesión para las empresas familiares. Con este paquete las empresas reciben una guía sobre la sucesión, y pueden utilizar herramientas gratuitas para ayudarles en este proceso y participar en actividades de formación de tipo práctico⁴¹.

⁴¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo”. Boletín Oficial de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IE0722>

CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto a lo largo de este estudio, nos encontramos con el PF como acuerdo base de la familia empresaria que, con instrumentos jurídicos eficaces, debe organizar la actuación ante los momentos más críticos de toda empresa familiar. Desde esta perspectiva, destacamos a modo de conclusión:

1. La importancia de las empresas familiares en el tráfico mercantil como motor de la economía y generador de empleo las hace merecedoras no solo de una definición jurídica que engendre su ámbito de protección dentro de nuestro Ordenamiento jurídico. De este modo, podrán quedar reseñados los distintos extremos de actuación en el momento en el que se enfrenten a la sucesión generacional. La transmisión de los valores y cultura familiar en la que se desarrolla el entorno laboral, la cercanía y trato con el cliente, la flexibilidad y capacidad en la planificación del margen de actuación a largo plazo, son elementos todos ellos que permiten entender un proyecto de vida de varias generaciones.
2. Destacamos el PF como el instrumento jurídico idóneo para el desarrollo de la vida de la EF que, tendrá su importancia tanto en el devenir de aquella como en el momento determinante de la sucesión generacional. En este sentido, resultaría exigible una efectiva y específica regulación legal del mismo, para poder dotarle en primer lugar, de una definición expresa y en segundo lugar, de una plena eficacia vinculante en orden a permitir su eficacia *erga omnes* mediante medidas de publicidad registral e inscripción directa en el Registro Mercantil sin tener que incluir el PF como una prestación accesoria en los Estatutos de la Empresa Familiar para poder beneficiarse de los efectos que otorga la inscripción en el Registro.
3. Si bien y como hemos manifestado, en el Ordenamiento jurídico español carecemos de una uniformidad legal en torno a la EF y al PF. Pese a estar ante una materia legislativamente efímera, en el seno de la UE comienzan a verse aspectos determinantes a la hora de plasmar los “pactos sucesorios” para la protección de la EF.

Por todo ello, concluimos la necesaria intervención del legislador para tratar de fomentar la adecuación jurídica del PF en la resolución de los conflictos no solo sucesorios en el seno de las EM.