

JOSÉ MANUEL SERRANO CAÑAS

EL CAMBIO GENERACIONAL EN EMPRESAS FAMILIARES

Prólogo de
Valerio Pérez de Madrid Carreras

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

Índice

	Pág.
PRÓLOGO	13
NOTA DEL AUTOR	15
CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES GENERALES: EL CAMBIO GENERACIONAL DE LA EMPRESA FAMILIAR COMO PROBLEMA JURÍDICO	17
I. EL CAMBIO GENERACIONAL COMO PROBLEMA DE ÍNDOLE EMPRESARIAL.....	24
II. EL CAMBIO GENERACIONAL COMO PROBLEMA DE ÍNDOLE JURÍDICA	27
CAPÍTULO II. LOS PROTOCOLOS FAMILIARES	37
I. CONCEPTO.....	41
1. El protocolo familiar como «negocio marco» o «suprasocietario».....	41
2. Noción de protocolo familiar acogida por el Real Decreto 171/2007.....	46
3. El protocolo familiar como contrato postmoderno.....	47
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROTOCOLO FAMILIAR.....	49
1. El protocolo familiar como negocio societario de carácter interno.....	49
2. Naturaleza obligatoria del protocolo familiar.....	51
III. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO «PROTOCOLO FAMILIAR»	55
IV. FORMA Y DURACIÓN DEL PROTOCOLO FAMILIAR	55
V. CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL PROTOCOLO FAMILIAR	57
VI. EJECUCIÓN SOCIETARIA DEL PROTOCOLO FAMILIAR.....	59

	Pág.
1. Órganos familiares (junta de familia y consejo de familia). Interrelaciones con los órganos societarios	60
2. La estructuración «familiar» de los órganos societarios	61
VII. LA PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES	63
1. Publicidad registral de las cláusulas estatutarias recogidas en el protocolo familiar	65
2. Publicidad-noticia de los pactos (extraestatutarios) del protocolo familiar	66
3. Publicidad privada del protocolo familiar: la publicidad telemática	69
VIII. LOS MECANISMOS DE <i>ENFORCEMENT</i> ESTATUTARIO DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES.....	70
1. Cláusulas estatutarias penales.....	71
2. Pactos de fijación de los criterios de reembolso de la cuota de liquidación.....	72
3. Pactos de sometimiento a arbitraje societario	73
4. Pactos de venta forzosa y conjunta por los socios de la participación en sociedades del grupo.....	74
5. Pactos de creación de «comités consultivos» y cargos honoríficos	75
6. Pacto estatutario de irrevocabilidad del poder de representación en caso de sindicación de voto.....	76
7. Prestaciones accesorias de cumplimiento del protocolo familiar.....	79
CAPÍTULO III. LAS POSIBILIDADES DE TRANSMISIÓN <i>MORTIS CAUSA DE LA EMPRESA FAMILIAR EN NUESTRO DERECHO CIVIL COMÚN</i>.....	83
I. LA MEJORA EN COSA DETERMINADA.....	84
II. EL LEGADO DE COSA ESPECÍFICA Y DETERMINADA.....	88
III. LA PARTICIÓN DEL TESTADOR Y, ESPECIALMENTE, LA FACULTAD CONSAGRADA EN EL ART. 1.056.2 CC.....	91
1. Sujetos de la partición.....	93
2. La nueva <i>ratio legis</i> del precepto: la conservación de la empresa o el interés de la familia	95
3. Elementos reales: el objeto de la transmisión.....	95
4. El pago en metálico de su legítima a los demás interesados	97
IV. EL PROTOCOLO FAMILIAR COMO ACTO PARTICIONAL <i>INTER VIVOS</i>	99
V. EL PROTOCOLO FAMILIAR SUCESORIO Y DERECHOS FORALES ...	101
1. Protocolos familiares sucesorios y Derechos forales de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava	105
2. Protocolos familiares sucesorios y Derechos forales de las Islas Baleares.....	106

	Pág.
3. Protocolos familiares sucesorios y Derecho foral aragonés.....	107
4. Protocolos familiares sucesorios y Derecho foral navarro.....	111
5. Protocolos familiares sucesorios y Derecho foral gallego.....	113
6. Protocolos familiares sucesorios y Derecho foral catalán	114
CAPÍTULO IV. LA DISCIPLINA ITALIANA DE TRANSMISIÓN MOR- TIS CAUSA DE EMPRESAS FAMILIARES: EL «PATTO DI FAMI- GLIA»	117
I. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PDF	119
II. EL PROBLEMA DE LA CAUSA DEL PDF	122
III. LA INCIDENCIA DE LA NUEVA DISCIPLINA DEL PDF SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS (ART. 458 CC).....	124
1. Pactos sucesorios institucionales, dispositivos y renunciativos.	125
2. Pdf y pactos sucesorios.....	126
IV. LAS PARTES DEL CONTRATO.....	128
V. EL OBJETO DEL CONTRATO	130
1. La transmisión de la empresa	134
2. La transmisión de las cuotas sociales.....	135
3. Los derechos transmitidos al asignatario y los pactos acceso- rios	139
4. La compatibilidad del Pdf con la regulación de la empresa fa- miliar ex art. 230- <i>bis</i> CC.....	141
5. La compatibilidad entre Pdf con las diferentes tipologías so- cietarias	142
VI. LOS EFECTOS DEL PDF SOBRE LOS DERECHOS DE LOS LE- GITIMARIOS	146
VII. LA LIQUIDACIÓN DE LOS LEGITIMARIOS NO ASIGNATARIOS.	148
VIII. OTRAS ASIGNACIONES CONTENIDAS EN EL PDF	150
IX. LA EXENCIÓN DE REDUCCIÓN Y COLACIÓN	152
X. EFECTOS DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO (ART. 768 <i>QUINQUIES</i> CC)	153
XI. RELACIONES CON TERCEROS (ART. 768 <i>SEXIES</i> CC)	155
XII. DISOLUCIÓN DEL PDF (ART. 768 <i>SEPTIES</i> CC).....	158
XIII. RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS (ART. 768 <i>OCTIES</i> CC): LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL.....	160
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES	163
BIBLIOGRAFÍA	167

Prólogo

El cambio generacional en la empresa familiar es un reto para el jurista, uno de esos temas de Derecho vivo que obliga a reflexionar sobre el fundamento y los principios del Derecho societario y sucesorio. Ese cambio exige un complejo proceso de planificación en el que el empresario tiene que conciliar el corazón (la familia) y la razón (su empresa). Y el autor estudia determinados instrumentos que pueden ayudar a conseguir ese objetivo: los protocolos familiares, las modificaciones del Derecho sucesorio tradicional y el ejemplo del Derecho comparado con el análisis del llamado pacto de familia. Pero se trata sólo de eso, de herramientas, de instrumentos, de una especie de «terapia» familiar y empresarial que acompaña al empresario en su toma de decisiones.

En este sentido, el protocolo familiar, regulado por el RD 171/2007, es estudiado con precisión: su finalidad suprajurídica, como «documento educativo» que persigue introducir en la familia una determinada cultura empresarial; su carácter atípico y complejo, formado por un conjunto de pactos de distinta condición; su difícil relación sentimental con los estatutos sociales, indagando qué mecanismos e instrumentos ofrece el Derecho de sociedades, aquí y ahora, para conciliar empresa y familia (pactos parasociales, publicidad de los protocolos, modificación de estatutos sociales, etc.); o su diversa eficacia (desde pactos entre caballeros hasta verdaderos pactos institucionales de la sociedad familiar). Se comprende así algo difícil de concebir para la mentalidad de un jurista clásico: que bajo un documento dotado de un nombre atractivo se engloba una distinta y variada tipología de acuerdos, de distinta eficacia, al servicio de un proceso suprajurídico, en definitiva, un verdadero instrumento de planificación del cambio generacional en la empresa familiar.

Otra parte fundamental del libro es la crítica al Derecho sucesorio tradicional, a la falta de libertad total del testador para organizar su sucesión y asegurar así la correcta transmisión de la empresa familiar, con especial énfasis en la prohibición del pacto sucesorio en el Derecho civil común. Se pone de manifiesto la timidez de las reformas de 2003, que sólo han permitido una cierta flexibilización de la legítima tradicional y se propo-

ne la derogación de la prohibición de los pactos sucesorios, ampliamente conocidos en Derecho foral, para alcanzar tal finalidad. Y para reforzar su argumentación, el autor muestra el ejemplo del Derecho italiano, que ha decidido afrontar el problema de fondo mediante el llamado pacto de familia, una institución que podría encajar sin violencia en los pactos sucesorios tradicionales, pues no es más que un contrato mediante el cual el empresario asigna la empresa familiar al sucesor, con plena eficacia frente al resto de interesados en la sucesión.

En definitiva, el análisis del autor es correcto: si queremos asegurar jurídicamente el cambio generacional en la empresa familiar el Derecho tiene que ofrecer al empresario los mecanismos técnicos adecuados y eso exige más libertad y menos legítimas. Esto será la condición necesaria, pero no suficiente, para asegurar el éxito de ese camino, porque al final el empresario obedece a algo (la familia, el corazón) que escapa a la razón.

Sólo me queda, para terminar, felicitar al autor por el trabajo realizado, por la valentía de sumergirse en el Derecho sucesorio y por atreverse con algo tan complejo como el maravilloso mundo de los protocolos familiares. Pero debo confesar que no esperaba menos de uno de los productos del «taller de orfebrería» con el que se conoce al área de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba.

Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS
Notario

Nota del autor

Esta obra constituye una nuclear de mi segunda tesis doctoral dirigida esta vez por el Prof. Dr. Renzo COSTI, elaborada (y en un futuro muy cercano defendida) dentro de los muros de una de las instituciones de mayor raigambre universitario que España ha conocido: el Real Colegio de España en Bolonia. Como toda labor de investigación, en ella se reconocen la profunda huella, la labor, los consejos y los desvelos de todo un gran grupo humano que han hecho posible el alumbramiento de este trabajo. De entre ellas, debo destacar y honrar en primer lugar a mi director de tesis (o *relatore* como se dice por estos lares), el Prof. Renzo COSTI, cuya sabia labor de dirección y profundo magisterio han logrado extraer de mí las cualidades necesarias para elaborar un trabajo de este calado. Pero su labor se ve enriquecida por el equipo de juristas mercantilistas de primer nivel que dirige en mi universidad natal cordobesa el Prof. Dr. Juan Ignacio FONT GALÁN. A él y a su taller mercatorio compuesto por profesores de la talla de Luis M.^a MIRANDA SERRANO, Javier PAGADOR LÓPEZ, Manuel PINO ABAD y Manuel PANIAGUA ZURERA, gracias por la labor de acompañamiento, por su constante apoyo y por su magisterio.

Pero, sin duda, esta obra ha sido concebida, pensada, desvelada, organizada y escrita merced a la beca concedida por la Junta de Patronato del Real Colegio de España en Bolonia. Quedo así enormemente agradecido a los tan ilustres miembros que conforman dicho Patronato y, sobre todo, al rector del Real Colegio Bononiense (D. José Guillermo García Valdecasas) por abrirme las puertas de tan privilegiada institución y brindarme la posibilidad de encontrar el lugar más idóneo para reordenar y reescribir mi investigación. A ellos y a los jóvenes y prometedores juristas (y mejores personas) que en ellos encontré (como Jaume Tarabal, Alberto Gil, Fernando Pérez, David Ramos, Álvaro Pascual, Enrique Vercher, Miguel Herrero, Francisco Bombillar, Ángel Velerdas, Carlos del Castillo, Carlos Nieto y demás colegiales), muchas gracias.

Por último, deseo expresar en estas líneas mi más profundo agradecimiento a mi familia: a mis padres, y sobre todo a mi mujer, Pilar, y mis

NOTA DEL AUTOR

hijos José Manuel, Javier, Pilar, Juan Bosco, Rafael y Ana del Rosario, por su entereza, ánimo, comprensión y apoyo durante las horas amargas de la soledad italiana.

A todos, gracias.

Capítulo I. Consideraciones generales: *el cambio generacional de la empresa familiar como problema jurídico*

SUMARIO: I. EL CAMBIO GENERACIONAL COMO PROBLEMA DE ÍNDOLE EMPRESARIAL.—II. EL CAMBIO GENERACIONAL COMO PROBLEMA DE ÍNDOLE JURÍDICA.

Entre los incesantes *hechos de cambio* de la realidad económica patrimonial y empresarial que caracterizan al Derecho mercantil como ordenamiento de lo nuevo, en permanente evolución —*perpetuum mobile*—, cobra singular relevancia en el más amplio ámbito del Derecho patrimonial el fenómeno de la *empresa familiar*¹. De forma paulatina, el inminente y alarmado pensamiento relativo a la *buena administración* de las grandes corporaciones cotizadas, cuyas disfunciones de gobernanza han dado tanto que hablar en décadas anteriores merced al movimiento de la *corporate governance*, se ha extendido al campo de las pequeñas y medianas empresas (pymes) y, dentro de ellas, muy

¹ A decir verdad, no puede afirmarse con total rotundidad que las empresas configuradas y cualificadas por el carácter familiar de sus componentes (y por la preeminencia de la defensa de unos intereses distintos cuando no, acaso, contrapuestos a los meramente empresariales) supongan una invención propia de este momento histórico. Nuestro sistema económico actual, en efecto, hunde sus raíces en la aparición y consolidación de toda una inmensa red de empresas de carácter familiar. Se puede citar, por ejemplo, el caso de los Függer, banqueros de Carlos V y Felipe II en el siglo xvi. En Inglaterra, en la segunda mitad del siglo xvii y en la primera mitad del xviii, la familia Lloyd comenzó su actividad como aseguradores de barcos, sociedad que aún existe en la actualidad. Los nombres de Wilkinson, Siemens, Bosch, Krupp, Rockefeller, Rotschild, Ford están unidos en su origen a la creación de grandes compañías controladas por grupos familiares. Es más, en el seno de numerosas empresas multinacionales coexisten aún grupos familiares, descendientes de los fundadores, los cuales ejercen un control muy importante sobre su gestión (como los Agnelli en Fiat, Thyssen, B. Gates en Microsoft, etc.). E. DE AGUIAR, *Beneficios fiscales en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones*, La Caixa, Colección estudios e informes, núm. 13, 1998, p. 21.

destacadamente, a las de composición y estructura esencialmente familiar².

Esta creciente y pertinente irrupción de la actividad empresarial de carácter familiar trae, como primera consecuencia, una profunda repercusión en el mundo económico-empresarial. Como resultado de los cambios económicos europeos e internacionales, se habla ahora del emerger de una *Nueva Economía* o *Economía Empresarial* caracterizada por el papel central que deberían desarrollar las pequeñas y medianas empresas —como agentes de innovación y como creadores de valor y ocupación— y, dentro de ellas, las empresas familiares³.

Las empresas familiares configuran un concreto y específico modelo empresarial⁴ además de una realidad de extraordinario peso económico

² En este punto, es necesario advertir la imprecisión doctrinal en que se incurre cada vez que se hace una identificación automática entre empresa familiar y pequeña y mediana empresa (pyme). Cierto es que la mayor parte de las empresas familiares son de pequeña y mediana dimensión si se atiende a la cifra de negocios, de facturación o al número de empleados. Sin embargo, no es correcto asimilar las empresas familiares con las pymes. La asociación de ideas tiene su razón de ser en que normalmente las empresas familiares nacen como pyme y en que la mayor parte de ellas se mantienen a lo largo de su vida dentro de tales pequeñas o medianas dimensiones. Sin embargo, nada impide que, con el tiempo, puedan adquirir un enorme volumen de negocio. Los datos reales indican que existen empresas familiares que están desempeñando actualmente un papel muy significativo entre las más importantes y grandes compañías de los países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, Gran Bretaña o Alemania se considera que entre el 50 por 100 y el 60 por 100 de las 1.000 principales compañías son familiares (pudiendo citar, en EEUU, a Bechtel, Levi Strauss, Marriott, New York Times, Washington Post; o, en Europa, por ejemplo, a Hennes and Mauritz, Fita, Hermès, Peugeot, BMW, Heineken, Ermenegildo Zegna, Salvador Ferragano, Ferrovial, Plantea, Nutrexpa, Cortefiel, Zara, Mango). F. CERDÁ ALBERO, «La empresa familiar: una cuestión relativa», en AAVV, VICENT CHULIÁ y otros (coords.), *El buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 97; F. J. ALONSO ESPINOSA, «La empresa familiar como problema», *RDM*, núm. 283, 2012, en documento Westlaw, BIB 2012/749, p. 5.

³ Se entiende así el significativo esfuerzo que viene desarrollándose en Europa para atribuir la máxima prioridad a la satisfacción de los intereses y necesidades de las pequeñas y medianas empresas. Sirva como botón de muestra la celebración del Consejo Europeo de Santa María da Feira (19 a 20 de junio de 2000), en el que se elabora la denominada Carta Europea para la pequeña empresa, en la que, además de ofrecer una invitación a los distintos países miembros para que presenten una relación anual de actuaciones encaminadas a mejorar la gestión de las pequeñas y medianas empresas, se llama expresamente la atención acerca de la importancia tan radical de tales empresas en la economía europea, y son enjuiciadas por el Consejo como «la espina dorsal de la economía europea (...) una fuente primaria de creación de puestos de trabajo, así como un sector en el que fluyen las ideas empresariales».

⁴ En este sentido, no se puede manifestar de forma gratuita que las empresas familiares hayan estado históricamente carentes de tratamiento jurídico propio y diferenciado. Se pueden traer a colación instituciones jurídico-mercantiles muy arraigadas históricamente en nuestro ordenamiento jurídico surgidas para dar respuesta histórica a realidades empresariales de índole familiar, como es el caso de la sociedad (general) colectiva. Este tipo societario, como es bien sabido, hunde sus raíces en la «comunidad familiar» medieval y en la continuación por los hijos de los negocios del padre fallecido (J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, pp. 373 y ss.). La continuación de la explotación del ne-

a nivel nacional, comunitario e, incluso, extracomunitario⁵. Para su continuidad y buen gobierno se requiere, cuando la empresa se consolide y alcance cierto tamaño, contar con una estructura jurídico-societaria flexible, de carácter personalista, que satisfaga y compatibilice las necesidades e intereses familiares con las exigencias empresariales.

Su realidad tipológica natural se incardinaría, por tanto, en el seno de las sociedades personalistas (fundamentalmente, la sociedad colectiva). Sin embargo, el régimen de responsabilidad ilimitada, personal, subsidiaria y solidaria de los socios colectivos respecto de las deudas so-

gocio mercantil del padre difunto por parte de sus descendientes da lugar al nacimiento de una especie de comunidad familiar (*societas duorum fratrum*) que más tarde se transforma en una verdadera comunidad de trabajo que, si bien ya no necesariamente ha de conformarse entre personas ligadas por lazos sanguíneos, subsiste empero un fortísimo elemento personalista, de confianza mutua, de compañerismo (*ad unum panem et vinum*). J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I., Madrid, 1976, p. 352.

Asimismo, tampoco puede afirmarse que la constitución de una empresa familiar se haga de forma consciente. Nadie funda *per se* una empresa familiar, sino que ésta aparece por regla general como algo *connatural o propio de la antropología social-familiar de nuestra cultura* (en expresión de F. J. ALONSO ESPINOSA, *op. ult. cit.*, p. 3). Las empresas familiares suelen comenzar su actividad en el mercado sin tener consciencia de su tipología familiar. El carácter familiar es una cualidad que se va adquiriendo por el acaecer en la persona del fundador de una vicisitud personal, ajena a la actividad empresarial: su vinculación con otras personas mediante el establecimiento de relaciones de parentesco. De tal suerte que en caso de que la empresa prospere, puede aparecer en el fundador y en sus descendientes el deseo de transmitir y continuar en y con la gestión de la empresa y hacer de ella la fuente primordial de la riqueza patrimonial familiar. Se trata, pues, de un fenómeno natural y corriente, propio de cualquier economía de mercado y de cualquier tiempo histórico.

⁵ El examen atento a esta tipología empresarial pone de manifiesto que la empresa familiar constituye, sin duda alguna, el motor económico más relevante en la mayoría de los países de economía de mercado, conforma el principal actor del tejido productivo empresarial y el principal creador de riqueza. En los Estados Unidos, entre el 80 por 100 y el 90 por 100 de las empresas presentan carácter familiar; lo que representa aproximadamente el 50 por 100 de su PIB, genera el 60 por 100 de los puestos de trabajo. En la Unión Europea, existen aproximadamente 17 millones de empresas familiares, que dan trabajo a casi 100 millones de personas (esto significa que más del 60 por 100 de todas las empresas de la Unión Europea son familiares, incluyendo el 25 por 100 de las 100 empresas europeas de mayor dimensión económica). En España, las empresas familiares representan el 85 por 100 sobre el total de las empresas españolas, con 2,9 millones de establecimientos (constituyen el 26 por 100 de las 1000 empresas más importantes del país); cuentan con más de 13,9 millones de trabajadores (el 70 por 100 del mercado de trabajo); generan el 70 por 100 del PIB español, al tiempo que realizan el 60 por 100 de las exportaciones españolas. En Italia hay más de tres millones de pequeñas empresas cuyos propietarios o accionistas pertenecen a un mismo grupo familiar, y representan cerca del 90 por 100 del total de las empresas italianas. MINISTERIO DE ECONOMÍA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, 2003, p. 9; Estadísticas del Instituto de la Empresa Familiar publicadas en su página web (http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_ief.html). A su vez, J. F. CORONA RAMÓN, «Introducción al análisis de la empresa familiar», en AAVV, GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVIL (COORDS.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. VI, Barcelona, Bosch, 2005, p. 26; P. MANES, «Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare», *Contr. Imp.*, 2005, p. 539.

ciales (*ex arts. 127 y 237 CCo*) unido a la *polivalencia funcional* de la sociedad anónima y a la flexibilidad tipológica de la sociedad limitada ha conducido, como actitud empresarial lógica, al total abandono de este tipo social personalista como cauce organizativo válido para organizar jurídicamente cualquier empresa, incluidas por tanto las familiares. En efecto, las empresas familiares han acabado por considerar a las sociedades de capital (y, dentro de éstas, a la sociedad de responsabilidad limitada) como la forma organizativa más óptima para la defensa de sus intereses, pese a la necesaria postergación de los elementos e intereses personalistas en pos de los intereses del capital y de los socios que conllevan los tipos sociales capitalistas.

Esta jerarquía de intereses convierte a las sociedades de capital en instrumentos jurídicos no del todo apropiados para cobijar en su seno y dar respuesta oportuna a las necesidades, exigencias y desafíos que deben afrontar las empresas familiares para garantizar su permanencia y su competitividad en el panorama económico nacional e internacional. Pese a que el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en adelante, LSC) otorga cierto margen a la autonomía de la voluntad para «personalizar» la estructura y organización de las sociedades de capital (ámbito nada desdeñable, a decir verdad, aunque desde ciertas posiciones doctrinales apegadas al *Análisis Económico del Derecho* se empeñen en afirmar lo contrario), se ha generalizado la creencia de que la regulación societaria (tanto la establecida por la LSC, como la que pueden llevar a cabo los socios a través de la configuración estatutaria de la sociedad) resulta insuficiente e ineficaz para la consecución de la necesaria «personalización» (*rectius* «familiarización») de la realidad empresarial.

Como medio para alcanzar el buen gobierno de las empresas familiares y superar los posibles obstáculos jurídicos que traen causa en la configuración tipológica de las sociedades de capital, existe práctica unanimidad doctrinal acerca de la conveniencia de elaborar y recoger en un solo documento los diferentes acuerdos que regulen la conducta debida por los familiares respecto de la empresa. Es lo que se conoce como «protocolos familiares». Tales protocolos no son sino un *acuerdo de voluntad* (*tertium genus* entre un pacto de caballeros y un verdadero contrato) *celebrado, consensuado y aprobado* por la unanimidad de todos los miembros de una familia en el que se sustancia un verdadero código de conducta (al estilo de los códigos de autodisciplina o *best practices* de las sociedades anónimas cotizadas). Su naturaleza es la de un pacto parasocial o *shareholders' agreement*, fuera, por tanto, de la configuración estatutaria prediseñada por el legislador; y tiene por finalidad disciplinar y solucionar los conflictos específicos que surgen en las relaciones entre los miembros de la familia, la sociedad mercantil y la gestión y organización empresarial.

Pero mediante los protocolos familiares, no sólo se puede resolver la cuestión *jurídico-empresarial* del buen gobierno de tales empresas (esto

es, la cuestión de la creación y preservación de la organización del poder de gestión de la forma más óptima posible), sino, a su vez, puede convertirse en una herramienta óptima para afrontar y asegurar el reto de la continuidad de la titularidad de la empresa por las siguientes generaciones⁶. El cambio generacional representa, en efecto, uno de los momentos más críticos en el desarrollo de empresas familiares⁷.

La continuidad por las siguientes generaciones de la idiosincrasia implantada por el fundador a la empresa familiar requiere afrontar un trascendente problema *técnico-jurídico*: la *atribución* de los bienes afectos a una empresa familiar al patrimonio de uno o más herederos o legitimarios⁸. Este proceso traditorio a realizar por el fundador a favor del heredero más adecuado tiene que ser reforzado y garantizado jurídicamente en el mayor grado que sea posible. Se ha de evitar, a toda cosa, que el resto de herederos no elegidos o, incluso, la propia voluntad del fundador manifestada en un momento posterior (siempre, claro está, que no se apoye en razones objetivas por la ineptitud manifiesta del sucesor) pueda poner en peligro el paso de las riendas de la empresa al «delfín» y, con ello, la suerte de la propia empresa y de sus trabajadores. A fin de evitar este fatal desenlace, el lobby pro-empresa familiar ha venido reclamando la «perfección» del Derecho sucesorio; expresión eufemística que, en su versión más radical, ha de entenderse como exi-

⁶ A. J. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ y A. M. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *La empresa familiar: manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y su continuidad*, Deusto, 2005, pp. 25 y ss.

⁷ Como afirmaron ARONOFF y WARD (C. ARONOFF y J. WARD, «Family Business succession: The final test of greatness», *Family Business Leadership Series*, núm. 1992), «los tres problemas más importantes a los que se enfrenta una empresa familiar son la sucesión, la sucesión... y la sucesión».

⁸ F. VICENT CHULIÁ, «Organización jurídica de la sociedad familiar», *RdP*, 2000-1, núm. 5, pp. 29-30; para quien, el Derecho debe, en primer lugar, asegurar que la sucesión hereditaria se realice sin traumas, de manera tal que se eluda la presencia en los órganos de decisión de aquellos miembros no preparados o cualificados o bien que puedan originar conflictos en la gestión (tales como cónyuges divorciados del miembro de la familia, hijos de divorciados, toxicómanos, ludópatas o «viciosos del juego», incapaces, insolventes, etc.); sin perjuicio, no obstante, de que aquellos miembros excluidos tengan que ser compensados económicamente *ex arts. 829 y 1.056 CC* (por ejemplo, a través de la adjudicación de las acciones de la sociedad familiar a los herederos que sean accionistas en el momento de elaborar el testamento, o bien concediendo voto plural en una sociedad de responsabilidad limitada, compensando con ventajas o privilegios en el dividendo y en la cuota de liquidación a los otros). Pero, en segundo lugar, el Derecho debe, también, ayudar a *organizar el poder familiar en la empresa* (esto es, en el seno de la sociedad o del grupo de sociedades). Eso se logra a través de fórmulas *aristocráticas* como la designación de testamentario universal, o bien a través de administrador fiduciario. Al administrador le son atribuidos los derechos políticos de las acciones o participaciones sociales, que se transmitirán después a los fideicomisarios, mientras que todos los herederos perciben los beneficios; o a través de la constitución de una sociedad regular colectiva con administrador estatutario (art. 132 C. de c.); o bien a través de fórmulas *democráticas*; es decir, mediante una comunidad indivisa de bienes impuesta por testamento, administrada por un «Junta de comunidad familiar», por el tiempo que sea necesario para consolidar la empresa.

gencia de eliminación del sistema de legítimas, así como de cualquier otra limitación existente a la autonomía de la voluntad del testador (lo que incluye la prohibición de los pactos sucesorios).

La mayoría de la literatura económico-empresarial se muestra unánime a la hora de afirmar que los procesos sucesorios únicamente pueden afrontarse con cierto grado de éxito si se planifica en vida del fundador (y, si es posible, en momento en que todavía la lucidez de sus decisiones no se vean aquejadas por el irremediable deterioro que, no siempre pero sí muy a menudo, provoca la senectud). En este sentido, el empleo de protocolos familiares no sólo se recomienda como solución a los problemas relativos al buen gobierno de la empresa que puedan surgir en el seno de la familia, sino que puede contribuir de manera sustancial a la supervivencia de la empresa familiar, puesto que conlleva en sí un profundo y complejo proceso autorreflexivo acerca de la gobernabilidad, organización y proyección futura de la empresa familiar. Así, la elaboración de un protocolo familiar debe abarcar con valentía (y suele hacerse así) la espinosa cuestión de la sucesión del fundador. Sin embargo, la eficacia jurídica del protocolo familiar en este punto dista mucho de ser satisfactoria (al menos en la mayor parte de nuestro territorio regida por el Derecho común). Ello es debido a que el legislador común, no así el foral, como tendremos ocasión de exponer, mantiene aún vigente la histórica prohibición de pactos sucesorios y configura al testamento como el único instrumento jurídico válido (y revocable hasta el último momento de la vida del causante) con el que disponer y atribuir *mortis causa* los bienes del causante, sometido, además, a numerosas restricciones, fruto del sistema de legítimas.

Como reacción a la presión ejercida por la corriente pro-empresa familiar y fruto de distintas recomendaciones a nivel comunitario⁹, el Derecho sucesorio común fue objeto de una tímida reforma a todas luces insuficiente, «*decepcionante por su limitadísimo alcance y su paupérrimo valor añadido*»¹⁰. La reforma trae origen en la Disposición Final 1.^a de la Ley 7/2003, de 1 de abril, *de la Sociedad Limitada Nueva Empresa* y tan sólo ha consistido en la modificación de dos artículos del Código civil, los arts. 1.056.2 y 1.271.2 CC¹¹. Con esta pacata intervención del legisla-

⁹ Fundamentalmente por la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 *sobre la sucesión de la pequeña y mediana empresa*.

¹⁰ L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho catalán», *RDM*, núm. 284, 2012, p. 72, en donde se expone el régimen sucesorio establecido en el nuevo Código civil catalán (arts. 431-6 & 2, 431-7 & 1, 431-8.4 y 431-25 & 2).

¹¹ El nuevo art. 1.056 CC establece que «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

dor se pretende mejorar el funcionamiento de la partición hecha por el testador con vistas a «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas»; y otorgar un mayor grado de certeza jurídica a la planificación sucesoria del empresario-fundador, titular de la empresa. A tal fin, se articula jurídicamente la posibilidad de atribuir mediante acto *inter vivos* a uno o varios herederos previamente elegidos por el fundador los activos empresariales o las participaciones o acciones de la sociedad mercantil que dé forma a la empresa familiar.

Frente a la insuficiente respuesta del legislador español (común), sobresale, por una parte, la validez de los pactos sucesorios en aquellas regiones patrias regidas por los Derechos forales, así como, por otra parte, la labor reformista desarrollada en uno de los países más importantes de la Europa meridional: Italia. En efecto, por una parte, instituciones forales como el señorío mayor, el apartamiento, la definición, las comunidades de vida y trabajo en común, la casa, la compañía familiar gallega, los pactos consorciales y de señorío, etc., ponen de manifiesto la falta de agilidad de nuestro legislador común. En palabras de GARRIDO DE PALMA, «el Código civil tiene mucho que aprender de los derechos forales»¹². Por otra, en cuanto al ordenamiento italiano, a través de la promulgación en 2006 de la Ley núm. 55, de 14 de febrero de 2006, se introduce en su *Codice civile* un nuevo instrumento jurídico, denominado *Patto di Famiglia* (en adelante, PdF), con vistas a asegurar negocialmente los procesos sucesorios propios de empresas familiares. A tal fin, el legislador italiano confirma la plena y absoluta derogación de la prohibición relativa a los pactos sucesorios (*ex art. 458 CC*). Merced a ello, se posibilita al empresario garantizar por vía contractual la continuidad de la empresa o de la sociedad familiar y su transmisión, en todo o en parte, a uno o a varios de sus descendientes. Esta enajenación de bienes empresariales al legitimario electo viene, además, protegida expresamente, mediante una garantía jurídica extraordinaria, puesto que queda excluida la posibilidad de ejercitar las acciones de reducción y colación.

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».

A su vez, según la nueva redacción del párrafo 2.º del art. 1.277 CC, «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056».

¹² V. M. GARRIDO DE PALMA, «La familia empresaria», en AAVV, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia, Volumen VIII, Derecho administrativo, laboral y tributario. La familia empresaria y los protocolos familiares*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2011, p. 1034.