

M.^a LUISA ZAHINO RUIZ

**LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO
POR FIDUCIARIO EN EL CÓDIGO CIVIL
DE CATALUÑA**

**La cláusula de confianza como instrumento
para ordenar la sucesión en la empresa familiar**

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2023

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. LA EMPRESA FAMILIAR Y LA PROBLEMÁTICA DEL RELEVO GENERACIONAL	15
1. LA IMPORTANCIA Y LAS LIMITACIONES DEL PROTOCOLO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA EN LA EMPRESA FAMILIAR	24
2. LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE SUCESIONES COMO COMPLEMENTO INDISPENSABLE DEL PROTOCOLO FAMILIAR.....	26
CAPÍTULO II. EL ORIGEN CONSUECUDINARIO DE LA CLÁUSULA DE CONFIANZA	31
CAPÍTULO III. LOS ANTECEDENTES Y LOS PRECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN	43
1. LOS ANTECEDENTES Y LOS PRECEDENTES PRELEGISLATIVOS	43
1.1. <i>La Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña</i> y el texto articulado de Manuel Durán y Bas	43
1.2. Los Proyectos privados de Apéndice al Código Civil	44
1.3. El Proyecto de Apéndice de 1930 y el Anteproyecto de Apéndice de las instituciones de Derecho civil catalán de 1931	49
1.4. El <i>Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña</i> de 1952.....	52
1.5. El <i>Proyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña</i> de 1955 y la reedición de 1956.....	53
2. LOS PRECEDENTES LEGALES DE LA REGULACIÓN VIGENTE.	61
2.1. <i>La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña</i> y el Texto Refundido de 1984	61
2.2. <i>El Código de Sucesiones de Cataluña</i>	66

	Pág.
CAPÍTULO IV. LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO POR FIDUCIARIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA	71
1. LA HERENCIA COMO OBJETO DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL: EL NEGOCIO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y SU INTEGRACIÓN POR EL FIDUCIARIO	72
1.1. La institución de heredero por el causante y los llamados a la sucesión	72
1.2. La integración del negocio por el fiduciario designado por el testador	79
1.2.1. La naturaleza jurídica de la legitimación concedida al cónyuge o a la pareja estable y a los parientes	79
1.2.2. Los presupuestos subjetivos de la condición de elector o distribuidor	82
1.2.2.1. La condición de cónyuge o pareja estable y la relación de parentesco con el causante y con los elegibles.....	82
1.2.2.2. Los requisitos de capacidad	93
1.2.3. El contenido y los límites de las facultades de elección y de distribución atribuidas al fiduciario.....	95
1.2.3.1. La elección de heredero o la distribución de la herencia	95
1.2.3.2. Las ampliaciones supletorias <i>ex lege</i> de las facultades de elección o distribución.....	97
1.2.3.2.1. La facultad del elector o distribuidor —cónyuge o pareja estable— para imponer condiciones, limitaciones de disponer y hacer llamamientos de heredero por vía de sustitución	97
1.2.3.2.2. La facultad del distribuidor para limitar y reducir la institución del testador	100
1.2.3.2.3. La facultad del cónyuge o el conviviente en pareja estable de fijar y pagar las legítimas y los legados.....	103
1.2.4. El ejercicio de la facultad de elección o distribución.	104
1.2.4.1. La formalización del negocio de elección o distribución	104
1.2.4.2. El plazo para realizar la elección o la distribución	109
1.2.5. La ineficacia de la cláusula de confianza por falta de elección o distribución o por divergencia de los parientes.....	112
2. LA HERENCIA COMO PATRIMONIO PENDIENTE DE ASIGNACIÓN.....	114

	<u>Pág.</u>
2.1. El régimen especial de administración de la herencia yacente y sus implicaciones en la continuidad de la empresa familiar.....	115
2.2. La finalización del régimen especial de administración de la herencia como efecto de la delación.....	125
CAPÍTULO V. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN VIGENTE, A MODO DE CONCLUSIÓN	127
SECCIÓN 1. ^a LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO POR FIDUCIARIO.	127
Art. 424-1. Designación de heredero por fiduciario.....	127
Art. 424-2. Forma de la elección o la distribución.....	128
Art. 424-3. Falta de elección o distribución	129
Art. 424-4. Plazo para hacer la elección o la distribución.....	129
Art. 424-5. Administración y representación de la herencia.....	130
BIBLIOGRAFÍA	131

INTRODUCCIÓN

La sucesión es un tema recurrente en los foros de análisis y debate sobre la empresa familiar, especialmente presente en la actualidad, una vez constatados el papel decisivo que han desempeñado las pequeñas y medianas empresas familiares durante los años de la última crisis económica, y el dato de que pocas de ellas logran subsistir tras el primer relevo generacional.

La cuestión sucesoria es, sin duda, fundamental; toda vez que la vocación de continuidad en el tiempo, el propósito de mantener la propiedad y el gobierno de la empresa en el ámbito familiar de generación en generación, es el elemento delimitador del concepto de empresa familiar, por encima de cualquier otra consideración.

Los datos estadísticos proporcionados por el instituto de la empresa familiar permiten constatar que solo el 45,7 por 100 de las empresas familiares resiste el primer relevo generacional, limitándose al 2,6 por 100 el porcentaje de las que logran sobrevivir a la cuarta generación.

Consultores, académicos y empresarios coinciden en identificar como causa del problema del relevo generacional la falta de un marco legal que permita planificar adecuadamente la sucesión, atendiendo al criterio de idoneidad que debe presidir la designación del heredero en el ámbito de la empresa familiar; se dice, gráficamente, que el «traje» que permiten las instituciones sucesorias es demasiado estrecho. Sin embargo, de nuevo el análisis estadístico permite constatar que las razones no obedecen tanto a las estrecheces de las instituciones sucesorias, como a la falta de planificación del empresario; pues, según un estudio de la asociación catalana de la empresa familiar, en 2017 el 51,1 por 100 de las empresas familiares de Cataluña carecían de un protocolo, y tampoco tenían plan de sucesión.

El Derecho civil catalán ha contado desde siempre con instituciones orientadas a evitar la disgregación del patrimonio familiar y a garantizar la continuidad de la «casa» y, buena muestra de ello, es la arraigada tradición existente en materia de pactos sucesorios y su incuestionada bondad como instrumento de planificación sucesoria en el ámbito de la empresa familiar; por más que, según los datos extraídos de la misma fuente an-

teriormente citada, son pocas las empresas familiares que recurren a los mismos para ordenar la sucesión.

Junto a los pactos sucesorios, la designación de heredero por fiduciario es también una institución sucesoria —con una larga tradición consuetudinaria—, extraordinariamente útil a efectos de lograr la continuación de la empresa familiar en manos de la persona más idónea, especialmente en los supuestos en que las características que condicionan dicha idoneidad no son apreciables en el momento en que el empresario decide ordenar su sucesión; toda vez que permite aplazar la elección de heredero o la distribución de la herencia al momento en que tales cualidades se puedan apreciar confiándolas a personas vinculadas a los órganos familiares encargados del gobierno de la empresa, con criterios suficientes para poder valorar la idoneidad del sucesor, no solo en orden al mantenimiento de la empresa como unidad patrimonial, sino también a la transmisión de sus valores y filosofía.

Frente al extraordinario interés que ha suscitado desde siempre el estudio de la sucesión paccionada como instrumento de planificación de la sucesión en la empresa familiar, destaca la poca inquietud por explorar las posibilidades que brinda, a los mismos efectos, la designación de heredero por fiduciario —cónyuge, pareja estable o parientes—; y, precisamente, esa es la finalidad del presente trabajo.

El trabajo se presenta estructurado en cinco capítulos, el primero de los cuales, tiene por objeto presentar la problemática del relevo generacional en la empresa familiar; el segundo, atiende al estudio del origen consuetudinario de la cláusula de confianza —la práctica sobre la que se construye el régimen legal—; el tercero, se centra en el análisis de los antecedentes y los precedentes de la institución, indispensable para la interpretación del régimen legal vigente, al que se atiende en el Capítulo IV, tomando como base la doble consideración de la herencia como objeto de la sucesión universal y como patrimonio pendiente de asignación. El trabajo concluye con la formulación de una propuesta *de lege ferenda* —Capítulo V— en la que se recogen las principales conclusiones derivadas de la investigación, articuladas en preceptos que pueden constituir una alternativa a la regulación actualmente vigente del Código Civil de Cataluña¹.

¹ Agradezco al Dr. Ferrán BADOSA COLL su magisterio y, muy especialmente, toda la ayuda que me ha prestado en la realización de este trabajo. Así mismo, quiero expresar mi gratitud al Dr. Ángel SERRANO DE NICOLÁS por estar siempre dispuesto a compartir sus conocimientos y experiencia profesional, así como por haberme facilitado la publicación de este estudio.

El presente trabajo se enmarca en los proyectos «El derecho de bienes en la sociedad digital europea: mecanismos de adquisición, transmisión y gravamen» (DER2017-82129-P), *Mecanismos de previsión patrimonial en una sociedad envejecida: Solidaridad intergeneracional y derecho de bienes* (PID2021-126857NB-I00) y 2021 SGR 00347 Q0818001J Universitat de Barcelona Grup de Dret civil català UB.

CAPÍTULO I

LA EMPRESA FAMILIAR Y LA PROBLEMÁTICA DEL RELEVO GENERACIONAL

A pesar de la importancia económica de la empresa familiar¹, el ordenamiento español ofrece escasas referencias legales² que permitan delimitar su concepto, pues solo algunas normas relativas a la explotación agraria u otras de naturaleza tributaria orientadas a otorgar beneficios fiscales al empresario, permiten intuir algunos de sus rasgos, vinculados a los conceptos de titularidad y gestión. Es denominador común en dichas disposiciones, concebir a la empresa familiar como conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente, cuya titularidad —ya en el dominio, ya en el disfrute— y/o gestión corresponde a una sola persona física, a un matrimonio o a diferentes personas que tengan entre sí vínculos de parentesco³.

¹ Según datos publicados por el Instituto de la Empresa Familiar tomados del estudio «La empresa familiar» (2015), se estima que 1,1 millón de empresas son familiares en España, el 89 por 100 sobre el total de empresas. Su peso en la actividad económica equivale al 57,1 por 100 del PIB del sector privado, creando el 67 por 100 del empleo privado.

² A pesar de no tener valor normativo, en el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se contiene una referencia al concepto de empresa familiar considerando como tales «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».

³ En dicho sentido, la Ley 10/1985, de 16 de diciembre, de Protección y Modernización de la Empresa Familiar Agraria de Cantabria, establece en su art. 3 que se entiende por empresa familiar agraria «el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado y con asunción del riesgo empresarial». Y, en su art. 4 establece los requisitos necesarios para obtener dicha calificación:

- a) Que su titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal.
- b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la mano de obra asalariada supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas.
- c) Que sea susceptible de proporcionar a la familia un nivel de rentas análogo al de otros sectores.
- d) Que el titular o uno de los que asuma la gestión personal y directa tenga una capacidad profesional suficiente, bien sea basada en la experiencia profesional o bien acredite la titulación suficiente que reglamentariamente se establezca.

La doctrina especializada en el estudio de la empresa familiar es unánime en considerar que no existe un concepto unívoco, ni jurídico ni económico, de «Empresa Familiar»⁴; se dice, incluso, que se trata de un «fantasma del derecho»⁵, cuyo estatuto jurídico resulta difícil de diseñar al converger en ella dos instituciones —la familia y la empresa— que responden a principios e intereses distintos, habitualmente contrapuestos⁶.

e) Que la titularidad de la misma pertenezca a una sola persona física, a un matrimonio o a diferentes personas que tengan entre sí vínculos de parentesco hasta el tercer grado o la condición de sucesores *mortis causa* de una misma persona.

En similar sentido, la Ley catalana 9/1985, de 24 de mayo, de Modernización de la Empresa Familiar Agraria, ya derogada, concretaba en su art. 2 los requisitos para poseer la condición de empresa familiar agraria en los siguientes:

a) Que la titularidad de la empresa, en dominio, arrendamiento o parcería, o por cualquier otro título que atribuya su disfrute, corresponda a una sola persona física, a un matrimonio o a diferentes personas que posean entre sí vínculos de parentesco de hasta tercer grado o la condición de sucesores *mortis causa* de una misma persona.

b) Que el titular o uno de los titulares, en el caso de que sean más de uno, sea profesional de la agricultura.

c) Que el titular o uno de los titulares asuma su gestión de forma personal y directa y posea capacidad profesional suficiente o se comprometa a adquirirla, según criterios basados bien en la experiencia profesional, bien en la acreditación de una titulación suficiente.

d) Que el titular o uno de los titulares asuma también el riesgo de la misma.

e) Que los ingresos que obtengan de la empresa familiar agraria los miembros de la familia que trabajan en ella sean iguales o superiores a los que se obtengan de actividades ajenas a la empresa».

Nótese, sin embargo, la importante diferencia entre el precepto transcrito y el de la ley cántabra pues, la ley catalana, al considerar la titularidad con relación al disfrute no necesariamente la vincula al dominio.

En el ámbito fiscal, el art. 4.8, 2.º, *b)* de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, que declara exentas del impuesto las participaciones en entidades que representen de forma conjunta con otros familiares (cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, en parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción) el 20 por 100 del capital social de la entidad o el 5 por 100 del capital de la misma de forma individual.

⁴ Véase, por todos, FRANCISCO VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 22.ª ed., p. 312, y las referencias bibliográficas citadas en la misma obra sobre el régimen jurídico de la empresa familiar, pp. 353-354.

⁵ *Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar*, *Boletín oficial de las Cortes Generales*, Senado, VII Legislatura, Serie I, Boletín general, núm. 312, 23 de noviembre de 2001, p. 25.

⁶ Con relación a la dificultad de elaborar un concepto de empresa familiar, FRANCISCO VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 312, señala que «esta figura intenta armonizar dos importantes instituciones sociales, regidas por valores antagónicos: por el rendimiento y los resultados (Empresa) y por la protección y la lealtad (Familia)». En el mismo sentido, FERNANDO CURIEL LORENTE, «La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos», *XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2001, p. 92, considera que dicho antagonismo se halla en la raíz de algunos de los problemas de la empresa familiar pues —partiendo del presupuesto de que la empresa debe guiarse por el ánimo de lucro y criterios de productividad y eficiencia, mientras que en la familia prevalece el servicio desinteresado y nunca se prescinde de las personas, por poco productivas o eficientes que resulten— advierte que, si bien la armonía y dedicación propias de la relación familiar son puntos fuertes de la empresa familiar, una defectuosa implicación de ambas relaciones puede propiciar su desaparición. En concreto —señala— «perjudica la buena marcha de una empresa familiar la confusión entre la propiedad y la capacidad de dirección (pensar que todo familiar propietario está capacitado por el hecho de serlo para dirigir la empresa) y la inadecuación de los flujos económicos internos (retribuir la propiedad, la dirección y el trabajo de forma diferente a familiares y no familiares, al alza o a la baja, no dejando que sea el mercado el que determine la retribución)». Asimismo, en el mismo orden de cuestiones, llama la atención sobre la problemática que suscita la existencia de una pluralidad de grupos familiares que, a menudo, pueden determinar el establecimiento de

La falta de un concepto de empresa familiar ha sido también denunciada desde instancias comunitarias que identifican en dicha carencia una de las causas que impide la adopción de decisiones políticas orientadas a atender las necesidades de este tipo de empresas⁷.

La mayoría de los autores, sin embargo, coincide en identificar los caracteres de la misma tomando como referente el *Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar* constituida en el seno de la Comisión de Hacienda en octubre de 2000⁸. Según dicho informe, la empresa familiar se caracteriza, entre otras, por las notas siguientes:

- Que una familia —para el supuesto de empresa unifamiliar—, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social.
- Que, con base en dicha participación, la familia pueda ejercer el control de la empresa.
- Que la familia participe en la gestión de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración.
- El deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia.

estructuras organizativas erróneas que no favorecen, en absoluto, la continuidad, bien porque incrementan innecesariamente los costes de gestión, bien porque dificultan considerablemente la toma de decisiones; en concreto, identifica como tales: «La duplicación (todas las familias controlan todos los departamentos en lugar de diversificar responsabilidades), la querencia (cada uno se coloca donde más le gusta y se estructura la empresa en función de las apetencias), la ordenación genealógica (copiando en la empresa el árbol genealógico de la familia), la policial (organizando múltiples y recíprocos sistemas de control) o la de suplencias (cada miembro familiar es acompañado por un suplente no familiar)».

⁷ Así se denuncia en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa [2014/2210 (INI)] que, tras advertir en su considerando K que no existe una definición concreta, sencilla y armonizada de empresa familiar jurídicamente vinculante a escala europea, señala en su considerado L que «en ausencia de una definición, no es posible recabar datos comparables en los distintos Estados miembros de la UE a fin de llamar la atención sobre la situación y los logros económicos específicos de las empresas familiares; que esta falta de datos fiables y comparables puede trabar la adopción de decisiones políticas e impedir que se atiendan las necesidades de las empresas familiares». En el mismo sentido, puede consultarse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo», *Diario Oficial de la Unión Europea*, C-13/8, de 15 de enero de 2016, en el que, con base en el informe elaborado por el grupo de expertos de la Comisión sobre las empresas familiares, se recomienda que se adopte una definición de empresa familiar basada en los siguientes caracteres:

- La mayoría de los derechos de voto está en posesión de la persona o personas físicas que crearon la empresa, o que haya(n) adquirido su capital social, o en posesión de sus cónyuges, padres, hijos o herederos directos de estos.
- La mayoría de los derechos de voto puede ser directa o indirecta.
- Al menos un miembro de la familia o la parentela se dedica a la dirección o a la administración de la empresa.
- Las empresas cotizadas se ajustarán a la definición de «empresa familiar» si la persona que creó o adquirió la empresa (capital social) o sus familiares o sus descendientes poseen más del 25 por 100 de los derechos de voto en razón de su participación en el capital social.
- El propósito de mantener la empresa de generación en generación.

⁸ *Boletín oficial de las Cortes Generales*, Senado, VII Legislatura, Serie I, Boletín general, núm. 312, 23 de noviembre de 2001.

Tales caracteres no son exclusivos de una tipología concreta de empresa, ni tan siquiera de las pequeñas y medianas con las que habitualmente se identifica a la empresa familiar⁹. Antes bien, cabe contraponer, como señala Vicent Chuliá, dos conceptos de empresa familiar: la microempresa familiar, entendida como pequeña comunidad de trabajo no asalariado, en tiendas o negocios artesanales o explotaciones agrarias; y, la sociedad familiar de capital, creada por una o varias familias, organizada en una sociedad o grupo de sociedades y que se transmite en sucesivas generaciones, manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa.

Presupuesto lo anterior, como señala Roca Junyent, cabe identificar tres elementos definidores de la empresa familiar: propiedad y gobierno —elementos objetivos— y vocación de continuidad —elemento subjetivo—¹⁰.

Con relación a los elementos objetivos, siguiendo el estudio del mismo autor, constituye un elemento definitorio de la empresa familiar que la titularidad dominical de la misma se encuentre en manos de una o más familias en el porcentaje suficiente para garantizar el control sobre la empresa¹¹; en el mismo orden, la consideración familiar de la empresa re-

⁹ Según la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa, aunque la mayoría de las empresas familiares son PYME, estas empresas pueden ser de tamaño pequeño, mediano o grande y tanto cotizar en bolsa como no hacerlo (cdo. E). En el mismo orden, la consideración de una empresa como pequeña o mediana depende del volumen de negocio y el número de trabajadores así, según la definición del Reglamento (UE) núm. 651/2014, de la Comisión, de 17 de junio, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado, en cuyo Anexo I, tras definir la empresa como «toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, así como las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular» (art. 1), distingue en su art. 2 —Efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas— entre microempresas, pequeñas y medianas, en función del volumen de negocio y el nivel de ocupación, de modo que, según el precepto mencionado:

«1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

2. En la categoría de las PYME, se define pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

3. En la categoría de las PYME, se define microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros».

¹⁰ Miquel ROCA JUNYENT, «La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario», en Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 28-31.

¹¹ Con base en lo establecido en el art. 42 CCom, Cristina VELAYOS LLUÍS, *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 42-43, entiende que para que una empresa sea considerada familiar, el grupo familiar ha de ser titular de aquel porcentaje que, bien individualmente o conjuntamente, le otorgue el control de la empresa y, por tanto, se encuentre en relación a esta en uno de los siguientes casos: posea la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; pueda disponer, en virtud de los acuerdos celebrados con los miembros de otro

quiere que el gobierno de la misma recaiga en manos de la familia como consecuencia directa de la titularidad o propiedad; si bien, conviene precisar que el hecho de que la gestión no se sea ejercida total o parcialmente por los miembros de la familia no ha de privar necesariamente a la empresa de dicho carácter familiar pues, como advierte Velayos Lluís, pertenece al ámbito de la autorregulación el determinar el mayor o menor grado en que se puede implicar la familia en la gestión de la sociedad, no siendo un elemento objetivo necesario el hecho de que más de un miembro de la familia esté implicado en la gestión para calificar a una sociedad como familiar, pudiéndose dar el caso de que el resto de la familia decida, o bien se le exija, no participar en la gestión, la cual se confía a profesionales externos¹².

La vocación de continuidad en el tiempo bajo el control familiar —el elemento subjetivo— presenta una relevancia especial entre los elementos que delimitan el concepto de empresa familiar pues, como afirma Roca Junyent «una empresa familiar empieza realmente a serlo cuando sus propietarios deciden orientar sus decisiones sucesorias y societarias hacia el objetivo de hacer posible la continuidad de la empresa como propiedad de la familia»¹³. Conforme con la opinión del mismo autor, que comparto, la voluntad de dar continuidad en el tiempo a la empresa —el elemento subjetivo—, por encima de cualquier otra consideración, es el rasgo fundamental para atribuir a una explotación económica el carácter de familiar; de hecho, así se constata en el *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar* constituida en el seno de la Comisión de Hacienda anteriormente citado, en el que gráficamente se dice que «no existe empresa familiar hasta que se produce la primera transmisión a la siguiente generación»¹⁴.

La vocación de continuidad en el tiempo, el propósito de mantener la empresa de generación en generación, es un rasgo esencial en la delimitación del concepto de empresa familiar y constituye en la actualidad su principal desafío; pues, el análisis de los datos estadísticos pone de manifiesto que en España solo el 45,7 por 100 de las empresas de carácter familiar resiste el primer relevo generacional, el 42,2 por 100 se mantiene en la segunda generación, cifra que se reduce notablemente al 7,4 por 100 en la tercera; y, aún más drásticos son los resultados con relación a la cuarta generación, pues el porcentaje se limita al 2,6 por 100¹⁵.

grupo o rama familiar; o bien con otros socios no miembros de la familia, de la mayoría de los derechos de voto; la mayoría de los consejeros o altos directivos sean de otras empresas del grupo familiar.

¹² Cristina VELAYOS LLUÍS, *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, op. cit., p. 47.

¹³ Miquel ROCA JUNYENT, «La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, op. cit., pp. 28-31.

¹⁴ *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar*, op. cit., p. 26.

¹⁵ Datos extraídos de la información publicada en la web del Instituto de la Empresa Familiar con base en el estudio «La Empresa Familiar en España 2015».

La problemática de la supervivencia de las empresas y su transmisión no es actual pues, en atención a la importancia económica de las pequeñas y medianas empresas —entre ellas, un número considerable de empresas de carácter familiar— desde principios de los años noventa la cuestión viene ocupando la atención de las instituciones comunitarias. Ya en 1994 la Comisión, en su *Recomendación de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas*, alertaba sobre el hecho de que varios miles de empresas interrumpían su actividad debido a dificultades insuperables inherentes a su transmisión —algunas inherentes al marco jurídico, fiscal y administrativo y, otras, a la falta de planificación de la sucesión por parte del empresario— e invitaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para facilitar la transmisión de las pequeñas y medianas empresas con el fin de garantizar su supervivencia y mantener los puestos de trabajo correspondientes. En particular, se invitaba a los Estados miembros a adoptar —entre otras— medidas a fin de completar su marco jurídico, fiscal y administrativo con una doble finalidad: sensibilizar al empresario con relación a los problemas de la transmisión y animarle a preparar la operación en vida ofreciéndole los instrumentos adecuados; crear un entorno financiero favorable garantizando el éxito de la transmisión familiar, evitando que los impuestos que gravan la sucesión y la donación pusieran en peligro la supervivencia de la empresa¹⁶. Con el mismo propósito la Comisión Europea organizó en Lille el Foro europeo sobre transmisión de empresas entre cuyas conclusiones, recogidas en la *Comunicación de la Comisión sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas*, se atendía a los pactos de empresa o protocolos familiares como instrumentos para garantizar la continuidad de la empresa familiar¹⁷. Posteriormente, el Parlamento Europeo —y, en el mismo sentido, el Comité Económico y Social Europeo—¹⁸, constatao el importante papel que han desempeñado las empresas familiares durante la última crisis económica y que el traspaso de la propiedad y la gestión de un negocio de una generación a las siguientes sigue constituyendo el mayor desafío al que se enfrenta una empresa familiar, en su Resolución de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en

¹⁶ Art. 1, Recomendación de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L-385/14, de 31 de diciembre de 1994.

¹⁷ Así se señala en el subapartado d) relativo al apartado A —*Medidas jurídicas sobre transmisión de empresas*— según el cual: «Otra forma de acrecentar la continuidad de la empresa es la utilización de pactos de empresa o protocolos familiares. Sobre todo, en el caso de las empresas familiares, se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado número de normas de gestión de una generación a otra. Ya se emplean en alguna medida en Francia y en España, con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión.

No obstante, está claro que estos acuerdos seguirán siendo una solución relativamente insatisfactoria en relación con los pactos de sucesión admitidos en la mayoría de los Estados miembros. Los Estados miembros que prohíben los pactos sobre la futura sucesión (Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo) deberán pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio».

¹⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, «La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo», *Diario Oficial de la Unión Europea*, C-13/8, de 15 de enero de 2016.

Europa, pedía a los Estados miembros que «mejoren el marco jurídico para la transmisión de la empresas familiares y establezcan instrumentos de financiación específicos para la transmisión, evitando de este modo los problemas de liquidez a fin de garantizar la continuidad de las empresas familiares y prevenir las ventas forzosas»¹⁹.

A la luz de los requerimientos de las instituciones comunitarias, el Estado español tampoco ha permanecido ajeno a la problemática de la sucesión en la empresa familiar, pues, como se ha apuntado, ya en octubre de 2000 se constituyó en el seno de la Comisión de Hacienda una *Ponencia de Estudio para la problemática de Empresa Familiar* en cuyo Informe se destacó la importancia del momento de la transmisión hereditaria para la pervivencia de la empresa familiar, insistiéndose —si bien, no de forma unánime—²⁰ en que las normas del Código Civil español —a diferencia de como acontece en otros ordenamientos civiles territoriales— en materia de legítimas y partición podían suponer un factor negativo para su continuidad y en la necesidad de que los fundadores de las empresas familiares «prevean el hecho de la sucesión, lleguen a los acuerdos necesarios con los herederos, y al menos, si no lo hacen así, otorguen testamento», y, también, en la importancia del protocolo familiar, «como punto de salida y no como meta ya que, tratándose de un acuerdo marco o base, necesita ser desarrollado en otra serie de documentos, [...] como son las capitulaciones matrimoniales del empresario y sus hijos, el testamento del empresario y de sus hijos, y los estatutos sociales, si la empresa familiar adopta una fórmula societaria»²¹.

En España, la respuesta normativa estatal a tales inquietudes se encuentra en la *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, y en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

La *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, introdujo modificaciones en el Código Civil español en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del empresario, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones (EM Ley 7/2003, I, 11 y II, 6). A tales efectos, se modificaba la redacción de los arts. 1056.2, 1271.2 y 1406.2 CC.

¹⁹ Núms. 1, 17 y 21 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre empresas familiares en Europa [P8_TA (2015) 0290].

²⁰ En el mismo informe puede consultarse la argumentación de Gerardo MUÑOZ DE DIOS defendiendo la tesis de que tanto en el ámbito del Derecho común, como en el de la legislación civil autonómica existen medios suficientes para el sostenimiento de las empresas familiares, *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar*, op. cit., p. 14.

²¹ *Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, Serie I, núm. 312, 23 de noviembre de 2001, pp. 30 y 37.