



Universidad
Zaragoza

1542

Trabajo Fin de Máster

“La eficacia jurídica del protocolo familiar para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa en las sociedades de capital no cotizadas”

Autor

Milagros Katherine Olivos Celis

Director

Juan Arpio Santacruz

Facultad de Derecho
2013

ÍNDICE GENERAL

Tabla de abreviaturas.....	4
Introducción.....	5
Capítulo 1. La empresa familiar y su problemática.....	10
1. Origen e importancia de la empresa familiar como realidad económica.....	10
2. De lo económico a lo jurídico: ensayo para una definición de la empresa familiar.....	12
3. La problemática de la empresa familiar y la importancia de su previsión a través del protocolo familiar.....	20
4. La empresa familiar y las sociedades de capital.....	25
Capítulo 2. El protocolo familiar como instrumento de organización y gestión de la empresa familiar.....	29
1. Las relaciones de la familia empresaria objeto de regulación.....	29
2. Algunas nociones conceptuales para la comprensión del protocolo familiar.....	30
2.1. Confluencia de elementos económicos y jurídicos para una definición del protocolo familiar.....	30
2.2. Discusiones sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos contenidos en un protocolo familiar.....	32
2.2.1. El protocolo familiar como contrato de sociedad.....	33
2.2.2. El protocolo familiar como pacto parasocial.....	35
2.2.3. El protocolo familiar como contrato marco.....	38
2.2.4. Aproximaciones para una definición.....	40

3.	Configuración del alcance operativo del protocolo familiar.....	41
3.1.	Preliminar.....	41
3.2.	Fenomenología de los pactos del protocolo familia como resultado de la práctica negocial.....	42
3.2.1.	Pactos entre caballeros.....	42
3.2.2.	Pactos con fuerza contractual.....	45
3.2.3.	Pactos con fuerza y eficacia frente a terceros.....	46
3.3.	Límites de la autonomía negocial respecto del contenido de los acuerdos.....	46
Capítulo 3. La ejecución y el desarrollo del protocolo familiar en el ámbito societario....		53
1.	Régimen jurídico de las sociedades mercantiles.....	53
1.1.	La escritura de constitución y los estatutos sociales en las sociedades de capital.....	53
1.2.	La inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil como requisito para su regular constitución.....	58
2.	La incidencia jurídico-societaria del protocolo familiar desde su concepción como pacto parasocial.....	61
3.	Análisis del protocolo familiar como contrato societario conforme al RD 171/2007, de 09 de febrero.....	63
3.1.	Preliminar.....	63
3.2.	Forma del protocolo familiar.....	63
3.3.	Elementos personales.....	65
3.4.	Duración del protocolo.....	68
3.5.	Contenido y limitaciones.....	69
4.	La publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil y sus efectos conforme el RD 171/2007, de 09 de febrero.....	72
4.1.	Principios que rigen la publicidad registral del protocolo familiar.....	72
4.2.	Formas de publicidad del protocolo familiar conforme el RD 171/2007, de 09 de febrero.....	74
4.3.	Consecuencias jurídicas de la publicidad registral del protocolo familiar.....	76
4.3.1.	La eficacia <i>inter partes</i>	76

4.3.2. Eficacia frente a terceros.....	77
4.3.3. La oponibilidad del protocolo.....	78
5. Sugerencias de algunas fórmulas para conseguir el <i>enforcement</i> y la oponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros.....	79
6. Impacto del RD 17/2007, de 09 de febrero, en la jurisprudencia de la Dirección de Registro del Notariado.....	80
Conclusiones.....	83
Bibliografía.....	92

TABLA DE ABREVIATURAS

BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
C. de Com.	Código de Comercio
LO	Ley Orgánica
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
PYMES	Pequeñas y Medianas empresas
SAC	Sociedad Anónima Cerrada
SLNE	Sociedad Limitada Nueva Empresa
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
RD	Real Decreto
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RM	Registro Mercantil

INTRODUCCIÓN

«Un jardinero que cultiva su propio jardín, con sus propias manos, une en su persona los tres personajes, de propietario, agricultor y obrero. Su producción, por tanto, debe rendirle la renta del primero, la ganancia del segundo y el salario del tercero.»
(A. SMITH 1723-1790)

Una familia que controla una empresa no es una familia común, y una empresa controlada por una familia tampoco es una empresa común. En efecto, las empresas familiares presentan particularidades que plantean exigencias especiales.

La proliferación de empresas familiares en el mercado es incuestionable. Basta con fijarse en la práctica empresarial para poder encontrar pequeñas empresas y grandes corporaciones dirigidas por una familia. Un empresario individual que crea una empresa de conveniencia con su esposa e hijos, la continuación de un negocio por los hijos u otros parientes, y hasta la gran corporación controlada por un grupo familiar, son reflejos de esta realidad. La presencia de este tipo de empresas tampoco se reduce a sectores particulares de la economía. Empresas como Peugeot, Benetton, BMW, Editorial Plantea, entre otras, demuestran que están presentes en cualquier sector.

A pesar de esta realidad, actualmente no se dispone de elementos suficientes que permitan si quiera definir el concepto de empresa familiar; sin embargo los esfuerzos por plantear algunas delimitaciones siguen proyectándose. En su mayoría, estos intentos han coincidido en poner de manifiesto que la piedra angular es la presencia de una familia que ejerce la dirección sobre una empresa.

Los problemas por los que atraviesa la empresa familiar son diversos y de la más variada complejidad. Entre los más comunes resaltan aquellos vinculados con la continuidad, la estructura organizativa, los aspectos financieros, y finalmente aquellos ligados a los conflictos. Si la empresa no logra hacer frente a estos problemas, y no llega a encontrar una solución de manera eficiente, las consecuencias afectan a todos los intereses

involucrados, no sólo al de la sociedad, sino también al de la propia familia. En este sentido, una de las más grandes dificultades, que afronta la empresa familiar es conciliar estos dos intereses, previniendo situaciones que puedan alterar su normal funcionamiento.

La literatura especializada ha tendido a estudiar los problemas de dirección y gestión de la institución, pero en pocas ocasiones la ha estudiado desde una perspectiva jurídica. Sin embargo, la empresa familiar es una realidad económica pero al mismo tiempo una realidad jurídica, por lo resulta importante conciliar las esferas del conocimiento para lograr el estudio integral y completo de las instituciones.

Los problemas de la empresa familiar no son insolubles, pero para su resolución se requiere un esfuerzo y dedicación importantes. En este contexto, la elaboración de un protocolo familiar, orientado a regular los aspectos de organización y funcionamiento de la empresa familiar, puede desempeñar un papel relevante. Se trata de una práctica originaria de la cultura anglosajona que permite a los integrantes de la empresa familiar celebrar acuerdos para regular determinadas situaciones que son de importancia para su desarrollo y que –en perspectivas de futuro- pueden generar inconvenientes en la vida de la empresa. Sin embargo, a pesar del reconocimiento y la utilidad práctica que puede tener el desarrollo de este instrumento, todavía quedan pendientes algunas consideraciones sobre su eficacia jurídica.

El ordenamiento español ha mostrado una preocupación progresiva sobre el particular y, tras interesantes reflexiones, ha promulgado el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Esta norma pretende ser un mecanismo idóneo para dotar de eficacia a los pactos que regulen las relaciones que se susciten al interior de la empresa familiar, si bien su desarrollo no ha generado una respuesta completa a las exigencias originales.

El análisis de la problemática de la empresa familiar y la importancia de prever algunas situaciones a través del protocolo familiar constituye el punto de partida para conocer la realidad que estas instituciones presentan. Bajo estas consideraciones se plantea como investigación el estudio denominado «La eficacia jurídica del protocolo familiar para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa en las sociedades de capital no cotizadas» con el objetivo de analizar desde una perspectiva crítica la importancia del protocolo como instrumento idóneo para la organización y gestión de la empresa familiar,

al tiempo que se analizan las posibilidades que ofrece el ordenamiento para su configuración y eficacia.

El trabajo se limita al estudio de dos tipos de sociedades mercantiles: la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima cerrada. La elección de estas formas societarias obedece a dos razones esenciales. Por un lado, porque la mayoría de empresas familiares que existen actualmente se desenvuelven a través de estos dos tipos sociales; por otro, porque el alcance del Real Decreto 171/2007, cuya relevancia se analiza, se enfoca en estos dos modelos excluyendo de su aplicación a las sociedades anónimas cotizadas.

La metodología aplicada al estudio planteado toma como punto de referencia la perspectiva económica para luego trasladar el alcance a situaciones jurídicas, esbozar algunas definiciones, y analizar la eficacia jurídica del protocolo familiar para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa.

El trabajo se divide en tres capítulos. En el capítulo 1 se proponen algunas nociones sobre la empresa familiar y sus exigencias para la configuración del protocolo familiar. Este capítulo tiene dos directrices fundamentales: Primero, plantea algunas nociones conceptuales sobre la empresa familiar y, posteriormente, se describe brevemente el régimen jurídico de las sociedades mercantiles y su vinculación a la empresa familiar para, finalmente, exponer los problemas por los que atraviesa la empresa familiar y la importancia que puede tener el suscribir un protocolo familiar para ponerles remedio.

En el capítulo 2 se demuestra que el protocolo familiar es un instrumento idóneo para la organización y gestión de la empresa familiar, para lo cual se parte de la identificación de las relaciones de la familia empresaria como objeto de su regulación. En este contexto, el estudio se realiza desde la perspectiva económica para luego trasportarla a lo jurídico y plantear algunas consideraciones. Desde este último enfoque, el protocolo familiar se ha analizado bajo dos aspectos. Por un lado, se ha estudiado la relevancia de las normas de carácter civil, para conocer su naturaleza y alcance contractual y, por otro, se analizan las normas de carácter mercantil que delimitan las instituciones propias del Derecho de sociedades que pueden resultar afectadas.

Finalmente el capítulo 3 sistematiza con mayor claridad el objetivo de esta investigación desarrollando en su contenido la ejecución y el desarrollo del protocolo familiar en el ámbito societario. Para este fin se analiza las consecuencias de sus pactos,

tanto entre las partes que lo suscriben, como frente a la sociedad y frente a terceros. Fundamentalmente, el desarrollo de esta parte se centra en analizar, entre otros temas, el alcance del RD 171/2007, de 9 de febrero mediante el cual las empresas familiares estaban facultadas a publicitar sus protocolos familiares. Esta tercera parte del trabajo concluye en plantear algunas sugerencias para conseguir el *enforcement* del protocolo de manera que se garantice su cumplimiento.

CAPÍTULO 1

LA EMPRESA FAMILIAR Y SU PROBLEMÁTICA

1. Origen e importancia de la empresa familiar como realidad económica

Las empresas familiares se encuentran entre las instituciones más antiguas de la historia de los sistemas económicos. Se trata de instituciones connaturales al hombre por lo que, a menos que las condiciones políticas exijan su desaparición, probablemente existan siempre¹.

En el plano económico, las referencias históricas dan cuenta de la existencia formal de este tipo de entidades desde el año 578, incluso antes del siglo X⁵. Entre las empresas familiares más antiguas del mundo figuran *Kongō Gumi Co.*, quien habría operado en el sector de construcción aproximadamente durante 1400 años; *Hoshi Ryokan* considerado el hotel más antiguo del mundo; la *Pontificia Fonderia Marinelli* (1000) que realizaba trabajos artísticos en la fabricación de campanas que lucen en varias de las estructuras más emblemáticas del mundo; la Bodega *Château Goulaine* (1005) la tercera empresa familiar más antigua del mundo que ofrece servicios de hospedaje y herrería; *Aceites Barone Ricasoli* (1141) dedicada desde sus orígenes a la producción de vinos y aceites, entre otras⁶.

¹ J. DE ARQUER ARMANGUÉ, *La empresa familiar*, Ediciones Universidad de Navarra, Barcelona 1979, p. 315.

⁵ F. ESPINOSA, *La empresa familiar como problema*, en «Revista de Derecho Mercantil», 283 (2012), p. 35. Una aproximación interesante con estos datos se pueden encontrar en J. TAIPÉS, *Empresa Familiar: Ni tan pequeña, ni tan joven. Una renovada aproximación a la edad y el tamaño de la empresa familiar española*, Fundación Jesús Serra, Barcelona 2009, pp. 12 y ss.

⁶ Cf. E. PRESS, *Empresas de familia: De conflicto a la eficiencia ¿Cómo se construyen y cómo se sostienen? ¿Condenadas a desaparecer? ¿Obligadas a subsistir?*, Granica, Buenos Aires 2011, pp. 203-211. Algunos otros datos interesantes respecto de las historias de las empresas familiares en América Latina pueden encontrarse en L. CASANOVA, *Algunas claves de la longevidad de las empresas familiares brasileñas*, en

En la actualidad, algunas de las empresas más antiguas del mundo siguen manteniendo su carácter familiar. Este es el caso de la empresa «*Ford Motor Company*» con 110 años de creación quien consiguió que la cuarta generación llegara a la gestión de la empresa y que hasta este momento sigue operando en el mercado⁷. En los países europeos también cabe resaltar algunas experiencias empresariales que, en su origen, tenían este carácter familiar. Así, por ejemplo, en la industria automovilística francesa, tiene especial importancia empresas como *Peugeot*, *Renault*, y, en otros sectores, *Siemens*, o el Grupo *Rothschild*⁸.

En el plano jurídico, este tipo de organización empresarial se identifica, en su origen, con algunas modalidades del régimen económico matrimonial, especialmente con la sociedad conyugal, donde se desarrollan las primeras relaciones de la familia vinculadas con la economía y el patrimonio. Esta situación ofrecía la posibilidad de articular las relaciones entre los cónyuges, entre éstos con sus hijos, eventualmente con sus ascendientes, ocasionalmente con sus hermanos, e incluyendo ciertamente las relaciones con terceros ajenos a la familia.

En sede de gananciales, es posible encontrar una configuración primaria de la empresa familiar, identificándose como tal a toda unidad económica de producción, organización de capital y trabajo con fines de producción y de mediación en el mercado de bienes y servicios, o sólo de lo último⁹. No obstante, si bien la sociedad de gananciales comparte importantes aspectos con las sociedades civiles o mercantiles de carácter familiar, la naturaleza jurídica de las primeras es diferente, ya que nace por razón del matrimonio.

La creación empresas familiares ha proliferado progresivamente en los diversos sectores de la actividad económica. La presencia de este tipo de empresas acostumbra a ser más intensa, por ejemplo, en sectores cuya actividad puede considerarse una extensión de la

«Apuntes: Revista de ciencia sociales», 70 (2012), pp. 273-300 y en D. ECHAÍZ MORENO, *El protocolo familiar...*, cit., p. 546.

⁷ E. POZA, *Empresas familiares*, CENAGE Learning Editores, México D.F., 2011, 3.ª ed., p. 23.

⁸ G. GARCÍA CANTERO, *Empresa familiar y sociedad de gananciales*, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) *et alii*, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1995, pp. 84-85.

⁹ Esto explica por qué las primeras configuraciones en el Derecho positivo de la empresa familiar sería lo equiparable a las explotaciones industriales, ganaderas, agrícolas, etc. *Ibidem*, p. 88.

familia¹², como el desarrollo natural del patrimonio, o la continuidad de una postura ideológica¹³.

En el ordenamiento español, las primeras empresas familiares que aparecen reguladas como tales son las empresas familiares agrarias, las cuales fueron definidas a través de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes¹⁴. El artículo 2 de la mencionada Ley definía lo que debía entenderse por una empresa familiar agraria señalando lo siguiente:

«A los efectos de esta Ley, se entiende por explotación familiar agraria el conjunto de bienes y Derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones: a) Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo directamente el riesgo inherente a la misma. b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas.»

A pesar de las dificultades que presenta el formular una definición sobre la empresa familiar, es innegable que la piedra angular de esta realidad jurídico-económica es la presencia de una familia que ejerce control sobre una empresa. No obstante, aunque no exista acuerdo sobre sus espacios y límites, aunado a la existencia de diversos estudios que arrojan conclusiones distintas¹⁵, es necesario partir de una noción clara sobre el concepto, por lo que será imprescindible plantear algunas consideraciones.

2. De lo económico a lo jurídico: ensayo para una definición de la empresa familiar.

¹² Así por ejemplo existen empresas familiares que han desarrollado sus actividades en sectores como el textil, alimentación, hotelería. Actualmente, el hotel más antiguo del mundo se encuentra bajo la dirección de una familia Hoshi quien tras 1289 años de explotación continua llegó a la cuadragésimo sexta generación. El apellido de la familia se mantiene y se verifica en el actual patriarca de la familia, que además dirige la empresa, Zengoro Hoshi. Cf. E. PRESS, *Empresas de familia...*, cit., p. 207.

¹³ Tal es el caso de las empresas familiares que ha desarrollado su actividad en prensa, como sucede con la familia Sulzberger propietaria del diario *New York Times*, la familia Graham propietaria del *Washington Post*, o la familia Murdoch propietaria del *Wall Street Journal*. Otras estructuras empresarias dirigidas por familias americanas puede encontrarse en E. POZA, *Empresas...*, cit., p. 4.

¹⁴ Actualmente esta norma se encuentra derogada, sin embargo cabe resalta que dicha norma fue desarrollada por el RD 419/1985, de 6 de marzo, por el que se desarrolla la modernización de las explotaciones familiares agrarias y otros aspectos de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre. Esta última ley fue derogada por Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

¹⁵ En un estudio exhaustivo sobre empresas familiares encontraron 21 definiciones diferentes de *empresas familiares* en la revisión que efectuaron a 250 artículos de investigación. Cf. J. POZA, *Empresas...*, cit., p. 4.

La observación de la realidad que, como se sabe, es una de las herramientas metodológicas más importantes en el estudio del Derecho¹⁶, evidencia que la empresa familiar es un modelo de empresa socioeconómica que pretende armonizar dos importantes instituciones sociales, regidas por distintos valores, a veces antagónicos: por un lado, la empresa, que se rige por la competencia, el rendimiento y los resultados; y, por otro, la familia, que se rige por la protección y la lealtad¹⁷.

Esta forma de organización jurídico-económica carece de reflejo específico en la mayoría de los ordenamientos, donde no existe una definición legal que permita delimitar su ámbito de aplicación y entender de una manera eficiente su operatividad¹⁸.

Sin embargo, esto no significa que dicha realidad sea desconocida para el Derecho, como ponen de manifiesto algunos pronunciamientos de los tribunales que han tenido que resolver las controversias planteadas en el seno de estas empresas. Según sostiene el profesor Cerdá Albero, en alguna ocasión la jurisprudencia ha tenido en cuenta la circunstancia de tratarse de una sociedad familiar para mitigar las consecuencias del incumplimiento de ciertos deberes, como el de la llevanza de contabilidad. Así ocurre, por ejemplo, con la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de febrero del 2000 que rechaza la responsabilidad de los administradores pretendida a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad. En esta sentencia se reconoce la antijuridicidad de la conducta de los administradores pero atenúa sus consecuencias, entre otras razones, porque se trata de una sociedad familiar que había vivido a espaldas de la normativa societaria con consentimiento y beneplácito de todos los socios¹⁹.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos por plantear una definición clara respecto de los límites objetivos y subjetivos de la empresa familiar, todavía existen dificultades

¹⁶ Cf. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Editorial Temis, Bogotá 1987, 7.ª ed. pp. 18, 25 y ss.

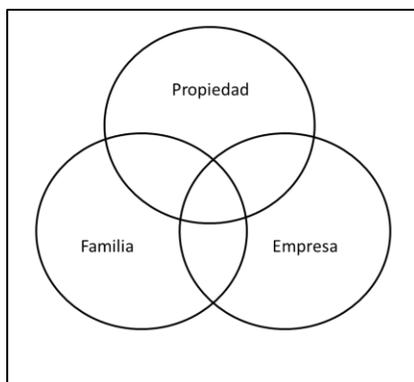
¹⁷ F. CHULIÁ, *Organización jurídica de la sociedad familiar* en A. Navarro Salinas (ed.) *et. alii*, *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw, Madrid 2002, p. 4536. Así también puede consultarse I. RODRÍGUEZ DÍAZ, *La empresa familiar en el ámbito mercantil*, Edersa, Madrid 2000, p. 20.

¹⁸ La única excepción está en Derecho italiano. En este caso, la regulación de la empresa familiar fue introducida al ordenamiento por la Ley 151, de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de familia. En esta norma se regula a la microempresa familiar como una empresa de titularidad individual y régimen societario imperativo, en el que participan todos los miembros de la familia dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que aportan su trabajo, otorgando la norma a cada uno ellos una participación. Cf. F. CHULIÁ, *Organización jurídica de...*, cit., p. 4530.

¹⁹ Cf. F. CERDÁ ALBERO, *La empresa familiar: una noción relativa*, en F. VICENT CHULIÁ *et alii*, *El buen gobierno de las empresas familiares*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pp. 67-103.

formales para establecer un concepto dotado de suficiente alcance delimitador. Estas dificultades para alcanzar un concepto unívoco de «empresa familiar» encuentran su origen en la pluralidad de significados que, en el ámbito del Derecho, tienen tanto el concepto «empresa» como el de «familia», individualmente considerados. En tal sentido, resulta interesante utilizar algunos rasgos proporcionados por otras áreas del conocimiento e intentar incorporarlos al mundo de lo jurídico²⁰.

Desde la perspectiva económica la delimitación de la empresa familiar tiene como referente el modelo de los «tres círculos»²¹ mediante la cual es posible reflejar, gráficamente, los distintos intereses y la variedad de las relaciones que pueden establecerse entre los miembros de una familia y que además pertenecen a la empresa. Este modelo fue ideado por los norteamericanos Jonh Davis y Reante Tagiuri, y se ha convertido en un modelo clásico para explicar de forma gráfica las interrelaciones de carácter afectivo y material que se derivan de los tres grupos de personas involucrados en una empresa de tipo familiar²². El punto de partida es el reconocimiento de la empresa familiar como un macro-sistema en cuyo interior se estructuran tres subsistemas: familia, propiedad y empresa, que se representan como círculos parcialmente superpuestos.



Fuente: Ernesto J. POZA²³

«En el círculo *familia* se encuadran aquellos sujetos que son miembros de ésta, pero que, al mismo tiempo, pueden ser o no ser socios, directivos o trabajadores de la empresa familiar; se ponen de manifiesto, pues las relaciones que los miembros de la familia podrán entablar en esos distintos órdenes o roles.

²⁰ Las discusiones sobre uno y otro concepto quedan al margen de esta investigación.

²¹ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ Y A. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar...*, cit., pp. 19 y ss.

²² Cf. M. SÁNCHEZ RUIZ, *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 15-73.

²³ Cf. E. POZA, *Empresas...*, cit., p. 8.

En el círculo *propiedad* se integran los socios-titulares de partes sociales, quienes, en principio, pueden ser (o no) miembros de la familia, y simultáneamente, pueden ostentar (o no) cargos de administración y dirección en la empresa; en este contexto es esencial la configuración del reparto de capital, que suele estar total o mayoritariamente en manos de familia que ejerce el control de la sociedad o el grupo familiar, y que pretenderá mantenerlo restringiendo la posible transmisión de las partes de capital.

Finalmente, en el círculo *empresa*, quedarían englobados aquellos sujetos cuya participación en la empresa familiar se justifica, esencialmente, por su contribución a la gestión y el trabajo, debiendo resolverse cuestiones tales como la estructura organizativa de la gestión o administración, los requisitos para el acceso a cargos de gestión o funciones ejecutivas por parte de los miembros de la familia o de las distintas ramas familiares, las relaciones con los administradores que no sean familiares ni socios así como el delicado problema del trabajo familiar y la conveniencia de prefijar las condiciones para la incorporación a puestos de trabajo de los miembros de la familia.»

La superposición de esos tres círculos muestra la existencia de distintos grupos de personas²⁴, cada uno con sus propios intereses. Como explica el profesor Sánchez-Crespo Casanova, si los intereses de los integrantes del sistema convergen en la misma dirección - lo que no suele ser fácil- la empresa familiar no se verá afectada negativamente por este entramado de relaciones; si por el contrario, y como ocurre con frecuencia, esos intereses son divergentes, se crearán tensiones entre ellos que afectarán inevitable y negativamente a la empresa y deteriorarán las relaciones familiares²⁵.

Bajo la perspectiva antes descrita lo importante es estudiar la empresa familiar como un «sistema social, dinámico y complejo» compuesto por los tres subsistemas descritos, en los cuales la integración se logra a través del ajuste recíproco entre dichos subsistemas²⁶. Para que la organización de la entidad sea correcta, los subsistemas deben integrarse de tal manera que todo el sistema funcione de manera unificada. Esta interacción determinará los resultados de todo el sistema y brindará mutuos beneficios a todos sus integrantes²⁷.

El mundo jurídico ha tomado como referencia inicial la doctrina económica y ha planteado, aunque con ciertos matices, algunas definiciones que ha incorporado,

²⁴ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ Y A. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar...*, cit., pp. 19 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁶ La importancia de estas afirmaciones reside en tomar conciencia de que la interacción del concepto se enfoca en dos ámbitos, familia y empresa, que no son realidades estáticas sino en permanente evolución y adaptación. F. CASADO, *Prólogo*, en J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar: la experiencia de una década*, Deusto, Barcelona 2007, p. 16.

²⁷ Cf. E. PRESS, *Empresas de familia...*, cit., pp. 71-74.

posteriormente, a instrumentos jurídicos²⁸. En el fondo, el ser miembro de una familia y parte de una empresa no es sino una situación de hecho cuya relevancia se pone de manifiesto ante la ocurrencia de un efecto legal concreto.

Desde el año 1994, aproximadamente, la legislación de la Unión Europea ha mostrado un interés creciente por las empresas familiares. Inicialmente, la orientación de dicho interés provenía de las políticas de fomento de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), pues era usual identificar como una de las características de la empresa familiar su reducido tamaño. Sin embargo, es evidente que no debe confundirse el concepto PYME con el concepto de empresa familiar. En efecto, la primera supone unas limitaciones cuantitativas, en cuanto a número de trabajadores que, sustancialmente, no existen en la segunda que cubre el amplio espectro que va desde el pequeño ultramarino del pueblo, hasta la gran empresa que produce miles de millones de euros con una cantidad significativa de empleados. Con este y otros alcances, sobre todo estadísticos, en nuestros días resulta menos común hacer esta equiparación²⁹.

Entre los documentos elaborados por las Instituciones europeas que mostraban la preocupación por la situación de la PYMES, e indirectamente por la empresa familiar, cabe referirse a los siguientes:

- Recomendación 1994/1069/CE, de 7 de diciembre, sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas, en el cual se afrontaba la problemática sobre la transmisión de la empresa y se pone de manifiesto la preocupación por la continuidad de las empresas y el otorgamiento de facilidades fiscales.
- Recomendaciones del Foro de Lille (Francia) del 3 y 4 de febrero de 1997 el cual se reunió con la finalidad de conocer los avances de la Recomendación anterior, y al mismo tiempo con el propósito de invitar a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas y soluciones de la práctica privada como pactos de empresa o protocolo familiares³⁰. Este simposio se hizo el balance de los progresos que había

²⁸ Así también es el caso, por ejemplo, del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, el cual tiene por finalidad «regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.»

²⁹ Sobre el particular, el profesor Taipés explica las proyecciones estadísticas desde el año 2005 han permitido eliminar dos creencias populares bastante arraigadas, no sólo en las comunidades europeas, sino también en sectores de América Latina. En este sentido, es posible afirmar que la empresa familiar en España no es tan pequeña ni tan joven como se cree. Cf. J. TAIPÉS, *Empresa Familiar...*, cit., p. 10.

³⁰ El detalle de estos planteamientos son explicados por J. EGEA FERNÁNDEZ, *Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos*, en «Revista para el análisis del Derecho InDret», 3 (2007), pp. 4 y ss.

experimentado la legislación comunitaria europea que entonces disponía de algunas recomendaciones y comunicaciones relativas a las empresas familiares sobre todo respecto de algunos beneficios en materia fiscal.

- Recomendación 96/280/CE, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas. Este documento se destaca el carácter familiar que suelen tener las medianas y pequeñas empresas planteando una equiparación entre uno y otro concepto. Dicha identificación se mantiene a largo de los siguientes años –aproximadamente- hasta el 2001³¹, por lo que era usual utilizar la misma definición.
- Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998, sobre Transmisión de las pequeñas y medianas empresas. En esta comunicación, específicamente se hace referencia a los protocolos familiares y se les reconoce como instrumentos capaces de garantizar la gestión de la empresa de una generación a otra.
- Informe final del Grupo de Expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas, de mayo de 2002 en el cual resaltan las buenas prácticas que algunos países tienen respecto de los beneficios fiscales en el momento de la sucesión³².

A pesar de que las oportunidades para el estudio de la empresa familiar fueron varias, en ninguno de los documentos resultantes se estableció un concepto legal uniforme, con sustantividad propia, independiente de su dimensión y de su forma. Así, hasta el año 2007, no era extraño que se recurriese en algunos casos a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, en el contexto económico esta referencia se acepta cada vez menos ya que, como se ha indicado, el carácter familiar de una empresa no depende de su tamaño.

³¹ En este año se publica el «Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar» y a partir de este documento se comienza a trabajar con mejores aciertos una definición. El éxito del proyecto no estaba garantizado y reflejo de ello es la superficial definición de empresa familiar que se emplea en la Exposición de Motivos del RD 171/2007 de 9 de febrero por el que regula la publicidad de los protocolos familiares.

³² En los países europeos se proponía a los Estados a introducir mejoras en las condiciones fiscales para facilitar la creación y desarrollo de este tipo de empresas. Cf. F. CHULIÁ, *Organización jurídica...*, cit., p. 4553.

Todavía en la actualidad, los márgenes para determinar objetivamente el concepto de empresa familiar son escasos y evidencian críticas interesantes que reflejan el empeño de la doctrina por encontrar un concepto³³. Para lograr una mayor aproximación será necesario recurrir a la técnica de «sumar elementos típicos y lograr una definición a través de la suma de varios de sus caracteres»³⁴.

Llegados a esta situación, la tesis de los tres círculos, así como la utilización de algunos otros elementos, han permitido identificar algunas características que distinguen a este tipo de empresas; y bajo tales consideraciones se ha llegado a sostener que empresa familiar será aquella que reúna las siguientes características:

«**Participación (propiedad):** Una familia con una participación *importante*, normalmente la mayoría del capital social. **Control:** Como consecuencia de dicha participación la familiar debe ejercer el control de la empresa. **Gestión (administración):** Al mismo tiempo que se ejerce el control, la familia debe participar de la gestión, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración. **Vocación de continuidad:** El deseo de la familia de continuar con la empresa en el tiempo, incorporando a la propiedad, gestión o dirección, a las siguientes generaciones.»

Esta tesis se encuentra recogida en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar constituida en la Comisión de Hacienda del Senado en noviembre del 2001 en la cual se reconoció en consenso alguna de las características de las empresas familiares y éstas son las que se utilizarán como rasgos esenciales para definir nuestro objeto de estudio. Estas características son:

«Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social. Que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa. Que la familia participe en la gestión y/o de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración. Un factor temporal que prácticamente la totalidad de los autores especializados

³³ Entre algunos autores que brindan algunas definiciones sobre «empresa familiar» pueden resaltar: J. DE ARQUER ARMANGUÉ, *La Empresa...*, cit., p. 18; J. FERNÁNDEZ GIMENO Y M. REYES LÓPEZ, *La Empresa Familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, pp. 57; V. GARRIDO DE PALMA, *La empresa familiar ante el Derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Editorial Civitas, Madrid 1995, pp. 87; I. RODRÍGUEZ DÍAS, *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*. Edersa, Madrid 2000; F. ESPINOSA, *La empresa familiar...*, cit., pp. 33-75; F. NOGALES LOZANO, *Empresas familiares...*, cit., p. 37.; E. PRESS, *Empresas de familia...*, cit., pp. 58-61; P. LEACH, *La empresa...*, cit., pp. 35-38.; En los textos de F. VICENT CHULIÁ, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Editorial Aranzadi, Navarra 2004 y en IDEM, *Organización jurídica de...*, cit., p. 4553 se encuentra una definición de «empresa familiar» con la identificación de «sociedad familiar».

³⁴ J. QUIJANO GONZÁLEZ, *Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (Octubre 2000)* en «*Revista de Derecho de Sociedades*», (18) 2002, pp. 367-381.

destaca, que es 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 familia³⁵.»

La doctrina ha identificado diversos elementos sobre los cuales hacer descansar un concepto de empresa familiar. Entre los más citados figuran las generaciones de la familia que intervienen en la empresa; el porcentaje de participación de la familia en el capital de la empresa; el desempeño de funciones ejecutivas o similares por la familia propietaria en la empresa; la intención de mantener la participación de la familia en la empresa; y que los descendientes del fundador tengan el control sobre la gestión y/o sobre el gobierno de la empresa. Sin embargo, esta identificación no ha sido del todo pacífica, y se han formulado algunas objeciones³⁶.

En primer lugar, se ha afirmado que, si bien la titularidad de la empresa debe pertenecer a personas vinculadas por parentesco, no es evidente qué nivel de participación en la propiedad es necesario, sobre todo cuando la familia no es propietaria de la totalidad de los bienes³⁷. Tampoco es evidente cual es el grado de participación en la dirección de la empresa que deben tener los miembros del grupo familiar. Para algunos, tal participación ni siquiera se considera imprescindible³⁸. En este sentido se ha llegado a considerar que la profesionalización de la gestión, encomendándola a expertos externos a la familia, puede ser beneficiosa para la empresa³⁹.

A pesar de estas limitaciones, es posible sostener, aunque con un fin más descriptivo que científico, que la definición de la empresa familiar se basa en tres rasgos

³⁵ El 26 de septiembre del 2000 se acordó por el Pleno de la Cámara la creación, dentro de la Comisión de Hacienda, de una Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar; la cual ha venido desarrollando sus trabajos desde el día 10 de octubre de 2000. ÍDEM, p. 369.

³⁶ La variedad de elementos que integran la definición de empresa familiar puede encontrarse en M. ROCA JUNYET, *La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario*, en M. GARRIDO MELERO Y J. FUGARDO ESTIVILL (coord.) *et alii*, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005, p. 30. El autor citado concluye en la diversidad de definiciones se observa que los autores recogen elementos diversos para hacer descansar en ellos el concepto de empresa familiar. Estos elementos son: las generaciones de la familia que intervienen en la empresa, el porcentaje de participación de la familia en el capital de la empresa, el desempeño de funciones ejecutivas o similares por la familia propietaria en la empresa, la intención de mantener la participación de la familia en la empresa, que los descendientes del fundador tengan el control sobre la gestión y/o sobre el gobierno de la empresa, entre otros.

³⁷ F. CUIEL LORENTE, M. PARRA LUCÁN Y J. YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, *La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos*, en Actas del XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza (s.f.), p. 90.

³⁸ M. SÁNCHEZ RUIZ, *Régimen Jurídico...*, cit., pp. 15-21.

³⁹ Sobre este tema puede consultarse una reciente publicación en F. NOGALES LOZANO, *Empresas familiares...*, cit., pp. 27-29.

fundamentales: i) la tenencia de una participación importante o mayoritaria en el capital por parte de una familia, ii) la posibilidad de ejercer el control, iii) la participación en la gestión, la vocación de permanencia en el tiempo.

En la Exposición de Motivos del RD 171/2007, del 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se recoge una definición amplia de las empresas familiares describiéndola como:

«Aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenece, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí.»

De esta manera, la propia disposición, huyendo de plantear una definición de lo que debe entenderse por empresa familiar, se limita a sostener:

«En lo que interesa, a los efectos de este RD, será familiar una sociedad de personas o capital en la que existen un protocolo que pretende su publicidad.»

En cualquiera de los casos, se suele aceptar que una empresa familiar es una organización bajo la dirección de una familia en la que dos o más miembros de ésta trabajan en la organización. La empresa familiar, en su identidad como empresa, presenta las mismas características que cualquier otra, pero con la diferencia esencial de su íntima conexión con un grupo familiar⁴⁰. Se trata de una institución que participa de la esencia de un contrato de sociedad pero que requiere de ciertas normas que es preciso cumplir a fin de superar y prevenir problemas⁴¹.

3. La problemática de la empresa familiar y la importancia de su previsión a través del protocolo familiar.

Se ha señalado anteriormente que el desarrollo de la empresa familiar deriva de la interacción de dos de las más importantes instituciones sociales: la empresa y la familia. Mientras que la primera se rige por la búsqueda del beneficio; la segunda, se rige por la

⁴⁰ Con profundidad de estudio Wong Cam analiza importantes investigaciones que permiten entender esta afirmación. Cf. D. WONG CAM, *Empresas familiares: camino de exportación competitiva en mercados emergentes*, Universidad del Pacífico, Lima 2010, pp. 12-17.

⁴¹ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ Y A. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar: Manual para empresarios, claves para su correcta organización y su continuidad*, Ediciones Deusto, Barcelona 2005, pp. 19 y ss. Coinciden con estas afirmaciones el profesor Peter Leach quien plantea la necesidad de crear un plan de *management* para que la empresa sea dirigida no sólo por descendientes de los fundadores, sino que además sean descendientes con cultura y formación empresarial. Cf. P. LEACH, *La empresa familiar*, Granica, Buenos Aires 2013, 1.^a reimpr., pp. 125-150.

idea de solidaridad, lealtad y afecto. A consecuencia del contacto e intersección de ambas realidades surgen los problemas de la empresa familiar⁴².

Los problemas por los que puede atravesar este tipo de empresa, sin ánimo de ser exhaustivos, son los siguientes: el nepotismo, el endeudamiento, la autocracia y paternalismo, la parálisis directiva y la resistencia al cambio, la manipulación familiar, la contratación de personal no calificado, el exceso de seguridad⁴³.

Con mayor exactitud, el profesor Miguel Ángel Gallo, a través de un esquema bastante dinámico, explica que si bien este tipo de empresa tiene un reconocido número de ventajas, es posible que se presenten situaciones de desavenencia que, debido a su particular carácter familiar, se conviertan en verdaderos cauces de extinción no sólo de la empresa, sino también de las relaciones familiares. En este sentido se identifican cuatro «trampas de la empresa familiar»: i) la confusión entre ser propietario de la empresa familiar y tener capacidad para dirigirla, ii) la confusión de flujos económicos, iii) la confusión de lazos de afecto, propios de la familia, con los lazos contractuales, propios de la empresa, iv) retrasar innecesariamente la sucesión⁴⁴.

Los problemas de la empresa familiar pueden ser entendidos desde diversas ópticas y pueden ser tratados desde distintos enfoques⁴⁵. Al interior de este tipo de empresas los conflictos presentan ciertas peculiaridades debido a la coexistencia de dos sistemas de actuación conjunta: la empresa y la familia⁴⁶. Esta interacción de sistemas, en ocasiones, provoca una superposición de roles tanto familiares como empresariales, de manera que en

⁴² Cf. I. GOMÁ LUZÓN, *El protocolo familiar*, en V. GARRIDO MELERO, Y J. FUGARDO ESTIVILL, (coord.) *et alii*, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005, p. 656.

⁴³ D. BIOSCA, *Empresa y Familia: Problemas y Soluciones*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona 2003, pp. 15-59.

⁴⁴ A decir del mismo autor, estas cuatro trampas son realmente importantes pero resultan particularmente insignificantes si se les compara con una trampa mayor, y que consiste en «creerse inmunizado», es decir, en pensar que no se caerá en ningún conflicto porque se poseen conocimientos adecuados y se tienen actitudes contrarias. Cf. M. GALLO, *La empresa familiar*, Ediciones Folio, Barcelona 1997, pp. 17-22.

⁴⁵ Cf. Un análisis del tratamiento de los diferentes conflictos personales y profesionales que pueden presentarse en la empresa familiar puede encontrarse en E. PRESS, *Empresas de familia...*, cit., pp. 103-134.

⁴⁶ La gestión de la empresa familiar no se debe realizar como la gestión cualquier empresa tradicional (ordinaria o común). Si esto fuera así, el éxito de la empresa se lograría con resolver los problemas de manera tradicional. Y para ello sería suficiente revisar la literatura especializada sobre particular. Una apreciación bastante sistematizada sobre el particular puede encontrarse en P. NAVARRO (ed.) *Liderazgo y recursos humanos. Análisis del comportamiento organizacional*, Bresca Editorial, Barcelona 2010.

la sociedad el cónyuge suele ser al mismo tiempo padre, gerente y accionista; y el hijo es a la vez director comercial, consejero y hermano⁴⁷.

En este escenario, el conflicto organizacional típico entre el gerente y director comercial, toma una nueva dimensión derivada de los lazos de parentesco que agregan factores emocionales a los estrictamente profesionales⁴⁸, dejando de lado el aspecto puramente técnico.

La situación de conflicto surge cuando se confunden los roles empresariales y los roles familiares, y se carece de un objetivo común que, en la toma de decisiones, resulte priorizado respecto de los objetivos personales. La solución de estos conflictos internos por la idónea vía del acuerdo presenta especiales dificultades debido, fundamentalmente, al componente emocional del conflicto y a la confusión de intereses, por lo que es aconsejable la resolución de los conflictos mediante sistemas alternativos al judicial⁴⁹. De este modo, la persona u órgano encargado de resolverlos puede manejar conceptos, intereses y posiciones, no solo de carácter general, empresarial o comercial, sino también personales y familiares.

Con referencia a la actual legislación de las sociedades mercantiles españolas, la profesora Martínez-Moya explica algunas de las formas que puede tomar un conflicto al interior de las sociedades familiares y señala como conflictos típicos los siguientes: falta de disposición a la celebración de juntas universales⁵⁰; solicitudes de convocatoria de Junta General extraordinaria con extravagantes puntos del orden del día que los administradores se ven obligados a complementar, so pena de verse expuestos a un procedimiento de

⁴⁷ La profesora Ana Fernández Tresguerres sostiene que la interacción de los diferentes elementos de la empresa familiar generan problemas de confusión y que de no ser resueltos conducirían a un eventual deterioro de las relaciones en particular y de la empresa familiar en general. Sobre el particular se puede consultar A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Esquema para la redacción de un protocolo familiar*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 19 (2002), pp. 161-167.

⁴⁸ Esto sucede así porque los miembros de la familiar tienden a interactuar de la misma manera y bajo los mismos patrones que se dan en la familia, con independencia de los escenarios en que se encuentren.

⁴⁹ Las mayores causas de mortandad de este tipo de empresas se originan en los conflictos familiares. Más detalle del tratamiento de este tipo de conflictos se puede encontrar en F. NOGALES LOZANO, *Empresas familiares...*, cit., p. 19.

⁵⁰ En este supuesto, toda reunión de la Junta General pasa, de ser celebrada de manera informal y sobre la base de adopción de acuerdos en por consenso, a tener que ser convocada formalmente, lo que supone mayores inconvenientes y costes si, además, por la forma social elegida o por la falta de previsión estatutaria al respecto, la sociedad ha de acudir a la publicación de anuncios en periódicos y BORME (artículo 173 de la LSC).

convocatoria judicial⁵¹; ejercicio excesivo del Derecho de información en la Junta General, sometiendo a los administradores a extensos cuestionarios, antes y durante la celebración de la Junta, generando tensión entre los intereses de la sociedad y el de los propios socios⁵²; sistemática solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta General forzando la intervención del fedatario público en las reuniones, con el consiguiente coste económico y de gestión de su celebración⁵³; nombramiento de auditores en los casos en los que la sociedad no tiene la obligación de verificar sus cuentas anuales⁵⁴, etc. En la mayoría de estos casos, según señala la profesora citada, el conflicto suele desembocar en sistemáticas impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por la mayoría que difícilmente podrán ser resueltas de forma completamente satisfactoria⁵⁵.

Los tribunales procuran resolver la realidad extra societaria que subyace en el conflicto de la forma más adecuada, para lo que recurren a figuras tales como el abuso de Derecho, la buena fe, el levantamiento del velo, entre otras. Sin embargo el resultado no siempre es eficiente⁵⁶.

La adopción de un protocolo familiar que regule los aspectos organizativos y de funcionamiento de la empresa familiar puede paliar algunos de estos problemas. Por ejemplo es posible plantearse la planificación de los órganos de gobierno, pasando por el acceso a los puestos de trabajo de miembros de la familia o externos a ella, o prever medidas económicas para hacer frente a posibles situaciones que se planteen. Así, también se puede planificar el funcionamiento de la familia mediante el llamamiento a reuniones periódicas de la asamblea familiar con todos los miembros de la familia para tratarse, unir lazos y pasar ratos agradables juntos. O, en todo caso, se pueden establecer cláusulas testamentarias para la sucesión de la empresa familiar, o modelos de capitulaciones matrimoniales que prevean el régimen económico matrimonial y situación patrimonial en

⁵¹ Art. 168 y 169 de la LSC.

⁵² Art. 196 y 197 de la LSC.

⁵³ Art. 203 de la LSC.

⁵⁴ Art. 265 de la LSC y 359 del RRM.

⁵⁵ Cf. M. MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, *La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario*, en M. SÁNCHEZ RUIZ (coord.) *et alii*, *El régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010, pp. 203-225.

⁵⁶ Sobre el particular, la Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar propone tres interesantes métodos como mecanismos alternativos para la solución de conflictos en las sociedades de carácter familiar en los que no se cuenta con el adecuado consenso familiar, sosteniendo como ventajosa la posibilidad que la empresa familiar recurra a los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos. Cf. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la...* cit., pp. 93-102.

caso de ruptura del matrimonio. Para ello es importante distinguir los elementos personales y los elementos objetivos, tales como los instrumentos o acuerdos con contenidos dirigidos a la prevención y solución de las disputas empresariales que a su vez permiten configurar las funciones y requisitos de los elementos personales⁵⁷.

Estas son algunas de las funciones del protocolo cuyo detalle explicaremos más adelante. En las empresas familiares tiene especial importancia la adopción de métodos por el cual las disputas suscitadas dentro de ella se solucionen eficazmente⁵⁸.

En el caso de las sociedades mercantiles, el protocolo permite prever instrumentos para gestionar los conflictos diferentes de los establecidos por el Derecho de sociedades. La característica del protocolo es, por tanto, la variabilidad de opciones que permite su contenido. Por ejemplo, en el protocolo puede designarse el nombramiento de un Consejo de Familia y distinguirlo como el máximo órgano de gobierno que, al mismo tiempo, desarrollará las funciones de nexo del grupo familiar con el órgano social encargado de la administración⁵⁹.

Todas estas cuestiones fueron tratadas en el Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado, donde se reconoció la existencia de una íntima conexión entre el protocolo familiar y la sucesión en la empresa familiar debido a que ello materializaba la necesidad de prever con anterioridad la planificación estratégica de la empresa a fin que afronte con éxito situaciones como el cambio generacional, la búsqueda del consenso en el ámbito de la familia y en el propio ámbito empresarial⁶⁰.

⁵⁷ Cf. P. DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, *El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar*, en «Documento de trabajo Seminario permanente de Ciencias Sociales», 11 (2009), pp. 5-10.

⁵⁸ En los conflictos de familia, la mediación constituye una herramienta muy eficaz que permite resolver los conflictos que se producen entre sus miembros de una manera no rupturista, sino tendiente a la recreación de vínculos y al asentamiento de bases para una convivencia respetuosa. Por ejemplo, en los casos de la separación de pareja, la mediación apunta a que esta ruptura no se traduzca en un rompimiento de la familia, sino sea ella misma la que genere una nueva organización familiar sobre la base del respeto y el entendimiento. Sobre el particular cabe resaltar el trabajo de A. GARRIGA ALSINA Y J. MARTÍNEZ, *Las secuelas del divorcio: los efectos sobre los hijos a la luz de la sociología empírica*, CEU Editores, Madrid 2009, pp. 35-58; y también en M. GARCÍA LONGORIA SERRANO Y A. SÁNCHEZ URIOS, *La Mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares*, en «Portularia: Revista de Trabajo Social» 4 (2004), pp. 261-268.

⁵⁹ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, Y J. CALERO ARTERO, *La empresa familiar...*, cit., pp. 27-35.

⁶⁰ Cf. J. QUIJANO GONZÁLEZ, *Informe de la Ponencia...*, cit., pp. 379-380.

Cuando el protocolo no se haya anticipado a alguna de las situaciones es útil que, al menos, haya previsto mecanismos alternativos a la vía jurisdiccional para solucionar las discrepancias.

En tal sentido, las recomendaciones respecto de la forma de esto último al interior de la empresa familiar -cuando los socios están dispuestos a solventar las desavenencias de forma que la gestión de la empresa no se afecte- es la siguiente:

«En primer lugar al Consejo de Familia, si no hubiere posibilidad de solución podría acudir a la intervención de un Mediador la vez que puede solicitarse un Experto independiente para informar de algún extremo. Es habitual la existencia de pacto en el protocolo familiar mediante el cual los firmantes se comprometen a resolver sus conflictos con la intervención de un mediador y en última instancia a la decisión arbitral. Si a través del consejo de familia se ve imposibilitado la solución a un conflicto es importante seguir con un sistema de mediación con la finalidad de buscar una solución y si tampoco se encuentra, acudir al arbitraje⁶¹.

Para los tipos de sociedades familiares objeto de este trabajo -entiéndase la SAC y la sociedad de responsabilidad limitada- una de las opciones viables para solucionar los conflictos es el arbitraje. También es importante que el protocolo prevea estos mecanismos de solución, los cuales deben formar parte de la solución de controversias, debiendo ser respetados por los socios y no ser apelable⁶². Este sistema alternativo de solución de conflictos cumple una función relevante en la medida que la dinámica propia de estas sociedades se articula para combatir los posibles antagonismos de las situaciones de conflicto a fin de mantener ese clima de armonía y confianza mutua⁶³, tan indispensable para el óptimo desenvolvimiento del grupo humano familiar donde prima el acentuado carácter personal y la búsqueda de intereses comunes entre los socios⁶⁴.

4. La empresa familiar y las sociedades de capital.

En el marco de las relaciones económicas familiares, es posible afirmar que las sociedades de capital son una forma óptima para la organización de la empresa familiar.

La literatura económica especializada utiliza el término «empresa familiar» para referirse indistintamente a este fenómeno. En materia jurídica con mayor precisión se hace

⁶¹ Cf. P. DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, *El arbitraje societario...*, cit., pp. 22-23.

⁶² Cf. P. LEACH, *La empresa...*, cit., p. 59.

⁶³ Cf. J. RODRÍGUEZ ALCAIDE Y M. RODRÍGUEZ ZAPATERO, *El protocolo familiar. Un juego de promesas y una cascada de contratos*. Ediciones Gráficas Vistalegre, Córdoba 2007, p. 12.

⁶⁴ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, *El Protocolo Familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*, Imprenta Gofer, Madrid 2009, pp. 42-45.

referencia a las sociedades familiares. Atendiendo a esto último, el profesor Vicent Chuliá plantea la siguiente definición:

«La sociedad familiar se caracteriza por la existencia de vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad se asegura precisamente, a través de estos vínculos.»

En las sociedades mercantiles aparece la distinción entre sociedades de personas y de capitales. Un elemento diferenciador relativo entre una y otra reside en la relevancia de la condición personal y patrimonial de los socios. Mientras que en las sociedades personalistas las características personales de los socios que la constituyan tienen influencia directa en su organización, en las sociedades capitalistas este elemento es irrelevante, siendo verdaderamente importante que los socios no respondan por las deudas sociales.

No obstante, como señala el profesor Sánchez Calero este criterio de distinción es relativo en cuanto existen sociedades de capitales en las que –además– la personalidad de sus socios es determinante⁶⁵. Esto es útil para explicar por qué aun cuando en las sociedades de tipo familiar es importante la condición del socio que la integra, existe una marcada preferencia por los tipos sociales capitalistas.

En la elección de la forma societaria de una empresa familiar rige el principio de libertad de forma, de manera que cada empresario o cada familia pueden escoger alguna de las formas jurídicas que permite el ordenamiento. No obstante, atendiendo a las particularidades de los diferentes tipos mercantiles, existen determinadas cuestiones relevantes para la elección de la forma jurídica.

Legalmente no se ha consagrado un tipo social específico para la sociedad familiar⁶⁶, sin embargo, en el estudio de la empresa familiar, las formas jurídicas de organización utilizadas con mayor frecuencia son las sociedades pluripersonales de capital, en la modalidad de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima cerrada⁶⁷.

⁶⁵ Añade el autor citado que esta premisa se explica en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que regula las sociedades de responsabilidad limitada, la cual dice que éstas tienen un carácter «híbrido» en cuanto que dentro de la misma conviven elementos personalistas y capitalistas. Cf. F. SÁNCHEZ CALERO, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, *Instituciones del Derecho...*, cit., pp. 228-231.

⁶⁶ En este extremo es razonable la opinión de quienes sostienen que no es necesario configurar legalmente un tipo social específico, porque existen razones justificativas de la no necesidad de ese nuevo tipo social. Cf. J. QUIJANO GONZÁLEZ, *Informe de la Ponencia...*, cit., p. 379.

⁶⁷ Esta afirmación tiene correlación con argumentado por la DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, Centro de

La sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad con un fuerte componente personal pero en la cual no se pierde su condición de capitalista. El capital social se divide en participaciones sociales y los socios no responden personalmente de las deudas generadas. Numerosos estudios sobre el particular permiten sostener que la preferencia de este tipo societario por parte de los empresarios familiares reside en: i) Flexibilidad de sus componentes capitales y personales que permite mantener vigentes los objetivos esenciales de la empresa familiar como son la preservación del negocio y el mantenimiento del control dentro de la familia⁶⁸, ii) las menores exigencias de capital social, iii) los menores costes de constitución y mantenimiento. iv) la mayor rapidez en su constitución, eso sí, siempre que la estructura y organización de la empresa familiar en cuestión permita adaptarse a las especiales requisitos de la regulación⁶⁹. Por último, los recientes cambios normativos a este tipo social, permite añadir la rapidez como ventaja adicional.

Por su parte, la sociedad anónima -prototipo de las sociedades capitalistas⁷⁰- también constituye un modelo atractivo para los empresarios familiares. Por regla general, en este tipo social no se considera relevante las condiciones personales de los socios para integrar el capital social, sino su aportación. Dicho capital está dividido y representado en acciones. Sus socios no responden personalmente de las deudas, quedando limitada su responsabilidad al desembolso del importe de las acciones suscritas. Debido a la exigencia del capital social mayor, se trata de un tipo social más complejo. Aun así, la configuración jurídica de este tipo social también aporta singulares ventajas para los empresarios familiares que necesitan un volumen importante de recursos, ya que además de contar con

Publicaciones del Ministerio de Economía, Madrid 2003. En este documento se precisa: «por cada sociedad anónima existen cerca de seis sociedades limitadas. Esta proporción es mucho mayor si se analiza la constitución de sociedades; en la actualidad, aproximadamente, por cada sociedad anónima creada se constituyen veintidós sociedades limitadas.» Aun así, es claro que no existen formas perfectas para esta realidad empresarial, sino que cada empresa familiar debe inclinarse hacia una forma jurídica propia que acomode el régimen legal dispositivo a las propias peculiaridades. Asimismo, estas afirmaciones son uniformes en la doctrina económica y jurídica, y de ellas podemos rescatar lo detallado en F. DE LA VEGA GARCÍA, *Formas Societarias y Empresa Familiar*, en M. SÁNCHEZ RUÍZ (coord.) *et alii*, *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 28.

⁶⁸ Mediante mecanismos concretos tales como la posibilidad de incluir la desigualdad de voto, la restricción de la transmisión de la condición de socio o la regulación y reconocimiento expreso de la separación de socios, hacen de este tipo societario una forma atractiva para la mayoría de empresas familiares.

⁶⁹ M. DÍAZ GÓMEZ Y E. DÍAZ GÓMEZ, *Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de Febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares en las Sociedades Familiares*, en «Revista Pecunia», 12 (2011), pp. 16-27.

⁷⁰ F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al...*, cit., p. 176.

un capital más elevado, les permite recurrir a otras fórmulas de financiación y lograr mayor operatividad en los mercados.

Pues bien, de las sociedades anónimas familiares en general, la mayoría son sociedades anónimas cerradas que limitan la libre transmisibilidad de sus acciones a los socios, tanto por actos *inter vivos*, como por actos *mortis causa*. En general, como lo señalaba el profesor Manuel Otero Lastres, las sociedades anónimas de tipo familiar son relevantes, no por lo que la sociedad anónima es, sino por aquello que a futuro pretende ser⁷¹.

⁷¹ J. OTERO LASTRES, *Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Familiar*, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) *et alii*, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1995, pp.253-279.

CAPÍTULO 2

EL PROTOCOLO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

1. Las relaciones de la familia empresaria objeto de regulación

El protocolo familiar tiene como objeto regular las relaciones del binomio empresa-familia que se producen al interior de las empresas de tipo familiar. Lo ideal es que el protocolo sea suscrito por todos los miembros de la familia que son propietarios (entiéndase, socios) de la empresa, con independencia de que trabajen o no en ella. Esta situación se justifica porque, de ser así, se estaría ante acuerdos omnilaterales que facilitarían su ejecución en posteriores negocios jurídicos de desarrollo. Sin embargo, y aun cuando la conclusión del acuerdo por todas las partes suele encontrar dificultades, tras buenas estrategias de negociación es posible plantear este escenario⁷².

Con el desarrollo del modelo de los «tres círculos», importado de la doctrina económica, es posible identificar varios tipos de relaciones, al interior de la empresa familiar, en función de los sujetos que intervienen en ellas⁷³. Estos sujetos son los siguientes:

- Miembros de la familia que son propietarios y trabajan en la empresa.
- Miembros de la familia que son propietarios pero no trabajan en la empresa.
- Miembros de la familia que no son propietarios pero que trabajan en la empresa.
- Miembros de la familia que no son propietarios y no trabajan en la empresa.

⁷² Cf. E. J. POZA, *Empresas...*, cit., p. 27.

⁷³ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ Y A. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar...*, cit., pp. 19 y ss.

- Propietarios de la empresa que no son miembros de la familia y tampoco trabajan en la empresa.
- Propietarios que no son miembros de la familia pero trabajan en la empresa
- Empleados de la empresa que no son miembros de la familia y no son propietarios.

Este panorama refleja las interacciones de los diferentes grupos de interés al interior de la empresa familiar poniendo de manifiesto que estas relaciones, más allá de estar reguladas en el contrato de sociedad o en los estatutos sociales (para las sociedades mercantiles), necesitan ser reguladas a través del protocolo familiar.

Una situación especial, que llama particularmente la atención, es la del socio futuro y su posibilidad de vincularse a los acuerdos del protocolo familiar como consecuencia de haber adquirido acciones o participaciones de la sociedad. Algún sector de la doctrina sostiene que, dado el carácter voluntario del protocolo, no es posible admitir que la incorporación del socio a la sociedad implique también su incorporación al protocolo, pues de ser así, se estaría desconociendo su autonomía privada. En tal sentido, sólo será posible que el socio entrante, en algunas situaciones, pueda exigir a los firmantes el cumplimiento del protocolo⁷⁴.

2. Algunas nociones conceptuales para la comprensión del protocolo familiar.

2.1. Confluencia de elementos económicos y jurídicos para una definición del protocolo familiar.

Como se puede apreciar, en el protocolo familiar se mezclan supuestos económicos y no económicos, jurídicos y no jurídicos, familiares y no familiares. Y ello, justamente con la intención de alcanzar el objetivo de mantener las relaciones familiares más allá de las relaciones empresariales⁷⁵. Esto pone de manifiesto que el protocolo, tal como sucede con la empresa familiar, es un concepto importado de las ciencias económicas, por lo cual, para poder formular una definición, será necesario primero recurrir a su estudio en ese ámbito.

En el plano económico, los especialistas reconocen que el protocolo familiar es un instrumento en el cual se pueden regular aspectos de funcionamiento de la empresa familiar

⁷⁴ J. DE ARQUER ARMANGUÉ, *La Empresa...*, cit., p. 21.

⁷⁵ Cf. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 12.

tales como los relacionados con la planificación de los órganos de gobierno, el funcionamiento de la familia, la posición de sus miembros sobre algunos aspectos de los estatutos de las sociedades, etc. La creación de un protocolo familiar constituye un mecanismo de ayuda para que la empresa familiar funcione y, de esta forma, se aprovechen las ventajas de una estructura familiar sin perder su objetividad⁷⁶.

Los aspectos económicos que se predicen del protocolo familiar radican esencialmente en su capacidad organizativa para estructurar las relaciones al interior de la empresa. En este sentido es particularmente importante que el protocolo se fundamente sobre los principios de la administración de recursos humanos. Desde una perspectiva no jurídica Miguel Ángel Gallo define el protocolo como un conjunto de principios orientados a desarrollar el «amor» de los miembros de la familia por el proyecto empresarial común, y un conjunto de regla destinada a desarrollar la «confianza» de unos y otros y en la forma como se está gobernando y dirigiendo la empresa familiar⁷⁷. Si se traslada este concepto al campo de las ciencias jurídicas, es posible concluir que el protocolo es un instrumento suscrito por los socios de las empresas familiares y que tiene como finalidad regular la organización y gestión de la misma. En este sentido, el cambio del registro lingüístico lleva a concluir que: i) ya no se alude a meros familiares, sino a socios; ii) ya no se persigue el amor o la confianza, sino la gestión y la organización.

Los acuerdos contenidos en un protocolo crean una obligación *prima facie*, en el sentido de que el firmante promitente tiene el deber de actuar lo prometido. No se trata de una mera declaración de intenciones en la que es posible reservar la libertad de cambiar de opinión, sino que se trata de un negocio institucional que no puede crearse solo por la voluntad de uno, sino de todos los firmantes⁷⁸ y en razón de ello es que el protocolo reclama relevancia para el Derecho.

La configuración de este tipo de negocio se estructura en función de dos niveles negociales autónomos pero, al mismo tiempo, vinculados. Por una parte, está el negocio

⁷⁶ Cf. C. CARBALLO CASADO, *Las sociedades holding y la empresa familiar: aspectos jurídico-sustantivos y económicos*, en J. FUGARDO ESTIVILL Y M. GARRIDO MELERO (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo V, Librería Bosch, Barcelona 2005, p. 283. Asimismo, sobre las ventajas competitivas de la estructura y organización de una empresa familiar, y sobre los errores más comunes que ésta comete puede consultarse D. BIOSCA, *Empresa y Familia...*, cit., pp. 33-58.

⁷⁷ M. GALLO, *Estructura y contenido de los protocolos familiares*, en J. AMAT Y J. CORONA, *El protocolo familiar*, Deusto, Barcelona, 2007, p. 21.

⁷⁸ J. RODRÍGUEZ ALCAIDE Y M. RODRÍGUEZ ZAPATERO, *El protocolo familiar...*, cit., pp. 29-30.

principal, que es el mismo protocolo familiar, llamado negocio base o convenio marco; y por otra, la existencia de negocios simples, los mismos que terminan por ser el resultado de la ejecución de ese negocio principal.

Tanto la doctrina jurídica como la no jurídica han llegado a reconocer que el protocolo familiar es un «acuerdo marco» o «acuerdo base» que necesita ser desarrollado y para ello recurre a otros documentos tanto del Derecho civil como del Derecho mercantil⁷⁹. Estos documentos son, a modo de ejemplo, las capitulaciones matrimoniales, el testamento o los estatutos sociales.

En este sentido es claro que las empresas de tipo familiar, además de tener los instrumentos típicos que brinda el Derecho en general, concretamente del Derecho de Sociedades, como los estatutos y los pactos parasociales, pueden tener un instrumento de gestión adicional, esto es el protocolo familiar.

2.2. Discusiones sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos contenidos en un protocolo familiar

Una de las exigencias, todavía vigentes de la empresa familiar para el Derecho en general, y para el Derecho mercantil en particular, es el reconocimiento de la eficacia jurídico-societaria de los pactos contenidos en el protocolo familiar. Si bien la regulación del protocolo mediante el RD 171/2007 ha constituido uno de los pasos más importantes en la evolución y desarrollo de la empresa familiar, todavía quedan pendientes algunas cuestiones que es importante analizar.

La explicación de la naturaleza jurídica del protocolo familiar permite reconocer, más allá de su utilidad práctica, los efectos jurídicos necesarios para su ejecución, brindando a la sociedad familiar mecanismos que contribuyan a mejorar la operatividad de sus elementos.

Para una comprensión óptima de las implicaciones jurídicas que tiene el protocolo familiar en el régimen de las sociedades de capital es necesario tomar como punto de partida las discusiones sobre su naturaleza jurídica. Se trata de una cuestión a la que, tanto la doctrina económica como la jurídica han prestado escasa atención, ya que han centrado

⁷⁹ Al respecto se puede ver J. AMAT CORONA Y J. F. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 48; y también L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa familiar y publicidad registral*, Editorial Thomson Civitas, Pamplona 2008, pp. 29-30.

sus esfuerzos en desarrollar su alcance operativo. Sin embargo, al momento de brindar una definición no existe uniformidad respecto de su esencia. Por un lado se le define como un contrato de sociedad, por otro lado se considera que se trata de un pacto parasocial y finalmente están quienes argumentan a favor de configurarlo como un negocio complejo resultado de la contratación extra estatutaria.

2.2.1. El protocolo familiar como contrato de sociedad.

La identificación del protocolo familiar con el contrato de sociedad es la postura defendida esencialmente por el profesor Luis Fernández del Pozo quien, si bien inicialmente sostiene que la autorregulación buscada por el protocolo familiar se instrumenta mediante un negocio jurídico complejo o compuesto, termina por reconocer que esta autorregulación procede un negocio «base» o «convenio marco», el cual presenta la naturaleza del contrato de sociedad, como si se tratase de una sociedad interna⁸⁰.

Antes de explicar las razones por las cuales no podría afirmarse que el protocolo familiar es un contrato de sociedad, cabe determinar qué se ha entendido sobre este segundo concepto en la doctrina mercantil.

El origen de las sociedades ha suscitado un sin número de teorías, dentro de las cuales se han planteado significativas críticas. Algunos ordenamientos jurídicos, haciéndose partícipes de alguna de éstas, han plasmado en sus normativas esta adhesión⁸¹; otros, sin embargo -omitiendo la discusión- se ha limitado únicamente a plantear cuestiones generales respecto de su operatividad⁸².

En el Derecho español, la regulación del carácter contractual de las sociedades proviene del artículo 1665 del CC en el cual se reconoce que el contrato celebrados por los socios es el punto de partida de su actividad económica. Los rasgos típicos de este contrato a los que se refiere la norma son: a) el origen negocial; b) el fin común; y c) la contribución

⁸⁰ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., pp. 47-49. Asimismo, del mismo autor, *El enforcement societario...*, cit., p. 142.

⁸¹ Tal es el caso del Derecho español, en el que se reconoce que el origen de las sociedades deriva de un contrato suscrito entre dos o más personas, admitiendo la posibilidad que en caso de sociedades unipersonales, el origen proviene de un negocio unilateral.

⁸² El art. 1 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 19 de noviembre de 1997 señala: «Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas».

de todos a la consecución de los fines comunes⁸³. En este sentido, se sostiene que además del contrato primigenio que da vida a la empresa como estructura mercantil, existe la configuración de una sociedad interna, donde se regulan las relaciones de los miembros de la familia que pertenecen a dicha empresa. Es decir se trataría de un contrato de sociedad «especial».

A diferencia de lo que sucede con éste, si bien el protocolo familiar tiene un marcado carácter contractual, sin embargo su naturaleza jurídica no se agota en esta mera consideración. La amplia gama de posibilidades que pueden pactarse en el protocolo familiar, extralimita el contenido de un típico del contrato de sociedad.⁸⁴

Aun así, lo más cercano que se puede predicar del contrato de sociedad con referencia al protocolo familiar es la creación de un reglamento de intereses y de su propia conducta. Sin embargo, el protocolo no es un contrato instrumental para mantener relaciones económicas, sino un consenso basado en la existencia de los firmantes, cuya solidez reside en la confianza y en el deseo de cooperar. Si el protocolo fuera solo un contrato, que además puede que lo sea, sería solamente válido para resolver conflictos de interés entre familiares pero incapaces de abordar cuestiones que tienen que ver con otros intereses o con los conflictos de identidad, que son los conflictos que con mayor frecuencia surgen en el seno de la familia empresaria. Por la vía contractual no es posible resolver los conflictos entre identidades de padre-hija o hermano mayor-resto de hermanos, entre otros.

Por otra parte, es claro que con la suscripción del protocolo familiar no nace una sociedad familiar, como sin embargo sucede con el contrato de sociedad⁸⁵; sino que, aun cuando se suscribe un protocolo, los socios tienen que adecuarse necesariamente a los

⁸³ Se trata de un contrato de organización con prestaciones plurilaterales autónomas cuya finalidad es regular la estructura de la sociedad, mediante la ordenación de las relaciones que surgen entre los socios que se vinculan en una empresa, así como las relaciones de éstos con terceros. El profesor Joaquín Garrigues complementa esta postura y explica que se trata de un acuerdo colectivo (negocio jurídico plurilateral) caracterizado por ser formado por varias personas que poseyendo un mismo interés actúan como una sola parte, a diferencia de la dualidad de partes que integra todo contrato. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., pp.30-47. En el derecho societario peruano este contrato se denomina «pacto social» y en la doctrina puede consultar, entre otros, D. PALMADERA ROMERO, *Manual de la Ley General de Sociedades. Un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias*, Gaceta Jurídica, Lima 2011, 2.^a ed. pp. 58 y ss.; R. BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima 2007, 7.^a ed., pp. 25-35; E. Elías La Rosa, *Derecho Societario peruano. Ley General de Sociedades del Perú*, Normas Legales, Trujillo 2001, pp. 6-8; entre otros.

⁸⁴ En el derecho peruano, la norma societaria se refiere al contrato de sociedad con la expresión “pacto social”. Cf. R. BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a...*, cit., pp. 25-35.

⁸⁵ Además, el estatuto de sociedad familiar no existe como tal, habiendo sido descartada su creación en las discusiones anteriores a la creación del RD 171/2007.

esquemas mercantiles preexistentes, sea mediante los esquemas de una SAC, de una SRL; o hasta de una SAA, si una de sus intenciones es que la sociedad cotice en un mercado de valores.

2.2.2. El protocolo familiar como pacto parasocial.

Otras de las afirmaciones que suele encontrarse entre los investigadores de la empresa familiar, sobre todo entre aquellos dedicados a estudiar su funcionamiento desde el punto de vista societario, es que el protocolo familiar, al ser un instrumento legal que está fuera de lo que pacta la sociedad en la escritura de constitución y/o en sus estatutos, es propiamente un pacto de carácter parasocial que se asimila a los pactos a que se refiere el artículo 29 de la LSC.

Esta postura ha sido defendida en la Comisión Permanente del Consejo de Estado quien mediante el Dictamen 2286/2006, de 27 de diciembre, sobre el Proyecto del RD por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares sostiene:

«Los protocolos familiares son actos parasociales, que no necesariamente han de ser convenidos por todos los socios, y en los que pueden participar terceros no socios. Señala que la publicidad de lo parasocial es eminentemente registral, a través del depósito del documento que contiene el pacto parasocial en el Registro Mercantil».

Así también, esta misma identificación es utilizada en la Exposición de Motivos del RD 171/2007 en la que haciendo referencia al contenido del protocolo, y no al protocolo en sí, se sostiene:

«Su contenido será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente sin más límites que los establecidos de carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en societario».

Excede de este trabajo, el examen de lo que son los pactos parasociales, sin embargo es importante hacer algunas anotaciones.

Los pactos parasociales son aquellos acuerdos suscritos por los miembros de una familia, entre éstos y la sociedad, o incluso con terceros con los órganos sociales, con la finalidad de regular los aspectos relativos a la organización y funcionamiento de la vida societaria y de sus intereses que se consideran trascendentales. La característica de este tipo de pactos es su no incorporación en los estatutos⁸⁶. Sin embargo, la utilidad práctica de

⁸⁶ El término parasocial fue aportado por el profesor italiano Giorgio Oppo quien propone por primera vez la denominación jurídica de *contratti pasasociali* al tomar conciencia que esta práctica se estaba convirtiendo

estos acuerdos se ve cuestionada cuando al tratar de exigir su cumplimiento, los socios se encuentran ante supuestos de nulidad o de exigibilidad y eficacia limitada.

En la doctrina mercantil, la eficacia jurídica, y especialmente societaria de estos acuerdos ha merecido una significativa evolución. Como lo señala el profesor Jorge Feliú es posible distinguir hasta tres etapas:

«En una primera etapa, se observa la evolución inicial de la sanción de nulidad al reconocimiento de su validez, si bien con una eficacia limitada (inoponibilidad). En una segunda etapa, la de reconocida validez y los esfuerzos por encontrar fórmulas para asegurar su eficacia se pasa por una progresiva viabilidad normativa de los pactos como resultado de la constatación de su influencia en el control de sociedades. Los pactos parasociales adquieren aquí un reflejo normativo muy significativo en legislaciones muy diversas pero su viabilidad se reduce a referencias indirectas en la mayoría de casos, sin que se produzca una regulación normativa de los mismos, especialmente en sociedades cotizadas. En una tercera etapa, la más reciente, se discute con intensidad la posible oponibilidad del pacto frente a la sociedad y es, por ello, precisamente que en la actualidad la cuestión despierta mayor interés»⁸⁷.

El artículo 29 de la LSC regula la oponibilidad de los pactos que celebran los socios pero que tienen carácter de reservado. Es decir, aquellos pactos que celebran los socios, fuera del contenido del estatuto, en tanto no sean comunicados, son inoponibles a la sociedad⁸⁸.

Las controversias respecto de la validez y eficacia jurídica de los pactos parasociales -identificados en términos de sinonimia con los pactos reservados- ha suscitado diversas posturas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Hasta el momento se han superado las discusiones sobre su validez; y hoy el debate doctrinal se centra en determinar el alcance de su eficacia y oponibilidad frente a la sociedad, y más aún en la posibilidad de invocar el incumplimiento de un pacto como causa de impugnación de acuerdos sociales⁸⁹.

En estos debates, es posible identificar cuanto menos dos tendencias doctrinales. Una más tradicional y otra más flexible. La primera de ellas conocida como doctrina clásica

en un mecanismo de integración e incluso de superación de la regulación legal y estatutaria de las relaciones societarias. El inicio y evolución de esta denominación se encuentra en J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid 2012, p. 35.

⁸⁷J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales...*, cit., p. 21.

⁸⁸ Esta situación es propia de las sociedades no cotizadas y que se aplica tanto para la SRL como para la SA a las que se viene haciendo alusión en los epígrafes anteriores. Tratamiento legal distinto reciben estos pactos en las sociedades cotizadas, ya que tienen un tratamiento diferenciado en los artículos 530 y ss. de la LSC.

⁸⁹ Este planteamiento exige admitir que la impugnación de acuerdos sociales será amparada cuando la dicho acuerdo haya sido conseguido desconociendo el contenido de un pacto parasocial. Cfr. J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales...*, cit., pp. 23 y ss.

en razón de la cual se niega de modo absoluto la posibilidad de oponer los pactos parasociales frente a la sociedad y frente a terceros, por lo que aquellos socios perjudicados por el incumplimiento del pacto sólo pueden recurrir a la tutela del derecho de obligaciones. La segunda postura, denominada doctrina moderna, ha configurado una opción más flexible y en virtud de ella es posible reconocer algunos efectos de los pactos parasociales frente a la sociedad. El criterio general del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido aplicar el principio de inoponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad e inadmitir, por tanto, la impugnación de acuerdos sociales sobre la base de incumplimientos de los contratos entre socios. Sin embargo, también se han dado significativos casos en los que han flexibilizado su posición y han reconocido eficacia societaria a los pactos parasociales. No obstante, en lugar de atribuir la eficacia directa de estos acuerdos se ha optado por emplear argumentos tales como el levantamiento del velo societario, la constitución de una junta universal o el abuso de derecho. De esta manera, va prevaleciendo paulatinamente la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando *todos* los socios forman parte de él⁹⁰.

Bajo este contexto, nuevamente la complejidad y trascendencia de su contenido de la configuración del contenido del protocolo familiar se convierte en uno de los principales argumentos para sostener que no se trata de un pacto parasocial.

Como se ha señalado anteriormente, a diferencia de lo que sucede con los pactos parasociales, los pactos incluidos en el protocolo no tienen la finalidad de regular la vida de la empresa familiar únicamente en los extremos de sus vinculaciones económicas. En este sentido, quienes firman y consensuan el protocolo familiar son, no sólo individuos, sino personas que se relacionan entre sí como miembros de una misma familia. Por tanto, para llegar a entender la proyección que tiene el protocolo familiar, éste debe ser visto no sólo desde la perspectiva contractual y económica sino también desde una perspectiva antropológica⁹¹.

Más todavía es perfectamente posible que, además de la existencia del protocolo familiar, los integrantes de la sociedad familiar puedan seguir celebrando pactos entre ellos,

⁹⁰ Cf. J. RUIZ-CÁMARA Y E. TORREGROSA, *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (A propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)*, en «Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez», 24 (2009), pp. 65-70.

⁹¹ Cf. J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar...*, cit., pp. 15-17.

o con la sociedad o con terceros. La variedad de los pactos parasociales pueden contenerse en el protocolo familiar, pero el protocolo familiar no es en sí mismo un pacto parasocial. Esto explicaría además porqué en la exposición de motivos del RD 171/2007 admita la posibilidad que el contenido protocolar se configure mediante pactos parasociales.

A pesar de ello, es necesario rescatar dos aspectos de los pactos parasociales respecto del protocolo familiar: por un lado, la configuración paralela del pacto respecto de la sociedad y, por otro, la posibilidad de configurar pactos omnilaterales los cuales estarán presentes en la medida en que hayan sido suscritos por todos los socios miembros de la familia y los demás socios de la empresa. En este último supuesto, a pesar de reconocerse el carácter reservado de los pactos parasociales, tal como se ha señalado anteriormente, paulatinamente va prevaleciendo la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando todos los socios participan de él. Esta afirmación también es válidamente predicable de las sociedades familiares.

Por su propia finalidad, y según se expresa en el art. 2 del RD 171/2007, es admisible que una parte del protocolo se pueda asimilar a un pacto parasocial. En este sentido, y con las dos salvedades anteriormente mostradas, se comparte plenamente la afirmación del profesor Feliú Rey⁹² para quien queda claro que no todo el contenido del protocolo familiar tiene carácter de pacto parasocial, salvo –como él mismo lo explica- que se quiera extender el concepto de pacto parasocial a cualquier pacto fuera de los estatutos, independientemente de su naturaleza y objeto.

2.2.3. El protocolo familiar como contrato marco

En la construcción jurídica de la sociedad familiar, los documentos más relevantes son: (i) los estatutos sociales y (ii) el protocolo familiar, siendo este último, sin duda, el pacto extra-estatutario más importante que habrán de suscribir los socios de una empresa familiar.

Desde la literatura económica es común definir el protocolo familiar como un contrato celebrado por los accionistas de una empresa que, al mismo tiempo, son miembros de una o varias familias⁹³. A pesar de ello, en el campo de lo jurídico, ni el RD 171/2007,

⁹² J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales...*, cit., p. 22.

⁹³ J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 9.

incluida su correspondiente Exposición de Motivos, confirma expresamente esta afirmación, sino que únicamente se ha limitado a sostener que se trata de un «conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares, respecto de una sociedad no cotizada».

El planteamiento que se defiende, si bien reconoce que el protocolo familiar tiene carácter contractual, es decir se trata de un contrato societario, su naturaleza no se agota en dicha consideración, pues su configuración resulta ser una de las manifestaciones contractuales de lo extra estatutario más importante⁹⁴.

El protocolo familiar es un acuerdo marco que regula, por un lado, las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia; y por otro, la gestión y organización de la empresa. No se trata, como es lógico, de plantear modificaciones respecto del contenido de los estatutos sociales, sino por el contrario de lograr que los socios asuman ciertas obligaciones entre sí o, en ocasiones, frente a la propia sociedad o frente a terceros. De esta manera, el protocolo delimita el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros⁹⁵. El protocolo es un acuerdo marco que necesita ser desarrollado en otros documentos como son las capitulaciones matrimoniales del empresario o sus hijos, el testamento, y los estatutos sociales⁹⁶.

Se trata de un negocio jurídico en el cual se integran negocios jurídicos típicos que son utilizados para construir el edificio general de la sociedad familiar. Esta organización exige un trabajo lento de reflexión con los miembros de la familia y la utilización, por lo general, de una serie de documentos tipificados por la práctica. Con bastante énfasis y gracia el profesor Goma Lazón respalda estas afirmaciones⁹⁷ explicando:

«El Protocolo Familiar ni por su sujeto (que no se sabe exactamente quién es), ni por su objeto (que es heterogéneo), ni por su eficacia (variada y a veces vacilante) encaja en las categorías clásicas de los contratos y choca con el derecho continental moderno».

⁹⁴ A pesar de que el profesor Fernández del Pozo sostiene que se trata de un contrato de sociedad, también comparte la afirmación de que el protocolo se configura como un contrato marco. Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 30.

⁹⁵ A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 48.

⁹⁶ Debido a esta necesidad de desarrollo, algunos autores identifican al protocolo familiar como un «negocio incompleto». Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 48. Asimismo, del mismo autor, *El enforcement societario...*, cit., p. 155.

⁹⁷ Cf. I. GOMÁ LANZÓN, *El protocolo...*, cit., pp. 670.

En tal sentido, concluye que su naturaleza responde a la de un «contrato emocional, libre poco jerárquico y poco formal, pero que está de moda».

2.3. Aproximaciones para una definición

Son muchas las definiciones que se han propuesto durante los últimos años para explicar qué es, o pretende ser, el protocolo familiar.

Ciertamente, la variedad de situaciones a las que puede referirse y la diversidad de sus posibles contenidos dificultan la elaboración de una definición con validez universal. En tal sentido, aceptando una dosis de ambigüedad, utilizaremos las nociones proporcionadas por la práctica empresarial.

Así también, en razón de las relaciones que regula, la importancia de su implementación así como la confluencia de elementos económicos y jurídicos útiles para su desarrollo es que se plantea una propuesta de definición en los siguientes términos:

El protocolo familiar es una realidad pluridisciplinaria que constituye un acuerdo o compromiso mediante el cual se organiza y gestiona la empresa familiar⁹⁸ y donde el aspecto jurídico constituye una parte fundamental para su eficacia. Este acuerdo marco regula las relaciones jurídicas de quienes lo suscriben y, además, contribuye a ordenar y planificar, de manera coherente y eficaz, las relaciones entre familia y empresa⁹⁹.

3. Configuración del alcance operativo del protocolo familiar.

3.1. Preliminar

Habiendo comprendido, aunque con ciertas limitaciones, los elementos que pueden integrar la definición del protocolo familiar, ahora es importante conocer su configuración

⁹⁸ *Ídem*, p. 655.

⁹⁹ Otros autores coinciden en señalar que el protocolo familiar es un «traje a medida» de las empresas de este tipo y por tanto, cada una debe atender a las particularidades de su configuración. Cf. D. ECHAÍZ MORENO, *El protocolo familiar...*, cit., p. 571. Asimismo, grandes referentes de la literatura del *management* reconocen que luego de la suscripción del protocolo los avances que esta situación aporta son: avances en el «clima familiar» con la creación de mayor confianza, compromiso y unidad; la profesionalización de las familias en las cuestiones propias de los negocios familiares; eficiencia en la toma de decisiones desde la óptica de la previsibilidad. Cf. R. RODRÍGUEZ DÍAZ, *El protocolo familiar: ¿Sí o no?*, Instituto Internacional Bravo Murillo, Las Palmas 2012, p. 199. Asimismo coinciden con estas afirmaciones M. GALLO Y S. TOMASELLI, *Protocolo familiar: sus resultados*, Fundación Rafael Escolá, Bilbao 2006, pp. 23-27; y también puede consultarse M. GALLO, *Ideas básicas para dirigir la empresa familiar*, Eunsa, Pamplona 2008, pp. 27-29.

operativa y analizar las posibilidades que tienen las partes para suscribir determinados acuerdos. En este sentido se propone desarrollar dos líneas de análisis. Por un lado, aquella que permita conocer la diversidad de pactos que pueden incluirse en el protocolo; y, por otro, las limitaciones a las cuales está sujeta la autonomía de las personas que celebran dichos pactos.

Respecto del primero se parte de la premisa que la práctica negocial al ser tan diversa y amplia como podría serlo la imaginación del empresario, la posibilidad de suscribir acuerdos es amplia. Clasificaciones importantes y novedosas respecto de los tipos de protocolos que puede suscribir una empresa familiar se han desarrollado, sobre todo, en la teoría general de las empresas¹⁰⁰.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, conviene hacer algunas limitaciones a dichas clasificaciones y reordenarlas; esto, con la finalidad de plantear un escenario donde se evidencie la relación existente entre dichos pactos y la necesidad de garantizar su seguridad jurídica. Una interesante propuesta es la realizada por Ana Fernández Trasguerres-García, quien propone estándar documental para la redacción de un protocolo familiar. En esta propuesta la autora recomienda considerar aspectos relacionados con la familia y la sociedad que permitan diferenciar las esferas de poder y lograr interactuar de forma complementaria¹⁰¹. En tal sentido, es posible que en un mismo protocolo se incluyan pactos de muy distinta naturaleza y eficacia, algunos relegados a un campo meramente ético, familiar o personal; y otros, en cambio, con verdaderas consecuencias jurídicas. En este contexto es posible reconocer tres tipos de acuerdos: acuerdos menores, o llamados también «pactos entre caballeros», acuerdos con eficacia interna y acuerdos con eficacia frente a terceros¹⁰². La diversidad negocial que plantea esta clasificación permite identificar variadas posibilidades para suscribir el pacto; no obstante, es importante que al momento de la celebración se tenga en consideración no solamente los factores de carácter jurídico, sino también aquellos de carácter no jurídico, sobre todo porque aun cuando se reconoce el

¹⁰⁰ Cf. D. ECHAÍZ MORENO, *El protocolo familiar...*, cit., p. 59; A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, *El Protocolo Familiar...*, cit. pp. 19 y ss.; J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar...*, cit., pp. 32-36; M. BERMEJO SÁNCHEZ, *Gestión de Empresas...*, cit., pp. 104-113; RODRÍGUEZ ALCAIDE Y M. RODRÍGUEZ ZAPATERO, *El protocolo familiar...*, cit., pp. 26 y ss.

¹⁰¹ Cf. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Esquema para la...*, cit., pp. 161-167.

¹⁰² Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ Y A. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar...*, cit., pp. 27-28.

principio de autonomía negocial, es indispensable respetar las limitaciones que el ordenamiento plantea.

En este sentido, en la segunda línea de análisis, teniendo como punto de partida el principio de libertad contractual, derivado del reconocimiento de la autonomía privada, se formula un estudio de las limitaciones que tiene la autonomía privada y que están reconocidas en el ordenamiento no sólo del Derecho civil, sino especialmente las derivadas del ordenamiento mercantil.

En este orden de ideas se reconoce que el fundamento de la variedad negocial de los acuerdos contenidos en el protocolo tiene su fundamento en los arts. 1091 y 1255 del CC siendo dichas normas la manifestación de la capacidad de autodeterminación de las personas que en la actualidad se reconoce en el art. 10.1 de la CE. Pero al mismo tiempo, dichas normas enumeran tres límites infranqueables: la ley, la moral y el orden público. Estos mismos conceptos son utilizados en el Derecho mercantil, en el cual –con algunos matices- se plantea la posibilidad, incluso, de configurar el orden público económico y reconocerlo como un límite especial para las relaciones de esta naturaleza.

En tal sentido, bajo estas dos consideraciones el objetivo de este apartado es conocer cuál es el campo de acción que tiene la empresa familiar para organizar y gestionar su actividad conforme a las directrices proporcionadas por el Derecho.

3.2. Fenomenología de los pactos del protocolo familia como resultado de la práctica negocial.

3.2.1. Pactos entre caballeros

Algunos pactos contenidos en el protocolo familiar se asimilan a los llamados pactos entre caballeros. Durante la vigencia de las primeras empresas familiares, la eficacia jurídica de estos pactos no planteaba mayores conflictos pues, aun cuando los acuerdos no se desarrollaban en el ámbito del deber ser, su cumplimiento no era cuestionado. Sin embargo, de acuerdo al contexto en el cual actualmente se desarrolla la empresa familiar, los pactos con fuerza moral son los que menos utilidad práctica presentan al carecer de cualquier tipo de energía jurídica.

Estos pactos parecen estar excluidos del campo jurídico por lo que las partes se mueven en un terreno extralegal, simplemente no se piensa en el Derecho. Por tanto esta

parte del contenido protocolar no está destinada a ser llevada ante el juez, confiándose su respeto, no a los resguardos jurídicos, sino al descrédito familiar que afectaría a quien los incumpliese¹⁰³.

En tal sentido, estos acuerdos no generan Derechos, ni obligaciones legales, sino que únicamente establecen las pautas de comportamiento deseable y de recomendada observancia. Se trata de verdaderos «códigos de conducta» que, si bien se consideran de cumplimiento necesario, no se pueden imponer coactivamente, por lo que sus consecuencias estarían en el plano de la ética o la moral¹⁰⁴.

En algunas situaciones el contenido protocolar de estos pactos es exclusivamente descriptivo¹⁰⁵. Habitualmente, incluyen normas de conducta que la familia entiende de necesaria observancia por todos sus miembros en su quehacer diario, así como normas relativas a la ética, la filosofía y los valores que deben inculcar a los miembros de las siguientes generaciones¹⁰⁶. Un protocolo que únicamente cuente con este tipo de acuerdos no será más que una declaración de intenciones que rija el comportamiento de la familia y los miembros de la empresa, pero sin consecuencia jurídica alguna. Esta afirmación no es obstáculo para admitir, tal como lo hace el profesor Fernández del Pozo¹⁰⁷, que incluso en los protocolos estrictamente jurídicos no falte algún contenido que podríamos calificar de extrajurídico, pues es usual que los protocolos tengan contenidos de carácter axiológico, sobre todo en lo referente a los valores, fines o axiología de la empresa. En tal sentido, siguiendo la explicación del profesor Roppo es posible reconocer que estos acuerdos se sitúan así en una zona gris entre lo «jurídico» y lo «no jurídico». Son ajenos a lo «jurídico» en tanto no crean una relación jurídica en el sentido de lo regulado por el Derecho pues, en

¹⁰³ En la doctrina, el profesor Vincenzo Roppo los denomina «pactos de cortesía» y sostiene que este tipo de pactos se manifiesta particularmente al interior de comunidades esencialmente restringidas y homogéneas, caracterizadas por una fuerte comunión de intereses y valores: en particular, la comunidad de los negocios (*business community*). Cf. V. ROPPO, *El Contrato*, Gaceta Jurídica, Lima 2001, pp. 39-41.

¹⁰⁴ Este tipo de acuerdos recibe una denominación casi unánime de «códigos de conducta» en LIZÁRRAGA, L. RODRIGO Y J. BARRENA, *¿En qué consiste en Protocolo Familiar?* en «Cuadernos Norgestión», (7) 2011, p. 8., M. GALLO Y S. TOMASELLI, *Protocolo familiar...*, cit., p. 27, y J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 47.

¹⁰⁵ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Protocolo Familiar Sucesorio...*, cit., p. 62.

¹⁰⁶ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ Y A. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar...*, cit., p. 27.

¹⁰⁷ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Protocolo Familiar Sucesorio...*, cit., p. 65. Así, por ejemplo, la profesora Ana Fernández Trasguerras en su propuesta del esquema para la redacción de un protocolo ha considerado pertinente incluir acuerdos de esta naturaleza. Sobre el tema consultar A. FERNÁNDEZ-TRASGUERRAS GARCÍA, *Esquema para la...*, cit., pp.162-165.

efecto, no son contratos; pero, al mismo tiempo, pertenecen al Derecho porque la relación entre las partes está siempre regulada jurídicamente. Si, por ejemplo, el acuerdo persigue fines reprochables, el tratamiento jurídico consistirá en calificar el acuerdo como ilícito e impedir su aplicación (además, eventualmente, de sancionar a las partes). Por otro lado, si el acuerdo es lícito, se deben regular las posiciones recíprocas de los interesados, que si bien no son partes de una relación contractual, tampoco son extraños, sino que están recíprocamente involucrados en una relación intensa y calificada¹⁰⁸.

Dentro de las posibilidades de configuración de este tipo de pactos, resaltan especialmente aquellos pactos referidos a la historia familiar y a su axiología.

Los pactos referidos a la historia familiar se pretende que la familia o familias hagan una descripción de los inicios de la empresa y de los momentos más destacables de su evolución hasta el momento actual. No cabe olvidar el aspecto psicológico del protocolo que realmente es la base de su carácter vinculante, en ocasiones más eficazmente que su eventual coercibilidad¹⁰⁹. En este apartado es posible pactar diversos aspectos, entre los que es recomendable considerar: los antecedentes de la familia, las etapas desde la fundación de la empresa hasta el momento actual y la descripción de la evolución de los negocios que constituyen el objeto de la empresa.

En paralelo a ello, los pactos que contienen la axiología familiar también son importantes en la medida en que permiten identificar algunos valores destacables en el espíritu del fundador, así como otros incorporados por posteriores o actuales socios y que se consideren signos de identidad familiar. Entre los que más habitualmente se enfatiza pueden citarse: la cohesión y generosidad de los miembros de la familia, la motivación y la entrega al concreto trabajo que se encomienda a cada socio, el compromiso de preparación continua, el comportamiento ejemplar para sus empleados, familiares y clientes, valores de rectitud, puntualidad, educación en el tráfico con el personal y con los clientes, respecto del organigrama aun no siendo coincidente con la propiedad, el fomento de capacidades de trabajo, sacrificio y de ahorro personal, entre otros.

Por último, de acuerdo con el modelo propuesto por Tresguerres-García en algunos protocolos se incluyen pactos bajo la forma de cláusula de gratitud, la cual suele ser una

¹⁰⁸ V. ROPPO, *El Contrato...*, cit., pp. 41.

¹⁰⁹ A. FERNÁNDEZ-TRASGUERRES GARCÍA, *Esquema para la...*, cit., p.162.

cláusula de cierre, en agradecimiento redactado por los propios descendientes al fundador y a las personas sobre las cuales ha recaído la marcha de la sociedad. Este tipo de cláusulas, si bien tienen carácter descriptivo, claramente pueden encuadrarse dentro de este tipo de acuerdo, los pactos entre caballeros.

3.2.2. Pactos con fuerza contractual

En el protocolo familiar también se pueden incluir pactos con eficacia interna, o con fuerza contractual simple¹¹⁰. En este caso la eficacia jurídica del contenido protocolar ha avanzado un escalón respecto del anterior.

Para este supuesto, los derechos y obligaciones se rigen por aplicación de las normas referentes a los contratos en general. La eficacia de este tipo de acuerdos está restringida únicamente a los miembros de la familia que los suscriben. Se trata de acuerdos que poseen fuerza contractual, por lo que el incumplimiento de sus postulados podría solamente acarrear una sanción en el ámbito del Derecho privado.

Según lo explica el profesor Sánchez-Crespo, en esta categoría de pactos se incluyen, por ejemplo, los pactos de no realizar actividades que sean concurrentes con las de la empresa; aquellos que tienen por finalidad regular el acceso de los miembros de la familiar empresaria a puestos de trabajo en la empresa, cumpliendo determinadas condiciones; los principios de política retributiva de los miembros de la familia; la prohibición de que los miembros de la familia reciban préstamos excesivos de la empresa; las condiciones de salida de los familiares de la empresa; la incorporación o no de asesores externos a los órganos de gobierno de la empresa; el sometimiento o no de las controversias que puedan suscitar la interpretación y aplicación del protocolo familiar a un arbitraje de Derecho o de equidad, etc. A diferencia de los pactos morales señalados anteriormente, cuyo incumplimiento carecía de consecuencias legales, este tipo de pactos legitima a cualquiera de sus firmantes a acudir al auxilio de los tribunales para exigir su cumplimiento forzoso, o la correspondiente indemnización o las consecuencias establecidas en caso de incumplimiento.

¹¹⁰ El profesor Sánchez-Crespo prefiere esta segunda denominación. Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 92.

3.2.3. Pactos con fuerza y eficacia frente a terceros

Por último, como se expondrá con mayor detalle en el Capítulo 3, el protocolo también puede contener pactos que acaben generando derechos y obligaciones a personas ajenas al mismo. Dicha situación se genera por dos posibilidades, por un lado porque el protocolo puede contener pactos que deben ser incorporados a la escritura de constitución o a los estatutos; y por otro, porque al ser el protocolo familiar un acuerdo marco puede ser desarrollado mediante otras instituciones tales como las capitulaciones matrimoniales, el testamento o los mismos estatutos sociales¹¹¹. De esta manera, la protección que recibe este tipo de pactos se refuerza considerablemente, puesto que además de vincular a los firmantes del protocolo familiar, sus efectos pueden exigirse frente a terceros ante los Tribunales competentes. Tal como lo señala el profesor Sánchez-Crespo, estos pactos se caracterizan por regular, esencialmente, los aspectos corporativos de la empresa, tales como el régimen del usufructo y prenda de acciones o participaciones sociales; el régimen de transmisión de acciones o participaciones; el establecimiento de prestaciones accesorias que condiciona el acceso al capital de la empresa al cumplimiento de los pactos del protocolo; el régimen de las mayorías para la adopción de los acuerdos de la junta general y del consejo de administración, etc.

3.3. Límites de la autonomía negocial respecto del contenido de los acuerdos.

A lo largo de la historia, destacados autores han desarrollado importantes estudios sobre la autonomía privada¹¹². En lo que a su definición se refiere, muchos de ellos han coincidido en afirmar que se trata de un «poder del ser humano reconocido por el ordenamiento para autogobernarse en el ámbito de su libertad»¹¹³. Esto significa que por más rígido que sea un régimen legal, las normas jurídicas que lo integran no pueden dejar de reconocer la existencia de una esfera de la autonomía que permita al sujeto ordenar sus

¹¹¹ Cf. F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad del Protocolo Familiar (RD. 171/2007, de 9 de febrero)* en «Revista Jurídica de Cataluña», 1 (2008) pp. 51 y ss.

¹¹² Por ejemplo, L. FERRI, *Autonomía Privada*, Editorial Comares, Granada 2001; o D. ESPINA, *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid 2003.

¹¹³ El profesor Fernández Sessarego afirma que *es el ser humano, en tanto ser libre, es autónomo y es en la libertad donde radica su autonomía. Es esta libertad la que sustenta o fundamenta la "voluntad" y los demás ingredientes del psiquismo*. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*, en A. ALTERNI (dir.) *et alii, Contratación Contemporánea- Teoría general y principios*, Editorial Temis, Bogotá 2000, p. 254.

acciones y relaciones, satisfaciendo adecuadamente las exigencias que le impone su condición de ser humano integrado a la vida social.

Una de las materializaciones de dicho reconocimiento es la posibilidad de celebrar negocios jurídicos libres, eficaces, vinculantes y preceptivos¹¹⁴, teniendo como limitaciones fundamentales aquellas previstas por los diferentes ordenamientos.

El profesor Diez Picazo refiriéndose al particular sostiene:

«Se trata de una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses. Es un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegada por el mismo titular de ellas. (...) Podría definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica.»¹¹⁵

La autonomía privada en el contexto general, es una manifestación de la libertad, en su amplio contenido, entendido como un poder de autogobierno de la propia esfera jurídica, y/o de formas de reglamentar y ordenar las relaciones en las que se es parte, con la respectiva realización de los intereses¹¹⁶.

En la esfera patrimonial, la libertad contractual es una manifestación del reconocimiento de esta autonomía privada, por lo cual los diferentes ordenamientos han incorporados mediante fórmulas legales su reconocimiento; y si bien su mayor influencia se centra en el Derecho privado en general, una esfera muy particular donde este despliegue cobra mayor intensidad es en el Derecho privado patrimonial¹¹⁷.

De esta manera, los primeros límites establecidos por el ordenamiento al contenido de los protocolos familiares son aquellos derivados de las normas del Derecho civil, concretamente del Derecho de obligaciones y del Derecho de familia; y luego de las normas del Derecho mercantil, con especial referencia a las pertenecientes al Derecho societario.

En las normas del Derecho civil, el artículo 1255 del CC establece unos límites generales a la autonomía privada:

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.»

¹¹⁴A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, Editorial Ibídems, Lima 2001, 2.ª ed., p 120.

¹¹⁵No se trata simplemente de reconocer un ámbito de libre actuación a la persona, sino de algo más. No es por esto autonomía privada lo mismo que la libertad individual. Reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. Cf. L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, 5.ª ed., p. 35.

¹¹⁶L. FERRI, *Autonomía Privada*, Editorial Comares, Granada 2001, p. 7.

¹¹⁷ÍDEM, p. 20.

Este artículo enumera tres límites infranqueables: la ley, la moral y el orden público. En complemento a ello, el art. 1271 III establece que no podrán ser objeto de contrato los servicios contrarios a las leyes o buenas costumbres. Asimismo el art. 1275 señala que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

En estos preceptos se reconoce que las partes tienen libertad para contratar pero, si lo hacen, es necesario acomodar el contrato a los intereses de los contratantes sin sobrepasar los mencionados límites. Bajo estos reconocimientos se constituye una de las libertades económicas por excelencia, la libertad contractual, sobre la cual se fundamenta el Derecho patrimonial. Resulta interesante ver cómo la fórmula legislativa escogida, a la vez que reconoce que los sujetos pueden celebrar contratos en la forma que estimen conveniente, establece como límites expresos de dicha libertad tres ejes fundamentales: las leyes, la moral, el orden público¹¹⁸.

Estos límites tienen especial incidencia en el aspecto institucional que tiene el protocolo, pues si bien las partes pueden pactar aquello que estimen conveniente, su libertad queda legítimamente condicionada.

Así también, al ser el objeto del protocolo la regulación de las relaciones de familia, queda claro su contenido ético, el cual imprime un matiz particular y propio del sistema familiar. No se está, pues, ante relaciones jurídicas puramente económicas, sino también ante relaciones vinculadas al aspecto personal.

En las relaciones de carácter económico que surgen entre los cónyuges, se observó claramente una tendencia dirigida a la consecución de la igualdad entre los esposos y la ausencia de tratamiento discriminatorio. Actualmente, a nivel constitucional esto se reconoce en el art. 32.1 de la CE. Y, en este sentido, también es importante reconocer como

¹¹⁸ Sobre el concepto de orden público se han dado variadas definiciones, habiendo sido común asimilar el concepto de Imperatividad al de orden público. Cf. F. VIDAL RAMÍREZ, *Orden Público y nulidad virtual del acto jurídico*, en *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar*, Universidad de Lima, Lima 1990. Sin embargo, el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas. Cf. L. LUCA DE TENA, *Reforma del Título Preliminar del Código Civil*, en *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*, Gaceta Jurídica, Lima 1988, p. 6. En efecto, el concepto de «norma imperativa» debe ser identificado con el de «norma insustituible por la voluntad de los particulares», mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de «orden público». El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público. El orden público, es el conjunto de principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de Derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas).

límite del contenido protocolar la obligación de respetar este principio cuando los cónyuges contraen matrimonio y deciden incorporarse o formar una empresa familiar.

Una de las manifestaciones de las relaciones de carácter contractual entre los cónyuges son las capitulaciones matrimoniales en las cuales éstos tienen garantizada el reconocimiento de su libertad para pactar las condiciones sobre su régimen económico. Con mayor precisión, el artículo 1328 del CC señala:

«Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de Derechos que corresponda a cada cónyuge.»

Este postulado pretende garantizar que los acuerdos contenidos en las capitulaciones matrimoniales no infrinjan el principio constitucional de la igualdad entre los cónyuges, por lo cual se le plantean ciertas limitaciones. Bajo esta premisa, también es admisible reconocer como complemento la importancia del artículo 1335 del CC referido a la nulidad de cualquiera de los pactos que contravengan los límites, afirmando que los efectos serán los de una nulidad parcial, manteniéndose la validez de las disposiciones restantes y sin perjuicio de los terceros de buena fe¹¹⁹.

Las limitaciones derivadas del Derecho de familia, además tienen que ver con el ejercicio arbitrario o abusivo de la autonomía privada versus los intereses de la familia creada por el individuo, por lo tanto al ser el protocolo un instrumento de trascendencia social pero con implicancias en las relaciones familiares las limitaciones impuestas por estas últimas son plenamente admisibles.

Por otro lado, en Derecho de sucesiones también es posible reconocer algunas limitaciones a la autonomía privada que al ser trasladadas a nuestro campo de estudio, resultan válidas para limitar la libertad protocolar. Esto es así porque en el protocolo familiar se pueden incorporar pactos de naturaleza sucesoria que puedan garantizar la continuidad de la empresa, sin embargo el contenido de dichos pactos no debe extralimitar las exigencias propias de esta rama del Derecho, sobre todo si se reconoce que desde el punto de vista negocial, es estrecho el margen que el ordenamiento concede a la autonomía, particularmente de los testadores¹²⁰.

¹¹⁹Art. 1335 del CC reconoce que la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos y las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe.

¹²⁰ Con excepción de aquellos ordenamientos donde se reconoce la libertad de testar como regla general.

En este sentido, si bien éstos son dueños de gobernar la sucesión¹²¹ de acuerdo a sus intereses más legítimos, cuando la propia ley contiene normas interpretativas aisladas es necesario respetar dicha imperatividad, con lo que será importante considerar que el art. 737 del CC declare ineficaces aquellas cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras.

En complemento a ello, deberá prestarse atención a lo regulado en el art. 1056 del CC en el cual se pone como límite de cualquier disposición testamentaria la legítima de los herederos forzosos, incluso cuando el testador en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia quiere preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital ante lo cual deberá disponer que se pague en metálico su legítima a los demás interesados¹²².

Propiamente en la materia que se viene desarrollando este estudio, el Derecho de sociedades también plantea algunas limitaciones. Sobre esto cabe partir de la premisa contenida en el art. 28 de la LSC en cual se determina el alcance de la autonomía privada de los socios y se señala:

«En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.»

Esto significa que si bien los socios pueden celebrar diversos acuerdos e incorporarlos en escritura y en los estatutos, el ordenamiento plantea dos limitaciones en específico, por una parte la ley, entiéndase LGS, y por otra los principios configuradores del tipo social. El primer límite se trata de los principios implícitos en la norma. Estos principios limitan la autonomía de la voluntad, tanto las cláusulas o pactos materialmente corporativos, como en las cláusulas o pactos no corporativos, pues con su incorporación a la escritura y a los estatutos se pretende que rijan la vida de la sociedad vinculando a ésta y a los socios con lo que tales principios actuarían para impedir que por la vía de dichos pactos se pretende desvirtuar lo que caracteriza la forma societaria concreta.

¹²¹ Art. 658 del CC.

¹²² Existe abundante bibliografía sobre la elección del sucesor en la empresa familiar empresarial, entre las que podemos destacar el trabajo de J. EGEA FERNÁNDEZ, *El protocolo familiar...*, cit., pp. 1-36 y de A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, Y J. CALERO ARTERO, *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil –matrimonial y sucesorio-, societario y fiscal*. Editorial Comares, Granada 2000, pp. 145-162. Con especial atención y cuidado en la regulación también es importante el trabajo de L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Protocolo Familiar Sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil catalán*, en «Revista de Derecho de Mercantil», 284 (2012), pp. 53-101.

A pesar de ello resulta incuestionable la trascendencia que tiene para los miembros de una sociedad, la facultad de hacer uso de su autonomía a través de los estatutos sociales. El interés de esto reside en la capacidad de incorporar a los estatutos y brindarle la correspondiente publicidad proporcionada por el acceso al registro mercantil a, aquellos pactos o cláusulas lícitas¹²³.

En Derecho mercantil, en particulares ocasiones la jurisprudencia ha hecho referencia al concepto de «orden público económico» y ha señalado que dicho concepto estaría constituido por los principios e instituciones que constituyen la estructura del ordenamiento jurídico español en este ámbito, en la medida que se conectan con los principios generales e instituciones jurídicas sobre los que se asienta.

En las sociedades de tipo familiar, es claro que los estatutos sociales habrán de jugar un papel esencial en su configuración, por lo que si bien se goza del principio de autonomía estatutaria, es necesario internalizar estos mismos límites para la configuración del protocolo familiar.

Entonces, si bien el ordenamiento reconoce la facultad de los socios de regular sus relaciones patrimoniales, primero reconociendo la libertad contractual y luego admitiendo la libertad estatutaria, es lógico que los límites de esta autonomía negocial se enfoque desde dos perspectivas, una desde el Derecho civil, y otra desde el Derecho societario. Más todavía, en el caso de los límites de esta autonomía negocial para establecer acuerdos en el protocolo familiar, las consideraciones deben ser analizadas con mayor precisión y considerar las cualidades propias de la empresa familiar. En este sentido, se propone tener en consideración, por un lado la imperatividad sustantiva derivada de las normas del Derecho civil; y por otro la imperatividad tipológica derivada de las normas del Derecho mercantil, con especial referencia en el Derecho societario.

¹²³ Claro está porque estas cláusulas estatutarias, tras su inscripción el Registro Mercantil se presumen exactas y válidas de modo que pueden hacerse valer frente a cualquier persona quien no podrá alegar su desconocimiento, y podrán ser opuestas frente a terceros de buena fe desde su publicación en el BORME. Estas consecuencias jurídicas se derivan de la interpretación del art. 20.1 del C. Com. que a tenor refiere: «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; y del art. 21.1 del mismo cuerpo normativo que prescribe: «1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el «BORME». Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción». Sobre este punto, mire la exposición de motivos del RD, donde afirma: “Este último caso será el único que suponga un efecto de publicidad material y no mera publicidad noticia”.

CAPÍTULO 3

LA EJECUCIÓN Y EL DESARROLLO DEL PROTOCOLO FAMILIAR EN EL ÁMBITO SOCIETARIO.

1. Régimen jurídico de las sociedades mercantiles

1.1. La escritura de constitución y los estatutos sociales en las sociedades de capital

La constitución de una sociedad importa la creación de un ente que está en la posibilidad de crear relaciones jurídicas, específicamente relaciones contractuales. En este contexto, la formación de sociedades mercantiles es un acto solemne que, según las disposiciones normativas, debe constar en escritura pública¹²⁴. Se trata de un documento público otorgado ante notario cuyo contenido esencial es la declaración de voluntad de los socios dirigida a constituir una sociedad de capital, del tipo elegido.

En otros ordenamientos societarios, esta voluntad manifestada de los socios se conoce con el nombre de «pacto social»¹²⁵. Esta denominación resulta más amigable en tanto permite apartar de las semejanzas fonéticas del concepto «escritura pública» y confundirlo con el de «escritura de constitución» a fin de poder distinguirlo con mayor claridad. De esta manera resulta fácil reconocer que dicho pacto social –entiéndase «escritura de constitución»- se inserta en la escritura pública a fin de iniciar el proceso. Es la escritura de constitución, formalizada mediante escritura pública, el primer paso trascendente en la constitución de la sociedad, en el cual los socios declaran su voluntad común de crear una sociedad para el desarrollo de sus actividades. La sola celebración del pacto social -«escritura de constitución»- no constituye *per se* la sociedad. En tal sentido, si

¹²⁴ Art. 20 de la LSC.

¹²⁵ Art. 5 I de la LGS de Perú.

los miembros han elaborado la escritura de constitución, pero ésta no ha sido elevada a escritura pública, se trataría de un acto preparatorio de sociedad¹²⁶, pero jamás de una sociedad¹²⁷.

El art. 21 de la LSC reconoce que la escritura debe ser otorgada por los socios fundadores, sean personas físicas o personas jurídicas, de manera que asuman la totalidad de las participaciones sociales o suscriban la totalidad de acciones. De esta manera queda claramente establecido el compromiso patrimonial que cada socio asume permitiendo distinguir entre los bienes que debe entregar, el valor de los mismos y la oportunidad de entrega.

Entre otras necesidades, la Ley recoge con carácter imperativo un conjunto de formalidades y de requisitos esenciales para que las sociedades de capital organicen su estructura y administren la gestión de su actividad. En este sentido, el art. 21 de la LSC señala el contenido mínimo que debe incorporarse en la escritura de constitución afirmando que cuanto menos, ésta debe contener:

«a) La identidad del socio o de los socios, b) la voluntad de constituir una sociedad de capital con elección de un tipo social determinado, c) las aportaciones que cada socio realice, c) los estatutos de la sociedad, y e) la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.»

Una de las menciones obligatorias de la escritura pública de constitución de la sociedad de capital la constituyen los estatutos.

Los estatutos son la norma básica que ha de regir el funcionamiento de la sociedad, y delimita la posición jurídica del socio, siempre dentro de los límites de la ley. Por lo tanto, la escritura funciona como norma «constitucional» y requiere el acuerdo de los socios, que a su vez alcanzará también a los estatutos contenidos en la escritura¹²⁸.

¹²⁶ J. GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 169.

¹²⁷ A diferencia de ello, en la Ley General de Sociedades peruana se reconoce expresamente que la celebración del contrato de sociedad, pacto social, o escritura de constitución que no ha sido debidamente formalizada constituye un supuesto de sociedad irregular. El art. 493.1 de la LGS peruana señala: «Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En cualquier caso, una sociedad adquiere la condición de irregular: 1. Transcurridos sesenta días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución».

¹²⁸ Cf. C. BOLDÓ RODA Y J. CARLOS GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *Sociedades de capital. Principios. Fundación. Financiación*, en J. DE LA CUESTA RUTE (dir.) *et alii*, *Derecho Mercantil*, Huygens Editorial, Barcelona 2011, pp. 165-193.

Fundamentalmente, los estatutos regulan dos tipos de relaciones; por un lado, las relaciones de la sociedad con terceros, por otro las relaciones entre los socios respecto de sus Derechos y obligaciones dentro de la sociedad. La elaboración del contenido de los estatutos se encuentra orientada por el principio de autonomía privada reconocida en el art. 28 de la LSC por el cual se reconoce que los socios podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen convenientes establecer, no obstante deben respetar el límite de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido. De esta manera el ordenamiento permite que los socios puedan adoptar aquellos acuerdos que consideren que se adaptan mejor a su interés y a las necesidades de la sociedad, teniendo en cuenta estos dos límites.

En los estatutos han de constar una serie de menciones obligatorias recogidas por la Ley. El art. 23 de la LSC especifica el contenido del estatuto y se señala que en él deben incorporarse:

«La denominación, el objeto social, el domicilio social, el capital social, el modo de organizar la administración y el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.»

La denominación de la sociedad, la misma que será libremente escogida con la salvedad que no coincida con la denominación de otra sociedad preexistente¹²⁹. Completando las disposiciones de la ley se imponen determinadas prohibiciones afectantes a la composición de éstas: i) prohibición general de incluir en la denominación términos o expresiones contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, b) prohibición de denominaciones oficiales, c) prohibición de denominaciones que induzcan a error. Asimismo, se sienta el principio de unidad de denominación, estableciendo que las sociedades sólo podrán tener una denominación; y señala también que no podrá adoptarse una denominación objetiva que no esté incluida en el objeto social. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada como parte de la denominación deberá figurar necesariamente la indicación «Sociedad de Responsabilidad Limitada», «Sociedad Limitada» o sus abreviaturas «S.R.L.» o «S.L.»¹³⁰; y en el caso de la sociedad anónima

¹²⁹ Para comprobar dicha inexistencia debe aportarse una certificación de que no existe denominación igual ya inscrita Art. 398-419 del CC.

¹³⁰ Art. 6.1 de la LSC.

deberá figurar la indicación de «Sociedad anónima» o su abreviatura «S.A.»¹³¹. Los otros tipos sociales también tienen especificidades en este sentido¹³².

En el caso del objeto social, se exige que éste deba ser descrito con claridad y precisión determinando las actividades que lo integran¹³³. Para ello es necesario tomar en consideración las reglas generales establecidas en la misma norma. Esto implica que la norma reconoce que los fundadores pueden establecer libremente la actividad o actividades que hayan de integrar el objeto social, siempre que respetando el art. 1255 del CC no sean contrarios a la ley, orden público y buenas costumbres. La delimitación del objeto es relevante, pues, entre otras funciones, delimita el ámbito del poder de representación de los administradores¹³⁴, aunque no suponga una limitación a la actividad social. No se trata de un objeto definitivo ni inmutable. En cualquier momento, posterior a la constitución, respetando las normas establecidas puede sustituir por otro el primitivo objeto o introducir en él modificaciones. En tal sentido, su precisión debe ser tal que ante su sustitución se permita la separación del socio disidente¹³⁵.

Por lo que respecta al domicilio la LSC reconoce una cierta libertad al establecer que la sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su administración y dirección, o en el que radica su principal establecimiento o explotación¹³⁶. Para el supuesto en que se produzca diferencia entre el domicilio registral y el que correspondería conforme lo expuesto los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos¹³⁷.

Asimismo la Ley ordena que en los estatutos que rijan el funcionamiento de la sociedad se haga constar, entre otros datos, el capital social. Esta es una exigencia común a todas las sociedades, señalándose que el importe debe figurar necesariamente en la escritura fundacional como mención inexcusable de los estatutos. Asimismo, se ha establecido la exigencia de un capital mínimo para el funcionamiento de la sociedad. En el caso de la

¹³¹ Art. 6.2 de la LSC.

¹³² El art. 6.3 señala que la sociedad comanditaria por acciones podrá utilizar una razón social con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de «Sociedad comanditaria por acciones» o su abreviatura «S. por A.»

¹³³ Art. 117 del RRM.

¹³⁴ Art. 234 de la LSC.

¹³⁵ Art. 346.1.a) de la LSC.

¹³⁶ El art. 9.2 de la LSC señala que si el principal establecimiento o explotación radica dentro del territorio español, la sociedad deberá tener su domicilio en España.

¹³⁷ Art. 10 de la LSC.

sociedad de responsabilidad limitada éste no podrá ser inferior a tres mil euros¹³⁸, y en el caso de la sociedad anónima el mínimo exigido es de sesenta mil euros¹³⁹. El importe del capital representará, así, la suma total de los respectivos valores nominales de las acciones o participaciones en las cual esté dividido.

Sobre este tema, el profesor Uría señala que es importante no confundir el concepto de capital social con el de patrimonio, pues este último es el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social. En el momento fundacional de las sociedades es frecuente que coincidan la cifra-capital y el importe del patrimonio; pero esta coincidencia inicial desaparece cuando la sociedad comienza su actividad económica, pues las vicisitudes de la empresa repercuten sobre el patrimonio de la entidad sea de manera positiva o negativa, aumentando o disminuyendo el patrimonio, mientras que la cifra del capital permanece indiferente a ello y sólo podrá ser modificada previo acuerdo social tomado con las formalidades de ley¹⁴⁰.

En complemento a lo anterior, la Ley señala que los estatutos también deben incorporar el modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren¹⁴¹, así como el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.

De acuerdo con las recomendaciones para la gestión de los negocios, es necesario que antes de elaborar el estatuto se tomen en cuenta las circunstancias actuales a fin de prevenir circunstancias futuras¹⁴². Cada sociedad, atendiendo a sus particularidades debe elaborar un estatuto distinto; sin embargo, en la práctica es común acudir a estatutos estándares haciendo ligeras variaciones. La razón fundamental de ello es que proporciona rapidez y permite agilizar algunos trámites. En algunas circunstancias, el uso de esta estandarización –no recomendada– está prevista por la misma norma la cual incorporando en su texto la referencia a estatutos estándar aprobados por el Ministerio de Justicia sostiene que se trata de una práctica útil para la constitución de determinados tipos sociales. Así lo

¹³⁸ Art. 4.1 de la LSC.

¹³⁹ Art. 4.2 de la LSC.

¹⁴⁰ R. URÍA, *Derecho...*, cit. p. 234.

¹⁴¹ En este extremo la Ley precisa que si se trata de sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos. (art. 20.1).

¹⁴² Sobre el particular puede consultarse P. NAVARRO (ed.) *Liderazgo y recursos humanos. Análisis del comportamiento organizacional*, Bresca Editorial, Barcelona 2010.

reconoce el art. 5 del RD 13/2010, de 3 de diciembre. Sin embargo, es potestad de quienes elaboran la escritura adherirse o alejarse de ello.

Bajo tales consideraciones, la sociedad tiene dos instrumentos importantes la escritura de constitución (pacto social) y los estatutos. Se trata de dos cosas distintas aunque unos formen parte de otros. Mientras que en la primera se incluye la manifestación expresa de la voluntad de los socios, en los segundos se plasman las reglas fundamentales de la estructura y del funcionamiento de la sociedad. Sobre el particular, el profesor Joaquín Garrigues hace una interesante diferenciación entre unos y otros, y reconoce que mientras la escritura es el acto generador de la sociedad, identificado con el documento del negocio de constitución; los otros son la norma constitucional de ésta que rige la vida interna con preferencias sobre las disposiciones de la ley que no tengan carácter coactivo¹⁴³.

De manera específica hay dos las diferencias que pueden plantearse respecto de estos dos conceptos. Por un lado respecto de su finalidad, y por otro respecto de su posibilidad de reforma. Mientras la escritura de constitución tiene por finalidad recoger el contrato de sociedad, crear la sociedad y establecer una relación jurídica entre los socios; los estatutos tienen por finalidad establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. Así también en tanto la escritura de constitución necesita el acuerdo de todos los socios, la modificación de los estatutos puede acordarse según el régimen de mayorías que prevé la ley.

Todas estas consideraciones resultan de aplicación para las sociedades familiares en tanto haya adoptado la forma de sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima. Esto significa que la sociedad familiar recibe de parte del ordenamiento estos instrumentos jurídicos para su organización y gestión, pero dadas sus singularidades, es posible el diseño de otros elementos que le permiten ordenar su actividad. Este es el caso del protocolo familiar.

1.2. La inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil como requisito para su regular constitución.

En el proceso formativo de la sociedad, existen dos etapas que se diferencian claramente: 1) La constitución de la sociedad mediante la escritura pública, tal como vimos

¹⁴³ J. GARRIGUES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 422.

al comentar las líneas anteriores; y 2) la adquisición de su personalidad desde su inscripción en el Registro. Son momentos distintos. La sociedad ya está fundada, creada, constituida, desde que los socios han firmado la Escritura Pública; pero para que adquiera personalidad jurídica, para que sea sujeto de derecho con todas las atribuciones que a ella corresponde, precisa su inscripción registral. En este apartado es indispensable analizar este segundo momento.

El Registro Mercantil es una institución administrativa que tiene por objeto la publicidad oficial de determinados actos y situaciones jurídicas de los empresarios en él inscritos, además de otras funciones que le han sido asignadas por Ley¹⁴⁴. La función primordial del Registro es dar publicidad legal a ciertas situaciones jurídicas de los empresarios, ya sean personas naturales o jurídicas, y a determinados aspectos de su actividad¹⁴⁵. La actividad del registro mercantil está sometida a las normas del Derecho registral protector de terceros que confían en el hecho de la apariencia del registro en las relaciones jurídico privadas o entre privados, en aras del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la CE¹⁴⁶.

En razón que la inscripción en el Registro Mercantil tiene como finalidad esencial que las situaciones jurídicas que la Ley quiere que se inscriban en él puedan ser conocidas por terceros, la publicidad de determinados hechos y acto jurídicos genera determinados efectos. En este escenario, esta publicidad legal hacia terceros tiene una importancia superior a la de otros medios de notificación, en cuanto que los actos inscritos adquieren una seguridad en beneficio de dicho tercero¹⁴⁷.

¹⁴⁴ El art. 2 del RD 1785/1996 del 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, señala sus tres objetos específicos: a) La inscripción de los empresarios y demás sujetos establecidos por la Ley, y de los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento, b) La legalización de los libros de los empresarios, el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas y el depósito y publicidad de los documentos contables y c) La centralización y publicación de la información registral que será llevada a cabo por el Registro Mercantil Central en los términos prevenidos por este Reglamento.»

¹⁴⁵ Cf. F. SÁNCHEZ CALERO, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, *Instituciones del Derecho...*, cit., p. 85 y también en F. SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona 2009, 14.ª ed., p. 83.

¹⁴⁶ El Art. 9.3 de la CE reconoce: «3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.»

¹⁴⁷ J. DE EZAGUIRRE, *Derecho Mercantil*, Thomson, Navarra 2005, 4.ª ed., p. 227-230 y también A. MENÉNDEZ Y A. ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Editorial Civitas, Pamplona 2011, 9.ª ed., p. 123.

La inscripción, en general, tiene eficacia declarativa respecto al hecho o al acto inscrito, por lo que la situación jurídica recogida en el Registro se perfecciona, por regla general, con independencia de él. Ciertamente, la inscripción produce el efecto de legitimación registral; porque es un efecto propio de la inscripción el presumir que el acto o contrato contenido en el Registro es exacto y válido.

En algunos casos, se dice que la inscripción es constitutiva, ya que sirve para dotar de eficacia a determinada situación jurídica. El Registro no se limita a dar cuenta de un acto o contrato que ha nacido con independencia de él, sino que tal inscripción es uno de los requisitos de forma esenciales para determinada situación. Esto sucede en el caso de constitución de las sociedades de capital¹⁴⁸.

Tanto en la sociedad de responsabilidad limitada como en la sociedad anónima, la inscripción en el Registro Mercantil es un requisito indispensable para su regular constitución¹⁴⁹. Así se deduce de los artículos 119 del C.Com. y 20 de la LSC¹⁵⁰. La inscripción se hará en el lugar de su domicilio de la sociedad. Sin perjuicio de ello, el ordenamiento admite la posibilidad de sociedades irregulares que aún no han formalizado su inscripción¹⁵¹ pero que operan asumiendo los socios una responsabilidad ilimitada por el desempeño de cada una de sus funciones¹⁵².

Las consecuencias lógicas derivadas de la inscripción son explicadas por el profesor Rodrigo Uría en los siguientes términos¹⁵³:

«La escritura tiene especial valor en lo que afecta al aspecto institucional de la sociedad y a las relaciones de éstas con terceros, porque sin escritura no hay posibilidad de inscripción registral, y sin inscripción no hay personalidad jurídica; por tanto no tendrán validez los contratos celebrados por la sociedad con terceras personas quedando responsables de los mismos los encargados de la gestión social que contrataron a nombre la sociedad todavía inscrita.»

¹⁴⁸ Sobre los alcances declarativos y constitutivos del Registro Mercantil puede consultarse A. MENÉNDEZ Y A. ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Editorial Civitas, Pamplona 2011, 9.^a ed., pp. 123-152; R. URÍA, *Derecho...*, cit., pp. 71-95; F. SÁNCHEZ CALERO, *Principios de...*, cit., pp. 79-85; M. BROSETA PONT Y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Tecnos, Madrid 2012, 19.^a ed., pp.122-132; F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al...*, cit., pp. 190-220.

¹⁴⁹ R. URÍA, *Derecho...*, cit., p. 79.

¹⁵⁰ Cf. Art. 119 del C. Com. y art. 20 de la LSC.

¹⁵¹ Específicamente según lo que señala el profesor Rodrigo Uría las sociedades irregulares son aquellas a las que le falta el doble requisito de la escritura pública y de la inscripción, o simplemente les falta el requisito de la inscripción. Cf. R. URÍA, *Derecho...*, cit., p. 174.

¹⁵² El art. 39 de la LSC regula algunos aspectos de la sociedad devenida como irregular y señala que cuando existe la voluntad de no inscribir la sociedad y ha transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones.

¹⁵³ Cf. R. URÍA, *Derecho...*, cit. p. 173.

Antes de efectuarse la inscripción exigida, la sociedad se considerará una «sociedad en formación» con una cierta personificación, pero únicamente completará su formación y adquirirá la personalidad jurídica propia cuando esté inscrita en el Registro. De ahí, la afirmación respecto de ciertos efectos constitutivos de la inscripción¹⁵⁴.

Este carácter, que a modo de excepción, funciona para algunos actos, reconoce en la inscripción un requisito necesario para la plena eficacia de determinados negocios jurídicos.

Las sociedades familiares, sean sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas tienen la misma exigencia de acceso al registro, con lo cual para poder adquirir la personalidad jurídica que brinda ordenamiento es indispensable cumplir este requisito. Una situación especial que vincula a las sociedades familiares nuevamente con el Registro ha surgido con la entrada en vigencia del RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Se considera que ésta es la fórmula que mejor garantiza la seguridad jurídica que debe presidir la publicidad que ofrece el Registro mercantil, en aras a la certeza de los operadores y ciudadanos sobre el marco regulatorio de la entidad.

2. La incidencia jurídico-societaria del protocolo familiar desde su concepción como pacto parasocial

El protocolo familiar tiene su origen en una práctica norteamericana conforme a la cual algunos grupos familiares ponían por escrito sus derechos y deberes recíprocos, creando un verdadero código de conducta que denominaban *family business statements*¹⁵⁵. Sin embargo, como su función constituía en regular las relaciones de los miembros de la empresa familiar, erróneamente era asimilable a los pactos parasociales o *shareholders agreements*¹⁵⁶. Esta identificación, en su momento, fue de gran utilidad porque los pactos parasociales tenían un importante respaldo jurisprudencial, ya que los tribunales -en aquel

¹⁵⁴ Asimismo el art. 33 de la LSC reconoce que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

¹⁵⁵ El origen de los protocolos familiares se encuentra fundamentalmente en los países de tradición anglosajona, donde se considera un indicador de buen gobierno de las empresas familiares. Cfr. L. LIZARRAGA, L. RODRIGO Y J. BARRENA, *¿En qué consiste el Protocolo Familiar?* en «Cuadernos NORGESTIÓN», (7) 2011, p. 5.

¹⁵⁶ En castellano, esto significa «acuerdos entre accionistas».

contexto- favorecían su eficacia, incluso garantizando su oponibilidad a terceros, siempre que quedara asegurada su publicidad legal.

Esta práctica adquiere un protagonismo destacado a partir de los años ochenta y de allí se traslada a Europa, concretamente a Francia¹⁵⁷ y posteriormente a España. En este último, la práctica empieza a desarrollarse a partir de 1991 cuando las empresas españolas crean el Instituto de la Empresa Familiar (IEF) para mejorar su fiscalidad y la organización jurídica.

En España, el protocolo familiar ha recibido el tratamiento de un pacto parasocial, por lo que en aplicación de art. 29 de la LSC su contenido no era oponible a la sociedad. En este sentido se acepta que los pactos parasociales al tener naturaleza exclusivamente obligacional son sometidos a las reglas generales del Derecho común de obligaciones y de contratos, por lo que su vigencia se limita al círculo de socios que han intervenido en su celebración y en ningún caso pueden hacerse valer frente a los restantes socios. Sin embargo, por las razones explicadas *up supra* el contenido del protocolo extralimita las posibilidades que ofrecen los pactos parasociales por lo que su identificación no era apropiada.

Superada la antigua controversia sobre si los pactos parasociales son válidos o no - actualmente es opinión pacífica que sí lo es- el debate doctrinal versa sobre su eficacia y oponibilidad frente a la sociedad y sobre la posibilidad de invocar, en ciertos casos, el incumplimiento de un pacto parasocial como causa de impugnación. Jurisprudencialmente se han presentado algunos casos en los cuales, lejos de reconocer la eficacia de los extra estatutario se utilizan otro tipo de argumentos¹⁵⁸.

Bajo tales consideraciones, y al amparo de la regulación vigente, existen dos posibilidades que tiene el socio minoritario tras firmar un pacto parasocial. Primero incorporar a los estatutos sociales todos aquellos extremos del pacto que sean posibles,

¹⁵⁷ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., pp. 19-21.

¹⁵⁸ El Tribunal Supremo, en dos sentencias de 6 de marzo de 2009 reitera la doctrina establecida en sentencias previas de 10 de diciembre de 2008 y de 5 de marzo de 2009 sobre la inoponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad, salvo que éstos hayan sido incorporados a sus estatutos. En ambos casos los recursos de casación fueron desestimados. La *ratio decidendi* de las dos sentencias desestimatorias fue que la infracción del convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado. Cf. J. NOVAL PATO, *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los Estatutos y los pactos parasociales*, Thomson Reuters, Pamplona 2012, pp. 27 y ss. Así también se puede encontrar en PÉREZ MILLÁN, *Sobre los pactos parasociales: Comentarios a la STS 1º de 19 de Diciembre de 2007 (RJ 2007, 9043)*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 31 (2008), pp. 383-398.

asumiendo el proceso de calificación registral; y segundo, establecer una cláusula penal por incumplimiento de pacto que disuada a los firmantes a adoptar algún acuerdo contrario al mismo. Bajo tales circunstancias la publicidad de los acuerdos entre accionistas o socios puede ser conveniente para dotar de efectividad a un buen número de previsiones legales orientadas a la tutela de la sociedad y del interés social.

3. Análisis del protocolo familiar como contrato societario conforme al RD 171/2007, de 09 de febrero

3.1. Preliminar

En la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar del año 2001 se puso de manifiesto que era necesario difundir entre las sociedades familiares la práctica de la elaboración de un protocolo, siendo recomendable –además– que estos protocolos sean incorporados al Registro Mercantil con las limitaciones de aquéllas cuestiones que no deban tener trascendencia en el exterior. Bajo estas consideraciones, la disposición final segunda apartado 3 de la Ley 7/2003, de 1 de abril debían establecerse las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares y en atención a ello se elabora el Real Decreto 171/2007. Este RD aporta tres grandes novedades: a) ofrece los servicios del Registro Mercantil para facilitar la difusión voluntaria del protocolo, b) incluye el protocolo familiar en la calificación de los acuerdos sociales adoptados expresamente en ejecución del mismo evitando, en lo posible, que el acuerdo pueda ser impugnado por ser contrario al protocolo, c) admite la inscripción en el Registro Mercantil.

3.2. Forma del protocolo familiar

La forma de los negocios jurídicos es la manera cómo se manifiesta la voluntad para la creación, regulación, modificación o extinción de determinadas relaciones jurídicas. Se trata del aspecto externo de la manifestación de la voluntad de quienes asumen derechos o se obligan mediante la relación jurídica que han creado.

El protocolo familiar como contrato y/o como convenio marco está sujeto al principio de libertad de forma imperante en los diferentes ordenamientos. En este sentido se reconoce como forma válida aquella que los interesados elijan para la celebración del protocolo, pero siempre que no exista norma legal que prescriba lo contrario. El ejercicio de

esta libertad en la adopción de la forma puede conducir a la utilización, incluso, de formas verbales o de formas escritas simples. El principio de libertad de forma se encuentra regulado en el art. 1278 del CC el cual señala:

«Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

Esto significa que este convenio requiere para su validez la concurrencia de los requisitos esenciales del derecho que no son otros que el consentimiento, el objeto y la causa, tal como lo exige el art.1261 del CC.:

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. ° Consentimiento de los contratantes.
2. ° Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. ° Causa de la obligación que se establezca.»

El contenido del protocolo puede ser acreditado incluso mediante documento privado aunque no fuera inscrito en el Registro, siendo esta última opción una potestad de los empresarios familiares. En la realidad, existen numerosas empresas familiares que han adoptado acuerdos respecto de la regulación de sus relaciones y que tomando conciencia de la importancia de estos acuerdos han llegado a suscribir, aun sin saberlo, verdaderos protocolos familiares.

En el RD 171/2007 que regula la publicidad del protocolo se refiere a las formas de hacer dicha publicidad, el legislador ha mostrado una marcada preferencia por la «instrumentalización pública»¹⁵⁹. Reflejo de esta afirmación son los siguientes artículos:

«5.1. El órgano de administración también podrá solicitar del Registrador mercantil, mediante **instancia con firma legitimada notarialmente**, la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo en el cual se hará constar si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral.»

«5.2. Si el protocolo familiar se hubiere formalizado en **documento público notarial** se indicará en la inscripción el Notario autorizante, lugar, fecha y número del **protocolo notarial** del mismo.»

«6.1 El órgano de administración, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, **copia o testimonio total o parcial del documento público** en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador.»

«7.1 Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su

¹⁵⁹ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa familiar y publicidad registral*, Civitas, Pamplona 2008, p. 15.

calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la **escritura pública**.¹⁶⁰»

Según lo anteriormente detallado, la preferencia por la forma pública del legislador es evidente, pues de la lectura de la norma se reconoce que si bien las empresas familiares, bajo el principio de libertad de forma, pueden suscribir protocolos familiares, si desean que dichos acuerdos accedan al Registro deben hacerlo mediante la formalidad establecida, y para ello tienen tres mecanismos: uno a través de la constancia del protocolo, otro mediante el depósito con las cuentas anuales y, otro mediante la elevación a público de acuerdos sociales en ejecución del protocolo¹⁶¹.

3.3. Elementos personales

Tal como se advirtió en el Capítulo 1 de este estudio, uno de los principales problemas con los que se encuentra la empresa familiar es su definición, y evidentemente esta no es una tarea fácil. Esto es lógico porque definir la empresa familiar importa explicar dos conceptos particularmente sensibles «empresa» y «familia». Desde la teoría económica es posible sugerir algunos elementos para comprender el concepto «empresa»; pero -así como está la regulación en derecho de familia- la definición de «familia» puede generar más de un inconveniente. Con esto, más difícil es todavía, delimitar los alcances subjetivos del protocolo familiar.

Un particular situación de la regulación de este RD 171/2007 es la delimitación que plantea en la base subjetiva de quienes pueden integrar la empresa familiar. En tal sentido, en su Exposición de Motivos se pone de manifiesto que la sociedad familiar es aquella en la 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.

A diferencia del planteamiento de la doctrina económica que defiende la utilidad de una definición amplia del concepto de empresa familiar, este Real Decreto delimita su aplicación y reconoce que la empresa familiar será aquella en la que existan vínculos de consanguinidad o afinidad. Según explica el profesor Vicent Chuliá la definición transcrita se refiere a una familia en sentido institucional, que incluyendo a las parejas homosexuales

¹⁶⁰ El resaltado es propio.

¹⁶¹ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 19.

(equiparado por el CC al heterosexual) excluye a las parejas de hecho cuyos miembros carecen de parentesco de consanguinidad y de afinidad. La inclusión de las parejas de hecho en el concepto legal de familia determina la disolución de su carácter institucional, evolucionando hacia una organización social, puramente voluntaria o de hecho que se proyecta también en el concepto de sociedad familiar¹⁶². La delimitación del concepto familia ha suscitado un sin número de controversias, por lo cual aunque se defienda la hipótesis que reconozca que la empresa familiar sólo puede ser constituida por miembros de una familia nacida del matrimonio, esta afirmación será necesaria del diversos argumentos. Más útil, aunque menos limitativa, es la otra definición aportada también por esta norma, según la cual será empresa familiar aquella sociedad de personas o de capital en la que exista un protocolo que pretenda su publicación, reconociendo –aunque de manera indirecta- que será el mismo protocolo el que determine quiénes son los miembros. En este caso, por ejemplo, se podría excluir a determinados parientes afines, como los cuñados; o hasta los mismos consanguíneos, por ejemplo, los divorciados. Varios autores han calificado esta definición como una definición neutra¹⁶³.

Ahora respecto de las personas habilitadas a suscribir el protocolo cabe señalar que lo ideal de este instrumento es la posibilidad de ser suscrito por todos los miembros que son accionistas de la empresa y que al mismo tiempo pertenecen a una familia o a un grupo familiar. Sin embargo, la regulación del RD ha eliminado este límite y ha planteado otras posibilidades¹⁶⁴.

En primer lugar, es posible que un protocolo familiar sea suscrito por una sola persona, por el jefe de familia, por ejemplo, quien -con la finalidad de garantizar la sucesión de su empresa- incluye en su testamento disposiciones relativas al ejercicio del voto inherente a las acciones transmitidas de la sociedad familiar¹⁶⁵.

En este sentido el RD 171/2007 modifica el artículo 188 del RRM y añade el inciso 5 en los siguientes términos:

¹⁶² F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., p. 56.

¹⁶³ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 19 y F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., p. 56.

¹⁶⁴ Cf. F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., pp. 51-89.

¹⁶⁵ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Protocolo Familiar Sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil catalán en «Revista de Derecho de Mercantil»*, (284) 2012, pp. 53-101.

«5. Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales.

De la misma forma, los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria si así fue establecido en el título sucesorio.»

En segundo lugar -y tal vez sea este el mecanismo más utilizado- el protocolo puede suscrito por varias personas por lo que el alcance subjetivo de este protocolo se desarrollará en función de quienes, con mayor o menor interés, participan en la suscripción. Como señala el profesor Fernández del Pozo:

«Las posiciones jurídicas más relevantes son: i) los socios de la sociedad familiar y miembros de la familia, y que además trabajan en la empresa; ii) los socios que trabajan en la empresa pero que no son miembros de la familia, iii) miembros de la familia que no son socios de la sociedad pero que trabajan en la empresa; iv) miembros de la familia que también son socios pero que no trabajan en la empresa. Normal, aunque no necesariamente, quedan fuera de su regulación las siguientes situaciones: v) trabajadores en la empresa que ni son socios, ni son miembros de la familia; vi) miembros de la familia que ni son socios ni trabajan en la empresa; vii) socios que ni son miembros de la familia, ni trabajan en la empresa.¹⁶⁶»

Con las limitaciones que la literatura del *management* presenta para respaldar las afirmaciones aquí vertidas¹⁶⁷, permítase hacer la siguiente reflexión. Si bien la teoría de los tres círculos pone de manifiesto las relaciones e intereses de las personas que interactúan al interior de la empresa familiar, esto no significa que sean ellas (en su totalidad) quienes participen de la suscripción del protocolo. A pesar que el artículo 2 del RD 171/2007 señala que el protocolo será suscrito por personas que guardan vínculos familiares, es necesario tener algunas limitaciones en cuanto a la base subjetiva.

De las relaciones generadas, tras la aplicación de la teoría de los tres círculos, será eficiente que un protocolo que sea suscrito por los socios de la sociedad que además son miembros de la familia. Lo fundamental de esto es que la sociedad que inicialmente fue familiar no deje de serlo por la llegada de terceros que toman el control. Además, si al protocolo se incorporan personas ajenas a esta situación jurídica lo conflictos ante la defensa de intereses será mayor y habrán mayores obstáculos para llegar al consenso.

Ahora bien, asumiendo cierta flexibilidad también podría aceptarse la posibilidad que el protocolo sea suscrito por: i) los socios que trabajan en la empresa pero que no son

¹⁶⁶ Como se aprecia nuevamente resulta interesante recurrir nuevamente a la «teoría de los tres círculos» para explicar en estos términos la base subjetiva del protocolo familiar.

¹⁶⁷ Pueden presentarse algunas carencias de técnica jurídica.

miembros de la familia, ii) los miembros de la familia que son socios aunque no trabajan en la empresa, y iii) socios que ni son miembros de la familia, ni trabajan en la empresa (inversionistas). Esta flexibilidad se justifica porque dada la importancia del protocolo familiar y las prácticas de buen gobierno corporativo que esto significa la admisibilidad de estos tres grupos de personas en la base subjetiva del protocolo familiar puede permitir obtener ciertas ventajas, esencialmente para el financiamiento.

3.4. Duración del protocolo

Si el protocolo familiar es un convenio marco de las relaciones derivadas del contrato de sociedad, será preliminarmente aceptable que el protocolo dure lo que dura la sociedad¹⁶⁸. Esta afirmación es válida, al menos en el sentido de que extinguida la sociedad a la que se refiere, y por tanto las relaciones jurídico-societarias de las partes, en buena lógica desaparecen el objeto y la causa del protocolo. Como explica Pérez Milán –con referencia a los pactos parasociales- no se trata que el protocolo tenga que durar siempre lo que dura el contrato de sociedad ni, que si la sociedad se constituye por tiempo indefinido, se haya de extender esta conclusión al pacto. En todo caso deberá interpretarse la voluntad de las partes.

A pesar de esto, los especialistas recomiendan beneficioso para las relaciones de los socios pactar una duración inicial y la susceptibilidad de ulteriores prórrogas. Aunque la propia sociedad familiar pueda tener una duración indeterminada, no cabe pactar en el protocolo una duración indefinida sin el reconocimiento del derecho de denuncia o separación de sus obligados.

Como bien apuntara el profesor Rodríguez Aparicio el contenido del protocolo familiar suele variar dependiendo de la fase en que se encuentre la empresa familiar cuando se aborda su elaboración¹⁶⁹:

«Cuando se afronta el cambio de la primera a la segunda generación tienen gran peso los problemas de relevo generacional, transmisión o reparto de la propiedad entre los hijos, liquidez para el fundador o su cónyuge en caso de retirada de éste; en una fase posterior adquieren mayor relieve aspectos tales como el acceso de familiares al trabajo en la empresa, liderazgo, política de reparto de dividendo, bolsín, gobierno corporativo.»

¹⁶⁸ El art. 1680 del CC se reconoce que la sociedad dura por el tiempo convenido; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada.

¹⁶⁹ J. RODRÍGUEZ APARICIO, *El protocolo familiar*, en F. VICENT CHULIÁ, (dir.) *et alii*, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Editorial Aranzadi, Navarra 2004, pp. 288-291.

Esto se justifica más todavía porque los dos ámbitos que reúne el protocolo familiar (empresa y familia) no son realidades estáticas sino realidades que están en permanente proceso de evolución y adaptación, por lo que es necesario asumir que el protocolo no es un camino que se inicia y concluye, sino un camino que requiere de la evolución y adaptación a la realidad sobre la que opera, aunque lo esencial y los principios perduren¹⁷⁰.

En este sentido, resultaría especialmente conveniente que el protocolo familiar tenga una duración determinada y pueda modificarse eventualmente en las circunstancias que la situación de la familia o las circunstancias lo requieran.

3.5. Contenido y limitaciones

El protocolo familiar no ha sido objeto de ningún tipo de regulación legal sustantiva referente a su contenido, sino que ha dejado el mismo a la libre autonomía privada de las partes. En este sentido, el contenido del protocolo familiar puede ser muy heterogéneo. Las limitaciones que debe respetar la autonomía negocial son las derivadas del derecho común, como regla general; así como del derecho de sociedades, en particular.

En efecto no se trata de un documento cerrado, ni rígidamente estructurado con cláusulas fijas e invariables, sino que más bien lo que se busca es hacer «un traje a medida» para cada una de las familias y para cada sociedad familiar¹⁷¹. Finalmente es la familia empresaria quien decide cuáles son los pactos que incorpora en el protocolo y qué efectos otorga a los mismos¹⁷².

En la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar del año 2001 se especificó que:

«El protocolo familiar tenía entre otras finalidades: delimitar el acceso de los miembros de la familia a la empresa; definir los puestos de responsabilidad, tanto en la gestión como en el Gobierno de las mismas; delimitar las políticas de dividendos activos y pasivos y la política de financiación en relación con los miembros de la familia; crear fondos internos de autofinanciación para situaciones puntuales; regular la transmisión de las acciones; definir a los interlocutores a nivel del grupo familiar con los gestores de la empresa; determinar la información a suministrar a los grupos familiares; crear la asamblea y el consejo familiar y, en general, prever la sucesión de los fundadores de dichas empresas, creando un marco que, garantizando la continuidad, incentive el interés de la

¹⁷⁰ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 19.

¹⁷¹ Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 94 y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Protocolo Familiar: Un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 19 (2002), pp. 89-113.

¹⁷² Cf. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, *El Protocolo Familiar...*, cit., p. 91.

familia o familias por las empresas y al mismo tiempo el interés general, contribuyendo a que las mismas ganen dimensión y sean competitivas.»

Es claro que el principio de autonomía de la voluntad, reconocido en el art. 28 de la LSC se ha proyectado en el contenido del protocolo familiar, permitiendo que las familias que deciden suscribir un pacto de esta naturaleza puedan tener amplia libertad al pactar sus cláusulas¹⁷³.

De acuerdo a lo explicado por la profesora Ana Fernández-Tresguerres el protocolo puede incluir i) pactos orientados a la descripción valorativa de la filosofía familiar señalando los valores que se intenta inculcar a las siguientes generaciones; ii) pactos configurados como obligaciones de dar, hacer o no hacer, cuya eficacia es meramente obligacional y cuyo cumplimiento puede o no ser reforzado en los términos del artículo 1152 y demás del CC; y iii) pactos mercantiles cuya conclusión permite obtener la eficacia frente a terceros mediante la publicidad registral¹⁷⁴. Asimismo, como consecuencia de esta proyección de autonomía de la voluntad, los límites de dicha autonomía para los contratos son los mismos que se marcan para el protocolo, aunque es importante distinguir con arreglo a la naturaleza en concreto del acuerdo que se examine.

El RD 17/2007, de 09 de febrero, al que tantas veces se ha hecho referencia no señala ninguna previsión al respecto del contenido del protocolo, con lo que se entiende que los límites que se hayan establecido son aquellos derivados, no sólo del impacto societario que puedan tener este tipo de acuerdos, sino de las normas del Derecho común.

Sin embargo, el RD hace una referencia concreta respecto de los límites que debe tener el contenido protocolar pasible de publicación. Este límite no es aplicable para determinar el contenido del protocolo pero es importante para determinar su publicidad. El límite nace del cumplimiento de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, cuyo alcance respecto del protocolo familiar es explicado en la misma Exposición de Motivos en los siguientes términos:

«Si el protocolo incluyere datos relativos a la intimidad de los otorgantes del mismo y se pretendiere una publicidad de los mismos (por ejemplo, pactos sobre el régimen personal de la familia, prohibiciones u obligaciones personales –vg. Casarse en régimen de separación de bienes o que el

¹⁷³ Referencia y recomendaciones sobre el contenido del protocolo familiar y las técnicas para una buena negociación y consenso se pueden encontrar en I. GOMÁ LANZÓN, *El protocolo...*, cit., p. 665; F. VICENT CHULIÁ, *Organización jurídica de la empresa familiar*, en «Revista de Derecho Patrimonial», 5 (2000), p. 30; y L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El enforcement societario...*, cit., pp. 79 y ss.

¹⁷⁴ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Protocolo Familiar...*, cit., p. 92.

consorte pueda o no ser socio, o bien que los hijos deban estudiar en tal o cual universidad—), supuesto en el cual, el acceso a la publicidad de la concreta cláusula debe claramente contar con el consentimiento expreso y cualificado al que se refiere la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, con el alcance y efectos que dicha ley atribuye a dicho consentimiento.»

Bajo tales consideraciones quedaba claro que la publicidad del protocolo familiar es una "comunicación de datos", por lo cual requiere también, conforme al artículo 11, el previo consentimiento del interesado, sin que tampoco en este caso concurren ninguna de las excepciones del segundo apartado del mismo artículo. En este supuesto es aplicable el art. 3 de la misma Ley Orgánica, que define el consentimiento como manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada. La decisión del órgano de administración de la sociedad deberá respetar este principio y contar con el consentimiento de los afectados cuyos datos sean incluidos en el protocolo, bien por haber sido recabados directamente de aquéllos o por existir una previsión estatutaria.

Según lo explica el profesor Vicent Chuliá la justificación legal de la publicidad de los datos en la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad en el Registro como datos exigidos por la legislación, no basta para justificar la publicación del dato de los firmantes del protocolo aunque sean socios, y menos aún si no lo son¹⁷⁵. Bajo estas consideraciones se exige que la publicación de los datos aún identificativos del protocolo requiera del consentimiento de todos los firmantes, ya que se trata de datos de carácter personal.

Para este supuesto, será conveniente que los firmantes incluyan en el mismo protocolo una cláusula en la que figure la lista de los firmantes y de los pactos cuya publicidad autorizan¹⁷⁶. Asimismo, también podrá ser útil referirse a cualquier cuestión sobre la eventual publicidad, total o parcial del protocolo, en razón de una futura decisión del Consejo o de la Junta de familia¹⁷⁷. En todo caso, el legitimado para la publicidad deberá respetar la voluntad de secreto de todo o parte del protocolo¹⁷⁸.

¹⁷⁵ F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., p. 69.

¹⁷⁶ *Ídem*, p. 70.

¹⁷⁷ L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 194.

¹⁷⁸ Esta exigencia se ha planteado también desde la perspectiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 30 de septiembre de 2008.

4. La publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil y sus efectos conforme el RD 171/2007, de 09 de febrero

4.1. Principios que rigen la publicidad registral del protocolo familiar

En razón de lo regulado el por el RD 171/2007, tres son los principios ejes sobre los cuales se sostiene la publicidad de los protocolos familiares. Estos tres principios son i) la unidad, ii) la permanencia y iii) la voluntariedad¹⁷⁹.

El «principio de unidad importa» la exigencia de que las empresas familiares publiciten un único protocolo. El argumento de esta consideración es una cuestión de orden, aun cuando en la práctica mercantil no deja de presentar inconvenientes. Sobre este tema la Exposición de Motivos de la norma se justifica esta decisión afirmando:

«Se considera que ésta es la fórmula que mejor garantiza la seguridad jurídica que debe presidir la publicidad que ofrece el Registro Mercantil, en aras de la certeza de los operadores y de los ciudadanos sobre el marco regulatorio de la entidad.»

La disposición afecta aún en los casos de una empresa articulada como grupo de sociedades. En este sentido, el RD menciona que cuando se esté ante un protocolo que afecte a varias sociedades podrá publicarse en cada una de ellas en parte que las concierna¹⁸⁰. Sin embargo, es totalmente razonable lo que defiende Fernández del Pozo al sostener que esta «separabilidad» es más teórica que real, pues lo habitual será que el protocolo no pueda fraccionarse y en su integridad se refiera indistintamente a todas y cada una de las sociedades del grupo. En este caso lo conveniente será publicarlos total o parcialmente en todas, en alguna de ellas o, simplemente, no publicarlo; si finalmente la publicidad es voluntaria¹⁸¹.

El reconocimiento del principio de unidad que exige el RD es todavía más difícil de aceptar porque es posible que dentro de la sociedad puedan coexistir distintos grupos familiares (sociedad multifamiliar) o distintas ramas de la misma familia interesadas en regular sus relaciones en protocolos distintos.

El segundo de los principios denominado «principio de permanencia» aparece con un enfoque, probablemente más práctico. Los artículos 2.2 y 3.3 del RD 171/2007 han

¹⁷⁹ Estos tres principios han sido superficialmente enumerados por el profesor Feliú Rey y sumamente criticados por el profesor Fernández del Pozo. Cf. J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales...*, cit., p. 98-99 y L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., pp. 171-204.

¹⁸⁰ Art. 2.2 del RD 171/2007, de 9 de febrero.

¹⁸¹ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 193.

reconocido este principio en razón del cual al existir un protocolo publicitado las siguientes incorporaciones deberán ser consideradas como una modificación o sustitución del publicado, debiendo quedar constancia expresa de esta situación en la solicitud correspondiente. Asimismo, el carácter de permanente del primer protocolo inscrito se complementa en la medida que la norma reconoce que a falta de cualquier actualización se presume la vigencia del protocolo inicial. Esto se justifica porque es usual –además de recomendable- que los protocolos contengan cláusulas de revisión periódica y no es inusual que tales modificaciones se produzcan con cierta frecuencia¹⁸².

Esta presunción de vigencia encuentra respaldo, además, en los artículos 20 y 21 del C.Com., así como con los artículos 7 al 9 del Reglamento del Registro Mercantil en los que se contiene el «principio de legitimación registral» con la consecuente inoponibilidad de lo no inscrito. En este sentido únicamente lo publicado se presume válido; lo inscribible no inscrito no es oponible a tercero que es protegido cuando confía en los que el Registro publique aunque sea inexacto por causa imputable a quien omitió la publicidad¹⁸³.

Por último, el tercer principio es el denominado «principio de voluntariedad», reconocido en el artículo 2.3 del RD a través del cual se reconoce el carácter facultativo de las sociedades familiares de publicitar el protocolo que hubieran suscrito¹⁸⁴, salvo en el supuesto de publicidad registral de las cláusulas inscribibles del protocolo familiar, es decir, aquellas cláusulas susceptibles de inscripción donde aquella potestad facultativa desaparece y se convierte en una obligación¹⁸⁵. Esto a diferencia de lo que sucede con la regulación de la publicidad de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas en las cuales se establece no como una facultad sino como una obligación¹⁸⁶. Según lo que resalta el profesor Vicent Chuliá el reconocimiento de este principio es importante porque reconoce

¹⁸² Cf. F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., pp. 67-69.

¹⁸³ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 196.

¹⁸⁴ F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., p. 68.

¹⁸⁵ El respaldo legal de esta afirmación se encuentra en los arts. 19.2 del C. Com. y 4 del Reglamento de Registro Mercantil.

¹⁸⁶ El art. 531.1 de la LSC expresamente reconoce como obligación que la celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que se restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las SA cotizadas habrá de ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; llegando, incluso, a considerar que este tipo de pactos parasociales debe ser comunicado como «hecho relevante» (art. 531.3)

que la publicación del protocolo es un factor competitivo para la propia sociedad en el mercado, y no tanto para la familia o grupo familiar¹⁸⁷.

4.2. Formas de publicidad del protocolo familiar conforme el RD 171/2007 de 09 de febrero.

Según lo regulado en el articulado del RD 171/2007 los titulares de las empresas familiares a través del órgano competente pueden acudir al registro para publicitar sus protocolos. Los mecanismos de publicidad que ha contemplado la norma para dicho acceso son a) La constancia de su existencia indicando la referencia virtual para el acceso del mismo, b) La constancia de la existencia de un protocolo sin mencionar su contenido, indicando los datos nominativos más relevantes, c) El depósito del protocolo o parte de él con las cuentas anuales, y d) La inscripción de un acuerdo adoptado de conformidad con el protocolo familiar, procediendo con la calificación registral que corresponda.

El primero de estos mecanismos está previsto en el artículo 4 del citado RD 171/2007 en virtud del cual se otorga la posibilidad que el órgano de administración de las sociedades mercantiles pueda acordar la publicación del protocolo familiar en el sitio web de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro Mercantil. Se trata de una técnica limitada que estrictamente no es registral, aunque se establece un requisito que de algún modo conecta con el Registro¹⁸⁸.

Otro mecanismo habilitado para el acceso de los protocolos al registro, es mediante la correspondiente solicitud del órgano de administración en la que se instará al Registrador Mercantil para que haga constar en la hoja abierta de la sociedad la existencia del protocolo familiar con reseña de sus datos identificativos, pero sin que su contenido acceda al Registro. Es una especie de publicidad-noticia¹⁸⁹, mediante la cual el contenido del protocolo se encuentra protegido en la esfera de la empresa familiar y lo único que se ha puesto de conocimiento es su existencia. Como es natural, dado el carácter de este sistema de publicidad, no podrá el Registrador exigir la presentación del protocolo familiar, ni su contenido será sometido a calificación, lo que no excluye la obligación del Registrador de

¹⁸⁷ F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., 68.

¹⁸⁸ La publicación del protocolo debe realizarse en el dominio (dirección de internet) que conste en la hoja abierta de la sociedad en el Registro Mercantil.

¹⁸⁹ Más adelante se hará referencia a los alcances de este concepto y la eficacia que tiene este tipo de publicidad.

comprobar que es accesible en el sitio antes citado y que no hay otro Protocolo anterior, a no ser que se trate de una modificación o sustitución de éste y así lo haga constar el órgano de administración¹⁹⁰. En este sentido debe quedar claro que este tipo de publicidad no genera un efecto de publicidad material ni mucho menos garantiza su cumplimiento. La importancia de esta técnica debe complementarse con políticas internas que permitan conocer, si así lo desean, el contenido del protocolo.

Una tercera forma prevista por el RD 171/2007 se configura mediante el depósito del protocolo familiar o parte de él, con ocasión de la presentación de las Cuentas Anuales. Esta acción se realizará siempre a solicitud del Órgano de Administración quien podrá presentar una copia o testimonio, total o parcial del documento, en que conste el protocolo de la sociedad, toda vez que dicho documento puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar. La exigencia de la formalidad deberá ser la misma como si se tratase de las cuentas por lo que se exigirá su constancia mediante documento público. En este supuesto se depositará junto con las Cuentas Anuales, y el documento será objeto de calificación por el Registrador. Esta calificación debe ceñirse a la comprobación de que el contenido del protocolo no contraviene normas imperativas. Fernández del Pozo critica esta forma de publicidad y sostiene que habría mayor eficiencia que las empresas familiares asuman voluntariamente, incluso dentro del protocolo familiar, la obligación de emitir un informe de gobierno corporativo familiar del mismo modo que sucede en las sociedades cotizadas, siendo posible pactar que este informe debe depositarse con el informe de gestión, pero con la debida separación¹⁹¹.

Por último, cuando exista un protocolo publicado y lo que se inscriba sean acuerdos sociales que se hayan adoptado en ejecución de ese protocolo deberá hacerse constar en el asiento de inscripción de dicho acuerdo tal circunstancia. Es obligatoria la mención en la inscripción de que el acuerdo es adoptado en ejecución de un protocolo, pero sólo cuando dicho protocolo está publicado y cuando el acuerdo sea inscribible. La finalidad de este mecanismo de publicidad es permitir una adecuada interpretación de los acuerdos adoptados. Esta publicidad, a diferencia de las tres anteriores, no es voluntaria, sino obligatoria, rigiendo las normas generales sobre la calificación e inscripción registral¹⁹².

¹⁹⁰ M. DÍAZ GÓMEZ Y E. DÍAZ GÓMEZ, *Reflexiones sobre el...*, cit., p. 20.

¹⁹¹ Cf. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo Familiar: Empresa...*, cit., p. 204.

¹⁹² Art. 19.2 del C. Com. y 4 del RRM.

4.3. Consecuencias jurídicas de la publicidad registral del protocolo familiar

4.3.1. La eficacia *inter partes*

La importancia y utilidad, sobre todo práctica, de los protocolos familiares resulta incuestionable; sin embargo, a pesar de ello y del importante reconocimiento realizado por el RD 171/2007, el alcance facultativo de su publicidad no permiten consolidarlo como un auténtico sistema operativo.

En sus inicios, el protocolo familiar tenía alcance únicamente moral, pues al ser considerado un pacto entre caballeros, su eficacia estaba limitada a la buena voluntad de quienes se vinculaban. Pero aquello no era suficiente, pues era indispensable un revestimiento jurídico para dar respuesta a la eventualidad de su incumplimiento¹⁹³.

Luego, este protocolo, al ser considerado un mero contrato, su eficacia se encontraba limitada *inter partes*, esto es, sólo quienes habían firmado el protocolo se encontraban obligados a cumplirlo. Esto resultaba lógico porque reconocer una naturaleza estrictamente contractual de dichos pactos determinaría que su cumplimiento sólo pueda ser exigido entre quienes lo hayan suscrito, siendo en cambio ineficaces frente a terceros como pueden ser los acreedores, socios no firmantes, la propia sociedad etc. Esta era una consecuencia lógica derivada del artículo 1257 del CC el cual a tenor de texto señala:

«Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.
Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.»

En aplicación estricta de este artículo, en el cual se recoge el principio de relatividad de los contratos, es posible afirmar que mientras el protocolo familiar tenga carácter exclusivamente contractual, los derechos y obligaciones que derivan del acuerdo únicamente vincula a quienes lo suscribieron. Son sólo ellos los que resultan siendo únicos actores de los hechos, por lo que su eficacia no concierne a terceros, salvo, que como señala el mismo artículo, si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento. Se entiende así, por ejemplo, que la sociedad puede reclamar

¹⁹³ El profesor Gomá Lanzón llega a esta conclusión tras la elaboración del test de resistencia al incumplimiento y plantea la necesidad de contar con mecanismos que puedan reforzar la garantía de cumplimiento. I. GOMÁ LANZÓN, *El protocolo...*, cit., p. 673.

obligaciones asumidas por los intervinientes en el protocolo aun cuando ésta no sea parte del mismo¹⁹⁴.

4.3.2. Eficacia frente a terceros

Mediante la regulación brindada por el RD 171/2007 se crea un cauce normativo con el cual se pretendió dotar de una «eficacia reforzada¹⁹⁵» a los protocolos, mediante el acceso a la publicidad derivada del Registro Mercantil¹⁹⁶, permitiendo el acceso de aquellos extremos del protocolo familiar que afectan a las relaciones de la empresa con terceros¹⁹⁷. Con esta regulación, se reconocía un grado más en la eficacia jurídica de este instrumento.

En tal sentido, esta eficacia reforzada provendría de las finalidades esenciales del Registro Mercantil y, los efectos propios de la publicidad registral tendrían los efectos derivados de los principios de legitimación (presunción *iuris tantum* de exactitud del Registro), inoponibilidad de lo no inscrito, y de fe pública registral (presunción *iuris et de iure* de exactitud del Registro frente al tercero adquirente). En este contexto, el Registro cumple una eficacia legitimadora con relación a los actos en él inscritos. En este mismo sentido el art. 20 del C. de Com. declara que el contenido del Registro se presume exacto y válido.

Sin embargo, como se ha reconocido en el epígrafe anterior, lo que ha regulado el RD 171/2007 es, entre otras, la publicidad-noticia del protocolo, la cual no despliega los efectos de la publicidad material, aunque si el de la cognosibilidad legal a través del Registro¹⁹⁸.

Esto se denomina «publicidad legal» y lo que persigue es que los terceros puedan conocer determinados datos relativos a los sujetos a que esa publicación o esa inscripción

¹⁹⁴ D. PÉREZ MILLÁN, *Sobre los pactos parasociales...*, cit., p. 393.

¹⁹⁵ C. DIEZ SOTO, *El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica*, en M. SÁNCHEZ RUIZ (Coord.), *El régimen jurídico de la empresa familiar*, Civitas, Navarra 2010, p. 183.

¹⁹⁶ Como se ha señalado en los apartados anteriores la norma tiene su fundamento legal en la Disposición Final 2ª, apartado 3, de la Ley 7/2003 de la SLNE.

¹⁹⁷ Cf. I. GOMÁ LANZÓN, *El protocolo...*, cit., p. 697.

¹⁹⁸ Dicha cualidad se refiere a la mera posibilidad de conocer, lo cual equivale al conocimiento; por el hecho de la publicación o de la inscripción en un registro. En tal sentido, el Derecho considera que los terceros conocen los datos publicados o inscritos. Cf. A. MENÉNDEZ Y A. ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Civitas, Pamplona 2011, 9.ª ed., pp. 124.

se refieren¹⁹⁹. De este modo se facilita el conocimiento de esos datos por los terceros que lean la publicación o que consulten el Registro.

En este tipo de publicidad, aunque lo publicado no es oponible, sí podría tener otros efectos, ya que si bien carece de oponibilidad frente a terceros, la situación jurídica objeto de la publicidad noticia podría afectar la apariencia de la buena fe del tercero²⁰⁰. En este supuesto, el Derecho no establece consecuencias jurídicas positivas o negativas para los terceros por el hecho mismo de la publicación o de la inscripción. En este caso, la eficacia práctica de esta publicidad noticia dependerá de la diligencia de los terceros que querían establecer relación con la publicidad que se trate²⁰¹. En este caso es claro que el Registro no responderá por la existencia y redacción vigente del protocolo.

Con todo ello esta publicidad registral planteó un interesante matiz en todo aquello que venía generando controversia en materia de pactos parasociales²⁰². En este escenario, las consecuencias jurídicas derivadas del acceso al registro del protocolo familiar se orientan a diluir el carácter reservado o secreto que podría tener un pacto parasocial, por lo que aún en los términos del artículo 29 de la LSC el protocolo –que eventualmente pueda ser considerado como pacto reservado entre socios familiares– ya no será tal y por tanto puede ser oponible, no sólo *inter partes*, sino a la misma sociedad y a terceros, en tanto pueda conocer la existencia del protocolo y, eventualmente, su contenido. Efectivamente, la publicidad del protocolo permitirá consolidar el beneficio del interés social y en algunos supuestos servirá como elemento interpretativo de los estatutos²⁰³.

4.3.3. La oponibilidad del protocolo

Es claro y por demás conocido que no todo Registro constituye un instrumento técnico de publicidad. Para que los datos anotados o inscritos en un registro sean oponibles

¹⁹⁹ A. MENÉNDEZ Y A. ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Civitas, Pamplona 2011, 9.ª ed., pp. 123.

²⁰⁰ Cf. J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales...*, cit., p. 108.

²⁰¹ Esto también será factible según lo señala el profesor Chuliá, por ejemplo, cuando a partir del dato del dominio o dirección de internet que publique el Registro Mercantil en la hoja de inscripción de la sociedad los interesados podrán consultar el protocolo colgado en internet. Cf. F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad...*, cit., p. 74.

²⁰² Si bien se reconoce que el protocolo familiar tiene naturaleza de contrato societario, (propriadamente de un contrato para societario), en la doctrina mercantil se ha aceptado que el pacto parasocial más importante de la empresa familiar es el protocolo familiar, aunque dicha aceptación ha importado reconocer el pacto parasocial no es más que un elemento más o una forma de instrumentalización del protocolo.

²⁰³ Cf. J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales...*, cit., p. 109.

a terceros, con independencia de que efectivamente los conozca, se requiere que el Ordenamiento jurídico así lo establezca de modo expreso. El contenido del RD 171/2007 configura un carácter de oponibilidad sólo en una de las modalidades de publicidad en él contenidas. En este sentido el art. 7 del citado dispositivo legal regula la publicidad material que nace de la «inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo». El texto de norma reconoce:

«Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública.»

En este extremo se reconoce la vigencia del principio de publicidad material. Según lo que explica el profesor Chuliá, esta es la única norma que se refiere a la inscripción registral en relación con el contenido del protocolo. A diferencia de la publicidad-noticia y sus efectos de cognoscibilidad, mediante este tipo de publicidad el Registro establece la presunción de que toda persona tiene conocimiento del contenido de los registros, aunque en la realidad no sea así. Este tipo de publicidad confiere certeza y seguridad jurídica al derecho inscrito al amparo de la fe pública registral. En este escenario no es suficiente el conocimiento de los actos relevantes, pues se necesita desencadenar la oponibilidad en la esfera jurídica de los terceros. En virtud de esto se establecen las consecuencias que frente a terceros de buena fe produce la inscripción y publicación en el BORME de un acto o contrato sujeto a inscripción.

5. Sugerencias de algunas fórmulas para conseguir el *enforcement* y la oponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros.

El *enforcement* se entiende en cualquier técnica, sistema o instrumento, público o privado, idóneos para asegurar la efectividad o cumplimiento de cualquier mandato, traiga éste causa de una ley o de un contrato. En este sentido, es importante -además de conocer la importancia de este instrumento en las sociedades familiares- saber cuáles son los mecanismos que posibilitan su cumplimiento.

Una de las cuestiones clave que plantea el protocolo familiar desde el punto de vista jurídico es, sin duda, la que se refiere al establecimiento de mecanismos que permitan garantizar de una manera eficaz las previsiones hechas en el protocolo.

En este sentido, es claro que las previsiones contenidas en el protocolo familiar deben ser desarrolladas mediante instrumentos negociales tales como los estatutos sociales, testamentos, capitulaciones matrimoniales, etc.; de esta manera su cumplimiento podrá ser exigido a través de los cauces específicos que el ordenamiento ha previsto para garantizar la eficacia de tales instrumentos. Y esta eficacia estará garantizada no sólo entre los propios sujetos que en su momento firmaron el protocolo, sino frente a terceros.

Más allá de ello, han surgido algunas técnicas interesantes que pueden ayudar a dar cumplimiento a lo pactado en el protocolo.

Por un lado se ha aceptado la posibilidad que cuando el protocolo es suscrito antes de la constitución formal de la empresa. De esta manera las cláusulas del protocolo podrán ser incluidas como cláusulas estatutarias y finalmente sea este último el mecanismo por el cual se plantee el desarrollo del protocolo. En este supuesto, será necesario que al momento de la inscripción del estatuto se señale que dichas cláusulas se pactan en cumplimiento y desarrollo de un protocolo. Además, según lo indica en propio RD, el protocolo debe haber sido previamente publicado.

Por otro lado, también es posible recurrir a la inserción de cláusulas penales que se impongan al posible incumplidor de la obligación de satisfacer una indemnización en concepto de satisfacción en concepto de sanción. Esto puede suceder sin perjuicio de poder exigir además el cumplimiento de las estipulaciones incumplidas.

Y por último, también se ha admitido la posibilidad de acudir a técnicas de las llamadas «prestaciones accesorias» como mecanismo para garantizar en primera instancia, la adhesión al protocolo familiar por parte de nuevos socios, así como el efectivo cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Esto permitiría, además, acudir a determinados mecanismos de carácter societario, como la exclusión del socio incumplidor, la supresión temporal del derecho al dividendo o la supresión preferente de acciones, etc.

6. Impacto del RD 17/2007, de 09 de febrero, en la jurisprudencia de la Dirección de Registro del Notariado.

A pesar de la reconocida importancia que tiene la vigencia de este Real Decreto, los matices jurisprudenciales son aun limitados. Sin embargo, merece especial mención la Resolución de 30 de septiembre del 2008, de la Dirección General de los Registros y del

Notariado que contiene el recurso interpuesto por don Juan Antonio Magdalena Anda, en nombre y representación de doña María Teresa Álvarez de la Peña, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid (titular del Registro número IX), don José Antonio Calvo y González de Lara, a dejar constancia en dicho Registro del protocolo familiar denominado «Familia Álvarez Avantis El Grupo Gedeco». El caso va como sigue.

Con fecha 2 de noviembre de 2007 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid la escritura de protocolización del protocolo familiar «Familia Álvarez, Avantis El Grupo GEDECO», autorizada por el Notario de Madrid don Gerardo Muñoz de Dios el día 13 de enero de 2006. El 19 de noviembre del 2007, la escritura fue objeto de calificación negativa expresándose lo siguiente:

«El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguientes/s defecto/s que impiden su práctica»

Según lo indica la Resolución las causas de la negativa del Registrador a calificar el protocolo y proceder con la inscripción son dos. Por un lado, porque la hoja de la sociedad a que se refería había sido cerrada por falta del depósito de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2005, con lo cual para inscribir los actos que contiene este documento es menester que con carácter previo se practique el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas. Asimismo, se indicó que al documento presentado le faltaba una instancia con firma legitimada notarialmente del órgano de administración de la sociedad con reseña identificativa del protocolo a efectos de su constancia en el Registro Mercantil de conformidad con lo señalado en el artículo 5 del Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero.

El 13 de diciembre del 2007 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid el escrito de interposición de recurso sobre la nota de calificación.

En la Resolución que se describe la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó todos los términos de la nota de calificación utilizando como argumento que la presentación de la solicitud de incorporación del protocolo al Registro, no cumplía con las exigencias derivadas del Registro Mercantil ni del mismo RD 171/2007. En tal sentido reconocía que las consecuencias del cierre de la hoja debido a una causa ajena al protocolo y la presentación del documento por parte de sujeto no legitimado.

En este sentido señaló que el art. 378 del RRM dispone el cierre registral de la hoja abierta a la sociedad cuando haya transcurrido un año desde la fecha de cierre del ejercicio sin que se haya practicado el depósito de las cuentas anuales aprobadas. En este sentido, el cierre impedía la publicidad registral del mencionado protocolo. Así también, respecto del segundo de los defectos, se reconoce que como el protocolo fue presentado por uno de los suscriptores, hijo de quien era administrador único de la sociedad en el momento de su suscripción, pero que no forma parte de dicho órgano en el momento de su actuación ante el Registro, no se respetaba la exigencia del art. 5 del RD 171/2007, siendo que incluso no se había solicitado el consentimiento expreso de todos los afectados por el protocolo.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El término «empresa familiar» es un concepto polisémico que ha presentado dificultades en su definición; sin embargo la utilidad de su conceptualización económica se ha puesto de manifiesto en diferentes ámbitos de aplicación, especialmente en las ciencias jurídicas. En este sentido, tomando como referencia el modelo de los «tres círculos» se ha reconocido especial utilidad en plantear una definición amplia identificando como variable principal del concepto a la familia que es titular de una empresa. Por tanto se entenderá como empresa familiar aquella cuya propiedad y dirección pertenezcan a un mismo grupo familiar, generalmente integrado por el fundador de la compañía, sus descendientes u otros parientes directos.

Basados en la utilidad e importancia de plantear una definición amplia, sólo queda reconocer que la empresa familiar es una realidad variable, al frente de la cual puede encontrarse una persona física, un empresario individual, o cualquier tipo de sociedad mercantil. El objeto del trabajo se ha centrado en las empresas familiares con forma societaria y, específicamente, en las que adoptan el tipo de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, debido a la gran relevancia que tienen en la realidad económica. Se han excluido del estudio las sociedades cotizadas, ya que dada su naturaleza tienen un régimen jurídico especial.

SEGUNDA: La diferencia de régimen entre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada resulta de especial interés para las empresas familiares debido a que la adopción de una u otra forma social incide – fundamentalmente- en la agilidad en la toma de decisiones. Sin embargo, del estudio realizado se concluye que la preferencia de las formas societarias en las modalidades de sociedades de responsabilidad limitada y de sociedades anónimas cerradas obedece a cuatro razones.

Estas razones son: Primero, debido a las facilidades y protección del patrimonio familiar que –para este supuesto- brinda la limitación de la responsabilidad respecto de las deudas generadas por los socios. Segundo, la flexibilidad que ofrecen estos tipos sociales dejan un amplio margen para adaptar su régimen jurídico a las singularidades de cada empresa. Tercero, los limitados costes económicos que generan la constitución y funcionamiento de estas sociedades. Esta ventaja es especialmente importante cuando se desconoce el rendimiento económico que la actividad puede generar. Y cuarto, la posibilidad de mantener el control de la gestión por los miembros de la familia mediante la creación de órganos no sólo societarios, sino también de carácter familiar que puedan gestionar las particularidades de este tipo de empresas.

TERCERA: El protocolo familiar es un acuerdo marco que regula las relaciones que se surgen como consecuencia de la interacción del binomio empresa-familia al interior de una sociedad familiar, a fin de conciliar los intereses sociales con los intereses familiares. Para estos fines, el protocolo se estructura como un proceso de comunicación entre los integrantes de la familia y los miembros de la empresa a fin de facilitar su organización y gestión a través del consenso, y mediante el cual se busca delimitar el marco de desarrollo y las reglas de actuación y comportamiento entre la empresa familiar y su propiedad.

El protocolo, así como la empresa familiar, es un concepto que procede de las ciencias económicas. Por este motivo, para formular una definición será necesario primero recurrir a su estudio desde este ámbito.

El art. 2.1 del RD 171/2007 define el protocolo familiar como el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceras personas con los que guardan vínculos familiares que afectan a cada una de las sociedades en las que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.

En razón de las relaciones que regula, la importancia de su implementación así como la confluencia de elementos económicos y jurídicos útiles para su desarrollo es que se plantea una propuesta de definición en los siguientes términos: el protocolo es un acuerdo marco que permite la organización y gestión de la empresa familiar. Sin embargo es un acuerdo

incompleto toda vez que para su completo desarrollo necesita de otros negocios jurídicos que garanticen su cumplimiento.

Bajo estas consideraciones es claro que el protocolo familiar no es un documento con un contenido predeterminado, ni mucho menos limitado; al contrario, su configuración debe realizarse atendiendo a las características, circunstancias y necesidades de cada una de las familias que reclaman su creación. Es un traje hecho a la medida de cada empresa familiar, que regula la interacción entre empresa, propiedad y familia que se producen al interior de estas entidades.

Originariamente, el protocolo fue utilizado para garantizar la sucesión empresarial; sin embargo, en nuestros días, y en el contexto en el que se desenvuelve actualmente la empresa familiar, también permite prevenir situaciones que pueden llevar a la crisis a la empresa familiar, especialmente, por conflictos de tipo personal. De esta manera, el protocolo establece reglas generales que regulan, no sólo las relaciones empresariales de la familia, sino también las relaciones familiares de la empresa. La cultura del protocolo familiar pone de manifiesto prácticas económicas y de buen gobierno corporativo para las sociedades familiares, brindando una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de aportar previsibilidad ante los sucesos que pueden llevar las empresas familiares a una eventual crisis. En este, sentido el protocolo es importante para las empresas familiares, toda vez que proporciona un instrumento de organización adicional a los previstos por el Derecho de sociedades.

Los acuerdos contenidos en un protocolo crean obligaciones a quienes los suscriben, en el sentido de que el firmante tiene el deber de actuar lo prometido. No se trata de una mera declaración de intenciones en la que su autor se reserva la libertad de cambiar de opinión, sino de un negocio institucional que vincula a todos los firmantes

Es en este contexto donde cobra particular importancia el interés por la aplicación y reforzamiento legal de técnicas jurídico societarias relativas a la implementación y reforzamiento de los pactos reguladores de la relación jurídica societaria. En este marco el RD 171/2007, del 9 de febrero, regula tales técnicas aunque con carácter bastante general.

CUARTA: Los problemas más frecuentes que se producen al interior de la empresa familiar se generan por la confusión sobre los límites entre la familia y la empresa. No obstante, es posible solucionar esta situación mediante el adecuado diseño e implementación de un protocolo familiar en el que se

logre la gestión eficiente mediante el manejo de sus singularidades. La principal ventaja del protocolo es su capacidad de regular, no solo las relaciones de carácter económico, sino también -y fundamentalmente- las relaciones de carácter familiar, en las cuales la confianza, la generosidad, la reciprocidad, son los elementos de cohesión que permiten sostener las primeras. Por ello es posible reconocer que uno de los aspectos fundamentales de esta institución radica en su dimensión humana, toda vez que al interior de ella se regula un ámbito tan específico como es la familia, con lo que se trascienden las perspectivas contractuales y económicas para adentrar en el terreno personal y moral, en una historia común de relaciones interpersonales complejas donde actúan factores, a veces ajenos a los empresariales, que determinan intereses particulares.

No cabe duda que la elaboración de un protocolo familiar tiene un sin número de ventajas, no obstante del estudio realizado es posible distinguir cuatro de ellas. Primero, el protocolo mantiene la cohesión y la armonía familiar. En este sentido es necesario que el protocolo opere como un instrumento de enlace entre los diferentes sujetos involucrados en las empresas familiares. Segundo, el protocolo es un vehículo de transmisión de la filosofía o cultura empresarial en el cual se pueden contener circunstancias que no pueden incorporarse a los mecanismos facilitados por las leyes civiles o sociales. Por ello, el lugar adecuado para servir de transmisión de estos valores es un documento creado por el conocedor de esa cultura, o predicador de esa misma filosofía, y que sea capaz de trascender a las sucesivas generaciones para que se inspiren en él y acudan ante él y durante la toma de decisiones de transcendencia familiar y empresarial. Tercero, mediante el protocolo es posible lograr la configuración material de los objetivos de la empresa siendo recomendable que el protocolo no se fundamente única y exclusivamente en componentes abstractos, sino que también es necesario concretar los objetivos de la empresa familiar. Y por último, la importancia del protocolo radica en la búsqueda constante de la compatibilidad de intereses familiares y empresariales, de manera que cuando surjan los problemas en la empresa, el protocolo sea lo suficientemente objetivo para identificarlo y atajarlo. En este punto concreto el instrumento del protocolo alcanza su mayor eficacia.

Un protocolo familiar bien estructurado pone énfasis en aspectos estratégicos tanto en los psicológicos-y emocionales, como en los económicos y jurídicos. Aun cuando se trata de perspectivas diferentes, en todos los casos se trata de distintas formas de operar sobre una misma realidad. Respecto de este alcance cabe tener en consideración que cada familia en

términos empresariales es un caso particular y, por lo tanto, deberá también tener su protocolo particular. Aunque existen situaciones muy similares de un negocio a otro, no se debe olvidar que también las hay muy distintas

QUINTA: El contenido del protocolo familiar es heterogéneo. Los pactos que pueden incluirse en el protocolo familiar pueden referirse a: i) historia familiar, ii) valores familiares, iii) condiciones personales y profesionales de los socios, iv) referencia de sus fundadores, etc. Sin embargo, la autonomía negocial de los miembros de la empresa familiar, que es resultado del reconocimiento del derecho del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 de la CE, presenta los límites derivados del ordenamiento jurídico. Dependiendo de las fuentes que generan dichos límites es posible distinguir tres grupos. Uno de origen constitucional, otro de origen civil, y otro de origen mercantil.

En el primero grupo, se distinguen un límite de origen constitucional que se encuentra reconocido en el art. 32.1 CE en el cual se recoge el principio de igualdad entre varón y mujer a fin que ambos puedan conciliar las responsabilidades que demandan la empresa y el hogar. De esta forma los pactos contenidos en el protocolo deben reconocer que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, ni afecta a su capacidad para ser empresarios. En este sentido, ambos cónyuges se encuentran en igualdad de condiciones respecto al ejercicio de las actividades empresariales.

En el segundo grupo se recoge un límite que deriva del Derecho civil. A su vez, dentro de este grupo es posible distinguir tres subgrupos adicionales. Por un lado, aquellos que provienen del Derecho de contratos, otros derivados de las normas imperativas del Derecho de familia y, finalmente, aquellos provenientes del Derecho de sucesiones.

El primer subgrupo resulta de la aplicación del art. 1255 del CC en virtud del cual se reconoce que quienes contratan pueden pactar cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que se respeten las leyes, la moral y el orden público. Asimismo se deberán respetar las normas derivadas de la regulación de los contratos de compraventa, donación, arrendamiento y todos aquellos que puedan tener relevancia en el desarrollo de las actividades de la empresa familiar. En complemento a ello, al ser las relaciones de familia el objeto de regulación del protocolo, es indispensable que su contenido respete las normas imperativas del Derecho de familia. Este segundo subgrupo identifica como límites aquellos que derivan de la regulación de las instituciones familiares, tales como el

matrimonio, la patria potestad, la filiación, y el régimen económico matrimonial, entre otros. En este sentido resulta útil la aplicación del art. 1328 del CC en el cual se sanciona con nulidad cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de los derechos que corresponde a cada cónyuge. El tercer subgrupo de estas limitaciones proviene, por último, del Derecho de sucesiones. Específicamente será indispensable que ante una eventual programación de la sucesión de la empresa familiar vía testamento se respeten las exigencias que el ordenamiento jurídico plantea. En este sentido será importante considerar que el art. 737 del CC declara ineficaces aquellas cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras. Asimismo, deberá prestarse atención a lo regulado en el art. 1056 del CC en el cual se pone como límite de cualquier disposición testamentaria la legítima de los herederos forzosos, incluso cuando el testador, en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia, quiere preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital, ante lo cual deberá disponer que se pague en metálico su legítima a los demás interesados.

Finalmente en el tercer grupo se plantean límites de carácter específico que derivan de las normas del Derecho mercantil. En este sentido se reconoce que el contenido del protocolo familiar debe respetar lo que las sociedades han convenido en los Estatutos, los principios derivados de la forma societaria escogida, y las demás normas imperativas del C. de Com. y de la LSC.

SEXTA: Hoy se admite la posibilidad de concretar acuerdos al margen del contrato de sociedad, y ello al amparo del principio general de libertad contractual (art. 1255 del CC). Más todavía, en la reciente regulación de los protocolos familiares el legislador no solamente ha dotado de instrumentos de publicidad registral a esta clase de pactos parasociales sino que, además, les ha otorgado una cierta trascendencia societaria y registral.

Mediante el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares se cumple con una de las exigencias que plantea la empresa familiar al Derecho. Este RD nace como consecuencia de la recomendación prevista en la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa, en la que se plantea que reglamentariamente se establezcan las condiciones, formas, requisitos para la publicidad de

los protocolos familiares, así como en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción.

Bajo esa línea de pensamiento el RD 171/2007 se plantea como objeto de su regulación la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no cotizadas. Esta exclusión resulta del todo admisible, dado que en las sociedades cotizadas, al amparo del art. 530 y ss. de la LSC, es obligación de los accionistas de la empresa publicar aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones.

Con la adopción del RD 171/2007 se atribuye una eficacia reforzada a los protocolos familiares, que inicialmente al tener carácter contractual –por ser considerado un convenio marco- que tenían una eficacia limitada entre las partes que lo habían suscrito. De esta forma se cumplía uno de los objetivos del protocolo el cual era habilitar cauces instrumentales para la transparencia de esta institución.

La técnica legislativa del RD ha sido duramente criticada, y tras casi seis años de vigencia, sus efectos prácticos son limitados. Sus principales deficiencias se evidencian en la limitada técnica legislativa para definir los conceptos de empresa familiar y protocolo familiar. Sin embargo, queda claro que la intención del legislador era facilitar mecanismos que permitieran, además de la publicidad, reconocer eficacia jurídica a los pactos suscritos entre los socios de una empresa de tipo familiar.

La publicidad del protocolo está prevista para actuar dentro de los márgenes del ordenamiento de manera que en la misma exposición de motivos se señala que cuando el protocolo contenga datos relativos a la intimidad de los otorgantes, la publicidad de la cláusula debe contar con el consentimiento expreso y cualificado al que se refiere la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Ya de manera específica, con esta norma se regulan tres tipos de publicidad registral para los protocolos familiares. Esto importa reconocer que cada sociedad, atendiendo a la particularidad de sus intereses, podrá elegir la que le resulte más conveniente. La primera forma de publicidad es a través de la constancia de la existencia del protocolo, haciendo referencia a los datos identificativos y no a su contenido. La segunda forma de publicidad se viabiliza a través de la posibilidad del depósito del contenido o parte del protocolo. Y finalmente, la tercera forma se concretiza mediante la inscripción en el Registro Mercantil

de la escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales que contenga la ejecución del protocolo y con mención expresa del mismo, cláusulas inscribibles.

De estos tipos de publicidad contenidos expresamente en el texto del RD, la última de ellas es la que genera los efectos de la eficacia reforzada en la medida que al tener acceso al Registro, previa calificación, podrá predicarse la oponibilidad de dicho acuerdo.

En tal sentido, sólo en este último caso será el único que suponga un efecto de publicidad material, el resto será publicidad noticia.

SÉPTIMA: Es posible elaborar un protocolo consistente en un mero conjunto de reglas, los objetivos que lo inspiran, en el fondo, se desprenderían de ellas. Sin embargo, un protocolo sin normas vinculantes está condenado a verse reducido a un documento sin ninguna trascendencia, por cuanto los objetivos que se marque, por muy alentadores que resulten *a priori* para sus otorgantes, difícilmente van a conseguirse si no se establecen las reglas que todos deben observar para alcanzarlos. Se trataría entonces de una mera declaración de intenciones sin aplicabilidad práctica y, por tanto, sin un verdadero efecto real. Por eso, a pesar que se reconoce la importancia y la utilidad práctica de los protocolos familiares como instrumento de organización y gestión de las empresas familiares, es necesario conocer los mecanismos jurídicos con los que se cuenta a fin de garantizar el cumplimiento de lo pactado.

Bajo esta premisa, aun cuando el protocolo familiar esté debidamente formalizado y publicitado, y se hayan previsto todos y cada uno de los posibles conflictos por los que eventualmente atravesaría la empresa, su naturaleza de acuerdo marco o negocio jurídico incompleto supondría que dicho protocolo no fuese más que una perfecta declaración de buenas intenciones. Un protocolo con estas previsiones tan limitadas sería de muy poca utilidad. En este sentido, es importante que los empresarios de la sociedad familiar – o en el mejor de los casos, su asesor- conozcan los mecanismos para lograr el *enforcement* de los pactos contenidos en el protocolo familiar de modo que no sólo se garantice el cumplimiento de lo pactado, sino que dichos pactos sean eficientes.

Bajo estas consideraciones será importante recurrir a instrumentos negociales tales como estatutos sociales, testamentos, capitulaciones matrimoniales, etc., de manera que el cumplimiento del protocolo se vea reforzado mediante los cauces específicos del

ordenamiento para su eficacia. Además, esta eficacia estaría garantizada no sólo entre los propios sujetos que en su momento firmaron el protocolo.

OCTAVA: La realidad europea en general y específicamente la realidad española muestran un escenario económico donde la proliferación de empresas familiares ha crecido progresivamente. En este sentido, la preocupación por esta institución jurídica-económica se puso de manifiesto desde hace varios años, habiendo llegado a concretar normas especiales que regulan esta realidad.

En el Perú la realidad de la empresa familiar está por demás acreditada, no obstante no existe registro legal alguno de normas que regulen esta actividad. La ordenación de las relaciones entre los miembros de este tipo de empresas queda limitada a la aplicación de las normas constitucionales, civiles y mercantiles existentes. Sin embargo, esta aplicación presenta algunas limitaciones.

Aunque los estudios económicos han tenido un parcial desarrollo, las deficiencias de investigación en esta materia plantean incluso problemas en misma definición del concepto. Bajo esta premisa, reconocer la importancia que ha brindado tanto la Unión Europea como el ordenamiento español a la realidad de la empresa familiar configura un interesante punto de partida y ejemplo de lo que podría suceder en Perú, siendo posible estructurar conocimientos con base económica y jurídica para la organización y funcionamiento de empresas familiares, teniendo como punto de referencia las consecuencias positivas derivadas de la elaboración de protocolos familiares.

BIBLIOGRAFÍA

1. J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), *El Protocolo Familiar: la experiencia de una década*, Deusto, Barcelona 2007.
2. J. BALLESTER COLOMER, *El protocolo familiar*, en J. NAVARRO VIÑUALES (dir.) *et alii*, *El nuevo derecho de familiar: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, Navarra 2006, pp. 193-206.
3. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson Aranzadi, Navarra 2005, 6.^a ed.
4. M. BERMEJO SÁNCHEZ, *Gestión de Empresas Familiares*, en «Strategia: El referente de gestión en los negocios», 14 (2009), pp. 104-113.
5. R. BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima 2007, 7.^a ed.
6. D. BIOSCA, *Empresa y Familia: Problemas y Soluciones*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona 2003.
7. M. BROSETA PONT Y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid 2012, 19.^a ed.
8. A. CALVO MEIJIDE, *Derecho Civil Empresarial*, Editorial Dykinson, Madrid 2006, 2.^a ed.
9. L. CASANOVA, *Algunas claves de la longevidad de las empresas familiares brasileñas*, en «Apuntes: Revista de ciencia sociales», 70 (2012), pp. 273-300.
10. C. CARBALLO CASADO, *Las sociedades holding y la empresa familiar: aspectos jurídico-sustantivos y económicos*, en J. FUGARDO ESTIVILL Y M. GARRIDO MELERO (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo V, Librería Bosch, Barcelona 2005, pp. 273-331.

11. F. CERDÁ ALBERO, *La empresa familiar: una noción relativa*, en F. VICENT CHULIÁ *et alii*, *El buen gobierno de las empresas familiares*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pp. 67-103.
12. J. DE ARQUER ARMANGUÉ, *La Empresa Familiar*, Ediciones Universidad de Navarra, Barcelona 1979.
13. J. DE EZAGUIRRE, *Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Navarra 2005, 4.^a ed.
14. F. DE LA VEGA GARCÍA, *Formas Societarias y Empresa Familiar*, en M. SÁNCHEZ RUÍZ (coord.) *et alii*, *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010, pp. 15-73.
15. J. DIEZ BALLESTEROS, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, Editorial Montecorvo, Madrid 1997.
16. M. DÍAZ GÓMEZ, *La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada*, en «Revista Pecunia», 12 (2011), pp. 1-70.
17. M. DÍAZ GÓMEZ Y E. DÍAZ GÓMEZ, *Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de Febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares en las Sociedades Familiares*, en «Revista Pecunia», 12 (2011), pp. 91-118.
18. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía, Madrid 2003.
19. L. DIEZ-PICASSO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, 5.^a ed.
20. DIEZ SOTO, *El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica*, en M. SÁNCHEZ RUIZ (coord.) *et alii*, *El régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010, pp. 168-201.
21. P. DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, *El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar*, en «Documento de trabajo Seminario permanente de Ciencias Sociales», 11 (2009), pp. 1-25.
22. D. ECHAÍZ MORENO, *El protocolo familiar como instrumento de gestión de las empresas familiares* en D. ECHAÍZ MORENO (coord.) *et alii*, *Instituciones del Derecho Empresarial*, Ediciones APEC, Lima 2010.

23. J. EGEA FERNÁNDEZ, *Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos*, en «Revista para el análisis del Derecho InDret», 3 (2007), pp. 1-36.
24. E. ELÍAS LA ROSA, *Derecho Societario Peruano, Ley general de sociedades del Perú*, Normas Legales, Trujillo 2001.
25. J. EGEA FERNÁNDEZ, *El protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos*, en «Revista para el análisis del Derecho InDret», 3 (2007), pp. 1-36.
26. D. ESPINA, *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid 2003.
27. F. ESPINOSA, *La empresa familiar como problema*, en «Revista de Derecho Mercantil», 283 (2012), pp. 33-75.
28. J. FELIÚ REY, *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid 2012.
29. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Protocolo Familiar: Un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 19 (2002), pp. 89-113.
30. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Esquema para la redacción de un protocolo familiar*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 19 (2002), pp. 161-167.
31. C. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, *La asamblea y el consejo de familia: disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital. A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 26 (2006), pp. 475-494.
32. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El enforcement societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en el protocolo familiar publicado*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 29 (2007), pp. 139-183.
33. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Protocolo Familiar: Empresa familiar y publicidad registral*, Civitas, Pamplona 2008.
34. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Protocolo Familiar Sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil catalán*, en «Revista de Derecho de Mercantil», 284 (2012), pp. 53-101.

35. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad*, en A. ALTERNI (dir.) *et alii*, *Contratación Contemporánea- Teoría general y principios*, Editorial Temis, Bogotá 2000
36. L. FERRI, *Autonomía Privada*, Editorial Comares, Granada 2001.
37. L. FUENTES, *Grandes grupos económicos en Chile y los modelos de propiedad en otros países*, Dolmes Ediciones, Santiago de Chile 1997.
38. FUENTES LOMBARDO, M. HERNÁNDEZ ORTIZ Y M. VALLEJO MARTOS, *Razones para crecer en la empresa familiar: Un análisis comparativo*, en «Revista de Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa», 14 (2008), pp. 1135-2523.
39. GALVE GÓRRIZ Y V. SALAS FUMÁS, *La empresa familiar en España. Fundamentos económicos y resultados*, Fundación BBVA, Bilbao 2003.
40. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica*, en «Reflexión de la cátedra PRASA de Empresa Familiar», 14 (2012), pp. 4-41.
41. M. GALLO, *La empresa familiar*, Ediciones Folio, Barcelona 1997.
42. M. GALLO Y S. TOMASELLI, *Protocolo familiar: sus resultados*, Fundación Rafael Escolá, Bilbao 2006.
43. M. GALLO, *Ideas básicas para dirigir la empresa familiar*, Editorial Eunsa, Pamplona 2008.
44. M. GALLO, *Etapas en el Desarrollo de la empresa familiar*, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) *et alii*, *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Madrid 1995, pp. 31-47.
45. M. GALLO, *La empresa familiar: fortalezas y trampas*, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) *et alii*, *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Madrid 1995, pp. 49-59.
46. I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *El protocolo familiar. Un instrumento para la vida y el relevo generacional en la empresa familiar*, en D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José Gonzáles García*, Aranzadi, Jaén 2012, pp. 395-418.
47. A. GARCÍA-MONCÓ, *La empresa familiar en la ley de sociedades de capital: implicaciones fiscales*, en «Revista Pecvnia», 12 (2011), pp. 119-132.

48. G. GARCÍA CANTERO, *Empresa familiar y sociedad de gananciales*, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) *et alii*, *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Madrid 1995, pp. 82-96.
49. M. GARCÍA LONGORIA SERRANO Y A. SÁNCHEZ URIOS, *La Mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares*, en «Portularia: Revista de Trabajo Social» 4 (2004), pp. 261-268.
50. V. GARRIDO DE PALMA, *La empresa familiar ante el derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1995.
51. A. GARRIGA ALSINA Y J. MARTÍNEZ, *Las secuelas del divorcio: los efectos sobre los hijos a la luz de la sociología empírica*, CEU Editores, Madrid 2009.
52. F. GASSET Y S. PALMADA, *El buen gobierno corporativo en la empresa familiar*, Spencer Stuart, Barcelona 2007.
53. O. GÉLINIER Y E. PATEYRON, *La nueva economía del siglo XXI: las 28 reglas de juego*, Paidós, Buenos Aires 2000.
54. A. GIMENO, G. BAULENAS Y J. COMA-CROS, *Modelos de empresas familiares, soluciones prácticas para la familia empresaria*, Ediciones Deusto, Barcelona 2009.
55. I. GOMÁ LUZÓN, *El protocolo familiar*, en V. GARRIDO MELERO, Y J. FUGARDO ESTIVILL, (coord.) *et alii*, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005, pp. 653-707.
56. G. GÓMEZ-BETANCOURT, J. BETANCOURT RAMÍREZ Y N. ZAPATA CUERVO, *Empresas familiares multigeneracionales* en «Revista Entramado» 8 (2012), pp. 38-49.
57. GONDRA, *Régimen de la «empresa conyugal»: sociedad de derecho mercantil, sociedad de derecho de familia* en A. NAVARRO SALINAS (ed.) *et alii*, *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw, Madrid 2002.
58. P. LEACH, *La empresa familiar*, Granica, Buenos Aires 2013, 1.^a ed., 1.^a reimp.
59. C. LIVACIC ROJAS, *Evolución de las organizaciones: Un mundo en cambio*, en «Revista de Estudios Politécnicos», 12 (2009), pp. 171-191.
60. A. LORCA NAVARRETE, *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, Instituto Vaso de Derecho Procesal, San Sebastián 2010.

61. LUCA DE TENA, *Reforma del Título Preliminar del Código Civil*, en *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*, Gaceta Jurídica, Lima 1988.
62. P. MARTÍN CASTEJÓN, *Los principales factores de conflictos en la empresa familiar* en «Gestión, Revista de Economía» 52 (2011), pp.19-25.
63. M. MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, *La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario*, en M. SÁNCHEZ RUIZ (coord.) *et alii*, *El régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010, pp. 203-225.
64. A. MENÉNDEZ Y A. ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Civitas, Pamplona 2011, 9.^a ed.
65. C. MIGUELÉZ DEL RÍO, *Empresa familiar y la sociedad de gananciales* en «Revista Pecunia», 12 (2011), pp. 71-89.
66. P. NAVARRO (ed.) *Liderazgo y recursos humanos. Análisis del comportamiento organizacional*, Bresca Editorial, Barcelona 2010.
67. F. NOGALES LOZANO, *Empresas familiares: la profesionalización de los consejeros de familia*. Unión Editorial, Madrid 2012, 2.^a ed.
68. J. NOVAL PATO, *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los Estatutos y los pactos parasociales*, Thomson Reuters, Pamplona 2012.
69. L. OLIVAS MARTÍNEZ, *Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares*, Civitas, Madrid 2006.
70. J. OTERO LASTRES, *Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Familiar*, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) *et alii*, *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Madrid 1995, pp.253-279.
71. C. PAZ-ARES, *El enforcement de los pactos parasociales*, en F. M. CÓRDOVA BELTRÁN (coord.) *et alii*, *Derecho de Sociedades y gobierno corporativo*, Grijley, Lima 2008.
72. PÉREZ MILLÁN, *Sobre los pactos parasociales: Comentarios a la STS 1º de 19 de Diciembre de 2007 (RJ 2007, 9043)*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 31 (2008), pp. 383-398.

73. PIPOLI DE AZAMBUJA, C. VERELA GARCÍA Y P. CONCHA (ed.), *El Gobierno Corporativo en el Perú: reflexiones académicas sobre su aplicación*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima 2009.
74. E. PIZARRO MORENO, *Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto*, en «Revista de Derecho Patrimonial», 25 (2010), pp. 25-53.
75. E. J. POZA, *Empresas familiares*, CENAGE Learning Editores, México D.F. 2011, 3.ª ed.
76. E. PRESS, *Empresas de familia: De conflicto a la eficiencia ¿Cómo se construyen y cómo se sostienen? ¿Condenadas a desaparecer? ¿Obligadas a subsistir?*, Ediciones Granica, Buenos Aires 2011.
77. J. QUIJANO GONZÁLEZ, *Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (Octubre 2000)* en «Revista de Derecho de Sociedades», 18 (2002), pp. 367-381.
78. REYES LÓPEZ Y J. FERNÁNDEZ GIMENO, *La Empresa Familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000.
79. ROCA JUNYET, *La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario*, en M. GARRIDO MELERO Y J. FUGARDO ESTIVILL (coord.) *et alii*, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005.
80. J. RODRÍGUEZ APARICIO, *El protocolo familiar*, en F. VICENT CHULIÁ, (dir.) *et alii*, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Editorial Aranzadi, Navarra 2004, pp. 287-312.
81. J. RODRÍGUEZ ALCAIDE Y M. RODRÍGUEZ ZAPATERO, *El protocolo familiar. Un juego de promesas y una cascada de contratos*, Ediciones Gráficas Vistalegre, Córdoba 2007.
82. M. RODRÍGUEZ DÍAS, *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Editorial Edersa, Madrid 2000.
83. I. RODRÍGUEZ DÍAZ, *El protocolo familiar: ¿Sí o no?*, Instituto Internacional Bravo Murillo, Las Palmas 2012,
84. RODRÍGUEZ ZAPATERO Y M. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *La mujer en la empresa familiar* en «Revista de Empresa Familiar» (2) 2011, pp. 17-26.
85. V. ROPPO, *El Contrato*, Gaceta Jurídica, Lima 2001.

86. J. RUIZ-CÁMARA Y E. TORREGROSA, *Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (A propósito de las SSTS de 6 de marzo de 2009)*, en «Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez», 24 (2009), pp. 65-70.
87. I. SÁEZ LACAVE, *Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces* en «Revista para el análisis del Derecho InDret» (3) 2009, pp. 1-31.
88. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)* en «Revista de Derecho de Sociedades», (30), pp. 513-557.
89. SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona 2009, 14.^a ed.
90. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA Y J. CALERO ARTERO, *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil – matrimonial y sucesorio-, societario y fiscal*, Editorial Comares, Granada 2000.
91. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. BELLVER SÁNCHEZ Y A. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar: Manual para empresarios, claves para su correcta organización y su continuidad*, Ediciones Deusto, Barcelona 2005.
92. A. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, *El Protocolo Familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*, Imprenta Gofar, Madrid 2009.
93. M. SÁNCHEZ RUIZ, *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010.
94. E. SERRANO GÓMEZ, *Los protocolos familiares*, en J. RAMS ALBESA (coord.) *et alii*, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Editorial Dykinson, Madrid 2010.
95. L. TABOADA CÓRDOVA, *La causa del Negocio Jurídico*, Editora Grijley, Lima 2006.
96. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, Editorial Ibídems, Lima 2001, 2.^a ed.
97. J. TÁPIES, *Empresa Familiar: Ni tan pequeña, ni tan joven. Una renovada aproximación a la edad y el tamaño de la empresa familiar española*, Fundación Jesús Serra, Barcelona 2009.
98. E. VÁSQUEZ HUAMÁN, *Estrategias de poder: Grupos económicos en el Perú*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima 2000.

99. R. URÍA, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2002, 28.^a ed.
100. F. VICENT CHULIÁ, *Organización jurídica de la empresa familiar*, en «Revista de Derecho Patrimonial», 5 (2000), pp. 21-57.
101. F. VICENT CHULIÁ, *Organización jurídica de la sociedad familiar* en A. NAVARRO SALINAS (ed.) *et alii*, *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw, Madrid 2002.
102. F. VICENT CHULIÁ, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Editorial Aranzadi, Navarra 2004.
103. F. VICENT CHULIÁ, *La publicidad del Protocolo Familiar (RD. 171/2007, de 9 de febrero)*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1 (2008), pp. 51-89.
104. F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Volumen I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.
105. F. VIDAL RAMÍREZ, *Orden Público y nulidad virtual del acto jurídico*, en *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar*, Universidad de Lima, Lima 1990.
106. A. VIERA GONZÁLES, *Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Real Decreto Regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 26 (2006), pp. 147-155.
107. D. WONG CAM, *Empresas familiares: camino de exportación competitiva en mercados emergentes*, Universidad del Pacífico, Lima 2010.
108. P. YANES YANES, *Pacto parasocial de permanencia y colaboración para una colaboración empresarial*, en «Revista de Derecho de Sociedades», 36 (2012), pp. 411-419.