

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



TESIS DOCTORAL

LA PREVENCIÓN, GESTIÓN Y SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE
CONFLICTOS EN LA EMPRESA FAMILIAR

Presentada por:

María Carmen Barrón López

Dirigida por:

Dra. Dra. h.c. mult. Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal

Valencia, 2020

AGRADECIMIENTOS

Durante la realización de este trabajo he tenido la fortuna de estar rodeada de muchas personas que han confiado en mí y me han apoyado con su cariño y paciencia.

En primer lugar, mi agradecimiento al Dr. Carlos Esplugues por despertarme el interés y ánimo para llevar a cabo este trabajo, orientarme en su temática y dirigiéndome hacía la persona más idónea para su dirección.

Merecido agradecimiento a la Dra. Silvia Barona, por la confianza depositada y haber aceptado la tarea de dirigir esta tesis, encontrando siempre tiempo para atenderme y transmitirme con sus palabras entusiasmo y constancia.

Asimismo, quiero con este trabajo hacer un sentido homenaje *in memoriam* a mis padres, que siempre están conmigo y son guía de mi vida e inspiración. Vaya por ellos este trabajo, fruto del coraje y persistencia que me inculcaron y que espero poder transmitir a mis hijos.

A mis hermanas, compañeras de travesía de un duro camino, en el que siempre nos hemos mantenido unidas; a mis sobrinos y demás familia, un apoyo fundamental en mi vida.

Por último, agradezco especialmente a Isidoro, mi marido, su constante apoyo y amor incondicional y a nuestros tres hijos, Ana, Clara y Pablo, que siempre han estado a mi lado en los momentos de flaqueza y me han estimulado hasta convertir este proyecto en realidad. Esta tesis va dedicada especialmente a ellos, son el motor de mis proyectos.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS	I
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO. <i>STATUS QUO</i> DE LA EMPRESA FAMILIAR EN ESPAÑA	7
I. LA EMPRESA FAMILIAR.....	7
1. Concepto de empresa familiar.....	8
2. Evolución y peso de la empresa familiar en la economía española	14
3. Regulación legal de la empresa familiar	22
3.1. La Unión Europea.....	23
3.2. Reconocimiento legal en España de la empresa familiar	24
3.3. Informe de la Ponencia para la problemática de la empresa familiar	26
II. SINGULARIDADES DE LA EMPRESA FAMILIAR	34
1. Valores específicos de la empresa familiar.....	34
2. La cultura de la empresa familiar.....	37
3. Modelos conceptuales en la evolución de la empresa familiar	41
3.1. Modelos circulares.....	42
3.1.1. Modelo de los Dos Círculos	42
3.1.2. Modelo de los Tres Círculos.....	44
3.1.3. El Modelo de los Cinco Círculos.....	50
3.2. Modelos evolutivos.....	52
3.2.1. El modelo evolutivo tridimensional	53
4. Tipología de la empresa familiar	56
III. FORMAS JURÍDICAS DE LA EMPRESA FAMILIAR.....	60
1. Elección de forma jurídica	62
1.1. Sociedades personalistas.....	64
1.2. Sociedades capitalistas.....	67
2. Modos organización de la empresa familiar	70
3. Gobierno de la empresa familiar	74
4. Modelos de gobierno de la empresa familiar	76
4.1. Órganos de Gobierno Corporativo	78
4.1.1. La Junta General.....	80
4.1.2. El Órgano de Administración	84

4.2.	Órganos de Gobierno Familiar	87
4.2.1.	La Asamblea Familiar	89
4.2.2.	Consejo de Familia	90
4.2.3.	Los Comités Familiares	93
4.2.4.	La Family Office	96
CAPÍTULO SEGUNDO. CONFLICTIVIDAD EN LA EMPRESA FAMILIAR: EL PROTOCOLO FAMILIAR.....		97
I.	CONFLICTIVIDAD EN LA EMPRESA FAMILIAR	99
1.	Consideraciones preliminares	100
2.	Fuentes de conflicto en la empresa familiar.....	103
II.	EL PROTOCOLO FAMILIAR	121
1.	Consideraciones previas.....	121
2.	Antecedentes	122
3.	Concepto	125
4.	Naturaleza	127
5.	Modelo de estructura del protocolo	131
6.	Contenido del protocolo familiar	133
6.1.	Preámbulo	134
6.2.	Ámbito de aplicación.....	135
6.3.	Gobierno de la empresa familiar.....	136
6.4.	Régimen del trabajo en la empresa.....	137
6.5.	Propiedad de la empresa familiar	139
6.6.	Cláusulas de orden.....	141
6.6.1.	Cláusula penal	141
6.6.2.	Mecanismos de revisión y actualización	142
6.6.3.	Mecanismos de resolución de controversias empresa/familia.....	143
7.	Adhesiones al protocolo.....	144
8.	Publicidad del protocolo familiar.....	145
8.1.	Presupuestos para la publicidad de los protocolos familiares	146
8.2.	Modalidades de publicidad	149
III.	INSTRUMENTOS JURÍDICOS COMPLEMENTARIOS DEL PROTOCOLO FAMILIAR.....	152
1.	Estatutos sociales	155

2.	Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económicos matrimoniales en la empresa familiar	160
2.1.	El régimen de separación de bienes y participación de bienes en la empresa familiar	162
2.2.	El régimen de gananciales en la empresa familiar.....	163
2.2.1.	Empresa familiar como bien privativo	164
2.2.2.	Empresa familiar como bien ganancial	166
2.2.3.	Empresa familiar como bien ganancial y privativo.....	169
2.2.4.	Ganancias y deudas generadas por la empresa familiar	170
2.2.5.	Administración y liquidación del patrimonio postganancial.....	172
3.	Mecanismos sucesorios para la conservación de la empresa familiar	178
3.1.	Cuestiones previas	179
3.2.	Instrumentos sucesorios para la conservación de la empresa.....	181
3.3.	Pactos sucesorios	182
3.4.	El testamento	184
3.5.	Análisis del artículo 1056 C.C.....	185
3.6.	Fiducia sucesoria	187
3.7.	Usufructo Universal.....	190
CAPÍTULO TERCERO. GESTION Y RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LA EMPRESA FAMILIAR A TRAVES DE LAS ADR. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE.....		193
I.	CUESTIONES PREVIAS.....	193
1.	Aparición e implantación de las ADR	194
2.	Encaje de las ADR en el modelo de Justicia.....	199
3.	La articulación de las ADRS en el seno de la empresa familiar	203
4.	Vías de composición de conflictos.....	205
4.1.	Vías Autocompositivas	205
4.1.1.	La negociación.....	206
4.1.2.	La conciliación	210
4.1.3.	La mediación	213
4.2.	Vías heterocompositivas	219
4.2.1.	Vía Judicial	220
4.2.2.	El arbitraje	222
5.	Abordaje de la conflictividad en la empresa familiar	222

6.	Introducción de soluciones negociables en la empresa familiar: el arbitraje y la mediación	224
II.	EL ARBITRAJE	227
1.	Concepto	227
2.	Regulación del arbitraje en España	229
3.	Principios rectores del arbitraje.....	232
3.1.	Autonomía de la voluntad o libre disponibilidad	233
3.2.	Igualdad, audiencia y contradicción	235
4.	Naturaleza	238
4.1.	Teoría contractualista.....	238
4.2.	Teoría jurisdiccionalista.....	238
4.3.	Teoría mixta.....	238
4.4.	El arbitraje es arbitraje.....	239
5.	Reconocimiento del arbitraje como equivalente jurisdiccional	240
6.	Tipos de arbitraje	241
6.1.	Arbitraje en derecho versus en equidad.....	242
6.2.	Arbitraje institucional versus arbitraje ad hoc	244
6.3.	Arbitraje doméstico versus arbitraje internacional	246
6.4.	El arbitraje presencial o arbitraje online	247
6.5.	Arbitraje común, arbitrajes sectoriales	248
7.	Distinción de arbitraje de otros métodos de resolución de conflictos.....	248
8.	Proceso arbitral	252
III.	EL ARBITRAJE EN LA EMPRESA FAMILIAR.....	253
1.	Ventajas de la implantación del arbitraje en la empresa familiar	254
2.	Encaje del arbitraje en la empresa familiar	258
2.1.	Inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos sociales	259
2.2.	El arbitraje testamentario	263
2.3.	Pactos parasociales en el protocolo familiar.....	267
2.4.	Convenio arbitral entre los cónyuges	269
	CAPÍTULO CUARTO. MEDIACION DENTRO DE LAS ADR.	
	IMPLANTACION EN LA EMPRESA FAMILIAR	273
I.	ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS	273
1.	Regulación legal de la mediación en España	276
2.	Principios informadores de la mediación.....	285

2.1.	Voluntariedad y libre disposición.....	285
2.2.	Igualdad entre partes e imparcialidad.....	289
2.3.	Neutralidad.....	290
2.4.	Confidencialidad.....	292
2.5.	Libre designación.....	295
2.6.	Diligencia.....	296
2.7.	Lealtad.....	298
2.8.	Flexibilidad.....	299
2.9.	Buena Fe.....	300
3.	Procedimiento de mediación.....	301
3.1.	Iniciación.....	303
3.2.	Desarrollo.....	306
3.3.	Terminación.....	307
3.4.	Acuerdo de mediación.....	310
II.	MEDIACION EN LA EMPRESA FAMILIAR.....	312
1.	Dificultades en la implantación de la mediación en la empresa familiar.....	313
2.	La mediación, un ADR especialmente idóneo en la empresa familiar.....	315
III.	APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR.....	320
1.	Mediación en la elaboración de los protocolos familiares.....	321
2.	Mediación en los órganos específicos de la empresa familiar.....	326
3.	Mediación en los conflictos sucesorios en la empresa familiar.....	330
4.	Mediación en los supuestos de crisis empresarial: la mediación concursal.....	333
4.1.	Naturaleza jurídica.....	336
4.2.	Diferencias con la mediación ordinaria.....	339
4.3.	Aplicabilidad de los principios rectores de la mediación.....	340
5.	Mediación en los conflictos matrimoniales.....	347
	CONCLUSIONES.....	351
	BIBLIOGRAFÍA.....	359
	OTROS DOCUMENTOS.....	393

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores Varios
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AP	Audiencia Provincial
B.D.	Bases de Datos
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG-S	Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado
CAM	Corte de Arbitraje de Madrid
CCI	Corte Internacional de Arbitraje de Cámara de Comercio Internacional
CIMA	Corte Civil y Mercantil de Arbitraje
C.C.	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
C.Com.	Código de Comercio
CEE	Comunidad Económica Europea
CEJA	Centro de Estudios de Justicia de las Américas
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial y base de datos de jurisprudencia del Tribunal Supremo
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNUDMI-UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Coord.	Coordinador
D.F.	Distrito Federal
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado

Dir.	Dirigido
Directiva 2008/52/EC	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EAE	Escuela de Administración de Empresas
Ed.	Editado
EDJ	Jurisprudencia El Derecho
ELISA	Excelencia, Laboriosidad, Iniciativa, Simplicidad y Austeridad
EOI	Escuela de Organización Industrial
ESADE	Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresa
Etc.	Etcétera
Et. alt.	Y otros
EE. UU.	Estados Unidos
FJ	Fundamento Jurídico
FBN	Board del Family Business Network
GEMME	<i>Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation</i>
GEEF	Grupo Europeo de Empresas Familiares
ICADE	Instituto Católico de Administración y Dirección de Empresas
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Abreviaturas

IEF	Instituto de Empresa Familiar
IESE	Instituto de Estudios Superiores de la Empresa
INE	Instituto Nacional de Estadística
JUR	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
KPMG	<i>Klynveld Peat Marwick Gesellschaft</i>
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LEC	Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil
LISD	Ley del Impuesto Sucesiones y Donaciones
LOPJ	Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSLNE	Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
M ^a	María
MARC	Métodos alternativos de resolución de conflictos
MASC	Métodos alternativos de solución de conflictos
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
op. cit.	Obra citada (<i>opus citatum</i>).
p.	Página

PIB	Precio Interior Bruto
pp.	Páginas
PwC	Pricewaterhouse Coopers, S.L
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RAC	Resolución alternativa de conflictos
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RD 171/2007	Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RJ	Repertorio Jurisprudencia del Tribunal Supremo Aranzadi
RM	Registro Mercantil
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
RTC	Repertorio Tribunal Constitucional
s.	Siglo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
Sec.	Sección
SL	Sociedad Responsabilidad Limitada
SLNE	Sociedad Responsabilidad Limitada Nueva Empresa
ss.	Siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional

Abreviaturas

STS	Sentencia Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TAB	Tribunal Arbitral de Barcelona
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TJUE	Tribunal Europeo de Justicia
T.	Tomo
UE	Unión Europea
UIMP	Universidad Internacional Menéndez Pelayo
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNCITRAL	<i>United Nations Commission for the International Trade Law</i>
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
Vs.	<i>Versus</i>

INTRODUCCIÓN

Una consecuencia inherente a la creación y proliferación de las relaciones comerciales en un mundo globalizado es la aparición de conflictos específicos que deben ser eficazmente solventados, por lo que, organizar sistemas que permitan obtener una solución efectiva es una de las mayores preocupaciones de las sociedades desarrolladas.

Más allá del modelo de justicia estrictamente procesalista implantado en nuestro país, los conflictos derivados de la propia dinámica de la empresa familiar no encuentran la mejor respuesta en el modelo procesal existente. Esta situación ha sido reconocida por los propios legisladores que, incentivados por instancias europeas, han ido suplementando el sistema judicial con determinadas vías alternativas de resolución de conflictos, tanto en la búsqueda de una mejor solución de acceso a la Justicia para el ciudadano, como con la intención de liberar un sistema judicial inadaptado y colapsado por la realidad económica y social de nuestro país.

Este camino abierto a otros cauces de resolución, con indudables concesiones respecto a una vía judicial monopolística de resolución de los conflictos, requiere en todos los ámbitos del derecho y, especialmente, en este campo tan específico de la empresa familiar, una cultura de implantación y un análisis constante de sus beneficios, en aras de preservar a la empresa familiar.

En este sentido, la corriente de implantación de nuevas formas de afrontar los conflictos está en estrecha consonancia con las transformaciones producidas en el siglo XXI por la globalización, que ha generado una nueva realidad social y productiva. En efecto, en las relaciones de ámbito empresarial, han sido vertiginosas las transformaciones tecnológicas, productivas, comerciales con mercados transnacionales, etc.; una dinámica que requiere una rápida adaptación al mercado y las nuevas eras tecnológicas.

Ante esta nueva realidad ha surgido la necesidad de la empresa familiar de dar respuesta de forma ágil y efectiva a los conflictos surgidos en su seno y, para ello, será imprescindible analizar ese escenario de conflictividad, teniendo en cuenta que los conflictos surgidos la empresa familiar presentan especial tipología, al añadirse a las

consecuencias empresariales que se puedan derivar, un plus adicional, que es el coste familiar.

Sentado lo anterior, para prevenir y responder de forma efectiva a estas situaciones de conflicto en la empresa familiar, frente a la vía judicial o como complemento a la misma, surgen diversos cauces o mecanismos que se adaptan mejor a la especialidad de este tipo de entidades empresariales y analizan, desde un ámbito constructivo, la base de los conflictos, restaurando las relaciones afectivas dañadas por éstos.

Metodología del trabajo

La metodología empleada para la elaboración de este trabajo combina el método tradicional del estudio de las ciencias jurídicas con un análisis más práctico basado en un estudio doctrinal de los conflictos en la empresa familiar y en la aplicación de las ADR a los mismos; para ello, se pone en relación los órganos familiares que pueden existir en la empresa familiar para la implementación de los cauces de resolución de conflictos, predominantemente el arbitraje y la mediación, con la implantación del uso de dichos mecanismos en la empresa familiar.

Tras la lectura de las fuentes bibliográficas, nuestro objetivo consistió en desarrollar la fase de búsqueda de aplicación práctica de las ADR en la empresa familiar, ciñéndonos a su uso en conflictos derivados del ámbito familiar, sin considerar los conflictos estrictamente societarios sin connotación familiar alguna, en cuanto, resultan ajenos a la finalidad de este trabajo. Para ello, hemos examinado los conflictos más habituales y determinado los hitos que suelen ser determinantes en la aparición de estos conflictos, sirviendo como base corroborar jurisprudencial y doctrinalmente que la experiencia del arbitraje y la mediación son esenciales en su tratamiento.

La primera parte del estudio requería encuadrar la empresa familiar, analizado su naturaleza, así como los elementos que le confieren un carácter diferencial. Dicho estudio nos ha servido, por una parte, como punto de partida para analizar los conflictos familiares surgidos en el ámbito de la empresa familiar y, por otra, para examinar las ADR en dicho ámbito. Solo partiendo del análisis de estos componentes podría abordarse comprensiblemente el estudio de la mediación en la empresa familiar. Para realizar el examen de estas materias se ha recurrido a un extenso repertorio biográfico de tres

grandes bloques, empresa familiar, conflictos y ADR, concretamente mediación, que resultan unidos por un hilo conductor que es la aplicación práctica y efectiva de la mediación en el abordaje de los conflictos en la empresa familiar.

Como refuerzo al extenso estudio biográfico, ha sido de gran apoyo para la realización de esta investigación, los conocimientos multidisciplinares y eminentemente prácticos adquiridos en el Máster de Derecho, Empresa y Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, así como, mi actividad profesional como responsable del Departamento Jurídico de un grupo empresarial valenciano de estructura familiar.

Por consiguiente, este trabajo combina la metodología tradicional usada en cualquier ámbito del Derecho, mediante el análisis de las normas, jurisprudencia y doctrina, conjugado con un enfoque práctico y profesional, a fin de plantear una propuesta efectiva y de aplicación práctica que pueda aportar un avance a estas sociedades familiares en la gestión de sus conflictos.

Estructura del trabajo

En la primera parte, se ha analizado la empresa familiar con especial incidencia en los elementos que le atribuyen un carácter diferencial y su adecuación a un tipo social. Asimismo, hemos considerado que dichas sociedades suponen un fenómeno socioeconómico a nivel mundial, soporte esencial de la economía y empleo, que ha venido generando la preocupación de los poderes públicos.

En el Capítulo Segundo, se ha partido del examen del conflicto en la empresa familiar centrándonos en los surgidos en el ámbito familiar que, no sólo tienen trascendencia interna, sino que, mal gestionados derivarán en el desgaste de las relaciones familiares y pondrán en peligro la continuidad de la empresa. El examen de estos conflictos nos ha servido como punto de partida para considerar el protocolo familiar, como documento base en la empresa familiar para regular las relaciones entre sus dos pilares fundamentales, la familia y la empresa. De la intersección de ambas realidades, y en muchas ocasiones, de su confusión, surgen los conflictos en la empresa familiar. Ante esta realidad, el protocolo familiar será determinante para establecer un marco de relación interna entre la familia y la empresa, incorporando tanto aspectos morales, como

organizativos de la empresa. Asimismo, se realizará en este bloque un estudio de los instrumentos complementarios del protocolo familiar, que planifican con eficacia jurídica aspectos esenciales del funcionamiento de la empresa y de la evolución de la familia, garantizando el relevo generacional.

Para dotar de eficacia al protocolo se estudiarán los estatutos sociales desde la perspectiva de documento social en el que se pueden plasmar determinados pactos que, inscritos en el Registro Mercantil, en adelante RM, alcanzarán eficacia *erga omnes*. Asimismo, se analizarán las capitulaciones matrimoniales, documento económico matrimonial en el que deben concretarse los pactos que hayan podido alcanzarse en el protocolo familiar sobre el régimen económico matrimonial, que deberán adoptarse por los integrantes de la empresa familiar y por las sucesivas generaciones.

Igualmente, se analizarán los instrumentos sucesorios idóneos para preservar la empresa familiar y garantizar el traspaso generacional que, por excelencia, se convierte en uno de los principales riesgos de la empresa familiar.

A posteriori, ya considerando el surgimiento del conflicto en la empresa familiar, se han examinado en el Capítulo Tercero y Cuarto el arbitraje y mediación, como métodos preferentes de gestión y resolución conflictual. En ambos capítulos, se ha seguido una estructura paralela de estudio, analizando someramente en ambas vías su naturaleza y principios inspiradores, a fin de concretar su alcance en la empresa familiar, para posteriormente analizar la implementación de estas vías en la empresa familiar, destacando las bondades de ambos métodos por su flexibilidad y capacidad de adaptación al conflicto concreto.

El análisis de ambas figuras se ha centrado en su implementación en la empresa familiar, lo que nos ha servido de base para extraer las conclusiones que formularemos a la finalización de este trabajo y que como idea genérica se vertebrarán en la idoneidad de la mediación como método preventivo, de gestión y solución de conflictos en la empresa familiar, título del estudio.

Objetivos del trabajo

Considerando el escenario descrito *supra*, existen importantes motivos por los que plantearse la incorporación de las ADR, en concreto, el arbitraje y la mediación en la empresa familiar. En esta línea, nos planteamos si realmente son adecuados dichos métodos para gestionar y resolver los conflictos surgidos en la empresa familiar y, en ese caso, cuáles serían las vías más idóneas para su implementación, centrándonos en la mediación.

No podemos olvidar que la mediación se basa en el consenso dialogado y en la búsqueda de soluciones sobre la base de un compromiso mutuo de los intervinientes en cumplir los acuerdos alcanzados. En la empresa familiar cobrarán especial significado dichos compromisos para eliminar de forma efectiva el conflicto y evitar que surja *a posteriori*.

Asimismo, valoraremos como la mediación puede convertir en positiva la situación de conflicto surgida, al transformarla en un refuerzo de la comunicación y diálogo en la familia, recuperando valores o relaciones familiares que pueden haberse deteriorado y dando cobertura a las necesidades de la empresa familiar ante situaciones de conflicto, para evitar quebrantos familiares e, indudablemente, empresariales.

Por otra parte, como objeto de la investigación, nos planteamos la conveniencia de difundir en la empresa familiar una política preventiva que permita la implantación de órganos o instrumentos que mitiguen la aparición de estos conflictos, de forma que, en caso de que surjan, garanticen el uso de vías extrajudiciales que los gestionen de forma más dinámica y especializada.

Nuestra investigación pretende dar respuesta a estas cuestiones referentes a la implementación de la mediación en el ámbito conflictual de la empresa familiar, para ello, debemos entender su especial idiosincrasia y la singularidad de los conflictos surgido en su seno.

En conexión con lo anterior, la mediación se viene estudiando tradicionalmente desde una perspectiva procesal, como método alternativo o complementario a la vía judicial y, en pocas ocasiones, se relaciona con las virtualidades que puede tener para

atender el ámbito conflictual en la empresa familiar, ante lo que nos planteamos los posibles beneficios de su incorporación.

Así, basándonos fundamentalmente en esas relaciones familiares, este trabajo destacará los valores añadidos del uso de la mediación en el ámbito preventivo y de gestión y resolución de los conflictos en la empresa familiar frente a la vía judicial, que no sólo generará incertidumbre en cuanto a su resultado, sino que, posiblemente llevará consigo un desgaste o incluso ruptura de las relaciones familiares afectadas por dicho conflicto.

Por todo ello, trataremos de acercar la mediación a las empresas familiares, proponiéndola como mecanismo idóneo para garantizar su continuidad y mantener la armonía familiar, valorando incluso si en estas empresas puede ser considerada como un activo empresarial.

CAPÍTULO PRIMERO. *STATUS QUO* DE LA EMPRESA FAMILIAR EN ESPAÑA

I. LA EMPRESA FAMILIAR

La impronta y consolidación de la empresa familiar en España y su cada vez mayor protagonismo en el tejido empresarial, representando un importante segmento de la actividad empresarial española, nos lleva a comenzar realizando una visión panorámica de la empresa familiar en España, a fin de presentar el contexto en el que se ha venido consolidando y una aclaración conceptual de algunos de sus componentes.

Una primera aproximación nos permite plantearnos, cuanto menos, una duda sobre la simbiosis de los elementos que componen el concepto de empresa familiar, al estar incluida en su denominación dos elementos complejos, empresa y familia, en los que confluyen las relaciones afectivas y profesionales, lo que *a priori* podría generar dificultades de vida en común. No obstante, la realidad ha demostrado que, pese a esa aparente complejidad de conexión entre ambos, la empresa familiar se ha convertido en una pieza esencial del entramado económico español y ha sabido conjugar las relaciones afectivas y profesionales, superando vicisitudes y complejidades, lo que no es óbice a la real aparición de una conflictividad *sui géneris*.

El análisis de la empresa familiar requiere el desglose de los dos elementos que la componen: en primer lugar, la familia, estructura en la que las personas se relacionan por lazos de sangre o de pareja y, en segundo lugar, la empresa, organización integrada por elementos humanos y materiales para la obtención de beneficios. La combinación de ambos elementos, no siempre pacífica, será una fuente de relaciones y conflictos a los que se pueden aplicar determinados métodos de resolución de conflictos y, entre ellos, especialmente el arbitraje y la mediación.

Para llegar a dicho análisis será necesario efectuar un recorrido, comenzando con fotografiar la evolución social y económica de la empresa familiar en España, su regulación y organización, para enmarcar dicha figura en el contexto de las relaciones surgidas en su ámbito y los conflictos derivados de éstas. Todo ello, como base para analizar cuáles serán las vías alternativas a la vía judicial más idóneas para la gestión y

resolución de estos conflictos. Para dicho estudio será necesario efectuar un breve análisis de los métodos alternativos que, coexistiendo con la vía judicial, se plantearán como una solución más adecuada a la idiosincrasia de la empresa familiar.

1. Concepto de empresa familiar

A falta de una definición formal de empresa familiar que sirva para identificar claramente el sujeto objeto de investigación y su estudio, suele aceptarse que es una empresa en la que confluyen la propiedad, la gestión y la familia.

La empresa familiar, fruto de su falta de definición legal, está sujeta a múltiples interpretaciones doctrinales sobre su naturaleza y características. Más allá de tratar de definir el concepto, nos ceñiremos a destacar el componente familiar que la integra y le da esencia, generando, a su vez, una problemática interna muy diversa.

De este modo, podemos definir la empresa familiar como aquella empresa en la que la propiedad se encuentra con carácter predominante en manos de personas vinculadas por lazos afectivos que intervienen en la administración y dirección del negocio de forma determinante¹.

Esta definición marca indudablemente el desarrollo de nuestro análisis, planteándonos los dos ámbitos que engloban la empresa familiar, el empresarial y el familiar. Por una parte, una esfera de ámbito familiar privado, en el que afloran vínculos afectivos y sentimientos que forman parte de nuestra más estricta intimidad y en el que habitualmente surgen tensiones entre padres, hermanos, matrimonio, cuñados, primos, etc. Por otra parte, una esfera de ámbito profesional o empresarial, en la que nos desarrollamos laboralmente y proyectamos nuestra trayectoria profesional.

La empresa familiar mantiene su identidad de empresa, empero, el rasgo que imprime su carácter diferencial es el objetivo estratégico de la empresa, fundamentado en la continuidad generacional, a fin de mantener el control y propiedad de la empresa en manos de la familia².

¹ ALONSO DAL MONTE, C., NARANJO HERNÁNDEZ, M.J., “Mediación en empresas familiares”, *Revista de Mediación*, núm. 10, 2012.

² INSTITUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR, disponible en <http://www.iefamiliar.com/ief/la-empresa-familiar>; último acceso 10-05-2018.

De acuerdo con la definición oficial de empresa familiar acordada en 2008 en Bruselas por las dos principales instituciones internacionales representantes de las empresas familiares, el Grupo Europeo de Empresas Familiares (GEEF) y el Board del Family Business Network (FBN) acogida en los últimos estudios de referencia³, la empresa familiar es la que tiene las siguientes características:

“Una compañía sin importar su tamaño es considerada familiar si cumple las siguientes condiciones:

La mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o, son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s).

La mayoría de los votos puede ser directa o indirecta.

Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.

A las compañías cotizadas se les aplica la definición de Empresa Familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social”.

En España, la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar, publicada en 2008 por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio⁴, considera que una empresa es familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Destaca la Guía como principales rasgos diferenciadores de la empresa familiar: que la propiedad se halle en el grupo familiar, que éste participe en el gobierno o gestión

³ IEF Y LA RED DE CÁTEDRAS DE EMPRESA FAMILIAR, *La Empresa Familiar en España*, 2015, disponible en <http://www.iefamiliar.com/upload/documentos/ubhiccx9o8nnzc7i.pdf>; último acceso 12-05-2018.

⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2008. Disponible en <http://www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf/>, último acceso 23-05-2018.

de la empresa y, especialmente, que exista una vocación de continuidad de transmisión de los valores empresariales propios de la familia.

En términos similares, CORONA Y TÉLLEZ ROCA⁵ consideran la empresa familiar como aquella en la que el grupo familiar está en condiciones de designar al máximo ejecutivo de la compañía, de fijar la estrategia empresarial de la misma y, todo ello, con el objetivo de la continuidad generacional, basado en el deseo conjunto de fundadores y sucesores de mantener el control de la propiedad y la gestión en la familia.

Ante la falta de una definición integradora de la empresa familiar, se opta por la técnica que señala QUIJANO GONZÁLEZ de “*sumar elementos típicos y lograr una definición a través de la suma de varios de sus caracteres*”⁶.

De esta forma, las diversas definiciones de la empresa familiar inciden en algunos de sus rasgos característicos que, en su conjunto, le imprimen un carácter diferencial, de los que consideramos destacables:

En primer lugar, la familia tiene la propiedad y/o gestión de la empresa, es decir, se encuentra involucrada activamente en la misma.

En segundo lugar, existe una proyección de la familia en la empresa, en cuanto los valores y principios de la familia, imprimen un carácter a su forma de trabajo en la empresa. En efecto, la empresa no es considerada simplemente como una actividad profesional, sino que, tendrá proyectada la identidad de la familia, dándole un carácter diferencial del resto de las empresas, al ser uno de sus mayores activos.

Finalmente, como consecuencia de lo anterior, la familia tiene una responsabilidad adquirida en la empresa, no sólo de continuidad, planteándose como un proyecto, sino también, como un compromiso familiar que se asume en las relaciones internas con los trabajadores, relaciones comerciales, trato con clientes y proveedores, etc.

⁵ CORONA, J., TÉLLEZ ROCA, J., "El protocolo familiar", en CORONA J. (Ed.), *Empresa Familiar: aspectos jurídicos y económicos*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2011, p. 795.

⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar”, *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, núm.18, 2002, pp. 367-381.

GALLEGO⁷ considera que para identificar a la empresa familiar han de concurrir una serie de rasgos definitorios: ha de existir una empresa que independientemente de su forma jurídica tenga vocación de continuidad; la propiedad de la empresa debe pertenecer a un grupo familiar, con un porcentaje de la propiedad o titularidad del capital que le otorgue el control de la empresa; el gobierno de la empresa se gestiona por la familia, lo que no implica necesariamente que la familia lo asuma activamente, puesto que, puede encomendarse a profesionales externos, bastando con que el gobierno estratégico y de control esté en manos de familiares; la voluntad de permanencia de la empresa en el seno del grupo familiar va más allá de la vida activa los actuales dueños, conservándola “*como un legado a transmitir a las generaciones futuras*”.

En este mismo sentido, CAYÓN afirma que, al no existir una definición legal de empresa familiar, se escribe y legisla de modo fragmentario, siendo necesario para el estudio de la empresa familiar establecer sus rasgos definitorios, entre los que destaca:

- 1) Que el objeto o actividad de la empresa sea verdadera actividad empresarial.
- 2) La multiplicidad de relaciones entre un grupo familiar y la empresa, los vínculos entre los miembros son y se manifiestan en que los órganos de dirección están integrados por miembros de la familia; la financiación de la empresa suele provenir del grupo familiar; los trabajadores son en gran parte miembros de la familia; pueden existir otras relaciones entre la familia y la empresa como las que se compartan clientes o proveedores entre empresas del grupo familiar.
- 3) Intencionalidad, reflejada en el deseo de continuar la empresa en manos de la familia.
- 4) Elemento formal, constituido por el protocolo familiar, si bien, no se trata de un rasgo identificativo, al poder no constituirse en algunas empresas familiares.
- 5) Elemento cuantitativo, en cuanto la mayoría de las empresas familiares serán pequeñas o medianas empresas, sin perjuicio, de la existencia de grandes empresas que responden a las características de empresa familiar⁸.

⁷ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, núm. 14, 2012, pp. 7- 8.

⁸ CAYON GALIARDO, A., “La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho interno y comparado”, en AA.VV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Madrid, Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, 2000, pp. 16-19.

En base a lo expuesto, podemos concluir que en la definición de empresa familiar concurren dos grandes requisitos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero, consiste en la propiedad de la empresa en manos de la familia y, el segundo, la voluntad de ésta de que la empresa se mantenga como un legado para las siguientes generaciones.

Amén de lo anterior, ambos requisitos se encuentran relacionados y confluyen en la empresa familiar. De este modo, la empresa familiar no puede ser planteada simplemente como un modo de vida familiar, sino con que va más allá, con un carácter diferencial y sello propio. En efecto, en la empresa familiar, la familia proyecta en la empresa un vínculo subyacente, fundamentado en los valores inculcados por los progenitores, convirtiéndola en un proyecto familiar que va de la mano de la familia e irradia su esencia en las relaciones internas y externas. Dicha esencia impregnada por la familia será su principal activo empresarial, si bien, en la misma forma, puede convertirse en una de sus mayores fuentes de conflictos.

Todas estas cuestiones que hemos esbozado en términos generalizados son las que analizaremos a lo largo de este trabajo, reflejando los conflictos con los que se encuentra la empresa familiar por la confluencia del ámbito empresarial y familiar y planteándonos como se pueden prevenir, afrontar o gestionar dentro de este ámbito afectivo-profesional existente en la empresa familiar.

Por lo expuesto, ante la diversidad de definiciones doctrinales sobre la empresa familiar resulta difícil centrar el concepto sin incidir especialmente en algunos de los componentes que lo integran. Por ello, hay definiciones que se basan en las premisas necesarias para considerar una empresa como familiar, que son familia, propiedad y empresa; tres núcleos diferenciales que entran en relación, creando un sistema superior.

En dicho sistema superior, autores como POZA⁹ consideran que se hayan representados los tres subsistemas identificados por la teoría de los tres círculos: *“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. En el círculo propiedad se integran los*

⁹POZA, E. J., *Empresas familiares*, México D.F, Cenage Learning Editores, 2011, 3^a ed., p. 13.

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”.

En definitiva, hemos expuesto una pequeña muestra del extenso tratamiento doctrinal existente en torno a la empresa familiar. El término ha adquirido gran relevancia versando un gran debate doctrinal sobre los elementos que deben incluirse en su definición y las características que le confieren un carácter diferencial.

Sobre esta cuestión, la Cátedra de Empresa Familiar de la Escuela de Negocios de la Universidad de Navarra (IESE) considera que la definición de empresa familiar se configura sobre la base de la familia que tiene una participación accionarial suficiente para ejercer el control y representación en los órganos de gobierno, así como para poder influir en las decisiones del gobierno corporativo, añadiendo a lo anterior, que la familia de pruebas de traspasar la propiedad y los valores empresariales a la siguiente generación¹⁰.

Expuestas algunas de las posiciones doctrinales que se mantienen en torno al concepto de empresa familiar y los elementos que la caracterizan; tomaremos como punto de partida los elementos definitorios basados en la propiedad, familia y empresa, para

¹⁰ TAPIES LLORET, J., “De empresa familiar a familia empresaria”, *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 63, 2005, pp. 18-25.

ampliar su conocimiento al estudio de los valores que le imprimen carácter y configuran la cultura de la empresa familiar.

Asimismo, el estudio de la empresa familiar nos servirá de base para analizar su posicionamiento en nuestra economía, convirtiéndose en un potente motor de riqueza y empleo, por lo que, su preservación será un gran reto para los poderes públicos.

Por todo ello, será fundamental conocer la empresa familiar e implantar mecanismos que puedan afrontar diariamente las divergencias surgidas en su seno, que evolucionen con la realidad económica y social de la empresa y la transformación que se producirá con el paso del tiempo en la familia y en la empresa.

2. Evolución y peso de la empresa familiar en la economía española

La empresa familiar ha adquirido un gran protagonismo en el tejido productivo de nuestro país, al representar un esencial motor en la creación de riqueza y empleo. Para estudiar en España el impacto de la empresa familiar en la economía nos basaremos en las publicaciones del Instituto de la Empresa Familiar, en adelante IEF. Se trata de organización empresarial fundada en 1992, de ámbito estatal e independiente, que agrupa a un centenar de empresas líderes en diversos sectores de la actividad que transmite, a través de los estudios y publicaciones, la realidad de las empresas familiares en España.

El IEF incluye las Asociaciones Territoriales de Empresa Familiar formadas por empresas familiares de diversos sectores de actividad de su región, que suponen la proyección regional del IEF, a fin de conocer los asuntos que afectan a este tipo de compañías en sus respectivas áreas de influencia. Actualmente existen 18 Asociaciones Territoriales de Empresa Familiar, que cubren la totalidad de las comunidades autónomas españolas, englobando en su conjunto 1.100 empresas de todos los sectores de actividad¹¹.

Asimismo, el IEF cuenta con una importante Red de Cátedras de Empresa Familiar que tienen por objeto el análisis, la investigación y la docencia sobre la realidad de estas compañías, que constituyen la base principal de creación de riqueza en España. El Instituto, a través de su área académica, dirige y coordina sus actividades con el objeto de asegurar la homogeneidad de los contenidos y mejorar su calidad. La incorporación de

¹¹ Disponible en <http://www.iefamiliar.com/aatt/>, consultado el 12-05-2018.

la empresa familiar como tema en los planes de estudios universitarios significa un avance en el proceso de aproximación de las universidades hacia la realidad del tejido empresarial de nuestro país¹².

En este sentido, desde hace un tiempo estamos asistiendo a un fenómeno divulgativo de la empresa familiar, que excede del ámbito académico de las escuelas de negocios y que se ha convertido en un fenómeno social; así proliferan las entrevistas, artículos en prensa, en los que se ensalzan la empresa familiar como modelo empresarial, destacando los logros de experiencias concretas.

De la misma manera, el interés de la empresa familiar se ha trasladado también al ámbito jurídico, siendo materia de especialización en despachos de abogados y consultorías que han creado departamentos especializados en los diferentes ámbitos de la empresa familiar, para atender así sus aspectos fiscales, sucesorios, sociales, protocolo familia, etc. En definitiva, la empresa familiar se ha convertido desde hace unos años en un objeto de interés que merece ser estudiado por su relevancia.

Ciertamente, la empresa familiar ha adquirido un protagonismo relevante en la economía española, constatando los datos estadísticos que 1,1 millones de empresas son familiares en España, representando un 89% sobre el total de las empresas. Asimismo, las empresas familiares se han convertido en el mayor generador de empleo en España, creando actualmente el 67% del empleo privado, un total de más de 6,58 millones de puestos de trabajo, siendo responsables consiguientemente del 57,1 del PIB del sector privado¹³.

Las cifras expuestas son significativas de la implicación de la empresa familiar en la actividad económica, consiguientemente, la empresa familiar se convierte en un elemento dinamizador de la economía que se sustenta en elementos porcentuales cuantitativos y cualitativos que caracterizan a estos tipos de empresas, entre los que podemos destacar¹⁴:

¹² Disponible en <http://www.iefamiliar.com/catedras/>, consultado el 12-05-2018.

¹³ Disponible en <http://www.iefamiliar.com/cifras/1/>, consultado el 12-05-2018.

¹⁴ Seguimos en este punto al director académico del Instituto de Empresa Familiar, CORONA, J., “Manual de la Empresa Familiar”, en VILLAFANE & ASOCIADOS (Coords.), *La Reputación de la Empresa Familiar*, Madrid, Villafañe & Asociados, 2012, pp. 9-10.

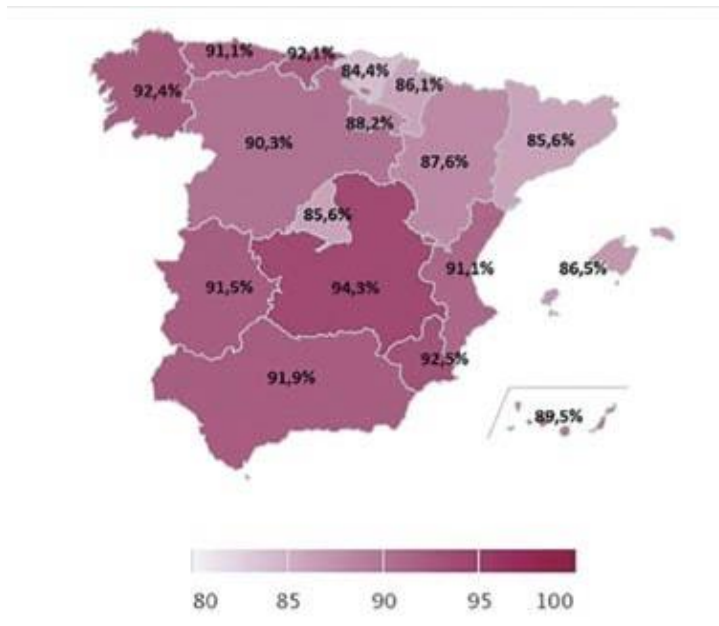
- a) *“Potencial innovador.*
- b) *Gran capacidad de creación de empleo ya que suponen más del 70% del empleo de la Unión Europea y una de las mayores contribuciones a la producción económica*
- c) *Motor de desarrollo económico y regional. Sus inversiones a largo plazo aportan estabilidad y permanencia a las regiones ya que los propietarios familiares de negocios no acostumbran a cambiar su lugar de residencia, luego el domicilio de la empresa acostumbra a ser el mismo.*
- d) *Estimulan el afán emprendedor ya que proporcionan un campo de entrenamiento para los empresarios del futuro. Tienen una fuerte ética de empresa, estrategia empresarial a largo plazo y conciencia de responsabilidad social y ambiental.*
- e) *Percepción de calidad por parte de clientes, proveedores y trabajadores basada en su buena reputación.*
- f) *Responsabilidad social corporativa ya que transmiten valores familiares con un alto sentido de responsabilidad social.*
- g) *Estrategia a largo plazo ya que tienen una estructura de capital estable normalmente respaldada por las finanzas familiares y con una estructura, estrategia actuación sostenible a largo plazo.”*

Resulta incuestionable que la empresa familiar se consolida como un pilar básico de nuestra economía con una fuerte repercusión en el empleo, destacando su implantación en sectores estratégicos como el comercio, la construcción, hostelería y transporte.

La situación expuesta queda reflejada en un estudio estadístico oficial sobre empresas familiares, publicado por el Instituto Nacional de Estadística en julio de 2016¹⁵, que constata el peso que representan en la economía española con un porcentaje superior al 80%. Este alto nivel nacional es igualmente trasladable a nivel regional, como se refleja en el mapa ilustrado a continuación, en el que se destaca la presencia de la empresa familiar por comunidades autónomas y el porcentaje que representan estas sociedades del tejido empresarial de dichas zonas geográficas.

¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, “Estudio piloto sobre empresas familiares”, 2016; disponible en http://www.ine.es/daco/daco42/ice/estudio_piloto_2015.pdf.

Mapa 1. Porcentaje de empresas familiares por Comunidades Autónomas



Fuente: Instituto de Empresa Familiar¹⁶.

Los valores por comunidades autónomas son un fiel reflejo del alto porcentaje empresarial que significa la empresa familiar en nuestro país, no tratándose de una cuestión sectorial o geográfica, sino de un modelo empresarial que ha adquirido un elevado posicionamiento hasta convertirse en el sustento de nuestra economía.

En consecuencia, resulta incuestionable que en nuestra geografía la empresa familia se configura como el principal soporte de la economía, siendo un motor de inversión y empleo estable, que genera unos altos niveles de facturación.

Asimismo, este liderazgo de la empresa familiar en el ámbito económico en nuestro país se constata al examinar su implantación por sectores de actividad y las cifras de empleo y facturación que representa.

En este sentido, los sectores empresariales con más alto porcentaje de presencia de las empresas familiares son la hostelería y el transporte, resultando asimismo destacable el nivel de ocupación y facturación en construcción, con más de un 90%.

¹⁶ IEF Y LA RED DE CÁTEDRAS DE EMPRESA FAMILIAR, La Empresa Familiar en España, *op. cit.*, p. 37.

Tabla 1: Empresas familiares por grupos de actividad

<u>Actividad</u>	<u>Empresas</u>	<u>Ocupados</u>	<u>Facturación</u>
<u>TOTAL</u>	82,8	49,9	38,0
Industria	74,1	47,5	32,2
Construcción	80,9	68,5	63,5
Comercio	86,2	66,3	49,2
Transporte y Hostelería	90,6	61,5	52,9
Resto de servicios	80,0	37,9	20,4

Fuente: INE¹⁷.

La repercusión en la economía y en el empleo de la empresa familiar ha sido valorada en el Estudio sobre la profesionalización de la empresa familiar¹⁸, que estima que en España las entidades familiares generan el 75% del empleo privado y realizan el 59% de las exportaciones.

Por las cifras estadísticas expuestas, resulta incuestionable destacar la relevancia de la empresa familiar en la economía española. Dicha realidad no sólo es extrapolable a los países europeos, sino que alcanza mundialmente al resto de los países desarrollados. Esta situación es expuesta por la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar que señala “*en los países de economía libre las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la actividad y son los principales agentes de creación de riqueza*”¹⁹.

Ciertamente, dicha riqueza está estrictamente relacionada con el empleo, al que contribuyen las empresas familiares con elevados porcentajes de ocupación por actividad, como hemos analizado. A mayor abundamiento, el empleo proporcionado por las empresas familiares se caracteriza por ser estable y de calidad, en cuanto las relaciones

¹⁷ *Ídem*, p. 6.

¹⁸ PURSALS PUIG, C. (Dir.), *Estudio sobre la profesionalización de la Empresa Familiar*, Barcelona, Instituto de la Empresa Familiar, 2005, p. 19.

¹⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, *op. cit.* En la citada Guía asimismo se pone de manifiesto que: “*En España, el número de empresas familiares con las características anteriormente definidas supera los dos millones, generando entre un 65% y un 70% del Producto Interior Bruto (PIB) y, aproximadamente, el 75% del empleo, con cerca de nueve millones de trabajadores, de los cuales más de un millón y medio son autónomos*”.

laborales surgidas tienen una mayor continuidad fundamentada en una relación de confianza y están basadas en los valores y compromiso social adquirido por la empresa familiar con su entorno.

La relevancia de la empresa familia en la economía verdaderamente traspasa fronteras, como se desprende de las cifras extraídas del IEF, que constatan que las empresas familiares son las organizaciones con más volumen de facturación y creación de empleo a nivel global. El dato es especialmente significativo en el territorio de la Unión Europea, en adelante UE, en el que la empresa familiar representa un 60% sobre el total de las empresas asentadas en Europa. Asimismo, el mercado estadounidense es una muestra de la potencialidad y valor de las empresas familiares, en cuanto ocupan el 80% del entramado empresarial y generan el 50% del empleo privado²⁰.

Ahora bien, el efecto económico que genera la empresa familiar no sólo se mide en los niveles de facturación, sino que, como apuntamos *supra*, se determina en un parámetro fundamental para la economía, el empleo. La actividad de las empresas familiares, independientemente de su tamaño, generan en la sociedad un favorable impacto económico en niveles de empleo.

Esta situación es reflejada por ECHAIZ MORENO²¹ que manifiesta que casi el 90% de las empresas y negocios en el mundo son de propiedad familiar y representan el 75% de las unidades productivas, ofrecen el 70% de los puestos de trabajo disponibles y responden por el 80% del producto bruto mundial.

Con los datos examinados, podemos concluir que la empresa familiar se consolida como un motor económico en España, fenómeno que traspasa nuestras fronteras. Este posicionamiento económico de la empresa familiar en la economía es objeto de numerosas publicaciones. En este sentido, resulta significativa la reflexión que realiza BAREA²² “*Las empresas familiares sostienen el tejido productivo y la creación de empleo*

²⁰ Extraído del Instituto de la Empresa Familiar; disponible en <http://www.iefamiliar.com/cifras/1>, ultimo acceso 12-05-2019.

²¹ ECHAIZ MORENO, D., “El protocolo Familiar. La contractualización en las familias empresarias para la gestión de las empresas familiares”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIII, núm. 127, 2010, p. 103; disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=daniel_echaiz, consultado el 12-01-2019.

²² BAREA MARTÍNEZ, M.T., “El protocolo familiar”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 1, 2017, p. 299.

en la mayor parte de los países desarrollados con economía de mercado. En España existen en torno a tres millones de empresas familiares, que representan entre el sesenta y cinco y el setenta por ciento del producto interior bruto nacional, realizan el sesenta por ciento de las exportaciones y generan cerca de quince millones de puestos de trabajo”.

Ahondando más en esta cuestión, como se ha comentado *supra*, la repercusión de la empresa familiar en la economía y el empleo se produce igualmente en el ámbito europeo e internacional. El mencionado Estudio piloto sobre empresas familiares²³ pone de manifiesto que las empresas familiares tienen un papel importante que desempeñar en el fortalecimiento y el dinamismo de la economía europea, habiendo puesto en marcha la Comisión Europea un proyecto para paliar la falta de información estadística en los países europeos de las empresas familiares, que pretende: “i) contribuir a la disponibilidad y mejora de estadísticas fiables sobre empresas familiares a nivel nacional y europeo; ii) apoyar la implantación y desarrollo de estas estadísticas en los países que todavía no recogen información sobre este tema”.

Igualmente, resultan destacables los objetivos que guían preferentemente las actuaciones de las empresas familiares, al encontrarse menos vinculados a metas de tipo económico que las empresas que no tienen tal carácter y apostar por políticas de planificación económica que priorizan la continuidad de sus trabajadores en el empleo y la reinversión de sus beneficios.

En este sentido, resulta destacable que las empresas familiares tienen unos objetivos y valores que las diferencian de aquellas empresas que no tienen un componente familiar, en las que priman el beneficio empresarial. Esta cuestión es puesta de manifiesto en el referido Estudio piloto sobre empresas familiares que insiste en el destacable papel desempeñado por las empresas familiares durante la reciente crisis económica²⁴, apostando por una política de mantenimiento del empleo y una excelente evolución de la productividad en un entorno de reducción de ingresos.

²³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, “Estudio piloto sobre empresas familiares”, *op. cit.*, p. 3.

²⁴ *Ídem*, p. 24.

En efecto, la empresa familiar ha jugado en nuestro país un papel fundamental en estos duros años de crisis, apostando por conservar sus plantillas, lo que ha contribuido a no acrecentar las ya elevadas cifras de paro; en definitiva, resulta destacable el valor social de estas empresas y la apuesta de futuro que han efectuado en apoyo de la recuperación económica.

Por todo lo expuesto, resulta incuestionable en nuestro entorno socioeconómico la importancia de la empresa familiar. En esta misma línea, compartimos con CUESTA²⁵ que la empresa “*puede proporcionar a la sociedad determinadas utilidades con más facilidad que las empresas no familiares*”.

Adicionalmente, debemos reseñar en el marco de nuestra investigación que, aunque habitualmente se tiende a relacionar la empresa familiar con pequeñas o medianas empresas de escasa plantilla y bajos niveles de facturación, la realidad es muy diversa. Ciertamente, esta modalidad empresarial es igualmente extensible a grandes grupos empresariales que responden a la estructura de empresa familiar, como el Banco Santander, Mercadona, Inditex, Acciona, etc. La experiencia que representa la empresa familiar en nuestro territorio nacional permite afirmar que no es el tamaño el que define a las empresas familiares, sino las coordenadas que las hacen propias.

Por todo ello, resulta evidente que se han de adoptar medidas para preservar la continuidad de las empresas familiares. Así fue adoptada la Recomendación de la Comisión Europea 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994²⁶, que reconocía la existencia de causas de derecho sustantivo y fiscal que dificultaban la transmisión fundamentalmente mortis causa de la empresa y aconsejaba reformas dirigidas a simplificar el Derecho, para facilitar la continuidad y supervivencia de las PYMES. Asimismo, fueron adoptadas las Recomendaciones del Fórum de Lille, que trataremos *infra*, referentes a la adopción de medidas legislativas para la supresión de la prohibición de los pactos sucesorios y fomentar la suscripción del protocolo familiar.

²⁵ CUESTA LÓPEZ, J.V., *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en la Sociedad Anónima*, Valencia, Organismo Público Valenciano de Investigación, 2001, p. 58.

²⁶ DOUE L 385, de 31 de diciembre de 1994, pp. 14 y ss.

A pesar de ser indudable el relevante papel que desempeña la empresa familiar en la economía a nivel mundial, dicha situación no se ha visto acompañada de un esfuerzo normativo unificador de su regulación. En este sentido, el ordenamiento español no tiene una regulación específica de la empresa familiar, habiendo sido parcialmente reglamentada por determinados ámbitos del derecho referentes a cuestiones que le afectaban, fundamentalmente el ámbito civil, tributario y laboral. A pesar de encontrarse afectada por tan diferentes ámbitos del Derecho, no se ha establecido una definición legal de empresa familiar, que nos ayude a delimitar sus componentes, ni una regulación uniforme que integre legalmente sus diferentes ámbitos.

La necesidad de una definición delimitadora de la empresa familiar se ha reflejado a nivel europeo, en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa en la que se insta a la Comisión “*a que proponga al Parlamento Europeo y a los Estados Miembros una definición viable desde el punto de vista estadístico a escala europea del concepto de «empresa familiar»*”.

Por tanto, nos encontramos ante una figura que no se encuentra definida, ni regulada de forma integral. Esta situación choca claramente con la relevancia de la empresa familiar en un mundo empresarial cambiante y globalizado, en el que, lejos de relegarse a sectores reducidos o de escasa repercusión comercial, se ha posicionado de forma generalizada, demostrando su fortaleza frente a entidades que no tienen este carácter familiar.

3. Regulación legal de la empresa familiar

Los poderes públicos han tomado conciencia de la importancia de preservar la empresa familiar al representar un importante soporte de la economía a cualquier nivel geográfico, planteándose la necesidad de su regulación legal, a fin de fomentar su creación y mantenimiento, con políticas fiscales favorables y garantizar su supervivencia, ante el riesgo que supone la sucesión o los cambios generacionales.

A pesar de ello, como hemos comentado *supra*, no existe una normativa integradora que regule los diversos aspectos legales que afectan a la empresa familiar, recogida en normativa dispersa de ámbito civil, fiscal, societario, etc., que

mencionaremos *a posteriori*, tras destacar el impulso regulatorio comunitario de la empresa familiar.

3.1. La Unión Europea

El papel trascendental en la economía de la empresa familiar a nivel europeo ha motivado que la Comisión Europea haya adoptado diversas iniciativas referidas a las pequeñas y medianas empresas. En esta línea, hay que destacar la Decisión de 28 de julio de 1989 relativa a la mejora del entorno empresarial y al fomento de desarrollo de empresas, en especial pequeñas y medianas empresas (84/490/CEE)²⁷ para introducir mejoras fiscales que fomenten su autofinanciación.

Asimismo, la Comisión ha adoptado varias Recomendaciones y Decisiones, relativas a la sucesión de la empresa. Así podemos destacar la Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas (94/1069/CEE)²⁸, que estableció la necesidad de *“introducir en la legislación nacional cuando no se haya resuelto la posible contradicción entre el contrato de sociedad y las disposiciones testamentarias o las donaciones, una disposición que establezca que el contrato de sociedad prevalece sobre los actos unilaterales de uno de los socios”*.

Con posterioridad, se celebró un Simposio en Lille, el llamado Fórum de Lille de febrero de 1997, con la recomendación de adoptar las medidas legislativas necesarias para dar validez a los protocolos familiares²⁹.

Adicionalmente, le siguieron la Recomendación de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (96/280/CE)³⁰ y la Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998 sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas³¹, proponiendo como medida jurídica sobre transmisión de empresa familiar: *“Otra forma de acrecentar la continuidad de la empresa es la utilización de*

²⁷ DOUE L 239, de 16 de agosto de 1989, p.33.

²⁸ DOUE L 385, de 31 de diciembre de 1994.

²⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, p. 33.

³⁰ DOUE núm. 107, de 30 de abril de 1996.

³¹ DOUE C093, de 28 de marzo de 1998.

pactos de empresa o protocolos familiares. Sobre todo, en el caso de las empresas familiares, se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado número de normas de gestión de una generación a otra. Ya se emplean en alguna medida en Francia y España, con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión”.

Un paso adelante al reconocimiento de la empresa familiar en la UE ha sido el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “*La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo*”³², por el que se emplaza a la Comisión Europea y a los Estados miembros a adoptar una serie de actuaciones entre las que destacan establecer una definición comúnmente aceptable de la empresa familiar o estudiar un marco legal para éstas.

En consecuencia, es indudable que la UE preocupada por la existencia y proyección de las empresas familiares, así como por su estabilidad y seguridad jurídica, pretende proporcionarles un marco jurídico que las ampare. El marco legal europeo para estas empresas familiares es de indudable interés para la UE, por ello, su diseño y promoción se está acrecentando en el espacio europeo.

3.2. Reconocimiento legal en España de la empresa familiar

Como se ha comentado *supra*, la acogida normativa de la empresa familiar no se ha producido de una forma integradora de las materias que la afectan. El primer reconocimiento jurídico del término se produce por la ya derogada Ley 49/1981, de 24 de diciembre³³ del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes³⁴.

³² DOUE C 13/8 a C 13/13 de 15 de enero de 2016.

³³ BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982.

³⁴ En el artículo 2 se definía la explotación familiar agraria como “*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”.

En este mismo sentido, destacamos la Ley 19/1995, de 4 de julio³⁵, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que en su artículo 4 se ocupa de las "Explotaciones familiares y otras cuyos titulares sean personas físicas", recogiendo las explotaciones de titularidad individual, común de los cónyuges, o integrantes de una comunidad hereditaria con un pacto de indivisión de al menos seis años.

En consecuencia, el primer reconocimiento legal de la empresa familiar se produjo respecto a la explotación familiar agraria, recogiendo con ello una realidad muy extendida en determinadas zonas de nuestra geografía.

De forma indirecta, la empresa familiar ha sido regulada por la normativa fiscal, cuyo estudio queda fuera de los objetivos propuestos, que mencionaremos someramente a los únicos efectos de delimitar la figura de la empresa familiar. En esta línea, resulta destacable la redacción actual del art. 20.2.c de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto Sucesiones y Donaciones³⁶, en adelante LISD, que establece una reducción del 95 % en la base imponible de la transmisión *mortis causa* de un patrimonio empresarial, un negocio profesional o de participaciones en entidades, derechos de usufructo sobre los mismos o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo. Para ello, será necesario que el fallecimiento consolide el pleno dominio cuando los adquirentes sean el cónyuge, descendientes o adoptados del causante y, si no hay descendientes o adoptados, los ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado, manteniéndose lo adquirido durante los diez años siguientes al fallecimiento.

³⁵ BOE núm. 159, de 5 de julio de 1995.

³⁶ Art. 20.2.c): "En los casos en los que en la base imponible de una adquisición «mortis causa» que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran estos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge supérstite tendrá derecho a la reducción del 95 por 100".

En este mismo sentido, en el art. 20.6 de la LISD de 1987³⁷, se regula la exención del 95 % del valor de adquisición en la transmisión *inter vivos* por donación de participaciones de una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades del donante en favor del cónyuge, descendientes o adoptados.

En definitiva, se trata de preceptos que tienden a facilitar la continuidad de la empresa familiar, potenciando su transmisión *inter vivos o mortis causa* a familiares directos, como descendientes o cónyuge, sin que los impuestos supongan una traba fiscal impeditiva de su continuidad.

3.3. Informe de la Ponencia para la problemática de la empresa familiar

El primer proyecto de estatuto jurídico de la empresa familiar fue fruto de una moción presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, por la que se le instaba a que en el plazo más breve posible remitiese a las Cortes un proyecto de estatuto jurídico de la empresa familiar para dar respuesta a sus necesidades³⁸.

La moción fue aprobada acordando la constitución de una ponencia en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, para elaborar un informe que recogiese de manera

³⁷ Art. 20.6 de la LISD de 1987. "En los casos de transmisión de participaciones *inter vivos*, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 % del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes:

a. Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.

b. Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión.

A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.

c. En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.

Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Dicha obligación también resultará de aplicación en los casos de adquisiciones *mortis causa* a que se refiere la letra c del apartado 2 de este artículo.

En el caso de no cumplirse los requisitos a que se refiere el presente apartado, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora".

³⁸ BOCG-S, núm. 61, de 25 de septiembre de 2000, p.6.

exhaustiva todas aquellas materias que, en la compleja realidad de las empresas familiares, podrían ser objeto de una regulación jurídica específica³⁹.

En este sentido, la dificultad de una regulación específica sobre la empresa familiar fue recogida en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado⁴⁰, poniendo de manifiesto que la empresa familiar se veía afectada por instituciones y ramas del ordenamiento jurídico que no afectaban a otro tipo de empresas.

Aunque la Ponencia no dio una definición de empresa familiar, estableció una serie de características comunes para la mayoría de las empresas familiares: *“que una familia tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría del capital; que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa; que la familia participe en la gestión de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de administración; que exista, por parte de la familia, una voluntad de continuidad en el proyecto familiar, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia”*⁴¹.

El 23 de noviembre de 2001 se aprobó el "*Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*", en el que se recogían en una serie de conclusiones⁴², de gran interés para la empresa familiar, que relacionamos brevemente *infra*⁴³:

1) La primera recomendación recoge la necesidad de optimizar las Administraciones Públicas las políticas de información y comunicación para el desarrollo y mejora de la gestión en las empresas familiares. Para proporcionar dicha información y difusión de la empresa familiar fue publicada en 2003, por la Dirección General de Política de la

³⁹ BOCG-S, núm. 66, de 3 de octubre de 2000.

⁴⁰ BOCG-S núm. 312, Serie I, de 23 de noviembre de 2001.

⁴¹ *Ídem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ En este punto seguimos la exposición de DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 12, 2011, pp.7-8.

Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Economía, la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar⁴⁴.

La Guía tiene como finalidad aportar elementos de información a las pequeñas y medianas empresas, que les permitan la adopción de decisiones respecto a su gestión, anticipándose a situaciones que generalmente surgen a lo largo de la vida de las empresas familiares⁴⁵. La Guía está orientada fundamentalmente a pequeñas empresas, dedicando un capítulo a la constitución de la empresa familiar ante la importancia de la forma elegida, como entorno idóneo para la resolución de los conflictos que suelen surgir en el futuro, relativos al crecimiento, a la continuidad de la empresa, a la financiación, a la sucesión, etc.

Dicha idea es fiel reflejo de la preocupación existente en torno a la quiebra que sufren un alto porcentaje de empresas familiares en su traspaso generacional y en la gestión de los conflictos surgidos en éstas, por lo que, resulta necesaria una labor de planificación reflejada en la Guía que comienza con la elección de forma jurídica más adecuada, cuestión que analizaremos *infra*.

2) La segunda conclusión señala: “*Recomendar a las empresas familiares la formalización de un Protocolo Familiar, como acuerdo que delimite el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la propia Empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros*”⁴⁶. Por tanto, se señala la conveniencia de la formalización por las empresas familiares de un protocolo familiar, un acuerdo que delimite y defina las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad.

3) La tercera conclusión consistente en “*Recomendar la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del Protocolo Familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros*”⁴⁷, aborda una cuestión trascendental, consistente en dotar el protocolo familiar de carácter vinculante en determinados aspectos que podrán tener acceso al Registro y, en consecuencia, alcanzar eficacia frente a terceros.

⁴⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, *op. cit.*

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ BOCG-S núm. 312, Serie I, de 23 de noviembre de 2001, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁷ *Ídem.*

Dicha recomendación trajo consigo la regulación de la publicidad de los protocolos familiares por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero⁴⁸, en adelante RD 171/2007, primera regulación normativa en el ámbito mercantil de la empresa familiar, que obedeció a la voluntad de facilitar el acceso al Registro de los protocolos familiares⁴⁹.

Asimismo, a fin de cumplir el contenido de las consideraciones, se creó una Comisión Interministerial del Ministerio de Economía y Hacienda, que finalizó sus trabajos en febrero de 2002. Como propuestas importantes figuraban, por un lado, la de modificar la legislación societaria, permitiendo la emisión de acciones sin voto y la gestión de autocartera y, por otro lado, la de reformar el Código Civil, en adelante C.C.⁵⁰, con la finalidad de facilitar la transmisión mortis causa de la empresa familiar⁵¹.

4) La cuarta recomendación propone la identificación del tipo societario de las sociedades familiares, haciendo constar su naturaleza en la denominación social. La forma de reflejarlo sería añadiendo la letra F a la indicación de la forma social de que se trate o su abreviatura. Por tanto, se trata de establecer una identificación de la empresa familiar de forma rápida y por su simple denominación.

5) La quinta resulta especialmente destacable al plantear la introducción de las normas necesarias en el ordenamiento jurídico para crear un sistema de arbitraje o mediación específico para la resolución de los conflictos que puedan surgir entre la familia o familias propietarias y la propia empresa. Esta recomendación pone de manifiesto que el cauce más adecuado para la resolución de conflictos en la empresa familiar será fundamentalmente el arbitraje y especialmente la mediación, al ser una vía más específica para gestionar conflictos entre la familia y la empresa.

6) La siguiente consideración establece la propuesta de analizar y reconsiderar el tratamiento legal a las acciones sin voto, permitiendo facilitar la financiación de las empresas familiares sin pérdida de control por parte de los accionistas miembros de la familia propietaria.

⁴⁸ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., pp. 36-37.

⁵⁰ BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁵¹ DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, op. cit., p.8.

7) La séptima va dirigida a las Administraciones Públicas, proponiendo la difusión de las normas tributarias y el análisis de las reformas necesarias para fomentar la suficiencia de los fondos propios de las empresas familiares y su acceso al mercado internacional, así como, las facilidades necesarias para la investigación y desarrollo por parte de dichas empresas.

8) La última conclusión se basa en mejorar y aclarar la legislación vigente sobre la afiliación de los administradores de las empresas familiares a la Seguridad Social.

La regulación de la empresa familiar es sectoria al haberse tratado tímidamente en determinados ámbitos del ordenamiento que han establecido cuestiones concretas que le afectan. En este sentido, se ha visto regulada por el ámbito tributario, mercantil y civil.

En cuanto a la regulación mercantil, debe destacarse la aprobación la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa⁵², en adelante LSLNE, por la que se modificó la hoy ya derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁵³, en adelante LSRL.

La sociedad limitada nueva empresa, en adelante SLNE, se regula como especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada, en adelante SL, con la intención de dar facilidades legales a la creación de organizaciones empresariales de pequeñas dimensiones⁵⁴.

La SLNE actualmente se regula en los artículos 434 a 454 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁵⁵, en adelante LSC. En particular, el artículo 437 de la LSC limita el número de socios como máximo a cinco en el momento de la constitución, que deberán ser personas físicas. Por otra parte, el artículo 438.1 de la LSC restringe la participación como socio unipersonal de una SLNE a quienes ya ostenten esa condición en otra SLNE. Ahondando en esta cuestión, compartimos con BOQUERA⁵⁶ que “*el legislador la ha*

⁵² BOE núm. 79, de 2 de abril de 2003.

⁵³ BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1995.

⁵⁴ Artículo 434 LSC.

⁵⁵ BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

⁵⁶ BOQUERA MATARREDONA, J. “Comentario al artículo 133, Requisitos subjetivos y unipersonalidad”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa: (comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL)* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003, p. 75.

impuesto por entender que la unipersonalidad incrementa los riesgos de confusión y abuso por parte del socio único o para evitar la falta de claridad en la realización de algunas operaciones”.

Asimismo, en esta sociedad se establece una especialidad en el artículo 447 de la LSC respecto al órgano de administración, en cuanto, la administración social puede recaer en un órgano unipersonal o pluripersonal, si bien, se prohíbe adoptar la forma y régimen del Consejo de Administración. Sobre esta cuestión, indica CUENCA GARCÍA⁵⁷ que se trata de una configuración poco flexible que limita la autonomía de la voluntad de los socios.

Asimismo, resultada criticada por excesiva la cifra máxima de capital fijada para la SLNE, al poder darse la paradoja de que su capital social fuese superior al que tienen muchas sociedades anónimas y limitadas⁵⁸.

El objetivo de la regulación de la SLNE queda reflejado en la Exposición de Motivos de la LSLNE, que respondía a la voluntad de las instituciones europeas de remover los obstáculos administrativos que dificultasen a las empresas su constitución y el desarrollo de su actividad. En referencia puntual a la empresa familiar, se introducían modificaciones en el Código Civil, en adelante CC, que afectaban a preceptos que ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva⁵⁹.

⁵⁷ CUENCA GARCÍA, A., “Comentario al Artículo 139.- Órgano de administración en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La sociedad limitada nueva empresa: (comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL)*, op. cit., p. 138.

⁵⁸ Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “Capital y participaciones sociales”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La sociedad limitada nueva empresa: (comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL)*, op. cit., p. 111.

⁵⁹ Señala la Exposición de Motivos: “*se introducen modificaciones en el Código Civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc. Estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme al artículo 149.1.8.a de la Constitución española, se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado*”.

De esta forma, resultan modificados como analizaremos *infra* los artículos del C.C.: 1056.2⁶⁰, 1271.2⁶¹ y el art. 1406⁶², con la finalidad de salvaguardar la sucesión de la empresa familiar, prohibir pactos sucesorios sobre la herencia futura y garantizar la continuidad de la explotación económica en caso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Compartimos con SÁNCHEZ-CRESPO⁶³ que las reformas mencionadas, mejoran tres aspectos fundamentales de la vida de las empresas familiares que son las relacionadas con la legítima y la conservación de la empresa, los pactos sucesorios de carácter particional y la denominada adjudicación preferencial legal.

Finalmente, la Disposición final 2.3 de la referida LSRL⁶⁴ recogía que *“reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y 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”*. A dichas prescripciones se dieron cumplimiento mediante el RD 171/2007.

En la Exposición de Motivos del RD 171/2007⁶⁵ se consideran sociedades de carácter familiar *“las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”*. Asimismo, se pone de manifiesto que al efecto del citado RD 171/2007 será familiar una sociedad en la que exista un protocolo cuya publicidad se pretenda.

⁶⁰ *“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extra hereditario y establecer por el testador o por el contador partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No se aplicará a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”*.

⁶¹ *“Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”*.

⁶² *“Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance ...: 2º La explotación económica que gestione efectivamente”*.

⁶³ SÁNCHEZ- CRESPO CASANOVA, A.J., “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, *Boletín ICAM*, núm. 27, 3ª Época, 2003, pp. 132-133.

⁶⁴ *“Reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y 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”*.

⁶⁵ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007, *op. cit.*

Ciertamente, aunque la empresa familiar es un modo de gestión empresarial consolidado en nuestra economía, resulta incuestionable su escasa regulación legal. Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto por autores como CORONA⁶⁶ que destacan la limitada regulación de estas empresas, a pesar de ser un pilar básico en nuestra economía, al constituir el núcleo central del tejido empresarial español. En este contexto, sería necesario un marco jurídico específico para la empresa familiar, con una legislación que regule una serie de prácticas que *de facto* se dan en el seno de la inmensa mayoría de las empresas familiares.

Para proporcionar una mejor regulación de las necesidades de la empresa familiar en el plano jurídico se está trabajando desde el ámbito de la UE, al representar las PYMES un 99% de las empresas comunitarias. Con esta finalidad, la Comisión trabaja en dos instrumentos, la *Small Business Act* y la Propuesta de Estatuto de la Sociedad Privada Europea, figuras que tratan de crear tipos generales para toda la Unión tras la constatación de las dificultades de armonización de los derechos nacionales de los estados miembros⁶⁷.

En este punto, insistimos en la importancia que ha adquirido en nuestra economía la empresa familiar que ha mantenido, incluso en periodos de crisis, una política de compromiso y estabilidad en el empleo. Igualmente, la sociedad de carácter familiar realiza una apuesta de futuro en detrimento de políticas a corto plazo, que proporciona una estabilidad y mantenimiento de la productividad. El panorama expuesto refleja una figura emergente que, de forma sosegada y sin apoyos legislativos o económicos, se ha convertido en un gran pilar de nuestra economía, ante lo que nos planteamos la conveniencia de una regulación integradora y unitaria de la empresa familiar, que facilitase el nacimiento, desarrollo y supervivencia de las instituciones que más contribuyen a la prosperidad de España y a la creación de puestos de trabajo.

En definitiva, una regulación unitaria europea⁶⁸ con un tipo social único ofrecería seguridad jurídica a los Estados miembros, que facilitaría la apertura de filiales en los

⁶⁶ CORONA RAMON, J., “Reformas legales en el ámbito de la Empresa familiar: situación actual y perspectivas”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LVII, núm. 177, 2002, pp. 501-516.

⁶⁷ BOQUERA MATARREDONA, J., LATORRE CHINER, N., “La Sociedad Privada Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 33, 2009, pp. 98-99.

⁶⁸ Un avance significativo en la creación de tipos societarios de Derecho europeo fue el proyecto de reglamento sobre sociedad privada europea, que no fue finalmente aprobado. Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

diversos países, así como la creación de grupos empresariales⁶⁹. No faltan en este sentido divergencias entre las normas propias de cada ordenamiento, en lo que atañe a las sociedades de Derecho europeo reguladas por los reglamentos para cubrir sus lagunas⁷⁰, razones que hacen más que conveniente una regulación unitaria.

II. SINGULARIDADES DE LA EMPRESA FAMILIAR

Detrás de toda empresa familiar hay siempre un sistema de valores particulares, que configura la esencia de la compañía y que se convierte en un factor fundamental de su continuidad, especialmente en los cambios generacionales⁷¹.

Los valores de la empresa familiar tienen un papel crucial en la creación de la cultura empresarial propia e inciden directamente en el concepto de negocio y en la gestión de éste. El sistema de valores es propio de cada familia y derivan de unos principios que le dan identidad y permanecen inalterables de generación en generación.

Dicha reflexión es apuntada como base al estudio de los valores que rigen en la empresa familiar y fundamentan su cultura empresarial y compromiso social, siendo unas de las fortalezas fundamentales de este tipo societario.

1. Valores específicos de la empresa familiar

Los valores que definen la cultura que la empresa familiar procede de la familia y se irradian hacia la empresa, imprimiéndole un carácter diferencial y configuran los principios que influyen en su estrategia empresarial. Asimismo, estos principios se difunden al exterior, al establecer vínculos con la comunidad, convirtiendo a la empresa familiar en un vehículo social comprometido con su comunidad, que colabora con obras sociales o incluso realiza actuaciones altruistas a través de su propia fundación. La existencia de estos valores indudablemente concede una ventaja competitiva adicional a

⁶⁹ *Ídem*, p.103.

⁷⁰ VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima Europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, pp. 39 y ss.

⁷¹ TAPIES LLORET, J., “Empresa familiar: el valor de los valores”, *Revista de Antiguos Alumnos IESE*, núm. 3, 2009; disponible en [https://www.iese.edu/es/files/R112.%20AF_Tapies%2002%20\(ly\)_tcm5-29619.pdf/](https://www.iese.edu/es/files/R112.%20AF_Tapies%2002%20(ly)_tcm5-29619.pdf/), consultado el 23-05-2018.

la empresa familiar respecto a aquellas sociedades que no tienen dicho componente familiar.

Las ventajas competitivas señaladas por la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar⁷² son las siguientes:

“- *Mayor grado de compromiso y dedicación con el negocio. El empresario arriesga de forma permanente el patrimonio, el prestigio y el futuro de su familia. Necesita el éxito y extrema su empeño en lograrlo.*

- *Mayor grado de autofinanciación y reinversión de beneficios para financiar el futuro crecimiento de la empresa. Ello conlleva, asimismo, un control más riguroso del gasto.*

- *Mejor orientación al mercado. Las empresas familiares, generalmente, tienen sus formas propias de “hacer las cosas”, un know how comercial que no poseen sus competidores y que se transmite a las siguientes generaciones, perpetuándolo como estrategia de dirección.*

- *Mayor vinculación con los clientes. El compromiso que caracteriza a las empresas familiares suele manifestarse bajo la forma de una atención más cordial y esmerada y una calidad de servicio más alta, lo que origina un mayor grado de confianza y reputación entre los clientes.*

- *Comportamiento más entusiasta de los trabajadores. Generalmente, el fundador tiene una mejor relación y siente una mayor responsabilidad hacia sus trabajadores, que le han ayudado al inicio de la empresa, lo que se traduce en una buena valoración de estos hacia él y en sentirse que forman parte de un equipo.*

- *Importante afán de superación y capacidad de progreso, resultado de la alta motivación del fundador por el éxito.*

- *Flexibilidad competitiva y capacidad de ajuste en las fases depresivas del ciclo económico, con efectos notables sobre la estabilidad del empleo”.*

Todas estas prerrogativas competitivas de la empresa familiar están derivadas del arraigado carácter de compromiso y vinculación que la empresa desea transmitir, estando los valores asumidos muy relacionados con el sentimiento de sacrificio y superación. En

⁷² DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, op. cit.

realidad, más que valores abstractos empresariales, se trata de méritos personales que los progenitores intentan transmitir a sus descendientes e inculcar en el ámbito familiar. De este modo, el valor que añade el sentimiento de fuerza y unidad familiar a la empresa familiar diferencia a este tipo de empresas de las que no tienen tal carácter.

Amén de lo anterior, señala GALLO que las familias bien ordenadas son una escuela de virtudes, entre las que destacan la unidad y dedicación, valores que “*al trasladarse a la empresa familiar le dan un impresionante conjunto de fortalezas*”⁷³. Ello no es óbice para que como sucede en cualquier otra empresa, deban ponderarse las fortalezas con las debilidades, en cuanto, habrá valores que puedan generar ambas perspectivas. Por ello, no habrá que perder de vista un dato esencial en el ámbito de la empresa familiar, por el que, se determina el éxito o el fracaso de estas empresas, que es su longevidad o continuidad; en definitiva, su capacidad de perdurar en el tiempo.

En efecto, los factores que forman parte de la cultura de la empresa familiar se van trasladando de una generación a otra, creando una filosofía de empresa. Esta ideología excede del ámbito familiar e inspira seguridad y confianza, tanto a nivel interno de la empresa, como en las relaciones externas con clientes o proveedores; creándose en sus relaciones unos lazos más duraderos y estables que el resto de las empresas.

No obstante, no todo son ventajas en la empresa familiar, en cuanto en la transmisión a las siguientes generaciones se encuentra su principal debilidad, lo que provoca que la esperanza de vida en estas empresas se reduzca considerablemente en el traspaso generacional. Esta cuestión es estudiada por GALLO⁷⁴ que indica que un 70 % de las empresas familiares no pasan a la segunda generación y que del 30% que lo consiguen, únicamente un 15% continúan activas en la tercera generación.

Ciertamente, la continuidad de la empresa familiar es uno de los grandes retos a los que se enfrentan estas organizaciones en cada tránsito generacional. El predominio de empresas familiares de primera generación y la abrupta caída de las que han conseguido

⁷³ GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en GARRIDO DE PALMA, V. (Dir.), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Madrid, Civitas, 1995, p. 58.

⁷⁴ GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., *La sucesión en la empresa familiar*, Barcelona, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, 1998, pp.7-8.

prosperar más allá de la segunda generación, son datos más que reveladores de su alta tasa de mortalidad y de los serios problemas de traspaso generacional y directivo. Para evitar este riesgo, estas empresas deben prevenir los conflictos económicos y personales en la empresa y la familia, así como, los motivados por los cambios generacionales⁷⁵.

Esta debilidad será una de las cuestiones que trataremos *infra*, al convertirse en uno de los principales escollos con los que se encuentran las empresas familiares, que ponen en riesgo su supervivencia. La referida situación la estudiaremos desde un enfoque fundamental preventivo, analizando cuáles son los mecanismos que se han de adoptar para prever dicha sucesión o solventar los problemas que surjan en su desarrollo.

En definitiva, la planificación y diseño de dichos mecanismos preventivos, entre los que será pieza clave el protocolo familiar, será una de las salvaguardas de la empresa familiar.

2. La cultura de la empresa familiar

Una de las cuestiones doctrinales en torno a la empresa familiar, que ha despertado mayor interés, ha sido definir la filosofía de vida de la empresa familiar, partiendo del conjunto de principios y valores que revelan una verdadera cultura empresarial.

La cultura empresarial está forjada por la ideología y creencias compartidas y continuadas por los miembros del grupo, configurando su filosofía empresarial y familiar. En efecto, esta ideología empresarial debe estar en consonancia y armonía con la filosofía familiar, al ser imprescindible dicha cohesión o simbiosis entre sus dos elementos integrantes, la empresa y la familia. Por ello, la existencia una filosofía conjunta constituye la esencia de la empresa familiar, con el objetivo de sobrevivir al fundador y mantenerse después del relevo generacional, si bien, no resulta fácil mantenerla con el paso del tiempo, al evolucionar la sociedad⁷⁶.

⁷⁵ CAMISÓN ZORNOZA, C., RÍOS NAVARRO, A., “El protocolo familiar como instrumento de alineamiento de los intereses económicos y jurídicos en la dirección de la empresa familiar”, en CAMISÓN ZORNOZA, C., RÍOS NAVARRO, A. (Dirs.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar, un análisis comparado desde la economía y el derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p.121.

⁷⁶ *Ídem*, p. 68.

En este sentido, COLLINS Y PORRAS⁷⁷ tras analizar dieciocho compañías mundiales líderes en su sector, de las que gran parte eran empresas familiares, concluyeron que en este tipo de empresas concurren tres factores fundamentales:

- Promover metas ambiciosas, creando la conciencia empresarial de que cualquier objetivo es posible.
- Desarrollar una fuerte cultura empresarial, en la que se identifique y se comprometan sus integrantes, para ello, será necesario complementar un fuerte control ideológico con la institucionalización de los valores y el fomento de las relaciones personales. Por tanto, no se trata de definir valores de éxito, sino de conseguir la implicación de los integrantes de la empresa en los mismos.
- Promover la cultura del cambio continuado, aprendiendo de los errores pasados e impulso al futuro, con un espíritu de mejora continua.

Las características de las empresas familiares les otorgan unos rasgos distintivos que las diferencian de las demás empresas, confiriéndoles personalidad jurídica propia. Dichas características están estrictamente relacionadas con la cultura existente en torno a la empresa familiar.

A fin de estudiar la cultura de la empresa familiar, resulta importante delimitar su naturaleza y analizar los principales objetivos que impulsan a estas empresas con componente familiar. Pues bien, la cultura empresarial desarrollada en la empresa familiar gira en torno a un conjunto de valores que tienen un integrante adicional al del resto de las empresas. En definitiva, se traduce no sólo en la existencia de valores implantados por el fundador, sino también, en considerarlos como un legado que se transmite generacionalmente para que la empresa conserve su identidad.

En este sentido, la cultura familiar dentro del ámbito empresarial puede convertirse en uno de los mayores motores de la empresa familiar, colocándola una posición privilegiada respecto a las demás empresas, al tener un hilo conductor que mantiene claros y continuos sus objetivos, que es la pervivencia generacional.

⁷⁷ COLLINS J. Y PORRAS J., "Building Your Company's Vision", *Harvard Business Review*, 1996, p. 65-77.

Como claro ejemplo del compromiso familiar de la empresa familiar podemos destacar que estas empresas han sido más reticentes en adoptar medidas como expedientes de regulación de empleo, en detrimento de la obtención de beneficios o de su reparto. Esta conclusión es adoptada por el Estudio L'empresa Familiar a Catalunya, promovido por la Associació Catalana de L'empresa Familiar⁷⁸, en el que han participado cinco Cátedras de Empresa Familiar, realizando un exhaustivo informe basado en una muestra de 29.000 empresas. Estos datos reflejan que en las empresas familiares se prioriza el mantenimiento de puestos de trabajo, fomentando valores como la motivación y fidelidad de los trabajadores con la empresa.

Siguiendo a GALLO⁷⁹, una de las características propias de las empresas familiares es la superposición de dos comunidades de personas, la comunidad familia y la comunidad empresa. Esta situación es peculiar en cada empresa, según el grado de coincidencia que exista entre los familiares propietarios del capital y las personas que ejerzan el poder de gobierno en la empresa.

De este modo, las empresas familiares suelen ser iniciadas por un fundador que con liderazgo desarrolla una organización empresarial y transmite su cultura empresarial basada en unos valores diferenciadores de las demás empresas.

Este valor diferencial de la empresa familiar está reflejado en nuestro país en empresas familiares exitosas, en las que sus fundadores han destacado, como manifiesta GALLO⁸⁰, por sus valores de “excelencia”, “laboriosidad”, su “iniciativa” y por la “sencillez” y “austeridad” de su comportamiento; conjunto de valores conocidos como ELISA.

Los fundadores de las empresas familiares se distinguen por la confianza entre los que forman la empresa familiar, por su ánimo de mejorar, por su perseverancia y

⁷⁸ En el estudio se realiza un examen de la rentabilidad de las empresas familiares durante los años de crisis, partiendo que en el año 2007, previo al estallido de la crisis, las empresas familiares gozaban de una rentabilidad media del 8,74%, cifra que fue reduciéndose hasta que en 2014, se situó en el 4,49%, casi la mitad que en 2007; contrastando estos datos con la rentabilidad de las compañías no familiares, en los que la rentabilidad asimismo cayó durante los años de crisis, pero en 2,83 puntos, porcentaje inferior al de las empresas familiares. ASSOCIACIÓ CATALANA DE L'EMPRESA FAMILIAR (ASCEF), “L'Empresa Familiar a Catalunya”, 2017.

⁷⁹ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “Arquitectura Motivacional para hacer empresa familiar multigeneracional”, *Tribuna plural: la revista científica*, núm. 9, 2016, p. 300.

⁸⁰ *Ídem*, p. 316.

paciencia en la persecución de metas a largo plazo y por la moderación voluntaria que se imponen a sí mismos en el ejercicio del poder. De este modo, el proyecto a futuro de la empresa familiar se extiende a los demás que se esfuerzan con ellos y les son leales⁸¹.

Las características de las empresas familiares son reflejo de la cultura empresarial destacando por algunos autores como MARÍN⁸² las siguientes:

“- Calidad y servicio al cliente. Todas las empresas familiares tienen un elevado compromiso con la calidad, el servicio al cliente y la excelencia en sus productos y servicios, al que unen en muchos casos, el nombre familiar de generación en generación.

- Integridad. El nexo entre empresa y la familia, y la involucración de la familia desde la propiedad y en muchos casos en la gestión, hacen que el compromiso por la integridad y la ética asumido por la propia familia se traslade a la empresa como un valor superior.

- Compromiso social. Las empresas familiares están comprometidas en la creación de empleo estable y de calidad. Existen conocidos ejemplos de empresas familiares que contribuyen decisivamente en el desarrollo de su entorno territorial.

- Espíritu emprendedor. La empresa familiar es creativa y emprendedora siempre enfocada hacia un crecimiento estable, constante y en el largo plazo.

- Liderazgo. Las estadísticas demuestran la presencia de corporaciones familiares liderando los principales sectores productivos de todas las economías más desarrolladas del mundo.

- Innovación. El constante enfoque al crecimiento hace que la innovación sea un elemento fundamental para el desarrollo y mejora de los productos o servicios.

- Rentabilidad. De acuerdo con los datos que se desprenden de las comparativas de rentabilidad de las empresas familiares frente a las no familiares, fundamentalmente

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² MARIN BLESA, M. P., “La mediación en la sucesión de la empresa familiar”, *Universidad Internacional de Andalucía*, 2014, p. 4; disponible en http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2842/0582_Mar%C3%ADn.pdf?sequence=1, consultado el 12-06-2018.

las que cotizan en mercados de valores, está demostrado que las empresas familiares son más rentables.”

En la misma línea, el VI Barómetro de la Empresa Familiar indica que las empresas familiares se caracterizan por contar con estructuras más flexibles e informales en el marco de sus procesos, planes de negocio y gestión. En este sentido, por una parte, destacan por la profesionalización del negocio, que será clave para el éxito de estas empresas y, por otra, por mantener el control del negocio dentro de la familia, mejorar la comunicación entre distintas generaciones, equilibrar las preocupaciones familiares y los intereses del grupo⁸³.

A modo de conclusión, hemos de considerar que junto a los valores que destacan en la empresa familiar, existe la vertiente negativa de dicha situación, la simbiosis entre empresa y familia que puede convertirse en su principal causa de extinción.

3. Modelos conceptuales en la evolución de la empresa familiar

La empresa familiar como cualquier entidad mercantil ha de adoptar un tipo societario, regido por una estructura organizativa que responda a su voluntad de continuidad, así como, al espíritu de desarrollo y crecimiento empresarial. Para cumplir dichas expectativas, estos tipos societarios deben salvar una serie de dificultades añadidas a las de cualquier estructura empresarial, siendo para ello fundamental diseñar un sólido modelo de gobierno que se mantenga indemne ante cualquier contingencia en las relaciones familiares y, de forma eficiente, oriente la empresa a su crecimiento.

De esta interacción entre propiedad, gestión y familia, elementos integradores de la empresa familiar, se genera un complejo sistema, que ha sido estudiado en los modelos de empresa familiar. Se trata de distintos modelos teóricos, cuyos elementos se van incrementado con la evolución de la empresa familiar. En estos modelos se identifican los distintos grupos de interés que aparecen para dar respuesta a las situaciones surgidas en estas empresas, por la confluencia de los elementos que convergen en la misma.

⁸³ Barómetro Europeo de la Empresa Familiar, Sexta Edición, 2017, publicado por KPMG en el que se recogen las respuestas de 286 empresas familiares españolas recogidas entre junio y agosto de 2017, y noviembre de 2017 sobre expectativas de crecimiento empresarial; disponible en <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2017/12/barometro-europeo-empresa-familiar-edicion-general.pdf>, consultado el 02-06-2018.

Expondremos algunos de los modelos que han tenido más aceptación para analizar la empresa familiar, que nos ayudará a entender los conflictos que surgirán por la interacción entre los sistemas que los integran.

3.1. Modelos circulares

Los modelos circulares se caracterizan por identificar claramente los agentes que intervienen en la empresa familiar, partiendo de un modelo más básico, que va evolucionando con la integración de nuevos grupos. La finalidad de identificar dichos grupos será determinar sus respectivos intereses, así como, disponer de un esquema que nos ayude a clasificar el tipo de empresa según su modelo organizativo, como base para tratar de detectar su problemática y orientarnos de forma más específica en la búsqueda de soluciones para resolverla.

Dentro de los modelos circulares se encuentra el modelo de los dos círculos, el de los tres y el de los cinco círculos. Dichos modelos serán el reflejo de la complejidad y evolución que puede ir alcanzando la empresa familiar.

3.1.1. Modelo de los Dos Círculos

Este modelo fue elaborado por TAGIURI Y DAVIS⁸⁴ en 1980 y parte de dos subsistemas relacionados que son la familia y la empresa.

El modelo queda claramente grafiado en dos círculos, que se encuentran unidos por una zona intermedia, denominada zona de fricción o conflicto. Dicha zona necesariamente ha de existir, de lo contrario, no nos encontraríamos en una empresa familiar; si bien, a medida que más se separen los círculos existentes, más se reducirá el área de conflicto⁸⁵.

⁸⁴ TAGIURI, R., DAVIS J., “Bivalent Attributes of the Family Firm” *Family Business Review*”, Vol. 9, núm. 2, 1996, pp. 199- 208.

⁸⁵ AGUIRRE, V., VALERIA BORGEAUD, V., JATE M., “Formas de prevención y resolución de conflictos en las empresas familiares”; disponible en <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/602/1/M-CD3944.pdf>, consultado el 12-09-2018.

Figura 1. Modelo de los dos círculos



Fuente: Tagiuri y Davis

Cada círculo representa sus propios valores e intereses. Los subsistemas familia y empresa tendrán dos bases de muy diferente sustrato, la primera, de carácter afectivo y la segunda, de ámbito profesional. En principio, los intereses son antagónicos pero el reto será encontrar estrategias que los unifiquen.

Este modelo organizativo queda reflejado gráficamente por un área de intersección entre los dos círculos denominado zona de fricción o conflicto. Entre los dos círculos concurrentes existirán notables diferencias, por una parte, el subsistema familiar regido por vínculos afectivos; por otra parte, el subsistema empresa presidido por criterios objetivos y de productividad⁸⁶.

La interrelación entre dichos sistemas se producirá en la empresa y tendrá consecuencias para ambos, así *“es posible analizar el comportamiento de la empresa como orientado a la tarea, que pretende la generación de beneficios económicos. Por otro lado, al examinar el comportamiento del sistema familiar dentro de la empresa, se observa la gran influencia de las relaciones emocionales que constituyen el proceso familiar”*⁸⁷.

⁸⁶ BELAUSTEGUIGOITA RIUS, I., “Principales causas de los conflictos en las empresas familiares”; disponible en <http://cedef.itam.mx/sites/default/files/u489/causasdeconflictoenlaempresafamiliar.pdf>, consultado el 12-09-2018.

⁸⁷ BELAUSTEGUIGOITA RIUS, I., “La singular dinámica de las empresas familiares en Latinoamérica”; disponible en <http://cedef.itam.mx/sites/default/files/u489/dinamicadelaempresafamilarenlatinoamerica.pdf>, consultado el 15-09-2018.

3.1.2. Modelo de los Tres Círculos

Fue desarrollado por TAGIURI Y DAVIS⁸⁸ en 1982 y es uno de los más utilizados en el estudio de la empresa familiar. El modelo considera que la empresa familiar es producto de la intersección de tres sistemas que convergen en ella, que son propiedad, familia y negocio y trata de explicar la interacción existente, ilustrando para ello, la relación entre estos tres círculos de influencia.

Cada círculo representa a un grupo de personas con particulares características en su relación con la empresa familiar y las intersecciones de los círculos representan a las personas que confluyen en cada círculo. Las características de las empresas serán muy diversas, según converjan más elementos o se alejen, siendo más común la confluencia en la primera y segunda generación, si bien, en las empresas de gran tamaño tienden a alejarse los círculos, ocupando espacios estancos y con escasa interacción. Como señala GALLO dependerá del número de personas que ocupen cada elemento y de las relaciones existentes entre estas, los distintos roles que desempeñan y sus diferentes intereses⁸⁹.

Este modelo clásico explicará 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 familiar⁹⁰, de forma que, confluirán en el sistema superior que representa la empresa familiar los siguientes componentes:

“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.

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

⁸⁸ DAVIS, J., TAGIURI, R., “Bivalent Attributes of the Family Firm”, *Family Business Review*, núm. 9, 1996, pp.199-208.

⁸⁹ GALLO LAGUNA DE RINS M.A., “Tipología de las empresas familiares”, *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. VII, núm. 2, 2004, p. 243.

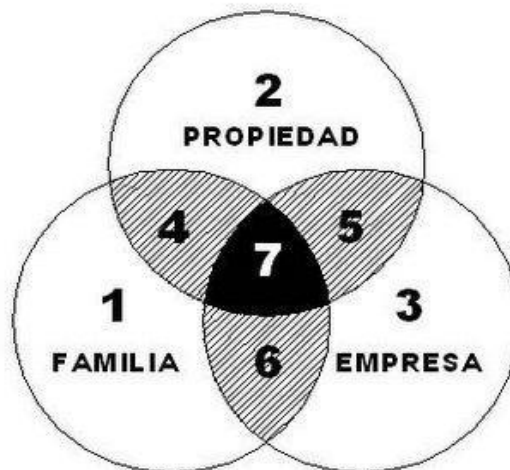
⁹⁰ SÁNCHEZ RUIZ, M., “ Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010, p. 15- 26.

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.”

El modelo se fundamenta en la necesidad de entender el comportamiento que caracteriza a los miembros de la familia que influyen en la empresa familiar, con el propósito de demostrar que la empresa familiar tiene unos atributos únicos, como consecuencia de la interacción entre los tres círculos (propiedad, familia y gestión), que pueden ser fuente de ventajas y de desventajas⁹¹.

Figura 2. Modelo de los tres círculos



Fuente: TAGIURI Y DAVIS

⁹¹ DAVIS, J., TAGIURI, R., “Bivalent Attributes of the Family Firm”, *op. cit.*

Como hemos manifestado *supra*, cada círculo representa un grupo de personas que tienen relación con la empresa. Al círculo Familia pertenecen los miembros del grupo familiar, unidos por lazos de sangre. En el círculo Empresa se integran las personas que trabajan en la empresa, desempeñando funciones por las que perciben una retribución económica y, finalmente, en el círculo Propiedad, se encuentran los dueños de la empresa familiar, es decir, sus accionistas⁹².

La finalidad principal del modelo consiste en representar la superposición en mayor o menor grado de los tres círculos. Así, se superponen como atraídos entre sí en primera o segunda generación, al estar los integrantes de cada grupo muy vinculados, si bien, en las siguientes generaciones tienden a distanciarse y separarse, especialmente, en empresas familiares de gran tamaño y familias numerosas⁹³.

Como puede apreciarse en el gráfico, las relaciones de esos tres núcleos o círculos dan lugar a siete grupos distintos de personas, cada uno con sus propios intereses y que desempeñan roles distintos. Si los intereses de los siete grupos convergen en la misma dirección, lo que no suele ser fácil, la empresa familiar no se verá afectada por este entramado de relaciones; si, por el contrario, 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 familiares.

En efecto, de la interacción entre empresa, familia y propiedad surgirán un complejo entramado de situaciones que quedan reflejadas en los siete siguientes grupos de interés siguientes:

1º.- Familia, grupo formado por todos los familiares, que pueden ser o no socios o gestores de la empresa familiar; ejemplo de esta situación puede ser el cónyuge del empresario que no es propietario, los hijos menores o incapaces, etc.

2º.- Propiedad, representada por los socios de la empresa familiar que no pertenecen a la familia, ni desempeñan función alguna en la empresa, si bien, están

⁹² TONICELLI, M. B., “Gestión de los conflictos en la empresa familiar: Una mirada hacia el futuro de la empresa”; disponible en <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC106505.pdf>, consultado el 12-09-2018, p. 21.

⁹³ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “Tipología de las empresas familiares”, *op. cit.*

interesados en mantener su participación en la empresa, como un socio inversor o un accionista en sociedades cotizadas.

3°.- Empresa, este ámbito está referido a los integrantes de la empresa, tanto a nivel directivo, como trabajadores. En definitiva, son personas ajenas a la familia que desempeñan una actividad profesional remunerada en la empresa familiar.

4°.- Familia y propiedad, grupo integrado por miembros de la familia, propietarios de la empresa que no desarrollan su actividad profesional en la misma. Suele ser habitual esta situación en el caso de familiares que heredan una participación en la empresa, sin llegar a desempeñar labores activas de gestión en ésta, al no estar interesados o desarrollar otra actividad profesional.

5°.- Propiedad y gestión, núcleo integrado por individuos que son propietarios de la empresa y desempeñan labores de dirección, si bien, son ajenos a la familia. Esta situación se puede producir cuando la propiedad de la empresa sea en parte familiar y en parte ajena, porque se han transmitido un porcentaje de la propiedad o se ha cedido a terceros.

6°.- Familia y empresa, grupo integrado por miembros de la familia que se encuentran vinculados con la empresa desempeñando alguna función, si bien, no disponen de participaciones o acciones, es decir, no son socios. Este ámbito será habitual cuando el socio fundador siga conservando la propiedad de la empresa y en su gestión colaboren familiares que aún no han adquirido la propiedad.

7°.- Familia, propiedad y empresa, elementos grafiados que pueden coincidir en los puntos de intersección de los tres círculos. En este grupo, se producirá la mayor interacción posible, al confluir los intereses de los tres círculos, que representan los núcleos de la empresa familiar: familia, propiedad y empresa. En este supuesto, los miembros de la familia están más implicados, en cuanto, son propietarios y desempeñan funciones generalmente directivas en la empresa. La figura más representativa de dicha confluencia de objetivos e intereses será la del fundador, al ser el socio único que dirige la familia y la empresa.

Adicionalmente, en las intersecciones de los círculos, se encuentran los grupos de personas que poseen las características comunes. De esta manera, mientras menos puntos

de conexión se tengan, la situación de la persona será más externa en el sector, asumiendo menos responsabilidad, pero, asimismo, disminuyendo los puntos de conexión y posible conflicto.

La interacción será fundamental para identificar los conflictos y diseñar los mecanismos preventivos que pueden ayudar a evitarlos o, en su caso, gestionarlos de la forma más adecuada. Las situaciones que se plantearán por la relación entre los grupos de interés pueden ser de muy diverso tipo y generar escenarios muy diversos, que nos ayudarán a dilucidar las principales fuentes de conflicto que surgirán cuando los intereses de cada grupo sean divergentes y no tengan puntos de interés en común.

La pertenencia a cada círculo no será estática, sino que, podrá cambiarse en función de la evolución de la familiar, en situaciones tales como matrimonio, divorcio, defunción. Dichos cambios generarán situaciones de riesgo en las empresas familiares que deberían de preverse, a fin de tener previamente reguladas dichas contingencias.

En este sentido, GALLO⁹⁴ pone de manifiesto como estas situaciones pueden poner en peligro las fortalezas esenciales de la empresa familiar, como la armonía y dedicación, haciendo que se transformen en debilidades, pasando con ello a la vertiente contraria de desunión y abstención, lo que conllevará prolongadas crisis estructurales.

En definitiva, los grupos de interés en la empresa familiar nos ayudan a identificar los diversos roles que pueden existir en la empresa familiar y los intereses propios de cada grupo. Las situaciones de conflicto se generarán cuando los intereses de un grupo entren en contraposición con el de otro o los objetivos de ambos sean tan antagónicos que resulte difícil unificarlos o encontrar un punto en común.

⁹⁴ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP “, op. cit., pp. 49-60.

Tabla 2. Grupos de interés en la empresa familiar⁹⁵

ROL QUE DESEMPEÑA	INTERESES PROPIOS DEL GRUPO
1) Miembros de la familia	Medios económicos para sobrevivir
2) Accionistas no familiares	Retorno sobre inversión dividendos
3) Empleados no familiares	Seguridad laboral, compromiso con la cultura de la familia propietaria
4) Familiares que trabajan en la empresa familiar	Seguridad laboral, y económica, mayores responsabilidades, autonomía
5) Socios no familiares que trabajan en la empresa familiar	Seguridad laboral, dividendos, esfuerzo por ejercer el poder
6) Familiares que son accionistas	Similar a los intereses de 1 y 2
7) Directivo, familiar y accionista	Todos los puntos anteriores

Fuente: DODERO, S.⁹⁶

Los atributos de cada sector se asocian a intereses de los individuos que concurren, con el desafío de gestionar esos atributos de forma conjunta, unificados en función del rol que representan y, de esta manera, alcanzar un efecto positivo en sus decisiones y actuaciones, o bien, minimizar las consecuencias negativas⁹⁷.

Estos intereses estarán estrechamente relacionados con los objetivos que priman en cada grupo, familia, empresa y propiedad que, de forma independiente, no tienen conexión alguna y responden a motivaciones bien diversas. De forma que, en la familia, el objetivo será el mantenimiento de la armonía familiar y el desarrollo de sus miembros y en la empresa, el objetivo será la productividad y la rentabilidad, con políticas estratégicas orientadas a obtener la máxima eficiencia. Finalmente, la propiedad, con objetivo de mantenimiento y mejora del patrimonio empresarial y el deseo de mejorar su rentabilidad y posición competitiva⁹⁸.

⁹⁵ GOYZUETA RIVERA, S.I., “Modelo de gestión para las empresas familiares con perspectivas de crecimiento y sostenibilidad”, *Perspectivas*, núm. 31, 2013, p. 104.

⁹⁶ DODERO, S., “El secreto de las empresas familiares exitosas”, *El Ateneo*, 2002, p. 76.

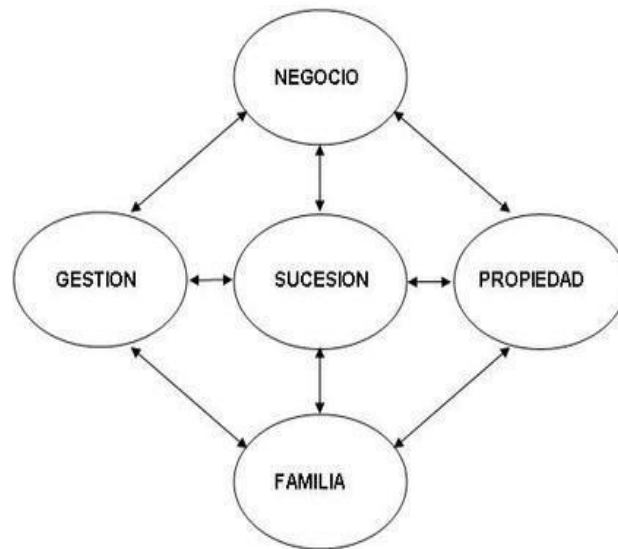
⁹⁷ “Empresa familiar, Club Funcional y Sectorial”, *Esade Alumni*, 2012; disponible en http://itemsweb.esade.edu/webalumni/docs/empresa_familiar/investigacion_nov_esp.pdf, consultado el 25-08-2018.

⁹⁸ AMAT SALAS, J., *La continuidad de la empresa familiar*, Barcelona, Gestión 2000, 2000, 2ª ed., pp. 102-103.

3.1.3. El Modelo de los Cinco Círculos

El modelo de los cinco círculos, propuesto por AMAT⁹⁹, es una ampliación del modelo de los tres círculos con la incorporación de dos aspectos más, por una parte, el relativo a la gestión de la empresa, referente a la dimensión organizativa, perspectivas estratégicas y competitividad de los productos, mercados y recursos de la empresa y, por otra parte, la sucesión, cuya problemática puede afectar a diferentes áreas.

Figura 3. Modelo de cinco círculos



Fuente: AMAT¹⁰⁰

La figura representa la incorporación de los dos nuevos factores, la gestión de la empresa y la sucesión que, junto con los tres núcleos anteriores, propiedad, empresa y familia, nos proporcionan una mayor comprensión de la problemática que surge en torno a los mismos y que pueden afectar la continuidad de la empresa familiar. A continuación, examinaremos cada núcleo de este modelo¹⁰¹:

1) Familia, es el área que confiere un carácter diferencial a la empresa familiar, empero, a su vez, es el ámbito en el que pueden surgir más conflictos de muy diverso

⁹⁹ *Ídem*, p. 32.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Seguimos en esta exposición a SAMPEDRO SAMPEDRO, S., “Evolución de la empresa familiar. Estudio de los Herederos Cerámica Sampedro”, *Universidad de la Rioja*, Curso 2015-2016; disponible en https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001268.pdf, consultado el 6-06-2019.

ámbito, a nivel interno, en las relaciones familiares y, a nivel externo, en las relaciones de la familia con la empresa.

Los factores más relevantes de la familia como señala AMAT¹⁰² son: *“los valores, actitudes, relaciones familiares y pautas de comunicación que se promueven dentro de cada familia empresarial, el grado de armonía existente y su influencia en su empresa familiar y viceversa, es decir, la influencia de ésta en la familia empresarial, considerando especialmente el grado de compromiso de la familia con la continuidad de la empresa, los problemas relacionados con la superposición o solapamiento que suele existir entre los temas familiares y los temas empresariales, el predominio de los valores e intereses de la familia o, por el contrario, los de la empresa en las decisiones empresariales así como los estilos de resolución de conflictos y las estructuras de gobierno desarrolladas para la interacción de la empresa con la familia”*.

Para que no trasciendan al ámbito empresarial las cuestiones surgidas en el campo familiar será necesario que las posiciones en la empresa estén claramente definidas.

2º.- Propiedad, referente a los propietarios de la empresa. Dentro de este núcleo se tendrán que considerar las cuestiones referidas a la estructura del poder accionarial y otros aspectos fundamentales ligados a la gestión del patrimonio y a la eficacia de los órganos de gobierno de la propiedad, como la junta de accionistas y consejo de administración.

3º.- Empresa, dentro del área del negocio hay factores especialmente relevantes para la empresa, que determinan su proceso estratégico e influirán directamente en su competitividad en el mercado.

Sobre este punto, señala a AMAT¹⁰³ que para el desarrollo del negocio, la empresa familiar tiene que apoyarse en criterios empresariales: *“la visión estratégica y la competitividad de la empresa familiar que resulta de la elección de sus opciones estratégicas concernientes a los mercados en los que operan, los productos que ofrecen y los recursos de que disponen (humanos tecnológicos, materiales) y de las políticas que utilizan (comercialización, producción, financiación, investigación y desarrollo”*.

¹⁰² AMAT SALAS, J., *La continuidad de la empresa familiar*, op. cit., p.32.

¹⁰³ *Ídem*, p. 33.

4º.- Gestión, considerando los recursos de la empresa para desarrollar su estrategia empresarial. En este ámbito, la problemática vendrá determinada cuando se han adoptado decisiones basadas principalmente en un criterio familiar y no empresarial.

5º.- Sucesión, cuestión trascendental para la continuidad de la gestión y propiedad de la empresa en manos de la familia. Será uno de los procesos más importantes que debe acometer una sociedad familiar para garantizar su continuidad.

El modelo de los cinco círculos nos servirá de punto de partida para el estudio que realizaremos *infra* de los conflictos y divergencias que suelen acontecer en las empresas familiares que se agravan en el paso generacional, afectando a su continuidad¹⁰⁴.

3.2. Modelos evolutivos

Frente a la visión estática de la empresa, los modelos evolutivos analizan la empresa familiar desde una dimensión dinámica. Con el paso del tiempo, la empresa evoluciona con el ciclo de vida de la familia y va adquiriendo complejidad con la entrada de nuevos miembros de la familia.

Son muy diversos los modelos que podríamos describir, como el modelo de Ward, basado en las fuerzas que afectan a la evolución de la empresa familiar o el modelo de McGivern que describe gráficamente el ciclo de vida de la empresa familiar, empero, nos ceñiremos al modelo evolutivo tridimensional que consideramos de mayor interés para nuestro trabajo, puesto que, aglutina la evolución temporal que sufren los tres subsistemas, familia, empresa y propiedad, con la valoración de los conflictos que pueden surgir en cada etapa.

A diferencia de los modelos anteriores, que se centran en un momento específico de la empresa, el modelo evolutivo tridimensional involucra la variable tiempo y la aplica a los tres subsistemas, que analiza conjuntamente.

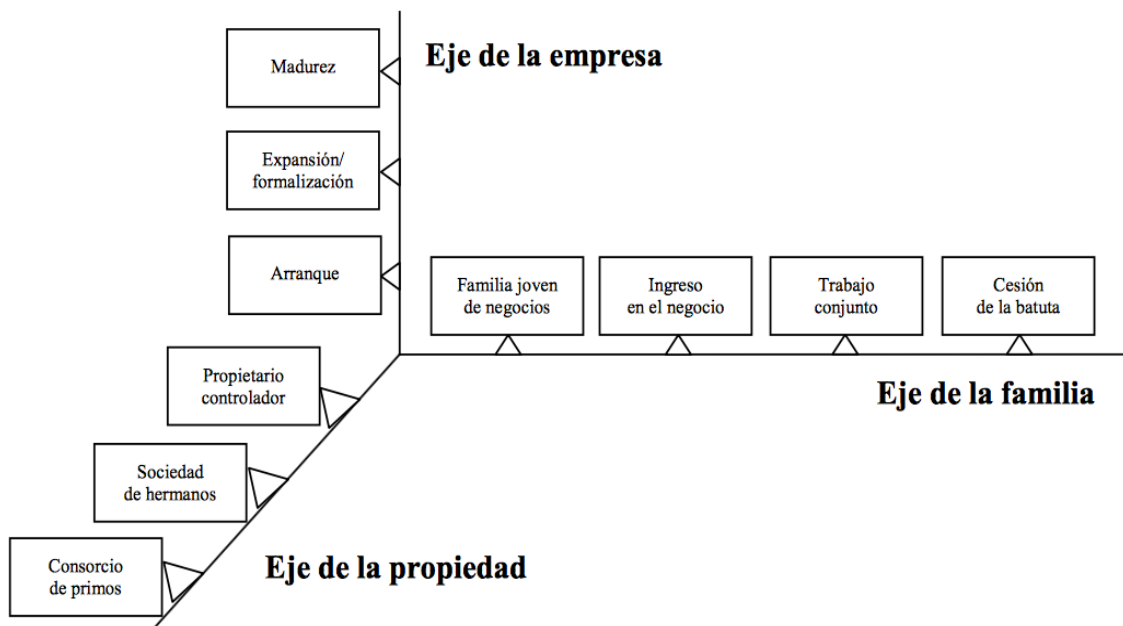
¹⁰⁴*Ibidem*, pp. 25-31.

3.2.1. El modelo evolutivo tridimensional

Con el transcurso del tiempo se produce una evolución en la empresa familiar. Ante esta evolución, se propone un nuevo modelo por GERSIK ET ALT¹⁰⁵ denominado modelo evolutivo tridimensional, que describe las etapas progresivas por las que pasan los tres subsistemas (empresa, familia y propiedad) y los desafíos que deben superar individualmente para lograr una armonía en la organización.

Explica GERSIK¹⁰⁶ que cada subsistema tiene su propia razón de ser, por lo tanto, sus necesidades son distintas y cada uno evoluciona a través del tiempo en forma muy diferente, lo que obliga a que las relaciones entre ellos sean fluidas y cambien constantemente.

Figura 4. Modelo evolutivo tridimensional



Fuente: Gersick¹⁰⁷

¹⁰⁵ GERSICK, K. E., DAVIS, J. A., HAMPTON, M. M., LANSBERG, I., *Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business*, Boston, Harvard Business School Press, 1997.

¹⁰⁶ *Ídem.*

¹⁰⁷ GERSICK, K.E., DAVIS, J. A, MCCOLLOM, M. y LANSBERG, I., *Empresas familiares, generación a generación*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 18.

En los ejes del gráfico se irán sucediendo etapas que adquirirán con su evolución una mayor complejidad:

1°.- Propiedad, en la figura se refleja la sucesión lógica en una empresa familiar que es fundada por un único dueño que concentra en su mano la propiedad y la gestión. Seguidamente, con el paso del tiempo se da paso a la segunda generación, en la que concurrirán una sociedad de hermanos, propietarios de la empresa familiar en una situación de igualdad. Finalmente, la siguiente línea generacional estará integrada por el consorcio de primos que concurrirán en un plano de igualdad, por lo que, igualmente se requerirá un trabajo en equipo.

Por tanto, las situaciones de consorcio familiar tienen lugar cuando concurren en la propiedad de la empresa diversos miembros de la familia. En estos casos, se pueden ocasionar rivalidades en el ámbito familiar como empresarial, por ello, será necesario que estos ámbitos se encuentren bien definidos.

2°.- Familia, en el eje familiar se pueden identificar las siguientes fases siguiendo a SERNA Y SUÁREZ¹⁰⁸:

- *Familia joven de negocios*, los fundadores son personas jóvenes, con hijos pequeños. En esta etapa inicial del negocio se compaginan las relaciones familiares con las profesionales, para lo que se adoptarán decisiones que tienden a buscar el equilibrio entre ambos campos.

- *La familia que ingresa al negocio*, etapa caracterizada por padres, de edad madura, con hijos adolescentes con preparación académica que van ingresando en la empresa en el inicio de su carrera profesional.

- *Trabajo conjunto*, etapa en la que ya trabajan los padres e hijos conjuntamente, al haber consolidado su posicionamiento laboral en la empresa. Los retos de esta fase serán el equilibrio entre padres e hijos a nivel profesional y la capacidad de trabajo en común, basada en una relación de comunicación y respeto.

¹⁰⁸ SERNA GOMEZ, H., SUÁREZ ORTIZ, E., *La empresa familiar. Estrategias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento*, Bogotá, Editorial Temis, 2005, pp. 20-21.

- *La Familia que cede la Batuta*, etapa caracterizada por una primera generación ya prácticamente desvinculada de la empresa, que ha elaborado un plan de retiro para dejar paso a las siguientes generaciones.

3º.- Empresa, en el eje de la empresa se identifican tres escalones de evolución que son el arranque, la expansión y la madurez. En el peldaño de arranque se refleja la fase de inicio de la empresa que, posteriormente, pasará en su desarrollo a una fase de expansión. En la última etapa, se consigue la madurez con un equilibrio entre las expectativas de los miembros familiares y externos, para lo que se deberá contar con un buen equipo de gestión y alto grado de profesionalización¹⁰⁹.

La complejidad de los ámbitos concurrentes en los tres ejes y la problemática de su evolución nos servirá de base al estudio pormenorizado de las divergencias surgidas en cada etapa y la problemática de no compatibilizar las dos grandes estructuras que confluyen en la empresa familiar. Como cuestión previa para dicho análisis, partimos de la consideración de que será fundamental mantener la independencia de ambas estructuras, así como, unificar sus objetivos, para ello, se deberá dotar a la empresa familiar de una organización que la independice de las contingencias familiares que surgirán durante su evolución.

Ciertamente, ante la aparición de los problemas en la empresa familiar será necesaria la previsión e implantación de órganos de gobierno específicos que faciliten la relación y comunicación entre la familia y la empresa, estableciendo las vías de comunicación necesarias.

Por todo ello, tendrá una gran trascendencia en la empresa familiar una adecuada planificación de la tipología y órganos societarios, de forma que, estos puedan ser el cauce adecuado para canalizar y resolver los conflictos que surjan en el devenir de la empresa y de la familia.

¹⁰⁹ *Ídem*, p.19.

4. Tipología de la empresa familiar

La tipología de la empresa familiar la podemos clasificar desde muy diferentes ámbitos: tamaño, en función de la organización, del grado generacional, etc. Como punto de partida, arrancaremos de una clasificación basada en el tamaño y en la forma de configuración de la empresa familiar, que puede dar lugar a dos modelos de empresa familiar¹¹⁰:

- Microempresa familiar. Se trata de una comunidad de trabajo familiar no asalariado, como los negocios artesanales, pequeños comercios, explotaciones agrarias, etc. Representan un alto porcentaje de las empresas familiares en nuestro país.

- Sociedad familiar de capital. Es una sociedad de cierta dimensión que puede ser creada por una o varias familias que mantienen su organización y gestión con valores que se transmiten de generación en generación. En este tipo de organizaciones familiares confluyen la propiedad, el control y los valores familiares.

Siguiendo a GALLO¹¹¹ podemos distinguir cuatro tipos de empresas familiares según el grado de responsabilidad que asuman en la empresa los miembros de la familia. Los cuatro modelos de empresa reflejarán el grado habitual de evolución hasta llegar a las empresas familiares multigeneracionales y exitosas, si bien, como indica el autor, muchas empresas están en situaciones intermedias, pasando de un a otro tipo.

En la empresa de trabajo familiar, los propietarios tienen voluntad de continuar en la empresa y de que, con su evolución, se incorporen los miembros de la familia. La incorporación deberá producirse en puestos apropiados a sus capacidades y con una remuneración adecuada.

En la empresa de dirección familiar, los propietarios tienen igualmente la voluntad de continuar vinculados en la propiedad de la empresa y se promueve la incorporación de los miembros de la familia. No obstante, sólo se incorporarán los que asuman responsabilidades de dirección general de la empresa en unidades estratégicas de negocio,

¹¹⁰ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 21^a ed., p. 243.

¹¹¹ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “Tipología de las empresas familiares”, *op. cit.*, pp. 248-249.

así como, los que ejerzan funciones de dirección y cuenten con elevada especialización técnica.

Por otra parte, en las empresas de gobierno familiar las personas de la familia sólo desempeñan funciones de gobierno, no de dirección, por tanto, actúan como propietarios activos.

Finalmente, en la empresa familiar de inversiones y emprendimiento, el gobierno familiar promueve la integración de los miembros de la familia con espíritu emprendedor.

Los diversos tipos de empresa familiar y su evolución nos proporcionarán una base para el estudio de su problemática y proponer los medios de acción más adecuados para prevenirlos o solventarlos.

De igual modo, siguiendo a CASILLAS ET. ALT.¹¹² podemos efectuar una clasificación de los tipos de empresa en función de criterios sociodemográficos y del grado generacional en el que se encuentren:

1) Tipos de empresas familiares en función de criterios sociodemográficos

Las empresas familiares no tienen una tipología especial por su carácter familiar, sino que, como cualquier empresa, pueden tener rasgos diferenciados por su tamaño, sector de actividad, ámbito geográfico, forma jurídica, etc. Las clasificaciones dependerán de los caracteres distintivos así, centrándonos en su tamaño, los autores consideran que existen empresas de familia grandes, medianas y pequeñas.

En este sentido, la empresa familiar habitualmente se ha venido identificando con la pequeña y mediana empresa, al ser la mayoría de las empresas familiares reducidas en tamaño y trabajadores. Sin embargo, esta consideración ha sido superada, posiblemente por la trascendencia mediática de grandes empresas en nuestro país, como Mercadona o Inditex, que tienen la consideración de empresas familiares, al encontrarse el control empresarial en manos de la familia.

¹¹² CASILLAS, J.C., DÍAZ, M. C., VÁZQUEZ, A., *La gestión de la empresa familiar: Conceptos, casos y soluciones*, Madrid, Thomson Paraninfo, 2005, p. 10.

En referencia al ámbito geográfico, la empresa familiar puede ser local, regional, nacional o internacional¹¹³.

2) Tipos de empresas familiares en función del grado generacional

Son muy diversas las clasificaciones que podríamos establecer de la empresa familiar en función de la estructura de la empresa, la familia y el nivel de vinculación que exista entre ambos sistemas.

Como punto de partida de la clasificación en función del grado generacional, podemos diferenciar empresas de primera, segunda, tercera y sucesivas generaciones.

Las empresas de primera generación están integradas por el fundador que controla la empresa asumiendo su gestión y control, aunque en el mismo intervengan otros miembros de la familia. Asimismo, no podemos olvidar la figura del cónyuge del fundador que, aunque no tenga una función activa asignada en la empresa, será una pieza fundamental para garantizar su continuidad.

En cuanto a las empresas de segunda generación, serán las que están en manos de los hijos y los sobrinos del fundador. En esta etapa generacional, el fundador ya no ocupa un papel activo en la empresa, que será desempeñada generalmente por varios hermanos, en una posición de igualdad. En estos supuestos, el control de la gestión suele estar profesionalizada, en manos de externos o de miembros de la familia.

Finalmente, las empresas de tercera generación y siguientes son aquellas en las que ya intervienen un número más elevado de familiares que pueden ser nietos, biznietos y sobrinos del fundador.

Ciertamente, en función de número de miembros de la familia que participen en la empresa y la relación entre los mismos, la gestión de la empresa será más compleja y será necesario planificar y estructurar la relación entre familia y empresa.

¹¹³ *Ídem*, p. 12.

Asimismo, autores como GIMENO, BAULEAS Y COMA-CROS¹¹⁴ plantean una clasificación de la empresa familiar en base a la complejidad y desarrollo de su estructura, estableciendo las siguientes categorías de empresas familiares:

1) *Modelo Capitán*. Este modelo está integrado básicamente por PYMES, con una duración media de 28 años, que suele ser el tiempo de actividad laboral del fundador. En estas empresas, el fundador suele ser único propietario y gestor, si bien, en ocasiones, pueden intervenir sus hijos o cónyuge, aunque el control lo mantiene el fundador.

2) *Modelo Emperador*. En este modelo coexisten dos generaciones entre las que se reparte el accionariado, empero la dirección de la empresa y la familia se concentra en una sola persona. Suele tener una duración media de 41 años.

3) *Modelo Equipo Familiar*. En este patrón ya la complejidad de la familia es superior a la de la empresa, por tanto, es necesario establecer mecanismos restrictivos de acceso a ésta por su escasa dimensión, debiendo trabajar fuera los miembros de la familia que no tengan acceso a la empresa. Con el paso del tiempo, el modelo entrará en situación de riesgo, al no poder absorber la estructura de la empresa más personal.

4) *Modelo Familia Profesional*. En este modelo, la complejidad de la empresa es muy superior a la organizativa de la familia. La empresa cuenta con una amplia estructura familiar que se encuentra implicada en la gestión y puestos de dirección.

5) *Modelo corporativo*. Se trata de uno de los modelos más complejos, en cuanto la familia evoluciona hacia una vertiente más propietaria que gestora y suele tener una antigüedad de unos 61 años.

6) *Modelo Grupo de Inversión Familiar*. Representa este modelo a empresas en la que las inversiones que realiza la familia no están vinculadas con su empresa familiar.

De esta forma, habrá que analizar el tipo de empresa familiar en el que nos encontramos, en cada caso concreto, según el modelo adoptado. Si bien, la tipología adoptada no será cerrada y única para una empresa familiar, sino que será cambiante y evolutiva, como su propia dinámica.

¹¹⁴ GIMENO, A., BAULENAS, G., COMA-CROS, J., *Modelo empresa familia, soluciones para la familia empresaria*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2009, pp. 79 y ss.

En este sentido, la estructura empresarial tendrá que adaptarse a los cambios generacionales y al aumento o variación de estructuras motivadas por el propio crecimiento de la empresa y la familia.

III. FORMAS JURÍDICAS DE LA EMPRESA FAMILIAR

Como ya manifestamos *supra*, no existe en nuestro derecho una regulación uniforme de empresa familiar, ni se ha consagrado un tipo social específico para la constitución de la sociedad familiar. Más allá del debate doctrinal sobre la conveniencia de un tipo social específico, la realidad es que dentro del concepto genérico de empresa familiar se engloban empresas de muy diferente estructura y volumen. Frente a esta situación, la justificación doctrinal de regulación de un tipo social específico se fundamenta en la necesidad de adecuar la legislación a la práctica empresarial que representa buena parte del tejido empresarial español¹¹⁵.

Amén de lo anterior, al no existir un tipo legal específico, la empresa familiar se ha de adaptar a las formas legales existentes, debiendo valorarse en cada caso concreto, por su fundador o socios, el tipo de sociedad que más se ajusta a sus necesidades iniciales o a su desarrollo.

En definitiva, la empresa familiar debe compatibilizar la relación entre familia y empresa, coordinando la estructura orgánica familiar y la corporativa. Por ello, se tratará de buscar un equilibrio entre los socios y familiares, así como adaptar la estructura diseñada a la propia evolución de la familia y la empresa.

La valoración del tipo social al que adaptar la empresa familiar tendrá gran trascendencia en la dinámica de la empresa y en cuestiones tan relevantes como la transmisión de las participaciones y la propia gestión y organización de la sociedad.

Por todo ello, *a priori* resulta más adecuada la sociedad de responsabilidad limitada para la empresa familiar pequeña y mediana¹¹⁶.

¹¹⁵ CORONA RAMON, J.F., “Introducción al análisis de la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, Vol. 6, Barcelona, Boch, 2005, p. 43.

¹¹⁶ AVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, Barcelona, Boch, 2008, p. 11

Si partimos de la regulación mercantil de las sociedades para estudiar su tipología, uno de los criterios clasificadores consiste en establecer la distinción entre sociedades abiertas y cerradas. La Exposición de Motivos de la LSC alude a dicha distinción, basándose en las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada: “*mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa, a veces más formales que efectivos, por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa*”.

Si bien, como sigue manifestando la citada Exposición de Motivos, la contraposición teórica entre sociedades abiertas y cerradas no es absoluta, al demostrar la realidad que ambos tipos se superponen y se adaptan en función de sus necesidades. Dichas necesidades en la empresa familiar son de carácter personalista, al revestir gran importancia la identidad de los socios, unidos por vínculos familiares.

La importancia del aspecto *intuitu personae* de la condición del socio, sitúa a la sociedad colectiva y la anónima abierta en dos extremos, quedando en un plano intermedio otras formas societarias que son opcionales, como la anónima familiar o cerrada, en la que se hayan adoptado restricciones a la libre transmisión de acciones¹¹⁷.

Por ello, como indica BEATO¹¹⁸, a las empresas familiares les interesará ser sociedades muy cerradas, siendo por ello aconsejable que inicialmente adopten forma de sociedad limitada, en cuanto, las restricciones a la transmisión de participaciones pueden ser más fuertes que las establecidas en las sociedades anónimas y, de esta forma, se conseguirá que la sociedad sea lo suficientemente cerrada como para mantener su capital en manos de la familia.

Al no existir un tipo social específico, la sociedad familiar ha de constituirse mediante un tipo social ya regulado que, conforme al artículo 122 del C.Com., puede ser

¹¹⁷ BEAUS CODES, A., “Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVI, 1985, p. 243.

¹¹⁸ BEATO, E., “La empresa familiar. Una sociedad mercantil cerrada”; disponible en <http://www.cecamagan.com/la-empresa-familiar-una-sociedad-mercantil-cerrada/>, consultado el 15-06-2018.

una de las siguientes formas: “1. La regular colectiva. 2. La comanditaria, simple o por acciones. 3. La anónima. 4. La de responsabilidad limitada”.

Asimismo, la empresa familiar podrá acudir a la regulación civil, constituyéndose una sociedad familiar civil, de conformidad con lo previsto por el artículo 1.665¹¹⁹ y siguientes del C.C. De igual modo, puede constituirse la empresa familiar bajo la forma de comunidad de bienes, sociedad cooperativa, empresario individual, etc.

Por lo expuesto, la empresa familiar puede adoptar pluralidad de formas jurídicas, acogiendo la que mejor se adapte a sus peculiaridades y necesidades. Así, la empresa familiar puede escoger entre diversas formas organizativas, como las empresas familiares anónimas y limitadas, unipersonales y pluripersonales, cotizadas y no cotizadas.

Por otra parte, según su tamaño, la empresa familiar puede estar integrada por un empresario individual o tratarse de una microempresa o mediana empresa, incluso llegar a ser una sociedad gran empresa cotizada. En este sentido, aunque la sociedad familiar se asimile habitualmente a la PYME, al ser en su mayoría empresas de reducida consideración¹²⁰, no siempre coincide con las mismas.

1. Elección de forma jurídica

Como ya manifestamos *supra*, la empresa familiar es una realidad económica, social y jurídica que carece de una definición legal única e inclusiva de todos sus aspectos¹²¹.

¹¹⁹ El artículo 1.665 del C.C. establece que “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”.

¹²⁰ ZABALETA DÍAZ, M., “La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, en HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.), *Gobierno Corporativo en Sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 120.

¹²¹ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, op. cit., pp. 50-59; ROCA JUNYENT, M., “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, op. cit., pp. 23-61; GARRIDO DE PALMA, V.M., “La familia empresaria ante el Derecho”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, op. cit., pp. 63-94, 2005; DÍAZ GÓMEZ, M. A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, op. cit., pp. 1-70.

Ciertamente, nos encontramos ante una figura social de primera línea que, lejos de regirse por un tipo societario específico, se ha orientado hacia un sistema abierto regido por la libre elección de forma jurídica entre los diversos modelos societarios de ámbito civil y mercantil que pueden adoptarse.

La empresa familiar se configura, junto con otros rasgos definatorios, por los vínculos familiares de los socios. Atendiendo a dichas relaciones familiares, podríamos considerar que las formas societarias más adoptadas en las sociedades de ámbito familiar son las personalistas, al limitar con su carácter cerrado la transmisión de la condición de socio. Sobre esta cuestión, apunta DIAZ¹²² que las empresas familiares raramente se decantan por sociedades personalistas, a pesar de que en éstas tienen mucha relevancia las cualidades personales y patrimoniales de los socios.

La elección de la forma jurídica en la empresa familiar tendrá que atender, tanto a los intereses societarios, como a los del grupo familiar, siendo necesario en ocasiones su adaptación progresiva en función de la evolución de la familia y la empresa. Consecuentemente, la empresa familiar puede adoptar forma individual o forma societaria, sin perjuicio de que, si consideramos como elemento fundamental de la empresa familiar su voluntad de permanencia y continuidad, preferentemente, adoptará la forma societaria¹²³.

Centrándonos en la empresa familiar en el ámbito societario, la elección de forma social concreta requerirá el sometimiento a la normativa reguladora de la forma elegida, el Código de Comercio¹²⁴, en delante C. Com., para las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples y la LSC para las sociedades comanditarias por acciones, las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, incluida la sociedad limitada nueva empresa¹²⁵.

¹²² DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. cit.*, p. 10.

¹²³ COBAS COBIELLA, M. E. “La empresa familiar en España y el trabajador por cuenta propia en Cuba. Aproximación a su estudio”, en PLAZA PENADÉS, J. (Dir.), *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 33.

¹²⁴ BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

¹²⁵ Véase al respecto, EMBID IRUJO, J.M., “Consideraciones generales sobre la Sociedad Limitada Nueva Empresa”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa: (comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL)*, *op. cit.*, pp. 19-34.

En definitiva, la SL parece ser la forma social más adecuada para adaptarse a las necesidades y prioridades de la empresa familiar. En este sentido, indica VELAYOS¹²⁶ “*se manifiestan de un modo más acusado los dos factores de organización que reclama con mayor frecuencia la sociedad familiar: el carácter cerrado que asegure la permanencia del poder de control y de la unidad de dirección en el ámbito familiar; y el sometimiento a un régimen menos formalista y costoso que el de la anónima, en el que el predominio de la autonomía de la voluntad proporcione flexibilidad suficiente para adecuar la organización social a las específicas necesidades de cada caso*”.

Si bien, la elección de una forma social concreta será una cuestión para decidir por los socios de una empresa familiar, para lo que deberán valorar la fórmula jurídica más relevante para la sociedad familiar, en función de cuestiones como el volumen de la empresa, el régimen de transmisión o las responsabilidades que los socios están dispuestos a asumir¹²⁷.

Para conocer los tipos societarios de las sociedades personalistas y capitalistas, con los aspectos relevantes que pueden determinar su encaje en las sociedades familiares, expondremos a continuación un somero análisis de estos tipos societarios, siguiendo el estudio realizado por DÍAZ¹²⁸, a fin de analizar los componentes más característicos de estas sociedades, que deberán valorarse por los socios para considerar la forma social concreta de la empresa familiar.

1.1. Sociedades personalistas

Las sociedades personalistas, entre las que se encuentran las sociedades colectivas y comanditarias, están reguladas en el Título I del Libro II del C.Com., bajo la denominación general de las compañías mercantiles.

En cuanto a su constitución, la sociedad colectiva se constituye mediante escritura social que debe reflejar una serie de prescripciones determinadas en el artículo 125 del C.

¹²⁶ VELAYOS LLUIS, C., *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 92.

¹²⁷ *Ídem*, pp. 12-38.

¹²⁸ DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. cit.*

Com.¹²⁹ e inscribirse en el RM. En la escritura constitutiva se podrán incluir los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer, que será vinculantes para éstos. De este modo, en la empresa familiar que se adapte a este tipo societario, los socios podrán incluir en la escritura constitutiva acuerdos referentes al protocolo familiar o pactos sucesorios.

Los requisitos de constitución de la sociedad comanditaria son los mismos que los de la sociedad colectiva, si bien, a diferencia de la anterior, deberá indicarse en la escritura constitucional la identidad de los socios comanditarios y sus aportaciones. De manera que, la sociedad comanditaria siempre tendrá un capital inicial, en cuanto los socios comanditarios deberán aportar dinero o bienes evaluables en dinero.

Como manifiesta DÍAZ¹³⁰, la aportación de trabajo puede resultar de interés en algunas sociedades familiares, con la asignación a familiares de tareas concretas. Si bien, salvo pacto en contrario, los socios industriales percibirán las ganancias equivalentes al socio capitalista que menos haya aportado. De manera que, los socios podrán pactar un régimen distinto para regular estas cuestiones y así equiparar las ganancias entre los socios capitalistas e industriales. Asimismo, el pacto puede ser extensivo a las pérdidas, ya que, el socio industrial no contribuirá a las mismas, a no ser que se haya pactado lo contrario¹³¹.

En cuanto a la transmisibilidad, el carácter cerrado de compañías colectivas queda determinado por la imposibilidad del socio de transmitir a otra persona su participación, sin el consentimiento de los demás socios¹³². En la sociedad comanditaria simple se puede limitar la transmisibilidad de la condición de socio, al no existir una norma que la prohíba expresamente.

¹²⁹ El Artículo 125 C. Com. establece que: “La escritura social de la compañía colectiva deberá expresar: El nombre, apellido y domicilio de los socios. La razón social. El nombre y apellido de los socios a quienes se encomiende la gestión de la compañía y el uso de la firma social. El capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos o de las bases sobre que haya de hacerse el avalúo. La duración de la compañía. Las cantidades que, en su caso, se asignen a cada socio gestor anualmente para sus gastos particulares.

Se podrán también consignar en la escritura todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer”.

¹³⁰ DÍAZ GÓMEZ, M.A, “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. cit.*, p. 11.

¹³¹ Artículo 141 C. Com.

¹³² Artículo 143 C. Com.

La limitación a la transmisibilidad puede considerarse una gran ventaja o inconveniente en la sociedad familiar, al poder limitar el acceso a los demás miembros de la familia, salvo el consentimiento de los demás socios.

En referencia a la responsabilidad y tipos de socios, en la sociedad colectiva, los socios que participen en la gestión de la sociedad responden de las deudas sociales de forma ilimitada, solidaria, al igual que los socios colectivos. En cambio, en la sociedad comanditaria, los socios comanditarios no participan en la gestión de la sociedad y su responsabilidad se limita al capital que aportaron a la sociedad¹³³, si bien, la responsabilidad limitada de estos socios puede verse desvirtuada cuando el comanditario consintiese su inclusión en la razón social¹³⁴.

En lo tocante a la administración y representación social, en la sociedad colectiva la administración de la compañía se ha de haber encargado específicamente a algunos de los socios para que puedan ejercerla, y ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 C.Com., que establece “*Si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad*”. Si bien, en el caso de alguno de los socios hubiesen sido encargados de la administración, los demás socios no podrán entorpecer sus gestiones, ni evitar sus efectos¹³⁵.

Por tanto, la representación de la sociedad, así como la facultad de administrarla debe haber sido conferida de forma expresa en el contrato social y sólo en ese supuesto vinculará a la sociedad por las actuaciones derivadas de los socios con firma autorizada¹³⁶, a diferencia de los socios comanditarios que no podrán administrar la sociedad, ni siquiera como apoderados de los socios gestores¹³⁷.

¹³³ Artículo 141 C. Com.

¹³⁴ Artículo 147 C. Com., ya que, supondría un incumplimiento de lo prescrito en el artículo 146 C. Com. que establece que la razón social sólo podrá formarse con el nombre de los socios colectivos.

¹³⁵ Artículo 131 C. Com.

¹³⁶ Artículo 132 y 128 C. Com.

¹³⁷ Artículo 148 C. Com.

En referencia a la disolución de la sociedad, se encuentra regulada de forma conjunta para ambas sociedades en el artículo 222 del C.Com., con las siguientes causas de disolución:

“1.ª La muerte de uno de los socios colectivos, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto, o de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes.

2.ª La demencia u otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes.

3.ª La apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos”.

En resumen, el rasgo más significativo de las sociedades personalistas respecto a su consideración como empresa familiar será su carácter *intuitu personae*, por cuanto, se podrá limitar la transmisibilidad de la condición de socio y existirá una limitación de responsabilidad que se extendería sobre los socios comanditarios, si bien, la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos por deudas sociales constituye un riesgo difícil de asumir.

Por todo ello, en la constitución de la sociedad familiar, los fundadores lejos de adoptar una forma jurídica de sociedad personalista suelen optar más por el régimen jurídico de las sociedades capitalistas, concretamente, como trataremos posteriormente, la sociedad anónima, en adelante SA, así como la SL y, eventualmente, como subtipo de la anterior, la SLNE.

1.2. Sociedades capitalistas

Dentro de las sociedades capitalistas nos centraremos en la SA y la SL, empero, también existe la opción de la sociedad comanditaria por acciones que la LSC ha venido a considerar con tal carácter en su artículo 1.1¹³⁸.

¹³⁸ “1. Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

En cuanto a la SA, existe la idea de que este tipo social se reserva para empresas con grandes proyectos, no concibiéndose como el tipo social adecuado para la pequeña y mediana empresa, a pesar de no existir una relación directa entre el tipo social y la dimensión de la sociedad¹³⁹. No obstante, como indica en la Exposición de Motivos de la LSC¹⁴⁰, la tradicional distinción entre los tipos societarios ya no es tan férrea como antaño, en cuanto, “*esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas, salvo obviamente las cotizadas, son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones*”.

En la SA, la acción, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, refleja la relación jurídica que se deriva de la celebración del contrato de sociedad y cuyo contenido es el conjunto de derechos y obligaciones que integran la condición de socio y representa su titularidad¹⁴¹.

Centrándonos en los rasgos característicos de las sociedades capitalistas, deberán constituirse mediante escritura pública e inscribirse en el RM¹⁴². En cuanto al capital social, deberá estar integrado por las aportaciones de todos los socios, dividido en participaciones sociales o acciones, indivisibles y acumulables, destacando que las aportaciones de socios podrán ser bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica y, en ningún caso, trabajo o servicios¹⁴³.

3. En la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

4. En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.”

¹³⁹ VAQUERIZO ALONSO, A., “Artículo 1. Sociedades de capital”, en AA.VV., ROJO FERNANDEZ, A., BELTRAN SANCHEZ, E.M. (Coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Vol. I, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 183.

¹⁴⁰ Punto IV de la Exposición de Motivos de la LSC, *op. cit.*

¹⁴¹ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Sección 1^a. De la acción de los derechos del accionista”, en ARROYO, I., EMBID, J.M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 470.

¹⁴² Art. 119 C. Com. y art. 20 LSC.

¹⁴³ En lo que atañe a las aportaciones no dinerarias, el art. 63 LSC obliga a que se formalicen en escritura con la descripción de estas, con sus datos registrales si los tuvieren, la valoración en euros de estas y la numeración de las acciones o participaciones asignadas en contrapartida.

En cuanto a la transmisibilidad, tanto las acciones como las participaciones sociales pueden quedar sujetas a restricciones estatutarias¹⁴⁴.

Un aspecto destacable de ambos tipos societarios será la ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, que será un aspecto relevante para considerar estas formas societarias como modelo para constituir la empresa familiar.

Finalmente, en lo referente a la administración y representación de ambos tipos sociales, resulta necesaria la existencia de dos órganos sociales: Junta General y órgano de administración de la sociedad, si bien, su regulación no es totalmente coincidente¹⁴⁵.

El Apartado IV de la Exposición de Motivos de la LSC¹⁴⁶ destaca como rasgos diferenciadores de estas sociedades que, *“mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa -a veces más formales que efectivos- por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa”*.

En resumidas cuentas, legalmente no se ha consagrado un tipo societario específico como modelo de empresa familiar, siendo la sociedad limitada y la sociedad anónima las formas jurídicas de organización más usadas, con mayor preponderancia de las primeras respecto a las segundas, como se concluye en la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar¹⁴⁷.

¹⁴⁴ El 108.2 de la LSC consideran nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones resulte obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas y el art. 123.5 RRM, establece que no podrán inscribirse en el Registro Mercantil restricciones estatutarias que obliguen a un accionista a que ofrezca de modo conjunto sus acciones a transmitir un número de acciones distinto a aquél para el que solicita la autorización.

¹⁴⁵ Arts. 159 y ss. LSC

¹⁴⁶ Apartado IV de la Exposición de Motivos de la LSC.

¹⁴⁷ En este sentido se pone de manifiesto que *“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”*. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, op. cit.

Esta realidad se refleja igualmente en la Exposición de Motivos de la LSC¹⁴⁸, en cuanto, una mayor flexibilidad en los aspectos sociales y menor exigencia de capital en la constitución junto con la posibilidad de limitar la transmisión, se convierten en una ventaja para la empresa familiar.

Por tanto, la forma social más elegida en la empresa familiar es la sociedad de responsabilidad limitada al disponer de régimen jurídico una mayor flexibilidad frente a las sociedades anónimas¹⁴⁹.

2. Modos organización de la empresa familiar

La empresa familiar, como cualquier otra entidad societaria, debe organizar su estructura de gobierno y representación. Asimismo, los órganos societarios diseñados serán inicialmente los mecanismos para afrontar la resolución de los conflictos o situaciones surgidas en la familia que puedan afectar a la continuidad de la empresa, de ahí, la importancia de diseñar un buen sistema organizativo.

En suma, el sistema organizativo establecido ha de ser el adecuado para posibilitar que las decisiones empresariales sean objetivas e imparciales y, en consecuencia, sean aceptadas tanto por los miembros de la familia integrados en la empresa, como por los empleados externos.

Por tanto, la empresa familiar necesita diseñar una estructura sólida configurada con órganos de gobierno que, implantados en la misma, sean aceptados y respetados por la estructura familiar, contando éstos con autonomía suficiente para la toma de decisiones y el desempeño de la gestión empresarial.

No resulta posible definir de modo único cuál debe ser la estructura de gobierno de las empresas familiares, puesto que, obedece a diferente casuística, en función de las relaciones familiares existentes en la empresa. Ante la diversidad de situaciones, la estructura se deberá adaptar a las conexiones familiares existentes en cada etapa generacional de la empresa. Así, en primera generación, las relaciones familiares serán

¹⁴⁸ Apartado III de la Exposición de Motivos de la LSC.

¹⁴⁹ VIRUAL LEON, M.I., “Los estatutos en la sociedad familiar: límites a la autonomía de la voluntad” *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 1, 2017, p. 241.

paterno-filiares; en la segunda generación, los vínculos familiares se desarrollarán entre hermanos y, en la tercera generación, tendrán lugar entre primos.

Cada una de las relaciones familiares existentes en cada etapa determinará la preferencia de una estructura determinada, comenzando generalmente por la figura de administrador único, cargo que jerárquicamente será ocupado por el fundador, para posteriormente, en las siguientes generaciones, asumirla de forma colegiada, cuando concurren a la representación y gobierno más familiares en una posición de igualdad. Si bien, la cuestión fundamental para mantener la continuidad familiar y cumplir los objetivos de éxito empresarial de la empresa familiar será contar con una sólida estructura de gobierno.

De esta forma, la estructura empresarial establecida atenderá las diversas eventualidades que surjan en la evolución de la empresa y de la familia, destacando situaciones como el crecimiento o expansión empresarial, la crisis, la sucesión generacional, el divorcio del fundador, etc.

Por otra parte, la interrelación entre familia y empresa establecerá la conveniencia de implantar en la sociedad familiar junto a la estructura de gobierno societario, una organización específica de las sociedades familiares.

Generalmente, las empresas familiares en su etapa inicial suelen estar integradas por familiares unidos con férreos vínculos afectivos, regidos por un criterio de auto organización, no teniendo cabida en la administración de la sociedad personas externas a la familia¹⁵⁰. Si bien, en la medida que la sociedad y la familia evolucionan con la incorporación de nuevas generaciones, los vínculos familiares ya no son tan estrechos y todos los familiares no pueden integrarse en la administración de la empresa.

En definitiva, la estructura organizativa de la empresa familiar será definida en su constitución, si bien, deberá adaptarse en la medida que evolucione la sociedad y la familia. Ciertamente, ambas estructuras sufrirán cambios que necesariamente impliquen

¹⁵⁰ PUIG BRUTAU, J.: “Algunas consideraciones sobre la llamada sociedad anónima familiar”, *Revista Jurídica Catalana*, núm. 57, 1958, p. 571.

la adaptación organizativa de la empresa familiar, siendo más complejo su diseño y configuración en la medida que la familia vaya evolucionando generacionalmente¹⁵¹.

De este modo, cuando la empresa familiar se encuentra en primera generación, el fundador suele desempeñar la gestión y representación de la sociedad, aunque cuente con Junta General de Accionistas y Consejo de Administración. En la medida que la estructura empresarial va siendo más compleja, con la incorporación de las sucesivas generaciones en la gestión de la empresa, en la segunda o tercera generación, el Consejo de Administración suele estar formado por miembros históricos de la familia. En estos casos, suele suceder que las capacidades de los integrantes del Consejo no se adecúen a sus responsabilidades y que surjan divergencias entre los mismos, lo que hace inoperante la labor del órgano.

Para evitar estas situaciones, que derivarán en un grave desequilibrio estructural para la empresa, será necesario definir la estructura organizativa de la empresa familiar y su integración por diferentes órganos de gobierno, con una clara distribución de funciones y responsabilidades, a fin de evitar situaciones que perjudicarán directamente la marcha del negocio y la continuidad de la empresa¹⁵².

En consecuencia, al combinarse en la empresa familiar dos sistemas convergentes, empresa y familia, será necesario acomodar ambas estructuras, al ser decisivas para la continuidad de la empresa.

Si bien, uno de los grandes riesgos de la empresa familiar será ceñirse en exclusiva a atender las necesidades de la familia. Para no derivar en las siguientes estructuras societarias erróneas será necesaria una estrategia empresarial preestablecida¹⁵³:

- Estructura duplicada, que surgirá cuando sea necesario incluir en la estructura social a un mayor número de familiares, no habiendo puestos de trabajo para los mismos, por lo que, habrá que duplicar responsabilidades o subdividir departamentos o funciones más de lo necesario.

¹⁵¹ AYALA CALVO, J.C., MANZANO GARCIA, G., “Empresas familiares exitosas: órganos de gobierno y claridad del rol”, *Esic Market*, núm. 115, 2003, p. 66.

¹⁵² *Ídem*.

¹⁵³ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., *La sucesión en la empresa familiar*, *op. cit.*, pp. 137-138.

- Estructura querencial, derivada de permitir que determinados miembros de la familia creen áreas de trabajo y responsabilidad que no son necesarias para la implantación estratégica de la empresa y únicamente atienden sus preferencias personales. Esta situación llevará consigo la creación de departamento inoperantes que suponen una carga financiera para la sociedad, sin perjuicio del descrédito externo y desavenencias internas que puede generar dichas situaciones.

- Estructura del árbol genealógico, basada en el organigrama familiar que se seguirá en la empresa. Esta similitud entre la estructura familiar y empresarial regida por un nivel jerárquico por orden de descendencia suele ser habitual en empresas familiares de reducido tamaño.

- Estructura tribal, resultante de asignar y reservar determinadas responsabilidades a miembros de las diversas ramas de la familia, para que cada una de dichas ramas esté representada en la empresa familiar.

- Estructura policial, surgida cuando cada miembro relevante de la familia tiene a sus personas leales que le informan o realizar labores de control del resto de la empresa.

- Estructura de suplentes, que surge cuando se reservan responsabilidades a miembros de la familia que no están capacitados para desempeñarlas, manteniendo en calidad de suplentes a directivos no familiares, con la consiguiente desmotivación de éstos.

En resumidas cuentas, la familia y la empresa estarán interconectadas. Así, la evolución de la empresa está estrictamente relacionada con las etapas de la familia, al existir dos elementos fundamentales en la empresa familiar, el negocio y las generaciones que se suceden. Para que el negocio tenga continuidad será necesario que las generaciones se vayan adaptando a sus necesidades y así evitar la desaparición de la empresa familiar.

En este sentido, en el ciclo de vida empresarial hay cuatro pilares fundamentales que señala PÉREZ, que son dirección, familia, sucesión y propiedad. Estos tres últimos están inexorablemente unidos a la evolución temporal de la familia, si bien, la dirección de la empresa debe estrechamente vinculada con su profesionalización, para ello, será

necesario afrontar los ritmos de crecimiento de la empresa y las dificultades o momentos decisivos en la continuidad de la empresa, como el proceso sucesorio¹⁵⁴.

Por lo expuesto, en la empresa familiar se deberán definir claramente los órganos de gobierno, estableciendo las estructuras por la que se regirá la sociedad, teniendo claras las funciones y responsabilidades de cada órgano, su jerarquía, las formas de comunicación y de decisión, que serán necesarias para el correcto funcionamiento de la empresa y la interacción armónica de la familia.

3. Gobierno de la empresa familiar

Con la globalización y expansión internacional de las empresas se ha venido desarrollando una tendencia a establecer una serie de principios o reglas mínimas con validez internacional que deben cumplirse por cada sociedad para garantizar los intereses de los accionistas, transparencia y confianza del mercado, dotándolas así de una estructura y organización mínima, que sea una garantía de gestión y salvaguarda de los intereses de los relacionados con éstas (accionistas, proveedores, clientes, etc.).

Aunque este tipo de prácticas, denominadas Prácticas de Buen Gobierno Societario, son aplicables a las empresas cotizadas, también nos resultará de interés para extraer conclusiones en las sociedades familiares.

El gobierno corporativo es el sistema de dirección y control de las empresas que configuran la estructura del gobierno corporativo específico.

En España, fue redactado en 1998 bajo la presencia de D. Manuel Olivencia un documento denominado “El Gobierno de las Sociedades”, a fin de fomentar la transparencia de las empresas españolas. El documento constaba de dos partes principales, la primera, el Informe sobre el Consejo de Administración, con un análisis de su funcionamiento y los medios para mejorarlo y una segunda parte, denominada “Código de Buen Gobierno”, en la que se recogían en forma de recomendaciones de

¹⁵⁴ PÉREZ MOLINA, A.I., “El modelo de la empresa familiar: Los cuatro pilares fundamentales”, *3C Empresa. Investigación y pensamiento crítico*, Vol. 1, núm. 3, 2012.

adopción voluntaria, las medidas adecuadas para mejorar el sistema de gobierno de las sociedades, bajo modelo ideal de autorregulación racional¹⁵⁵.

Estas recomendaciones han sido elaboradas específicamente por el IEF para la empresa familiar mediante la Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares¹⁵⁶, que justifica la conveniencia de establecer las bases de un buen gobierno corporativo y familiar; con ello, se responde a la necesidad de que las dos realidades que conviven en la empresa familiar estén gestionadas por separado, empero, de manera coordinada.

En este sentido, considera QUINTANA¹⁵⁷ que ambos modelos organizativos se deben gestionar por separado, con una visión a largo plazo, en cuanto, la sociedad familiar se regirá por criterios emocionales con estructuras informales, si bien, con el paso del tiempo evolucionará “*hacia estructuras empresariales y familiares más formales, en las que las emociones van dejando paso a la objetividad en la toma de decisiones*”, siendo la principal causa de mortandad de las empresas familiares no adaptarse a tiempo a dicho cambio mediante la profesionalización de la empresa.

Por tanto, en la empresa familiar podrán existir dos estructuras organizativas, la societaria, compuesta por los órganos sociales regulados en la LSC y la familiar, integrada por órganos voluntarios establecidos en el protocolo familiar, como el Consejo de Familia, Asamblea Familiar y distintas comisiones o comités¹⁵⁸.

El gobierno corporativo, basándonos en el Informe Cadbury¹⁵⁹, es considerado “*el sistema por el que se dirigen y controlan las compañías*”. El informe surge como repulsa

¹⁵⁵ OLIVENCIA RUIZ, M, “Gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, núm. 10, pp. 49-62; disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/el_gobierno_corporativo_como_instrumento_al_servicio_del_accionista._cuadernos_de_derecho_para_ingenieros,_n_10._537.pdf; consultado el 9-10-2018.

¹⁵⁶ En este sentido, manifiesta que “*exige el establecimiento de una serie de principios, normas, órganos gestores y procedimientos que constituyen lo que tradicionalmente se conoce como buen gobierno corporativo y buen gobierno familiar*”, QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *Instituto de Empresa Familiar*, núm. 165, 2012; disponible en <https://www.aref.es/sites/default/files/archivos/guia-practica-para-el-buen-gobierno-de-las-empresas-familiares%5B1%5D.pdf>, consultado el 9-10-2018, p. 10.

¹⁵⁷ *Ídem*, p. 11

¹⁵⁸ VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Granada, Comares, 2014, p. 2.

¹⁵⁹ En 1991 se creó un Comité en el Reino Unido, compuesto por el Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y la Profesión contable, presidido por Sir Adrián Cadbury, que presentó un Código en

a escándalos financieros y recoge una serie de recomendaciones, recogidas en el *Code of best practice*, dirigido principalmente a las compañías cotizadas, si bien, resulta aplicable voluntariamente a otras sociedades que no tienen tal carácter.

La Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares¹⁶⁰ recoge de forma práctica los elementos de buen gobierno corporativo y familiar más significativos, con la siguiente propuesta:

- Gobierno Corporativo:

- La Junta General
- El Consejo de Administración o el órgano administrativo equivalente

- Gobierno Familiar:

- El Consejo de Familia
- La Asamblea Familiar

Los órganos de gobierno corporativo y familiar deben promover la participación de los accionistas en la toma de las decisiones esenciales de la sociedad, aunque se trate de socios minoritarios o que no pertenezcan a la familia.

4. Modelos de gobierno de la empresa familiar

Siguiendo a AYALA Y MANZANO¹⁶¹, la empresa familiar que desee vivir más allá de la etapa del fundador debe establecer al menos los órganos de gobierno que canalicen las situaciones de conflicto surgidas en la empresa, la familia o las derivadas de las relaciones entre empresa y familia.

El modelo de gobierno de la empresa familiar determinará su estructura, concurriendo la organización de gobierno corporativo y familiar. Sobre esta cuestión, la

1992 sobre los aspectos financieros del gobierno de las sociedades. En España ha sido publicado en el *Boletín del Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas*, núm.18, 1994, pp. 93-139.

¹⁶⁰ QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *op. cit.*

¹⁶¹ AYALA CALVO, J.C., MANZANO GARCIA, G., “Empresas familiares exitosas: órganos de gobierno y claridad del rol”, *op. cit.*

Guía para el buen gobierno de las empresas familiares¹⁶² considera que un modelo de gobierno de empresa familiar es eficiente cuando cada uno de tres sistemas concurrentes, familia, propiedad y empresa, tienen un papel y una participación claramente definida en el gobierno. Así, desde la perspectiva de la familia, la estructura organizativa será el Consejo de Familia y la Asamblea Familiar; desde el ámbito de la propiedad, será la Junta de Accionistas y desde la perspectiva de la empresa, la estructura gestora de la organización será la Dirección.

En definitiva, la clara definición de los órganos de gobierno de las sociedades familiares será vital para su adecuada gestión, debiendo determinarse los órganos más convenientes para la adecuada estructura de la empresa familiar. En todo caso, no se trata de modelos rígidos y predeterminados para cualquier empresa familiar, sino que, tendrán que adaptarse a la evolución de las dos realidades integradas en la misma y serán un elemento clave de coherencia y conexión entre ambas que, si se gestionan adecuadamente, será la principal vía de afrontar las situaciones de conflicto.

La importancia de las estructuras de gobierno para garantizar un funcionamiento adecuado del negocio familiar está reflejada en la mencionada Guía para el buen gobierno de las empresas familiares¹⁶³:

“Una definición clara del papel, los derechos y las responsabilidades de los empleados, propietarios y miembros de la familia.

Una clara separación de los ámbitos de tratamiento de las cuestiones y problemas específicos de cada grupo (asuntos relativos a la propiedad, a la familia y a la empresa), reduciendo de esta manera el impacto de tensiones o problemas de un grupo en el resto de los grupos.

La incorporación de la familia de una forma apropiada en el proceso de discusión y de decisión relativo a la empresa”.

¹⁶² GASCO, C., SEGURADO, J.L., QUINTANA, J., “Guía para el buen gobierno de las empresas familiares”, *Instituto de Empresa familiar*, núm. 128, 2005; disponible en <http://www.catedraempresafamiliarlaroja.com/sites/default/files/archivos/guia-buen-gobierno-en-la-empresa-familiar%5B1%5D.pdf>, consultado el 9-10-2018.

¹⁶³ *Ídem.*

Resulta evidente que la existencia de estructuras organizativas en la empresa familiar será fundamental para su desarrollo y, como hemos expuesto *supra*, como mecanismo de resolución de los conflictos. Para ello, dichas estructuras deben contar con personas cualificadas, con capacidad suficiente para afrontarlos y gestionarlos adecuadamente.

En consecuencia, en la empresa familiar se debe priorizar la prevención y adecuada capacitación de los integrantes de los órganos de gobierno, al ser la vía óptima de prevención, gestión y resolución de los conflictos que surjan en el devenir de la empresa y de la familia, así como, en la propia dinámica de la empresa familiar.

4.1. Órganos de Gobierno Corporativo

Centrándonos en la configuración del buen gobierno corporativo de la empresa familiar, seguiremos las pautas planteada por la Guía de buen gobierno en la empresa familiar¹⁶⁴, recogidas por algún sector doctrinal¹⁶⁵:

- a) Apoyo desde los órganos de gobierno de la familia y la empresa a la participación de los socios, aunque se trate de familiares minoritarios y accionistas no familiares.
- b) Creación de consejos de administración activos y adaptados a la empresa.
- c) Incorporar a los consejos de administración la figura del consejero independiente, como elemento canalizador de la opinión de aquellos accionistas que no participan en la gestión del negocio aportando, con ello, objetividad a decisiones claves de la empresa.
- d) Organizar el gobierno de la familia empresaria a través de órganos como la Asamblea familiar y/o el Consejo de familia y regular su actuación a través del protocolo familiar.
- e) Separar de forma clara las funciones que ejercen los órganos corporativos y los órganos familiares.

¹⁶⁴ GASCO, C., SEGURADO, J.L., QUINTANA J., “Guía para el buen gobierno de las empresas familiares”, *op. cit.*

¹⁶⁵ AROSA DE LA TORRE, B., MASEDA GARCÍA, A., ITURRALDE JAINAGA, T., “Familia empresaria y empresa familiar: estructuras de gobierno”, *Cátedra Empresa Familiar, Universidad del País Vasco*, 2008; disponible en https://www.ehu.es/documents/2819611/2882007/Familia_empresaria_y_empresa_familiar.pdf, consultado el 11-10-2018.

La LSC limitando su regulación a las sociedades de capital ¹⁶⁶, determina los órganos societarios que deben existir en una sociedad capitalista, diferenciando los órganos de administración y la Junta General y, asimismo, establece la posibilidad de crear comisiones y órganos delegados y directivos designados por el Consejo de Administración ¹⁶⁷, siempre que los estatutos no lo hayan prohibido. Igualmente, los estatutos podrán regular cualquier otro órgano colegiado, como indica VELAYOS ¹⁶⁸ pudiendo crearse órganos complementarios a los establecidos por la LSC.

En consecuencia, en los estatutos se concretarán los órganos societarios a los que se confían la administración, eligiendo entre un administrador único, varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente o un Consejo de Administración. La elección de dicha estructura le corresponderá a la Junta General ¹⁶⁹. Por tanto, los estatutos serán un documento de vital importancia en cualquier sociedad para determinar los órganos del gobierno de la empresa y su funcionamiento.

Asimismo, los estatutos podrán establecer la creación de Comités Consultivos, como señala el artículo 185.3 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en adelante, RRM, debiendo establecerse *“la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo, así como su específica denominación en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término familiar”*.

Dedicaremos los epígrafes siguientes a efectuar un somero análisis de los órganos societarios de la empresa familiar, partiendo de los órganos de gobierno corporativo, para posteriormente, considerar los órganos *ad hoc* que pueden ser establecidos para el gobierno familiar de la sociedad.

¹⁶⁶ Las sociedades de capital establecidas en el artículo 1 de la LSC son la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

¹⁶⁷ Artículo 249 LSC entre otros establece la posibilidad de crear comisiones y órganos delegados, cuando los estatutos no dispusieran lo contrario, con las limitaciones establecidas en cuanto a las competencias indelegables reguladas en el artículo 249 bis.

En el artículo 233 de la LSC se establece que *“Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación”*.

¹⁶⁸ VELAYOS LLUIS, C., *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, op. cit., pp. 54-55.

¹⁶⁹ Artículo 185 del RRM.

Inicialmente, nos centraremos en la Junta General y el Consejo de Administración, analizando únicamente los aspectos de dichos órganos que consideramos de interés a los efectos del presente trabajo, teniendo en cuenta que la mayoría de las sociedades familiares adoptan la forma de SL o SA.

4.1.1. La Junta General

La Junta General es el órgano supremo de gobierno y administración de la sociedad, en el que están representados todos los socios de la empresa, que deciden sobre las cuestiones propias de su competencia por mayoría legal o estatutariamente establecida¹⁷⁰. Las competencias de la Junta General se encuentran determinadas en el artículo 160 de la LSC¹⁷¹, pudiendo atribuirle los estatutos u otros preceptos legales otras competencias adicionales.

En la empresa familiar, la Junta General cobrará especial protagonismo, así los propietarios, en su mayoría familiares, que tendrán la facultad de decidir sobre cuestiones trascendentales para la sociedad familiar, como la aprobación de las cuentas anuales, el reparto de dividendos, la modificación de los estatutos sociales, la fusión con otras empresas o la aprobación o reprobación del equipo directivo¹⁷². En este punto, resulta destacable la competencia atribuida a la Junta General en asuntos de gestión por el artículo 161 de la LSC, al establecer que: “*salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de*

¹⁷⁰ Artículo 159 de la LSC.

¹⁷¹ Estableciendo el citado artículo que será que establece que será el órgano para deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

“1º.- *La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.*
2º.- *El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.*

3º.- *La modificación de los estatutos sociales.*

4º.- *El aumento y la reducción del capital social.*

5º.- *La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.*

6º.- *La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.*

7º.- *La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.*

8º.- *La disolución de la sociedad.*

9º.- *La aprobación del balance final de liquidación.*

10º.- *Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos”.*

¹⁷² QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *op. cit.*, p. 16.

administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234”.

Asimismo, en la empresa familiar la celebración de la Junta General integrada por los socios en su totalidad o mayoritariamente familiares tendrá especial calado para controlar la marcha de la sociedad familiar y la gestión del órgano de administración.

En cuanto a su convocatoria, la Junta General podrá ser ordinaria o extraordinaria¹⁷³, conforme establece el artículo 163 de la LSC. La junta ordinaria se deberá celebrar necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, tras ser debidamente convocada para decidir sobre la aprobación de la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado¹⁷⁴. La junta extraordinaria será por exclusión, la que no tenga la consideración anterior¹⁷⁵.

Asimismo, la Junta General podrá ser universal, en caso de no esté sometida a los requisitos de previa convocatoria y ni a un orden del día preestablecido. De esta forma, los socios podrán tratar cualquier asunto, siempre que estén presente o representados su totalidad y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión que puede tener lugar en el territorio nacional o extranjero¹⁷⁶. En este sentido, se considera válida la aceptación tácita, en caso de que ningún asistente manifieste su oposición¹⁷⁷.

La asistencia y voto en la Junta es uno de los derechos reconocido a los socios en el artículo 93.c de la LSC¹⁷⁸, si bien, en las SA este derecho podrá ser limitado por los estatutos, estableciendo un número mínimo de acciones para poder asistir a la Junta General¹⁷⁹ y, en las SL, cada participación puede representar un derecho de voto, salvo disposición contraria de los estatutos¹⁸⁰. En estas sociedades, se podrá desequilibrar la

¹⁷³ Artículo 159 LSC.

¹⁷⁴ Artículo 164 LSC.

¹⁷⁵ Artículo 165 LSC.

¹⁷⁶ Artículo 178 LSC.

¹⁷⁷ BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2008, p. 37.

¹⁷⁸ El mencionado artículo dispone que: “En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

¹⁷⁹ Artículo 179.2 LSC.

¹⁸⁰ Artículo 188 referente al derecho al voto establece que:

proporción entre valor nominal del capital y derecho de voto mediante el voto plural, es decir, la creación de participaciones que concentren múltiples derechos de voto, resultando superiores dichos derechos a los que les corresponderían, de conformidad con su peso económico en el capital¹⁸¹.

Esta cuestión no es baladí en la empresa familiar, al poder limitarse estatutariamente el acceso y voto en la Junta a los socios familiares minoritarios, lo que implicará la necesidad de mantener cohesión entre los integrantes de las diferentes ramas familiares, para así poder participar en la toma de decisiones de la sociedad familiar.

En este sentido, la posibilidad de limitación del derecho al voto tendrá especial trascendencia en la empresa familiar. Como indica VALMAÑA¹⁸² *“esta limitación de derechos de voto puede servir para que la adopción de decisiones en la Junta General no quede sometida estrictamente al deseo de accionistas de control, obligando por tanto a que deban éstos el consenso con otros titulares del capital, con menor peso económico en el mismo, para conseguir adoptar dichas decisiones”*.

En definitiva, señala ARBESU¹⁸³ que la Junta de Accionistas es la reunión que en el ámbito de la empresa familiar realiza la familia propietaria. Debido a su carácter soberano tiene repercusión en el poder efectivo de la empresa familiar que será ejercido por quienes dispongan de la mayoría de los votos. A medida que la empresa familiar evoluciona, la propiedad y el control de la empresa se transmiten de generación en generación, así:

- En la primera etapa o etapa fundacional de la empresa familiar, los accionistas serán los fundadores, por tanto, se producirá una confusión natural entre la gestión y

“1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto.

2. En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto.

3. En la sociedad anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, sin perjuicio de la aplicación a las sociedades cotizadas de lo establecido en el artículo 527”.

¹⁸¹ BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, op. cit., p. 170.

¹⁸² VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, op. cit., p. 177.

¹⁸³ ARBESU RIERA, C., *El Consejo de Familia y su función de gobierno en la empresa*, Navarra, Eunsa, 2017, p. 106.

propiedad de la empresa, al confluir en una misma persona el poder y la propiedad, que derivará en la escasa relevancia de la Junta en el gobierno corporativo.

- En la segunda etapa o etapa de sociedad de hermanos, la Junta General suele estar conformada por hermanos mayores de edad y sus progenitores. En estas situaciones, no suele generarse una excesiva operatividad funcional de la Junta, al recaer ya el peso de las decisiones en los hijos y trasladarse el lugar de debate al Consejo de Administración y a los Comités de Gestión.

- En la tercera etapa o etapa de consorcio de primos, ya se han de conjugar intereses personales muy distintos de los socios, ante el aumento de socios familiares pertenecientes a ramas familiares que tienen intereses diversos. En esta situación, la Junta General cobrará pleno significado, debiendo ser gestionada con criterios de buen gobierno para evitar conflictos.

En definitiva, en la empresa familiar será fundamental una delimitación entre propiedad y gestión de la empresa. Como se ha expuesto *supra*, en las etapas iniciales de la empresa familiar suele haber una confusión entre gestión y propiedad, de forma que, los familiares propietarios participan activamente en el gobierno de la empresa familiar. Si bien, en las siguientes etapas, el grupo de familiares es mucho más numeroso y ya no es tan fuerte el vínculo emocional de la familia con la empresa, pudiendo existir socios familiares pasivos que, aunque no participan activamente en la empresa familiar, conservan su participación para transmitirla a sus hijos¹⁸⁴.

Por lo expuesto, en la empresa familiar cobrará especial importancia la Junta General en la medida que evolucione la familia y la empresa. Para preservar el proyecto familiar garantizando la continuidad de la empresa familiar y el control por el grupo familiar serán necesarias una serie de premisas, por una parte, que se respete la delimitación entre propiedad y gestión y, por otra, que los socios confíen en el órgano de gestión.

De igual manera, la Junta General será la vía para vincular a la empresa familiar a aquellos accionistas que estén alejados de la gestión y dirección de la empresa, para

¹⁸⁴ AYALA CALVO, J.C., MANZANO GARCIA, G., “Empresas familiares exitosas: órganos de gobierno y claridad del rol”, *op. cit.*, p. 70.

ello, deberán de disponer de información suficiente sobre la situación económica de la empresa, su gestión y proyección¹⁸⁵.

4.1.2. El Órgano de Administración

Es el órgano de ejecutivo de la sociedad que tiene la facultad de gestionar y representar a la sociedad¹⁸⁶. La gestión empresarial es de vital importancia en cualquier sociedad al comprender la realización de todos los actos necesarios para la consecución del objeto y fin social¹⁸⁷.

Por lo que respecta al modo de organizar la administración, el art. 210 LSC establece que los estatutos sociales podrán prever diversos modos de organizar la administración, pudiendo la Junta General optar por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificar estatutos. Así, en la SA se podrá designar a un administrador único o confiar la administración a dos representantes que actuarán mancomunadamente y cuando se confíe a más de dos, se constituirán en Consejo de Administración. Si bien, en la SL se podrá nombrar un administrador único, varios administradores que actuarán solidaria o mancomunadamente o un Consejo de Administración, que podrá estar integrado por un mínimo de tres y un máximo de doce administradores.

El Consejo de Administración asume así un papel fundamental para el buen gobierno de las sociedades, al ser el órgano encargado de adoptar las decisiones más importantes para el futuro de la empresa, gestionar algunos elementos de la comunicación corporativa y defender los intereses de los accionistas minoritarios¹⁸⁸.

Resulta incuestionable la relevancia del Consejo de Administración en todo tipo de empresa, empero, en la empresa familiar tendrá un carácter diferencial, en cuanto, junto con las funciones de gobierno propias de cada empresa, tiene encomendada la misión de interrelacionar la familia y empresa. A pesar de ello, suele encontrarse empresas familiares en las que no se respetan las competencias del Consejo de

¹⁸⁵ LANSBERG, I., “Relaciones entre propiedad y empresa familiar”, *Instituto de Empresa Familiar*, núm. 103, 1999.

¹⁸⁶ Artículo 209 LSC.

¹⁸⁷ VELAYOS LLUIS, C., *los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁸⁸ QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *op. cit.* p. 12.

Administración y se producen intromisiones por la familia, que intenta controlar a los directivos y consejeros, que pasan a ser figuras virtuales sin funcionamiento práctico¹⁸⁹.

La elección de la forma más adecuada para organizar la sociedad familiar no podrá establecerse *a priori* y de forma estática, puesto que, dependerá del momento evolutivo en el que se encuentre la empresa familiar e indudablemente de las características específicas de ésta.

El Consejo de Administración no suele existir en la etapa fundacional de la empresa familiar. De hecho, se encuentra más justificada su configuración a partir de la segunda generación, en la que concurren varios hermanos en la administración, debiendo adoptar decisiones colegiadas. En la tercera etapa, existirá una mayor dispersión de la propiedad, por lo que, el Consejo de Administración estará más consolidado y será recomendable su adopción conforme a las prácticas del buen gobierno corporativo¹⁹⁰.

En efecto, los estudios que analizan la implantación de los Consejos de Administración en la empresa familiar concluyen que su existencia se hace más frecuente a medida que aumenta la antigüedad de la empresa, su volumen de negocio y el número de empleados, lo que evidencia la necesidad de diferenciar los procesos de gobierno y de dirección. Sobre esta cuestión, AMAT¹⁹¹ realiza un estudio que refleja que, en las empresas familiares de tamaño medio-grande, la implantación del Consejo de Administración alcanza el 75%.

En cuanto a la composición del órgano de administración, puede estar integrado por una persona física o por varias que actúen de forma conjunta, así como, por una persona jurídica¹⁹². Las personas nombradas no deben estar incursas en ninguna prohibición legal¹⁹³ y cumplir las condiciones que hayan establecido los estatutos. De

¹⁸⁹ *Ídem*.

¹⁹⁰ ARBESU RIERA, C., *El Consejo de Familia y su función de gobierno en la empresa*, op. cit, p. 106.

¹⁹¹ AMAT, J., *La continuidad en la empresa familiar*, op. cit.

¹⁹² Artículo 212 LSC.

¹⁹³ Artículo 213 LSC: “1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las

hecho, los estatutos podrán perfilar los requisitos de acceso al órgano de gestión, incorporando cláusulas que reflejen pactos establecidos en el protocolo familiar para el control de acceso a los órganos de administración, estableciendo requisitos como experiencia, formación, porcentaje de acciones necesarios para concurrir, etc.; de manera que, dichas cláusulas serán de exigible cumplimiento no sólo a socios, sino también, a terceros¹⁹⁴.

Como expone VELAYOS¹⁹⁵ “*para el buen funcionamiento de la Sociedad Familiar es de vital importancia que aquellas personas que accedan al cargo de administrador tengan una adecuada formación y ciertos años de experiencia tanto en la Sociedad Familiar como en otras sociedades*”.

En la empresa familiar deberá plantearse si el Consejo de Administración deberá estar integrado por personas ajenas a la familia. En favor de dicha integración, algunos autores consideran que será necesaria para que la estrategia planteada tenga garantía de éxito¹⁹⁶.

Por tanto, consideramos conveniente el apoyo de gestores externos en el Consejo de Administración, que aporten conocimiento y experiencia en la toma de decisiones de cuestiones estrictamente empresariales, dejando al Consejo de Familia el tratamiento de asuntos empresariales con connotaciones familiares¹⁹⁷.

Adicionalmente, la empresa familiar podrá contar con órganos potestativos como el Comité Consultivo que pueden definirse como “*verdaderos órganos estatutarios autónomos, distintos de la junta general y del consejo de administración pudiendo estar integrados, por ejemplo, por vocales independientes no miembros del consejo de administración*”¹⁹⁸. Por tanto, que los estatutos establezcan la creación de estos comités

actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal”.

¹⁹⁴ GALVEZ GORRIZ, C., “Propiedad y gobierno: la empresa familia”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 50, 2002, pp. 158-181; disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=715534>, consultado 20-01-2019.

¹⁹⁵ VELAYOS LLUIS, C., *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, op. cit., p. 201.

¹⁹⁶ SHARMA, P., CHRISMAN, J.J., CHUA, J.H., “Strategic management of the family business: Past research and future challenges”, *Family Business Review*, núm.10, 1997, pp. 1-35.

¹⁹⁷ RAMIREZ PASCUAL, B., *Desafíos de la empresa familiar: La fina línea entre el éxito y la destrucción*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 222.

¹⁹⁸ VELAYOS LLUÍS, C., *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, op. cit., p 78.

puede ser muy recomendable para contar con asesores externos que apoyen a los órganos societarios y estén orientados a proteger los intereses sociales ¹⁹⁹.

En consecuencia, en la empresa familiar es conveniente que los órganos societarios necesarios sean complementarios con una estructura *ad hoc* de órganos familiares, que atiendan la especialidad de la sociedad familiar y respondan específicamente a su peculiar problemática. Así, se puede constituir el Consejo de Familia, la Asamblea Familiar o las distintas comisiones, órganos que aumentan cuando la empresa y/o la familia adquiere una mayor complejidad organizativa²⁰⁰.

La confluencia en la sociedad familiar de los órganos societarios y familiares da lugar a estructura equivalente que debe estar previamente definida para evitar interrelaciones e influencias. En este sentido, serán los estatutos sociales complementados por el protocolo familiar, la vía que permitirá a la familia empresaria establecer la estructura que considere más adaptada a la sociedad familiar.

4.2. Órganos de Gobierno Familiar

Los órganos familiares a diferencia de los órganos de gobierno societarios no se encuentran regulados, dependiendo su creación y funcionamiento de que se haya acordado su implantación en el protocolo familiar y en los estatutos sociales.

Su implementación se planteará principalmente en empresas familiares que se encuentran en segunda o tercera generación, en las que se hace conveniente reforzar la organización de la sociedad con órganos familiares y lograr una relación equilibrada entre la familia y la empresa.

El protocolo familiar será el punto de partida para regular los órganos de gobierno familiar como son la Asamblea Familiar, el Consejo de Familia y los distintos comités. Los órganos *ad hoc* en la empresa familiar no se encuentran regulados legalmente, por lo que, existirá absoluta libertad de los firmantes del protocolo familiar para configurar los

¹⁹⁹ DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁰ CARRASCO, A. J., SABATER, R.: “Gobierno y organización de la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Madrid, Thomson Reuters, 2009, p. 158.

órganos específicos que consideren convenientes, cuya creación es considerada como un síntoma de madurez de la empresa familiar²⁰¹.

El gobierno familiar es el sistema de relación entre los miembros de la familia que tienen el control político y la gestión de la empresa familiar. Generalmente, la relación entre familia y empresa en sus etapas iniciales suele desarrollarse de forma informal y a medida que la empresa va alcanzando un mayor volumen y desarrollo, es necesaria la institucionalización de los órganos familiares para alcanzar los siguientes objetivos²⁰²:

- *“Definir y materializar la misión que desde el punto de vista de la familia tiene la empresa.*
- *Diseñar una adecuada planificación patrimonial, que compatibilice las necesidades financieras de la familia con las de la empresa.*
- *Preservar los valores y la cultura de la familia emprendedora.*
- *Evitar conflictos familiares o, en caso de no lograrse este ayudar a solucionarlos y evitar que se trasladen a la empresa”.*

Siguiendo VELAYOS²⁰³ en las sociedades familiares la existencia de los órganos familiares se justifica en las siguientes razones: a) serán decisivos para que los familiares tomen conciencia de los derechos y responsabilidades que suponen la propiedad y la dirección de la empresa familiar; b) delimitarán la familia y la empresa, en cuanto, permitirán que se expresen los familiares que no trabajen en la empresa familiar o no formen parte del grupo de propietarios; c) serán el foro apropiado para que la familia pueda tratar los temas relativos a su relación con la empresa; d) proporcionan una estructura para ayudar a la familia a generar una visión de intercambio con la empresa.

En definitiva, en el gobierno de la empresa familiar se han de articular mecanismos que atiendan a los dos elementos confluyentes, empresa y familia. Los sistemas diseñados se deben articular para evitar duplicidad de órganos o interferencias

²⁰¹ TÀPIES LLORET, J., “De empresa familiar a familia empresaria”, *op. cit.*, pp. 18-25.

²⁰² QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *op. cit.*, p. 42.

²⁰³ VELAYOS LLUIS, C., *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, *op. cit.*, p. 81.

entre los mismos, evitando las injerencias de la familia empresaria, para evitar equipararla a un verdadero administrador de hecho²⁰⁴.

En este sentido, el objetivo principal del gobierno de la empresa familiar es “limitar y resolver los problemas ocasionados por el conflicto de intereses que surge entre los diferentes colectivos implicados directa o indirectamente en la actividad de la empresa”²⁰⁵.

4.2.1. La Asamblea Familiar

La Asamblea Familiar es un órgano de reunión de la familia, un foro familiar de comunicación para evitar conflictos que puedan surgir entre el accionariado de la sociedad familiar, que cobrará especial relevancia a medida que la empresa esté integrada por más familiares que representen diversas ramas²⁰⁶.

Sobre esta cuestión, señala CUCURULL²⁰⁷ que la Asamblea Familiar estará integrada por los miembros familiares que representan las distintas generaciones y ramas familiares con intereses empresariales distintos.

Se trata de un órgano de carácter deliberante que se reúne de manera periódica, al que pueden acceder todos los miembros de la familia²⁰⁸.

El objetivo de la Asamblea Familiar es fomentar la unión, el compromiso y la concordia entre los miembros de la familia, así como, detectar los conflictos que puedan afectar a la sociedad familiar. En consecuencia, sus funciones son consultivas y no vinculan ni a los órganos de gobierno, ni a la gestión de la sociedad²⁰⁹.

²⁰⁴ LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, Comares, 2003, p. 97.

²⁰⁵ MOLINA MANCHÓN, H., RIENDA GARCÍA, L., “Órganos de gobierno de la empresa familiar (I)”, en CORONA RAMON, J. (Ed.), *Manual de la empresa familiar*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005, pp. 230-231.

²⁰⁶ GALVEZ GORRIZ, C., “Propiedad y gobierno: la empresa familia”, *op. cit.*, p.175.

²⁰⁷ CUCURULL POBLET, T., *El protocolo familiar mortis causa*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 87.

²⁰⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 6, *op. cit.*, p. 51.

²⁰⁹ CUCURULL POBLET, T., *El protocolo familiar mortis causa*, *op. cit.*, 77.

Entre las tareas más importantes de la Asamblea Familiar destaca GALVE²¹⁰ que se encuentran “*elegir a los miembros del consejo familiar y la constituir el foro en el que se definan los principios, valores y objetivos de la familia en relación con la empresa*”, permitiendo tratar sin tensiones los diversos puntos de vista y detectar los problemas que puedan surgir en la familia y que tengan repercusión en la empresa.

En definitiva, la Asamblea Familiar será un foro de diálogo y comunicación en el que todos los integrantes de la familia, en la que podrán exponer sus diversos puntos de vista y ser informados de la marcha de la empresa. Será un órgano de fomento del diálogo y comunicación entre los integrantes de la familia que podrá evitar conflictos o detectar los que surjan.

Por todo ello, consideramos relevante la existencia de la Asamblea Familiar como mecanismo de funcionamiento de la familia empresaria y de regulación de sus relaciones con la empresa²¹¹.

4.2.2. Consejo de Familia

El Consejo de Familia es un órgano de estructura de gobierno familiar que sirve de nexo entre la familia y la empresa y tiene como función principal favorecer su coordinación. En este sentido, TAPIES²¹² considera que el Consejo de Familia es el principal órgano de las familias empresarias y su función debe ser de punto de encuentro para tratar las cuestiones que afectan a la familia exclusivamente y las que pueden trascender a la empresa. Como objetivos principales de este órgano familiar destaca la transmisión de valores de la familia, preservar la unidad familiar y potenciar el compromiso de la familia con el proyecto empresarial.

El Consejo de Familia es definido por QUIJANO²¹³ como una “*instancia orgánica, de actuación más continuada y ejecutiva, con funciones de coordinación, convocatoria y propuesta, adopción de decisiones en caso de urgencia, atribuciones delegadas para representar al conjunto, resolver conflictos, interpretar el protocolo, etc.*”.

²¹⁰ GALVEZ GÓRRIZ, C., “Propiedad y gobierno: la empresa familiar”, *op. cit.*, p.174.

²¹¹ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., AMAT I SALAS, J.M., *Los secretos de las empresas familiares centenarias*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2003, p. 211.

²¹² TÀPIES LLORET, J., *Familia empresaria*, Madrid, LID, 2011, pp. 187-188.

²¹³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 52.

En referencia a su integración, el Consejo de Familia deberá contar con una composición familiar que sea representativa del capital social, de forma similar a la representación del capital en la Junta General. De esta manera, sus decisiones cobrarán efectividad cuando sean llevadas a la Junta General, al contar con su aprobación²¹⁴.

La naturaleza del Consejo de Familia es compleja y deriva de su doble funcionalidad, al estar integrada, por un lado, en la familia y, por otro, en la empresa. Los miembros de la familia actúan con libertad, pero la organización empresarial es jerárquica y los miembros de la familia empresarial han de aceptar y asumir el proyecto empresarial, así como, los roles que el gobierno implica, aceptando un marco legal que otorga derechos y deberes. Por ello, en la relación con la familia debe primar la información, la comunicación y el diálogo, teniendo tanto una naturaleza comunicativa o deliberativa, como una naturaleza gubernativa y de adopción de decisiones²¹⁵.

Su naturaleza puede explicarse con las siguientes notas²¹⁶:

“*Familiaridad*” del órgano. Es un órgano familiar de libre configuración, que no está determinado legalmente. Por tanto, no se integrará en la estructura de gobierno de la empresa, configurándose más como un órgano de información, deliberación y diálogo, aceptado libremente por los miembros de la familia.

“*Formalidad y legitimidad*”. El Consejo de Familia no se configura como una mera reunión familiar, sino que, se trata de una estructura formal aceptada por la familia. Para ello, debe estar determinada previamente su composición, el modo de reunión, deliberación y tener atribuidas unas funciones, así como, el compromiso de aceptación de sus decisiones.

“*Autoridad*”. Se trata de un órgano que no tiene un poder coactivo sobre los miembros de la familia y que actúa en un marco moral, de forma que, la autoridad de que dispone se la concede por la familia.

“*Dinamicidad o plasticidad*”. El Consejo de Familia es un órgano en constante evolución que no tiene una estructura previamente definida, sino que, se adaptará y

²¹⁴ RAMIREZ PASCUAL, B., *Desafíos de la empresa familiar: La fina línea entre el éxito y la destrucción*, op. cit, pp. 229-230.

²¹⁵ ARBESU RIERA, C., *El Consejo de Familia y su función de gobierno en la empresa*, op. cit, p. 74.

²¹⁶ *Ídem*, pp. 74 y 75.

evolucionará por las circunstancias de la familia y de la empresa, al configurarse como un órgano intermedio y de enlace.

Este carácter dinámico deriva en una especial vulnerabilidad de estos órganos, al encontrarse directamente afectados por el momento evolutivo en el que se encuentre la familia y la empresa, implicando este contexto un mayor grado de implicación, atribución de funciones, composición, etc.

- “*Continuidad*”. El Consejo de Familia se configura como una estructura continua, reflejo de la voluntad de estabilidad de la familia frente al proyecto empresarial familiar.

La naturaleza dual del Consejo Familiar determinará que, para que sea funcional, deben estar preestablecidas y aceptadas por la familia sus competencias y tener diseñado un sistema de relación con la familia y con los órganos de gobierno con autoridad en la empresa.

Por tanto, el Consejo de Familia, para que sea un órgano integrado en la empresa familiar, debe estar previamente regulado de forma detallada en los estatutos sociales. Sobre esta cuestión, señala la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, en adelante DGRN, de 4 de mayo de 2005²¹⁷, al referirse al Consejo de Familia que “*en todo caso, la incorporación de tales órganos a la estructura de la sociedad requiere la adecuada regulación de su composición, nombramiento, funciones, etc... y todo ello dentro del margen que aquella norma legal permite, el respeto a las Leyes y a los principios configuradores del tipo social. Pero una previsión estatutaria referida simplemente a la posibilidad de su existencia, totalmente indeterminada en cuanto a esos elementos básicos, tan sólo contribuiría a crear confusión*”.

En definitiva, la configuración del Consejo de Familia en la empresa familiar será de vital importancia para preservar su continuidad, en cuanto, reforzará la unidad de la familia ante su compromiso con el negocio familiar. En este sentido, la Guía práctica del buen gobierno en la empresa familia²¹⁸ establece que, en las empresas de propiedad

²¹⁷ BOE núm. 160, de 6 de julio de 2005.

²¹⁸ QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *op. cit.*

familiar, la familia necesita velar por los sentimientos de confianza y pertenencia de sus miembros, en relación con la propia familia y, a la vez, desarrollar un sentido de orientación y trabajo en equipo.

Asimismo, se indica en la referida Guía²¹⁹ que la premisa fundamental del funcionamiento del Consejo de Familia es la concurrencia de consenso. Así, se podrán establecer y difundir el conjunto de valores que constituyen la esencia de la familia. También, se ha de velar por el sentimiento de pertenencia al grupo y cumplir el principio fundamental de no injerencia de la familia en la gestión empresarial. La principal ventaja de disponer de un ámbito separado para dirimir las cuestiones familiares de las empresariales será evitar la intromisión de la familia en las funciones y decisiones del Consejo de Administración y de la dirección de la empresa.

En resumen, los Consejos de Familia son especialmente importantes en las empresas familiares al ser operativos para reforzar el compromiso de la familia con la empresa e impedir que surjan conflictos que puedan desestabilizarlas. Para ello, será decisivo que las competencias del Consejo de Familia estén bien definidas y previamente aceptadas por la familia y que actúe como vehículo de información y relación con el órgano de dirección, evitando suplantarlo o interferir en sus competencias.

A pesar de la importancia de este órgano en la empresa familiar, el estudio realizado por la red de Cátedras del IEF indica que únicamente el 25,9 % de las empresas de la muestra disponen de un Consejo de Familia, con una presencia algo superior en las empresas de segunda y tercera generación. Destaca entre las funciones que suele cumplir este órgano son: servir de vínculo entre familia, Consejo de Administración y dirección de la empresa (89'7%), elaborar el protocolo de familia (88'9%) y organizar actividades y celebraciones de la familia (85'2%)²²⁰.

4.2.3. Los Comités Familiares

Los Comités Familiares son pequeños grupos de trabajo creados de ordinario por el Consejo de Familia, que tienen por finalidad algún encargo específico o una concreta

²¹⁹ *Ídem.*

²²⁰ CABRERA, K., SANTANA, D., "Órganos de gobierno de las empresas familiares", en INSTITUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR, *Órganos de gobierno y creación de valor en la empresa familiar*, Proyecto de Investigación, Editorial Pricewaterhousecoopers, 2002.

tarea encomendada²²¹. De esta manera, el Consejo de Familia puede organizarse en distintas comisiones o comités de trabajo para tratar un tema de forma más específica²²². Dichos comités se caracterizan por:

- Ser creados por el Consejo de Familia con una función concreta, que puede ser temporal en cuanto a su cometido o tener un carácter permanente.
- No tiene funciones propias de gobierno, al ser órganos delegados, nombrados por el Consejo de Familia, con concreción de sus funciones. Por tanto, han de acudir al Consejo de Familia para ratificar o confirmar sus acuerdos.
- Cumplen una función auxiliar de gobierno, son un medio o vehículo inapreciable para promover la participación de los miembros de la familia amplia, así como para poner a prueba sus condiciones de trabajo en equipo y liderazgo.

Dentro del Consejo de Familia pueden ser creados muy diferentes tipos de comités, en base a la función asignada y competencias atribuidas a los mismos, pudiendo relacionar a modo ilustrativo los siguientes²²³:

- El Comité de Gestión Patrimonial es una comisión de tipo ejecutivo con funciones relacionadas con el estudio y elección de la estructura societaria más conveniente para la empresa familiar, el modelo organizativo y de dirección a seguir, la estructura fiscal apropiada (holdings, grupo consolidable) e, incluso, el estudio de las condiciones de la posible venta de la empresa familiar o de los cambios estratégicos de actividad y apertura a nuevos mercados y oportunidades.
- El Comité de Liquidez que funcionará como organismo independiente dentro de la estructura de la empresa familiar para efectuar las peticiones de liquidez realizadas por los socios familiares y podrá asesorar al Consejo de Familia sobre los fondos de la empresa.
- El Comité de Formación y Selección se preocupa principalmente de determinar la formación y requisitos de acceso que deben tener los miembros de la familia para acceder a la empresa. Para tenga efectividad dicho Comité deberán estar preestablecidos los requisitos de selección de los posibles candidatos familiares y ser aceptadas sus decisiones por la empresa familiar.

²²¹ ARBESU RIERA, C., *El Consejo de Familia y su función de gobierno en la empresa*, op. cit, p. 118.

²²² RAMIREZ PASCUAL, B., *Desafíos de la empresa familiar: La fina línea entre el éxito y la destrucción*, op. cit, pp. 231.

²²³ GIMENEZ SANCHEZ, J., “Riesgos y Eficiencia En La Empresa Familiar”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LVII – núm. 177, 2002, pp. 410-411.

- El Comité de Arbitraje o Mediación es un órgano específico que puede estar integrado por una o varias personas ajenas a la empresa, que pueden colaborar en la gestión y resolución de situaciones conflictivas en la empresa familiar, especialmente, las que surgen entre los miembros de la familia o que pueden afectar al cumplimiento y vigencia del protocolo familiar.

La actuación de este Comité en el ámbito arbitral, como acertadamente indica DOMÍNGUEZ²²⁴, tendría como función “*la de organizar el servicio extrajudicial, formar a los árbitros y promover dentro de la propia empresa la cultura arbitral en todos sus estamentos. De esta forma cada Corte Arbitral competente en estos temas dispondría de una Lista de árbitros, profesionales de reconocida solvencia en el marco societario. Habría que delimitar su perfil, competencias y atribuciones*”.

Ciertamente, el Comité de Arbitraje o Mediación puede ser eficaz junto a Consejo de Familia en la gestión y resolución de conflictos en la empresa familiar, de forma que, al estar integrado por personas ajenas a la empresa, que actúan con funciones de mediación y arbitraje, pueden fomentar con su intervención la cultura del arbitraje y la mediación en la empresa familiar.

Si bien, consideramos que para que pueda ser eficaz en la empresa familiar, el protocolo familiar ha de contemplar la obligatoriedad de todos los miembros de la familia de someterse a este órgano y aceptar sus resoluciones.

- Comité de Seguimiento del Protocolo Familiar, se crea con el objetivo de solventar problemas de interpretación del contenido del protocolo familiar o cuando se observa la necesidad de actualizar el mismo. Tiene como objetivo solventar los problemas interpretativos derivados de la aplicación del protocolo familiar y revisarlo, así como, explicar con carácter periódico a los miembros de la familia el contenido vigente del protocolo familiar²²⁵.

²²⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar”, *Documentos de Trabajo: Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2009.

²²⁵ CALAVIA MOLINERO, J., *Gobierno y administración de la empresa familiar*, Barcelona, Gráficas Rey, 2017, p. 47; disponible en http://raed.academy/wp-content/uploads/2017/05/Web_LibroCalavia58.pdf, último acceso 9-01-2020.

4.2.4. La Family Office

La *Family Office* es un órgano que se puede utilizar por la familia empresaria para gestionar patrimonialmente sus bienes y realizar inversiones, para diversificar sus riesgos e ingresos. Normalmente, se usa en empresas y grupos familiares de mediana y gran dimensión y engloba una estructura destinada a gestionar las inversiones patrimoniales y asuntos legales relacionados con éstas.

La función primordial de este órgano será de gestor del patrimonio familiar que no está invertido en el negocio empresarial, a fin de prestar un servicio financiero cualificado que puede englobar actividades de muy diverso ámbito, como el asesoramiento fiscal, el control de las inversiones. A la gestión de actividades de mecenazgo, actividades filantrópicas, canalizar la información financiera, etc.²²⁶.

Ciertamente, este órgano de apoyo al Consejo de Familia puede tener una actividad de gestión muy diversa, si bien, desde sus orígenes en EE.UU. se ha dimensionado como un órgano gestor patrimonial de grandes patrimonios familiares que, con estructura propia, los gestiona de forma profesionalizada. En este sentido, con su actuación, no sólo administra e invierte el patrimonio familiar, sino que, lo controla y diversifica, garantizando su adecuada inversión para optimizarlo y así planificar su traspaso a las siguientes generaciones.

Conforme a su estructura, la Oficina Familiar puede ser unifamiliar, dedicada a una sola familia o multifamiliar, caracterizada porque su estructura y equipo de gestión será compartido por varias familias.

A modo de conclusión, consideramos que en las empresas familiares en las que el patrimonio familiar sea elevado, la gestión profesionalizada e independiente del patrimonio de la empresa puede ser positiva y, de esta forma, evitar la confusión del patrimonio empresarial y familiar, que será una fuente generadora de conflictos. Adicionalmente, la gestión independiente del patrimonio familiar proporcionará una garantía a los socios familiares que se encuentren alejados de la gestión empresarial, así como, a los que tengan una posición minoritaria en la empresa familiar.

²²⁶ QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *op. cit.*

CAPÍTULO SEGUNDO. CONFLICTIVIDAD EN LA EMPRESA FAMILIAR: EL PROTOCOLO FAMILIAR

Como se ha puesto de manifiesto *supra*, las empresas familiares han alcanzado una gran importancia en la economía mundial. La colaboración de los familiares en la actividad profesional iniciada por los progenitores es algo asumido en el sentimiento de solidaridad familiar, que se ha venido desarrollando en nuestro país especialmente en sectores de economía agrícola. Asimismo, junto a estos sencillos negocios familiares, en el ámbito empresarial, se han ido constituyendo importantes organizaciones empresariales, cuya propiedad pertenece a un grupo familiar.

En la actualidad, en un marco de profesionalidad y fuerte competitividad en el mercado, la empresa familiar ha conseguido alcanzar un notable peso en la estabilidad económica y laboral de cualquier país. La figura de la empresa familiar nos ha servido de punto de partida para analizar los valores y sentimientos familiares que se convierten en un motor económico y le confieren un carácter diferencial.

Ahora bien, este cúmulo de bondades que confluyen en la empresa familiar, no nos pueden hacer pensar que estamos ante una figura idílica, en la que no se plantean conflictos. Por contra, en la empresa familiar surgirán conflictos en el día a día, como en cualquier otra sociedad, si bien, a los conflictos empresariales habrá que añadir los surgidos por un elemento adicional, la vinculación entre empresa y familia.

A nuestro juicio, los conflictos van a estar presentes en la empresa familiar como en cualquier otra entidad, empero, debido a la complejidad de esta organización, en la empresa familiar tendrán que enfrentarse de forma particular, al venir habitualmente derivados de la fricción entre el sistema familiar y empresarial.

Sobre esta cuestión, GALLO identifica las que denomina “*trampas de la empresa familiar*” basadas en la confusión entre la propiedad de la empresa familiar y la capacidad para dirigirla; la confusión de flujos económicos; la confluencia de lazos de afecto, propios de la familia, con los lazos contractuales, propios de la empresa y retrasar innecesariamente la sucesión. En efecto, la confusión del ámbito familiar y empresarial puede convertirse en una de las mayores debilidades de la empresa familiar, que

convendrá prevenir mediante la planificación de determinados mecanismos que deberán integrarse en la empresa para evitar dichas situaciones²²⁷.

Ante esta realidad, consideramos prioritario analizar los conflictos en la empresa familiar, como paso previo para proponer las medidas a adoptar para evitarlos o solventarlos de la manera menos gravosa posible. No podemos olvidar que el interés en solventar estas situaciones conflictivas no quedará reducido a la familia o a la empresa, sino que trascenderá a la sociedad.

Ciertamente, una de las principales causas de conflicto en las sociedades familiares es no reconocer que la familia y empresa son instituciones diferentes, con valores y principios distintos²²⁸. Por ello, consideramos necesario que se mantenga la autonomía entre los ámbitos concurrentes en la empresa familiar y en sus relaciones prevalezca un interés superior, la continuidad de la empresa familiar.

En este sentido, FERNÁNDEZ TRESGUERRES sostiene que la interacción de los elementos de la empresa familiar provoca una superposición de roles, tanto familiares como empresariales, que puede derivar en un deterioro de las relaciones familiares y afectar a la empresa familiar²²⁹.

En este escenario, el estudio del conflicto societario en las empresas de carácter familiar y sus soluciones es de gran importancia, no sólo para preservar las relaciones familiares y garantizar la continuidad empresarial, sino también, desde un ámbito más globalizado y económico, por la gran repercusión que tiene en nuestra economía este tipo de sociedades como generadoras de empleo y tributación.

Por todo ello, será necesario plantearnos la conflictividad en la empresa familiar desde una perspectiva preventiva, tratando de identificar los factores que incrementan la existencia del conflicto, para así ayudarnos a establecer los mecanismos necesarios para

²²⁷ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., *La empresa familiar*, Barcelona, Ediciones Folio, 1997, pp. 17-22.

²²⁸ CAMISON ZORNOZA, C., RIOS NAVARRO, A., *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 108-110.

²²⁹ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., "Esquema para la redacción de un protocolo familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 19, 2002, pp. 161-167.

evitarlos o gestionarlos. Con esta finalidad, abarcaremos el estudio del protocolo familiar y los documentos jurídicos que lo pueden complementar para evitar situaciones de riesgo que se pueden originar en el ámbito de Derecho de familia y afectar directamente a la sociedad familiar.

I. CONFLICTIVIDAD EN LA EMPRESA FAMILIAR

A priori, podríamos considerar que las empresas familiares tienen una mayor conflictividad que el resto de las sociedades, derivada de tensiones o situaciones de enfrentamiento. Sobre este punto, es muy gráfica la ya estudiada teoría de los dos círculos, que evidencia de forma clara los dos grandes núcleos que concurren en la empresa familiar, unidos por una zona de conexión o conflicto.

Hemos de señalar que la empresa familiar es un sistema complejo integrado por dos elementos que interactúan entre sí, cuyos componentes no son estancos, sino evolutivos, lo que generará una mayor interacción entre ellos. Cuando la familia empresarial se agranda, las interconexiones multilaterales constituyen una red relacional que hace que la familia empresaria sea un sistema complejo, aun cuando sus componentes y sus relaciones sean básicas y sencillas²³⁰.

En efecto, la familia inicialmente se configura a un nivel organizativo básico, claramente definido, con relaciones entre los componentes de un único nivel, pero de muy diverso ámbito, como son la relación matrimonial, paternofilial o fraternal; si bien, dicha estructura unitaria va adquiriendo complejidad cuando la familia evoluciona.

Las situaciones que pueden surgir en estas organizaciones familiares son difícilmente cuantificables y relacionables, porque entran dentro de la casuística y dinámica de cada sociedad familiar, empero, podríamos relacionar los contextos en los que habitualmente suele generarse el conflicto.

²³⁰ RODRÍGUEZ ALCAIDE, J.J., RODRÍGUEZ ZAPATERO, M., “La singularidad de la empresa familiar: conceptos básicos para llegar a entenderla”, *Universidad de Córdoba*, 2004, p.37; disponible en <http://www.catedraprasa.com/wp-content/uploads/2017/10/la-singularidad-empresa-familiar-definitivo.pdf>, consultado el 2-11-2018.

Por otra parte, los conflictos generados en la empresa familiar tienden a gestionarse y resolverse internamente, al pertenecer a la esfera privada e íntima de la familia y protegerse por la confidencialidad familiar. No obstante, cuando estos problemas exceden del ámbito familiar e irradian al ámbito empresarial, tendrán un carácter más trascendente, al encontrarse ya implicados otros intereses e inquietudes.

Por tanto, el tratamiento de los conflictos en la empresa familiar ha de ser prioritario para evitar los efectos que pueden derivar en ambas organizaciones, familiar y empresarial, bajo la amenaza de que, si no se usan los mecanismos adecuados, el enquistamiento del conflicto pueden afectar a la continuidad de la empresa y al mantenimiento de las relaciones familiares.

Para profundizar en esta cuestión, será trascendental identificar el conflicto y planificar su gestión o resolución. Por ende, analizar el conflicto será la mejor vía para implantar una política preventiva que ayude a evitar su aparición o, cuanto menos, proporcione los medios adecuados para gestionarlo adecuadamente, una vez surgido. Para ello, comenzaremos con la identificación genérica del conflicto para, *a posteriori*, centrarnos en la empresa familiar y analizar la tipología de los conflictos surgidos en su seno.

1. Consideraciones preliminares

Con carácter previo al tratamiento de los conflictos surgidos en la empresa familiar, analizaremos la existencia del conflicto como tal.

Siguiendo ALZATE²³¹, el conflicto es “*una situación en que dos o más individuos o grupos con intereses contrapuestos entran en confrontación, oposición o emprenden acciones mutuamente antagonistas, con el objetivo de neutralizar, dañar o eliminar a la parte rival, incluso cuando tal confrontación no sea física o sea solo de palabras, para lograr así la consecución de los objetivos que motivaron dicha confrontación*”.

²³¹ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 1998, p. 97.

De esta definición podemos extraer varios componentes necesarios del conflicto, por una parte, han de existir grupos de intereses contrapuestos que entran en confrontación y, por otra parte, la confrontación se ha de mantener para la consecución de sus objetivos.

Para comprender mejor el alcance y consecuencias del conflicto en el ámbito de la empresa familiar, es necesario realizar un análisis de los componentes del conflicto, que nos puede ayudar a desgranar los mecanismos más idóneos para gestionarlos.

En primer lugar, deben existir dos personas o núcleos de intereses enfrentados respecto a una cuestión. Si bien, el primer paso para que exista un conflicto es que los individuos implicados tengan tal percepción. No debe tratarse de un simple desencuentro o una disparidad momentánea, sino de una cuestión más trascendente por su entidad y prolongación temporal. Lo que resulta evidente es que el hecho de que las personas afectadas por un conflicto estén unidas por relaciones afectivas o familiares, llevará consigo un componente adicional al conflicto en sí.

Sobre esta cuestión, debemos considerar que la empresa familiar cobra complejidad con su evolución y, consiguientemente, las divergencias surgidas en su seno irán siendo más complicadas en la medida que la familia y la empresa tenga una estructura más evolucionada. Esta complejidad de las relaciones en la empresa familiar favorecerá la lucha de intereses entre núcleos en discordia.

En segundo lugar, hay que destacar que las causas del conflicto podrán ser visibles o subyacentes, si el motivo de fondo que lo desencadene difiere del conflicto visible.

En efecto, en la empresa familiar, como cuestión añadida, el aparente conflicto visible entre las partes no siempre coincide con la causa que los motiva, sino que, habitualmente, vendrá generado por unos motivos subyacentes, que no se solventará de la misma forma que el conflicto externo. Por ello, debemos entrar a valorar los métodos disciplinares de resolución de conflictos que atiendan a la raíz de los conflictos existentes entre las partes y ayuden a restablecer las relaciones familiares afectadas por el conflicto.

Por ello, delimitar las fuentes habituales de conflicto en la empresa familiar será relevante para diseñar los mecanismos preventivos, de gestión y resolución de conflictos que consideramos más idóneos en este ámbito.

Ciertamente, en la empresa familiar se derivarán problemas por la estrecha conexión de los elementos familiares y empresariales. Siguiendo a PÉREZ GIMÉNEZ²³² “*La empresa familiar plantea una intersección, no exenta de riesgos, de intereses personales, empresariales y familiares que se han de intentar compatibilizar previendo los posibles conflictos que puedan plantearse y adoptando medidas preventivas que eviten que aquéllos puedan surgir y condicionen la marcha de la empresa*”.

En este sentido, los conflictos y rivalidades familiares suelen estar presentes en la empresa familiar a lo largo de la vida empresarial, dependiendo el tipo de conflicto de la naturaleza de la relación afectada por éste. De esta forma, entre el fundador y su cónyuge, los conflictos vendrán motivados por la dedicación y recursos invertidos en la empresa; entre padres e hijos surgirán los conflictos por las diferencias de criterio, las desigualdades entre hermanos y los problemas sucesorios; entre hermanos, cuñados o primos se generarán por celos, poder, salario, distribución desigual de responsabilidades, etc.

Resultaría imposible detallar la extensa lista de sentimientos encontrados que se generan o acrecientan en la dinámica de la empresa familiar. Además, habrá que considerar que los conflictos surgidos en el ámbito de la empresa familiar no sólo pueden afectar a los familiares, sino también, a los profesionales o trabajadores que se integran en ésta.

Sobre esta cuestión, AMAT²³³ afirma que “*la existencia de conflictos, rivalidades y tensiones familiares es, efectivamente, uno de los principales problemas que afectan a la empresa familiar y que, incluso, pueden causar su desaparición*”.

Para realizar un análisis de las causas de conflicto en la empresa familiar se deberá considerar su peculiaridad, así como, los efectos que dichos conflictos pueden derivar en

²³² PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., “La mediación en el marco del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2010, pp. 997-1019.

²³³ AMAT SALAS, J. M., *La continuidad de la empresa familiar*, op. cit., p. 39.

la familia y la empresa; por ello, será relevante determinar las principales fuentes de conflicto que pueden alterar tanto la armonía familiar, como la continuidad de la empresa.

2. Fuentes de conflicto en la empresa familiar

Los conflictos surgidos en la empresa familiar derivarán de muy diversas situaciones de desacuerdo y enfrentamiento, si bien, trataremos de concretar los puntos clave en la generación de estos conflictos, para focalizarlos a fin de valorar sus vías de gestión.

Queda en total evidencia que la concreción específica de estos conflictos resulta de imposible casuística, al depender de las características específicas de cada empresa y familia. Frente a ello, trataremos de identificar tres fuentes generadoras de conflicto en la empresa familiar: los conflictos personales, los relacionados con la propiedad de la empresa y los relativos a su gestión²³⁴.

En primer lugar, los conflictos personales, que surgirán ante situaciones de disconformidad o desacuerdo generados por sentimientos diversos. Resulta evidente que en la relación familiar se crean importantes vínculos entre sus componentes, padres e hijos, hermanos, matrimonio, cuñados, etc.; así, se generan en estas relaciones tensiones que puede ser puntuales ante una situación concreta, o bien, venir generadas por sentimientos preexistentes como celos, rencillas o envidia.

En este escenario de conflictos en el ámbito familiar, resulta de gran dificultad conocer la motivación de fondo que los provoca, al no ser visible y obedecer a una relación afectiva existente. Empero, si a dichas relaciones personales unimos los vínculos profesionales, el surgimiento de cualquier divergencia representará un fuerte escollo tanto para la familia, como para la empresa, en cuanto afectará indudablemente a ambos ámbitos.

Por ello, no podemos olvidar que el conflicto surge de una relación personal afectiva y este origen será clave para determinar el método más idóneo para gestionarlo. De este modo, se deberá considerar el mecanismo que mejor atienda a la naturaleza de la

²³⁴ Para esta exposición se han seguido las causas de conflicto planteadas por ALONSO DAL MONTE, C., NARANJO HERNANDEZ, M.J., “Mediación en empresas familiares”, *op. cit.*

relación y tenga por finalidad eliminar la base del problema, reforzando la relación personal deteriorada por el conflicto.

En segundo lugar, en cuanto a los conflictos relacionados con la propiedad de la empresa familiar, los miembros de la familia que disponen de titularidad en la empresa sufrirán variaciones en el tiempo, derivadas de la evolución de la familia y la empresa. Estas situaciones podrán ser una fuente de tensiones por la entrada y salida de miembros y, más aún, cuando dichos movimientos no están planificados.

Para ahondar en dicha cuestión, analizaremos tanto la entrada de miembros de la familia en la empresa familiar, adquiriendo la condición de socio por herencia, donación, o transmisión de sus participaciones, etc.; como aquellas situaciones de salida del socio fundador, por fallecimiento o divorcio.

Finalmente, en relación con los conflictos relacionados con la gestión de la empresa familiar, examinaremos la confusión entre los subsistemas familia y empresa, que generan las siguientes situaciones²³⁵:

“Juegos de roles inadecuados dentro de la empresa familiar, de manera que, se introducen en la empresa los mismos patrones y actitudes que guían la vida familiar. Sobre todo en la primera generación, la estructura familiar se pretende reproducir en la estructura de la empresa familiar: la forma de ejercicio de la autoridad y del poder, la división sexual en la toma de decisiones y en las tareas, la manera de gestionar los conflictos o peleas, los mecanismos de comunicación.

Exceso de miembros de la familia dentro de la empresa, pues se asume, erradamente, que esta es solo un instrumento al servicio de las necesidades familiares. Se definen los cargos sin tener en cuenta los requerimientos empresariales y se vinculan personas por razones de parentesco sin tener el perfil requerido.

Decisiones emocionales y luchas de poder”.

²³⁵ RUIZ, RESTREPO, J., “El conflicto en las empresas familiares: Naturaleza, causas, tipologías y estrategias de solución”, 2015; disponible en: <http://www.ceipa.edu.co/lupa/index.php/lupa/article/view/74/142>, consultado el 15-01-2019.

Como factores generadores de situaciones críticas en la empresa familiar, podemos señalar, siguiendo la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar ²³⁶:

- Relaciones interfamiliares e intrafamiliares, en cuanto, el parentesco familiar entre propietarios y directivos incide en la toma de decisiones empresariales y puede dar lugar a determinadas perturbaciones en las relaciones entre familiares, entre los accionistas o los gestores con responsabilidades en la empresa.

- En referencia a los diferentes intereses de los accionistas, sean o no familiares. Esta situación puede generar indudables tensiones en la empresa, ante la falta de unidad de criterios sobre los objetivos empresariales, la planificación o gestión de la empresa. No difiriendo esta problemática de la que pueda darse en cualquier otra entidad societaria, en la que no concurra el carácter familiar.

- Dificultades de relación entre gestor y familia que pueden generar tensiones en la empresa, motivadas por la falta de comunicación, la diferencia de criterio, las interrelaciones de la familia en la gestión, etc.

Profundizando más en esta cuestión, la Guía de la pequeña y mediana empresa ²³⁷ señala las siguientes fuentes de conflictividad en la empresa familiar:

1) En materia de gestión, la confusión de la propiedad del capital con la capacidad profesional para dirigir la empresa.

De este modo, se colocan en puestos de responsabilidad directiva a personas no cualificadas. Por ende, en estas situaciones se suelen generar incoherencias retributivas entre familiares y no familiares.

Resulta incuestionable que el factor profesional es un elemento ineludible para la continuidad de toda empresa. En este sentido, cuando los procesos internos de una empresa no están bien definidos o se interpone el rol familiar al empresarial, la empresa familiar no está actuando de manera profesional.

²³⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar, op. cit.*

²³⁷ *Ídem*, p. 25.

Suele ser habitual que en la empresa familiar se decida la gestión empresarial en función de criterios subjetivos motivados por lazos familiares, a pesar de que esta situación puede ir en detrimento de la sociedad.

En suma, para adaptarse a las situaciones cambiantes del mercado, la empresa familiar deberá contar con los mejores profesionales, es decir, personas cualificadas, con formación necesaria, que, asimismo, perciban retribución adecuada a su formación y responsabilidades. Dichos profesionales pueden ser familiares o no familiares, siendo prioritario para la empresa que se trate de un profesional cualificado, independiente de su condición u origen.

En todo caso, no debe considerarse que los directivos familiares por su simple origen no cumplen con los cánones de acceso a la empresa familiar y que han sido elegidos simplemente por tradición familiar. Lo que resulta incuestionable es que los criterios de acceso y retribución deben estar previamente definidos²³⁸ y ser igualitarios entre familiares y externos, en caso contrario, se generarán confrontaciones por dichas desigualdades.

De este modo, elegir un directivo familiar tendrá una serie de ventajas e inconvenientes. Como puntos a favor de su incorporación en la empresa familiar, se pueden destacar los siguientes valores: mayor implicación con la empresa, lealtad, estímulo a los trabajadores, lucha por la continuidad de la empresa y una mayor estabilidad en el trabajo. Si bien, entre los aspectos negativos de su incorporación destacarían que los criterios de su elección hayan sido subjetivos, generando con ello desigualdades laborales y salariales respecto a los demás trabajadores no familiares.

Por ello, como trataremos *infra*, será más que conveniente la formalización del protocolo familiar, como documento objetivo en el que establezcan las normas de

²³⁸ La fijación de una adecuada retribución será una vía para evitar problemas de futuro, como señala BOQUERA “en las sociedades cerradas y/o familiares en la que un socio o un grupo de socios ostentan la condición de administradores, éstos actúan con frecuencia como “propietarios” de la sociedad y, sin tener en cuenta a los socios minoritarios, se atribuyen retribuciones que podemos denominar “atípicas”. Vid. BOQUERA MATERREDONA, J., “La dispensa de conflicto de interés a los administradores en sociedades cerradas otorgada por la Junta General”, en EMBID IRUJO, J. M., NIETO CAROL, U. (Dirs.), *Estudios de derecho de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 245 -278.

funcionamiento entre la familia y la empresa, como base de sus relaciones y, de esta manera, evitar situaciones que derivarán en conflicto.

2) Confusión de la empresa con el concepto de una gran familia.

Esta situación de conflicto está estrechamente ligada a la falta de delimitación entre los fondos que corresponden a la empresa y a la familia.

Verdaderamente, la confusión de los flujos económicos puede ser bidireccional, cuando se prioricen las retribuciones que reciben los miembros de la familia por vía directa e indirecta, sobre los propios criterios de planificación económica de la empresa. Asimismo, en la vertiente contraria, cuando para salvar la empresa, la familia arriesga su patrimonio personal. Esta situación, que *a priori* podía ser entendible, derivará en un grave riesgo económico para la familia, cuyo patrimonio se encontrará irremediabilmente vinculado a la marcha del negocio familiar y a sus vicisitudes.

En el marco de la empresa familiar es posible estudiar los conflictos desde muy diversas perspectivas. Centrándonos en las causas asociadas a la incorrecta separación de los subsistemas familia y empresa, siguiendo al profesor BELAUSTEGUIGOITA²³⁹, analizaremos *infra* algunos de los conflictos que limitan el desarrollo de las empresas familiares, planteando simultáneamente las respectivas soluciones.

A) *Nepotismo*

Solución: Contratación de profesionales capacitados

Este conflicto parte de una premisa de que las personas que trabajan en la empresa son su esencia, las que aportan valor a la organización. No podemos olvidar que, aunque haya un núcleo familiar, se trata de una empresa regida por criterios de eficiencia y productividad. En este sentido, son muchos los factores que puede influir en el éxito o fracaso de la consecución de los objetivos de una empresa, siendo uno de los

²³⁹ BELAUSTEGUIGOITA RIUS, I., "La Empresa Familiar: Problemas y Soluciones"; disponible en: <http://cedef.itam.mx/sites/default/files/u489/laempresafamiliarpoblemasysoluciones.pdf>, consultado el 11-01-2019.

fundamentales la capacidad profesional e idoneidad de las personas que integran dicha organización empresarial.

Sobre la cuestión expuesta, nos surge el planteamiento de cuáles son los criterios que deben primar en la elección del personal en la empresa familiar.

En este sentido, la empresa familiar como cualquier entidad empresarial, ha tenido que adaptarse de forma vertiginosa a la realidad de un mercado globalizado y digitalizado, en el que las fronteras de expansión han perdido entidad y se ha dibujado un plano virtual de mercado. Con independencia de su ámbito productivo, la empresa familiar tiene que gestionarse hoy en día de forma más dinámica y efectiva que hace unas décadas, respondiendo a tiempo real a un mercado exigente y competitivo. Por todo ello, resulta evidente que la empresa familiar debe estar nutrida de profesionales adaptados a ese ritmo de adaptación y disponer de una formación multidisciplinar y polivalente.

Por otra parte, no suele ser ya habitual que las generaciones jóvenes no hayan recibido una formación académica y profesional, orientada a trabajar en la empresa familiar y así preservar su legado.

Ciertamente, la empresa familiar debe contar con los profesionales más cualificados, de la procedencia que sean; lo valorable no es su origen, sino la capacitación y profesionalidad de su personal.

En definitiva, en la empresa familiar la solución para evitar estos conflictos será la búsqueda del equilibrio y la objetividad necesaria en la toma de decisiones. Para ello, será clave dotarla de órganos de gobierno integrados por los mejores profesionales, diseñando la estructura de gestión y los mecanismos de relación entre la familia y la empresa.

B) *Confusión entre Empresa y Familia*

Solución: Correcta separación de Empresa y Familia

Este conflicto parte de los dos núcleos existentes en la empresa familiar, empresa y familia, representados gráficamente en el sistema de los dos círculos, con una zona de fricción o conflicto generada por la unión de los dos círculos. Así, en la medida que dichos

círculos se separen, esta zona de intersección será menor, lo que determinará que se generen menos conflictos.

Por ello, la solución propuesta será el correcto tratamiento de ambos subsistemas, fomentando su separación, de forma que, la empresa se gestione por criterios puramente empresariales y la familia actúe de forma independiente a la empresa.

No obstante, solía ser habitual en la empresa familiar que el padre, fundador de la empresa, ocupase una posición jerárquica basada en una autoridad reconocida por sus descendientes, determinándose su sucesión empresarial por un criterio de jerarquía familiar.

En la actualidad, la sucesión ya no se rige por una idea sucesoria jerárquica familiar, sino que, ha evolucionado avanzando hacia un proceso evolutivo regido por criterios de selección, basados en la idoneidad del candidato.

En este sentido, la situación de conflicto surge cuando la familia y la empresa no actúan como entes paralelos autónomos, sino que se invaden. Por ello, la confluencia, e incluso, la prevalencia de un sistema sobre el otro llevará consigo la existencia de fricciones que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa y la pervivencia de las relaciones familiares.

Por ello, la empresa familiar debe ser prioritaria para todos los integrantes de la familia y mantener una visión compartida, para que no se generen discrepancias en su gestión. Si bien, con frecuencia en las empresas familiares se adoptarán decisiones en beneficio de la familia, que no responden a un criterio empresarial de eficiencia y profesionalidad, convirtiéndose, en este caso, la empresa familiar en una vía para cumplir los objetivos de la familia.

Dicha situación se pone de manifiesto en las empresas familiares cuando sus políticas no respondan a factores de éxito. En referencia a esta cuestión, el Informe de KPMG sobre la visión de la empresa familiar excelente señala como factores que influyen en el éxito de las empresas familiares: la reinversión en beneficios, el alto compromiso

con los valores compartidos y la preservación del patrimonio²⁴⁰. Por tanto, estos componentes tendrán que ser prioritarios para la empresa familiar, para ello, deberán ser compartidos y mantenidos por las sucesivas generaciones, en caso contrario, se generará tensión entre estas.

Es una realidad innegable que en todas las familias pueden existir discrepancias, que se incrementarán cuando los miembros de la familia trabajen juntos y a las tensiones familiares se unan a las de ámbito laboral.

Los conflictos surgidos en el ámbito de la empresa familiar serán de muy diferente ámbito según la línea generacional que gestione la empresa. De esta forma, en primera generación la relación familiar está fundamentada en la figura del fundador, que representa el equilibrio empresarial y la unidad familiar, al ser el pilar de la empresa y la familia.

Cuestión diferente se planteará cuando el fundador haya sido sucedido y la empresa familiar se encuentre en la segunda generación. En este caso, la relación entre los hijos ya no estará mediatizada por la figura del fundador y podrán surgir conflictos referentes a la distribución de puestos de trabajo, retribución, etc.; conflictos que, en definitiva, pueden evitarse si el traspaso generacional se encuentra planificado de antemano.

De igual forma, con la entrada de la tercera generación en la empresa familiar, integrada por un mayor número de miembros de la familia pertenecientes a distintas ramas familiares, la interacción entre las diversas ramas será potencialmente una fuente de conflictos.

En resumidas cuentas, la empresa familiar estará condicionada por la familia y las relaciones entre sus integrantes. De forma que, en la familia cuando la comunicación es fluida y la relación armoniosa, se tenderá a resolver los problemas surgidos en la empresa de la misma manera, haciendo extensiva su relación personal al ámbito profesional. En caso contrario, resultará trascendental el diseño de mecanismos preventivos integrados en la empresa para planificar situaciones que deriven en conflicto.

²⁴⁰ KPMG, “ Un visión de la empresa familiar excelente”, *Instituto de la Empresa Familiar*; disponible en <http://www.iefamiliar.com/upload/documentos/jolsu3siamky9bx1.pdf>, consultado el 22-03-2019.

C) *Exceso de familiares en la empresa: Rivalidad*

Solución: Contratación de los más valiosos

Se trata de un conflicto generado cuando el crecimiento de la familia es exponencialmente más rápido que el de la sociedad. El crecimiento variable entre ambas estructuras, si no se gestiona adecuadamente, puede derivar en un engrosamiento de la estructura empresarial para dar cabida a la familia.

El problema planteado tendrá consecuencias económicas para la empresa, por la sobrecarga económica generada por el incremento de personal y, asimismo, ocasionará fricciones en las relaciones familiares motivadas principalmente por la rivalidad. De forma que, las repercusiones que esta situación puede tener para la empresa familiar son de muy diverso ámbito.

Por una parte, la empresa estará integrada por un elevado número de familiares, que, independientemente de su capacidad e idoneidad para su puesto de trabajo, blindarán el acceso a la empresa a talentos externos. Este contexto no será el idóneo para la proyección profesional de los trabajadores no familiares y, a su vez, generará un entorno laboral de difícil gestión.

Por otra parte, al tener la familia acceso profesional directo a la empresa, no se regirá por criterios de igualdad y objetividad, lo que generará rivalidades y confrontaciones entre los familiares.

En definitiva, en la empresa familiar surgirán conflictos cuando prime el interés familiar sobre el empresarial y los sentimientos generados entre los familiares como celos, envidias o rencillas se trasladen del ámbito familiar al empresarial.

Estas mismas situaciones son trasladables a la empresa familiar que se encuentra en tercera generación, que se podrán ver incrementadas al existir diferentes posiciones e intereses distintos entre las diversas ramas familiares.

En consecuencia, la integración de muchos familiares en la organización empresarial derivará en rivalidades y luchas internas. Ante esta situación, se propugna

como solución que la sociedad tenga preestablecidos los criterios de acceso de su personal y estos se rijan por criterios profesionales y no por el interés de la familia.

D) *Resentimiento: Conflictos emocionales*

Solución: Canalización adecuada de emociones: el Perdón

La estrecha relación entre familia y empresa derivará en situaciones de conflicto que impedirán gestionar eficientemente la empresa, de forma que, las emociones y sentimientos subyacentes de la familia afectarán gravemente a la empresa familiar.

Ciertamente, cuando no se separan adecuadamente ambas estructuras, los conflictos emocionales de la familia influirá negativamente en la empresa familiar, a la que se trasladarán sentimientos de cualquier ámbito, como rivalidad, rencillas, celos, deficiente comunicación, diferencias de carácter, etc.; sentimientos que generarán enfrentamientos constantes.

Asimismo, el modelo comunicacional establecido de la familia se trasladará a la empresa. En este sentido, si la comunicación no es buena en la familia, la deficiente comunicación suele trasladarse al ámbito empresarial, afectando a la gestión de la empresa familiar.

En definitiva, el flujo negativo de sentimientos de la familia al ámbito empresarial supone la transmisión de una carga emocional negativa, que deberá ser canalizada mediante el perdón. Por ello, se plantea como solución eliminar la carga negativa del pasado, basada en sentimientos que han perdurado y ocasionado una brecha en la relación familiar y evitar que se traspasen a la empresa. De esta forma, la carga sentimental negativa del pasado se proyectará liberada de esos sentimientos impeditivos del mantenimiento de la relación familiar y del desarrollo empresarial.

En este punto, por las connotaciones sentimentales subyacentes, consideramos de interés referenciar un conflicto surgido en una empresa familiar con gran repercusión mediática en nuestro país, protagonizado por la familia Gullón²⁴¹.

²⁴¹ Elaborado sobre noticias publicadas entre otros medios en www.emprendedores.es (26-7-2010); disponible en <https://www.emprendedores.es/casos-de-exito/a20308/conflictos-empresa-familias/>, consultado el 22-03-2019.

Tras la muerte del fundador, D. José Manuel Gullón en 1983, su esposa D^a María Teresa Rodríguez Sainz-Rozas, madre de sus cuatro hijos pequeños, se ocupó de la gestión de la sociedad. Como presidenta y principal accionista de la sociedad procedió a nombrar en 1986 a D. Juan Miguel Martínez Gabaldón, director general de la compañía. Durante los años de gestión del director general la empresa tuvo un crecimiento exponencial, basado fundamentalmente en la calidad y expansión del producto y en una política de reinversión de beneficios.

La batalla legal comenzó en 2009, al dividirse la familia en dos bandos opuestos, por una parte, la madre apoyada por la hija y el exdirector general y, por otra, los hijos varones apoyados por dos hermanos de la presidenta, todos ellos miembros del consejo de administración.

El enfrentamiento entre los dos bandos tuvo como colofón mediático el escándalo protagonizado en la celebración de una Junta de Accionistas de la sociedad en un coche con asistencia de la madre, la hija y el director general, al intentar el otro bando suspender la celebración de la Junta, amparándose en defectos de forma de la convocatoria. La Junta se celebró en estas circunstancias, acordándose cesar a los consejeros y modificar el órgano de administración, que pasaría de consejo a administrador único, cargo que fue asumido por D^a María Teresa, bajo la intención de restablecer al director general, que había sido despedido por el otro bando.

Finalmente, el conflicto familiar concluyó en 2014, tras la decisión adoptada en Junta General Extraordinaria de incorporar al Consejo de Administración a los hijos varones, a D^a María Teresa y al director general, con la salida de los hermanos de ésta, que estaban claramente en desacuerdo con la política de reinversión de beneficios llevada a cabo en la empresa²⁴².

En definitiva, el final de la contienda se define en una frase de la presidenta expuesta en el citado artículo, en la que expone su empeño que todos remasen en la misma dirección.

²⁴² Publicado en *Expansión.com* (23-06-2014); disponible en: <https://www.expansion.com/agencia/efe/2014/06/23/19658723.html>, consultado el 22-03-2019.

Nos encontramos ante un claro ejemplo de conflicto surgido en el seno de la empresa familiar, generado cuando los órganos de gobierno representan a bandos familiares y entran en una lucha de poder, al posicionarse en estrategias empresariales contrarias que repercuten negativamente en la sociedad.

En efecto, más allá de la relevancia económica para los socios, la decisión de seguir una política de reparto de dividendos o de reinversión de beneficios, se decide más por posicionamiento de bandos que por el propio interés en la empresa.

En este sentido, el conflicto surge cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad y han pasado a formar parte de la sociedad. Ahondando en el origen del conflicto, podemos identificar sentimientos encubiertos que, más allá del tema de estrategia empresarial visible, han generado la disparidad.

Por una parte, la madre viuda que siendo ama de casa y sin tener una formación empresarial específica se vio obligada por la muerte del marido a asumir el negocio familiar y, en esta situación, decide nombrar un director general que aumenta exponencialmente en unos años la facturación de la sociedad, siguiendo una férrea política de reinversión de beneficios. Asimismo, se ha de considerar el enorme peso económico que tiene la empresa en su comunidad, con fuerte repercusión en el empleo y sustento de su zona geográfica.

Por otra parte, los hijos mayores de edad que se han formado empresarialmente y han adquirido experiencia, desempeñando durante años funciones no decisorias en la empresa. Por ende, no aceptan que la dirección de la empresa siga desempeñada por un gestor externo que, con la confianza absoluta de la madre, ha ido adquiriendo más porcentaje de participación en la sociedad que los propios hijos.

Finalmente, el papel jugado por el directivo externo que se ocupó de la empresa ante la desaparición repentina del líder y ante la inexperiencia y sobrecarga familiar de la viuda y que, a pesar de estas dificultades, ha relanzado la empresa hasta convertirla en un referente nacional por su expansión y calado económico en su región.

Pues bien, tras varios años de contiendas judiciales se alcanzó una aparente paz en 2014, si bien, el conflicto ha persistido posteriormente durante años, poniendo en

peligro el mantenimiento de la sociedad en manos de la familia, según las últimas noticias publicadas²⁴³.

Por lo expuesto, consideramos que este conflicto se basa tanto en las tensiones motivadas por sentimientos subyacentes entre los miembros de la familia, como en los problemas de comunicación entre sus integrantes, en cuanto, una comunicación deficiente o que no esté canalizada, afectará a la familia y, por ende, a la empresa.

Ciertamente, el estilo comunicacional familiar suele trasladarse a la empresa, de manera que, si la comunicación no es buena en el ámbito familiar, dicha circunstancia afecta al ámbito empresarial, generando conflictos. Así, los problemas de comunicación existentes en la familia, incluso las rencillas o tensiones internas entre determinados miembros, se trasladará al ámbito empresarial, afectando la dinámica y gestión de la empresa.

Por tanto, una comunicación deficiente y que no tenga unos cauces preestablecidos en la empresa familiar afectará tanto a la familia, como a la empresa, provocando tensiones familiares y conflictos empresariales, por lo que, será conveniente reforzar los cauces de comunicación en la empresa familiar y tenerlos preestablecidos con carácter previo a la existencia del conflicto, mediante la incorporación de órganos familiares.

E) *Generación de prisioneros*

Solución: Desarrollo de planes de vida y carrera

Sobre esta cuestión, BELAUSTEGUIGOITA²⁴⁴ denomina a los familiares que se encuentran atrapados en la empresa familiar, *prisioneros de la comodidad*. Considera que será un error su incorporación a la empresa familiar, si se plantea como un sacrificio profesional en favor de la familia, puesto que, impedirá desarrollar el potencial y capacidades de dichos familiares.

²⁴³ Publicación en CRÓNICA GLOBAL MEDIA, S.L. (25.09.2019); disponible en: https://cronicaglobal.elespanol.com/business/galletas-gullon-venta-martinez-gabaldon_277578_102.html, consultado el 22-03-2019.

²⁴⁴ *Ídem*.

Las razones por las que estos familiares pueden verse obligados a integrarse en la empresa familiar son de muy diverso ámbito, bien por decisión parental, por necesidades económicas o por no disponer de otras opciones laborales. Empero, la existencia de estos condicionantes como principal causa de integración en la empresa familiar, sin duda, provocarán su desmotivación.

No obstante, no debemos considerar de forma salomónica como un error que un familiar desempeñen funciones en la empresa familiar. Si bien, deberá considerar previamente, tras valorar otras opciones, si la empresa familiar es la vía profesional más idónea para desarrollar profesionalmente sus capacidades y actitudes profesionales. En caso afirmativo, la integración del familiar repercutirá positivamente en la empresa familiar, en cuanto, estará impulsada por profesionales capacitados que apuestan por su desarrollo laboral.

F) *Organización poco profesional*

Solución: Profesionalización

La profesionalización es un camino ineludible hacia la permanencia de las organizaciones. Si las empresas familiares no estén dispuestas a llevar a cabo los cambios que les exige su entorno competitivo verán reducidas sus posibilidades de supervivencia.

Por tanto, la profesionalización de la empresa familiar requerirá que esté definida su estructura organizativa, delimitando sus puestos, funciones y responsabilidades, así como, que los puestos directivos estén desempeñados por profesionales con la cualificación necesaria.

Por lo expuesto, en los conflictos surgidos en la empresa familiar, la relación de parentesco añade un grado de intensidad, a la problemática ya existente. La casuística de los conflictos será muy diversa y se fundamentará principalmente en la confusión de los roles empresariales y familiares. En estas situaciones con fuerte componente emocional, la vía idónea para resolver los conflictos no suele ser la judicial, siendo aconsejable recurrir a sistemas alternativos. De este modo, se podrá valorar tanto el aspecto empresarial del conflicto, como los intereses y posiciones familiares subyacentes al mismo.

Ciertamente, los tribunales procurarán resolver de la forma más adecuada la parte societaria visible del conflicto, si bien, el resultado no siempre es eficiente, en cuanto, no solventarán el deterioro de las relaciones familiares subyacentes, que se traducirá en reiterados enfrentamientos. Esta situación, resulta puesta de manifiesto en diversas sentencias, entre la que destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 septiembre de 2010²⁴⁵: *“También se ha de tomar en consideración - como efectivamente hace el magistrado "a quo" en su Sentencia -, el origen empresarial de la entidad demandante y su marcado carácter de "empresa familiar" en el que al cabo de los años de actividad se empiezan a producir tensiones importantes entre los miembros de los distintos núcleos que desarrollan su actividad profesional en el seno de la empresa y que acaban por traducirse, en muchas ocasiones - y en este caso concreto -, en situaciones de escisión e inicio de nueva actividad empresarial en el mismo sector productivo. Hemos de resaltar al efecto, de nuevo, la importancia del examen de las concretas circunstancias concurrentes, pues el mero hecho de la constitución y entrada en el mercado de una empresa competidora constituida por quienes mantienen una relación familiar con los componentes de la primera entidad y desarrollan la misma actividad profesional que venían desplegando anteriormente en la empresa de origen, no puede implicar "per se", ni de forma automática, la valoración de tal hecho como concurrencial.*

Hechas las anteriores precisiones, y como resultado del examen de la actividad probatoria desplegada en el proceso, concluimos, como el magistrado "a quo", que los hechos acaecidos con ocasión de la salida de la empresa de los codemandados y la constitución y entrada en el mercado de la mercantil Logística y Almacenamiento del Mediterráneo SL no implican infracción de los artículos 5, 9, 12 y 14 de la Ley de Competencia desleal. Y ello por las razones que pasamos a exponer.

“Resulta de lo actuado en el procedimiento que el origen de la controversia entre los litigantes se ha de situar en un momento anterior al descrito en la demanda como punto de inicio de los actos competenciales, cuando empiezan a surgir las discrepancias entre los distintos núcleos familiares”, y que acaba por traducirse en el despido (improcedente, conforme al propio reconocimiento de la demandante en los documentos

²⁴⁵ SAP Valencia, Sec. 9ª, de 30 septiembre de 2010, núm. 264/2010 (B.D. EDJ 2010/302046).

que aporta, cuya relevancia pretende mitigar so pretexto de que tal reconocimiento tenía por objeto obtener la paz social, previamente quebrada por el despido) de determinados miembros del núcleo familiar de los codemandados, y después de los propios Sres. Amador y Argimiro, quienes en su relación contractual con la demandante no tenían suscrito pacto alguno de no concurrencia. La propia demanda destaca el origen familiar de la empresa y su composición accionarial, y como desde finales de 2003 se inicia el deterioro de las relaciones familiares, procediéndose al despido de la empleada D^a Gabriela (hija del demandado Sr. Amador) en el mes de agosto de 2004, a lo que siguió el despido de la esposa del demandado D^a Leticia en el mes de abril de 2005, culminando con el despido del codemandado D. Amador el 20 de mayo de 2005, entre otras circunstancias, como la baja del hijo del demandado por cuadro depresivo por "acoso laboral". Finalmente, el despido del codemandado D. Argimiro tendría lugar el 13 de agosto del mismo año, si bien estaba suspendido de empleo y sueldo desde el día 28 de julio anterior.

“Las malas relaciones familiares en el ámbito de las relaciones sociales y empresariales se desprenden tanto del relato fáctico de la demanda como del relato fáctico de la contestación presentada por la representación del codemandado D. Amador, que se ha traducido incluso en la existencia de cruce de correspondencia en orden a las decisiones empresariales” (documentos a los folios 149 y siguientes del Tomo II) y en requerimientos notariales y diversos procesos judiciales (documento al folio 333 del Tomo IV)”.

Ante la situación expuesta, la vía judicial no podrá proporcionar una solución idónea al problema de fondo subyacente a las desavenencias analizadas, resolviendo únicamente la cuestión societaria concreta, sobre la base de los datos objetivos evidenciados en el conflicto.

Resultarían innumerables los ejemplos de conflictos en la empresa familiar examinados en la vía judicial, en los que se evidencian divergencias subyacentes que no quedan solventadas, sino que se agravan, con el consiguiente deterioro de la relación familiar. Claro ejemplo de esta situación lo encontramos en la batalla legal de la familia Churruga, recogida en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de

abril de 2007²⁴⁶, que ante la alegación del incumplimiento del derecho de información que el Tribunal considera que realmente subyace una mala relación entre los hermanos, accionistas de la sociedad.

La situación de conflicto subyacente en la empresa familiar es expuesta igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007²⁴⁷ que manifiesta: *“Ante la identidad de objeto del presente recurso con el 2619/99 y con el 4110/00, se reiteran aquí las consideraciones que se contienen en la Sentencia de 17 de febrero de 2006 -correspondiente al primer recurso y recogida también en la del segundo-, para rechazar la pretensión impugnatoria de la parte, puesto que, aduciendo que los acuerdos impugnados son nulos, al amparo del art. 200 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por no resultar expresada en la memoria la partida relativa a las remuneraciones de los consejeros (art. 200.12ª TRLSA), relacionando tal infracción con el derecho a la información de los socios (arts. 112 y 212 TRLSA) y de la publicidad de las Cuentas Anuales (art. 218 TRLSA), debe concluirse, al igual que en el mencionado recurso que "las sentencias de instancia no atribuyen trascendencia anulatoria a la omisión denunciada con base en que el dato omitido figuraba incluido en la cuenta de resultados y el representante del actor -de profesión Abogado- obtuvo en el acto de la Junta la información individualizada, sin que recabase ninguna otra más de la que le fue facilitada, por lo que entiende que se trata de una simple omisión formal de importancia relativa, que el apelante convierte en pretexto para una nueva impugnación de Junta Social, dada la documentación obrante sobre las malas relaciones entre los hermanos accionistas, (...) extremo que, asimismo, se constata por conocimiento directo de esta Sala (S. 12 diciembre 2.003, nº 1.193 en la que se hace referencia a "estar ante la situación de un socio que resulta pertinaz litigante y competidor de la sociedad demandada"). La apreciación del Tribunal de instancia se estima razonable y coherente, pues no todas las infracciones legales tienen la misma entidad, y su efecto ha de ser proporcional a su entidad y trascendencia, y además, en el caso, el derecho a la información en su sentido de obtención de datos para votar con suficiente conocimiento (SS., entre otras, 25 febrero 2.002 y 4 octubre 2.005) no ha sido afectado, como tampoco*

²⁴⁶ STS Civil de 23 de abril de 2007, núm. 474/2007 (RJ 2007\2420).

²⁴⁷ STS Civil de 24 de abril de 2007, núm. 480/2007 (RJ 2007\2394).

hay contradicción alguna del art. 218 LSA respecto a la publicidad y depósito de cuentas que se aduce en el motivo".

En efecto, la vía judicial no represente el mejor método para la resolución de conflictos en la empresa familiar que, aunque revistan la apariencia externa de conflictos societarios, realmente encubren un conflicto intrafamiliar que no podrá resolver el pleito²⁴⁸.

Como indica BOQUERA²⁴⁹, el Tribunal Supremo reconoce en ocasiones la situación de enemistad y hostilidad entre parientes, si bien, no puede entrar en estas cuestiones, de forma que, aunque la resolución proyecte una solución societaria del caso concreto, no resolverá el tema de fondo que, con mucha probabilidad, se planteará nuevamente.

Por lo expuesto, queda evidenciado que los tribunales no serán la mejor vía para resolver los conflictos surgidos en la empresa familiar. Sobre el particular, la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar propone tres métodos alternativos para la solución de estos conflictos con claro componente emocional, que son el arbitraje, la mediación y un sistema de evaluación neutral²⁵⁰.

Asimismo, la adopción del protocolo familiar puede atenuar los conflictos surgidos en la empresa familiar, al regular situaciones en las que generalmente se plantea el conflicto patrimonial o establecer los medios para solventarlo.

A modo de conclusión, resulta recomendable articular diversos instrumentos en el protocolo familiar o establecer los métodos dirigidos a la prevención y resolución de los conflictos empresariales que eludan la vía judicial²⁵¹.

²⁴⁸ BOQUERA MATARREDONA, J., "La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los conflictos societarios en las sociedades familiares", en CAMISÓN C., VICIANO J. (Dir.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar: Un análisis comparado desde la Economía y el Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 103 a 126.

²⁴⁹ *Ídem*.

²⁵⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, *op. cit.*, pp. 93-102.

²⁵¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., "El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar", *op. cit.*, p. 13.

II. EL PROTOCOLO FAMILIAR

1. Consideraciones previas

Expuesta la interacción existente en la empresa familiar entre los dos elementos que la naturalizan, familia y empresa, así como, la especial problemática y casuística que envuelve a la conflictividad de esta modalidad empresarial, es imprescindible abordar *infra* las vías más idóneas para gestionar y resolver tales conflictos.

En este punto, prestaremos especial atención a determinadas situaciones, en las que se incrementa notablemente el riesgo en la empresa familiar, como el traspaso generacional o las crisis matrimoniales, al convertirse en las principales causas de mortandad de la empresa familiar.

Así, junto con las vías de gestión y resolución de conflictos en la empresa familiar, consideramos de sumo interés examinar los mecanismos preventivos que permitirán anticiparse a las situaciones habituales de conflictos en estas entidades familiares. De esta manera, entre los mecanismos preventivos, destacaremos la adopción de un protocolo familiar que regule los aspectos de organización y funcionamiento de la empresa familiar, con el objetivo final de conseguir su continuidad.

Por otra parte, la mayoría de los pactos o estipulaciones del protocolo familiar contendrán las pautas que deberían seguirse al surgir determinadas situaciones a futuro, si bien, estas pautas no podrán invadir la autonomía de voluntad de las partes²⁵². Por ello, junto con el protocolo familiar tendrán que articularse otros instrumentos jurídicos que le doten de eficacia.

En este sentido, como complemento del protocolo familiar, analizaremos la adopción de instrumentos regulatorios del régimen económico matrimonial, valorando el régimen más conveniente para el ejercicio de la actividad empresarial familiar. Esta cuestión tendrá gran trascendencia, ante la posible repercusión al patrimonio familiar de las ganancias o pérdidas generadas por la empresa familiar y, asimismo, en las situaciones

²⁵² ROCA, M., MARTÍ, N., “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capitulaciones matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en AMAT SALAS, J.M., CORONA RAMON, J. F., (Eds.), *El protocolo familiar: la experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007, pp. 215-222.

de ruptura de la relación matrimonial. Igualmente, en el protocolo familiar podrán adoptarse medidas para planificar la sucesión, siendo de vital importancia prever el traspaso generacional, al tratarse de una situación que genera tensión familiar y puede derivar en la quiebra de la sociedad familiar.

En definitiva, valoraremos aquellos instrumentos legales que consideramos óptimos para regular la sociedad familiar y planificar su evolución. Estas medidas serán de carácter preventivo, al augurar situaciones que surgirán en la evolución de la sociedad y la familia y, que mal gestionadas, pueden suponer un peligro para la continuidad de la empresa familiar.

El protocolo familiar surge ante la necesidad de regular las relaciones entre la empresa y la familia, sobre aquellos puntos que pueden generar conflicto. En definitiva, es un documento por el que la familia titular de la empresa pretende encauzar los problemas que pueden afectar a su continuidad, mediante cláusulas que han de ser respetadas por sus sucesores²⁵³.

Si bien, no nos encontramos ante un documento de reciente creación, sino que ha sido usado por grandes empresas familiares en el pasado. A fin de comprender mejor esta figura, consideramos conveniente hacer un breve recorrido por su evolución histórica hasta llegar a su configuración actual.

2. Antecedentes

Sobre los antecedentes de la figura en el ámbito internacional del protocolo familiar, señala GIMENO²⁵⁴ que se tiene constancia de que los primeros protocolos empresariales surgen a finales del siglo XIX y estuvieron realizados por dos grandes familias empresariales japonesas, Sumitomo y Mitsui. En Estados Unidos, aparece una figura cercana a la configuración actual del protocolo familiar a final del siglo XX, con los acuerdos entre accionistas, denominados *shareholders agreements*. Esta equivalencia es puesta de manifiesto por VICENT CHULIÁ²⁵⁵ indicando que “*el protocolo familiar* –

²⁵³ CORONA RAMON, J., *Manual de la empresa familiar*, op. cit., p. 46.

²⁵⁴ GIMENO, A., BAULENAS, G., COMA-CROS, J., *Modelos de Empresa Familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria*, op. cit, p. 29.

²⁵⁵ VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la empresa familiar”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2000, p. 38.

equivalente al shareholders agreement de la close corporation en Estados Unidos- es un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar de manera unitaria, y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa”.

La existencia de antecedentes de la figura en diversos continentes, como medio regulatorio de grandes grupos empresariales con fuerte repercusión en la economía, es un fiel reflejo de la importancia de la figura del protocolo familiar.

En Europa, por influencia francesa²⁵⁶, se extiende en la última década del S. XX la figura del pacto de familia, denominada “*protocolo*” o “*pacte de famille*” que, adaptada en España, se denomina “protocolo familiar”.

En el ámbito legislativo, el Derecho de la Unión Europea ha recogido de forma pionera el concepto de protocolo familiar. Así, la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994²⁵⁷, dedicada a la transmisión de pequeñas y medianas empresas, estableció la necesidad de “*introducir en la legislación nacional cuando no se haya resuelto la posible contradicción entre el contrato de sociedad y las disposiciones testamentarias o las donaciones, una disposición que establezca que el contrato de sociedad prevalece sobre los actos unilaterales de uno de los socios*”.

Con posterioridad, en febrero de 1997 la Comisión celebró un Simposio en Lille, el llamado Fórum de Lille, con la recomendación a los países miembros de adoptar las medidas para suprimir las normas que dificultaban la sucesión de empresa, intentado dar validez a los protocolos familiares²⁵⁸.

Encontramos ya una referencia concreta al protocolo familiar en la Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998 sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas²⁵⁹, proponiéndolo como medida jurídica sobre transmisión de empresa familiar:

²⁵⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M., “Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familiar”, en AA. VV., GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, op. cit., p. 292.

²⁵⁷ DOUE núm. L 385 de 31 de diciembre de 1994, op. cit., p.16.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 33.

²⁵⁹ DOCE núm. C 093 de 28 de marzo de 1998, p. 5.

“Otra forma de acrecentar la continuidad de la empresa es la utilización de pactos de empresa o protocolos familiares. Sobre todo, en el caso de las empresas familiares, se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado número de normas de gestión de una generación a otra. Ya se emplean en alguna medida en Francia y España, con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión”.

Pese a estos antecedentes y al interés mostrado desde la UE en la meritada Recomendación, el ordenamiento español sigue sin configurar una norma clarificadora al efecto.

La figura del protocolo familiar en España tuvo su primer reflejo en el Informe que concluyó la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar²⁶⁰ constituida en octubre de 2004, en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, que recogía una recomendación referente al estatuto jurídico de la empresa y el protocolo familiar. Concretamente respecto al protocolo familiar, se recogía la conveniencia de formalizar el protocolo familiar y la necesidad delimitar las relaciones entre la propia empresa familiar y su propiedad, así como la publicidad del protocolo familiar, introduciéndolo en el RM para dar publicidad de las cláusulas del protocolo familiar que puedan afectar a terceros²⁶¹.

La Ponencia al referirse a los requisitos para abordar los problemas propios de las empresas familiares manifiesta: *“debería estar el conocimiento por los terceros interesados de aquellas cláusulas del protocolo familiar que pudieran afectarles, y de las que, con carácter general, puedan condicionar la gestión y administración de las empresas, y sobre todo su futuro”*²⁶².

La primera regulación legal que reconoce el concepto de protocolo familiar ha sido acogida en la Disposición Final Segunda, apartado 3, de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la LSLNE, al disponer que *“reglamentariamente se establecerán las condiciones,*

²⁶⁰ BOCG-S núm. 312, Serie I, de 23 de noviembre de 2001, *op. cit.*

²⁶¹ *Ídem.* El Informe de la Ponencia se refiere al protocolo familiar en dos de sus conclusiones, pp.37-38.:
- En la conclusión segunda, indica: *“Recomendar a las empresas familiares la formalización de un Protocolo Familiar, como acuerdo que delimite el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la propia Empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros”.*

- En la conclusión tercera, señala lo siguiente: *“Recomendar la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del Protocolo Familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros”.*

²⁶² *Ibidem.*

forma y 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". Finalmente, dicha reglamentación se ha llevado a cabo por el RD 171/2007.

Para una mejor aproximación a la configuración actual de la figura del protocolo familiar consideramos relevante analizar primeramente su definición, para posteriormente, examinar su naturaleza y su efectividad.

3. Concepto

Resulta necesario destacar que la expresión protocolo familiar fue acuñada por GALLO Y WARD²⁶³ *“identificando con ello un instrumento de planificación estratégica capaz de captar las especificidades de la empresa familiar y reforzar la unidad entre los miembros de la familia y su compromiso con la empresa”*.

La definición de protocolo familiar fue introducida por el legislador español en el artículo 2 del citado RD 171/2007, como *“aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*.

De la definición legal de protocolo familiar podemos extraer varias cuestiones que consideramos de interés para aproximarnos a la esencia del concepto. Por una parte, en cuanto a su contenido, al considerarlo el marco para regular las relaciones en exclusiva de la empresa familiar sobre tres pilares: familia, propiedad y empresa. Por otra parte, en cuanto a los sujetos que pueden suscribirlo, los socios entre sí o con terceros que guarden vínculos familiares. Dicha suscripción tendrá que ser voluntaria, para la necesaria vinculación respecto a su contenido.

²⁶³ GALLO, M.A., TOMASELLI, S., *Protocolo Familiar: Sus resultados*, Bilbao, Fundación Rafael Escolá, 2006, p. 9.

En cuanto a los socios, resulta evidente que se refiere a los socios que integran en ese momento la entidad, empero, hay autores²⁶⁴ que consideran que el compromiso alcanzado debe ser extensivo a los futuros socios de la empresa familiar, a fin de garantizar una efectiva continuidad.

Finalmente, se refleja la finalidad del protocolo como mecanismo preventivo regulatorio de situaciones que pueden provocar graves conflictos, dejando negociadas de forma consensuada las vías de comunicación y relación entre la empresa y familia, a fin de evitar la aparición de dichos conflictos.

En este mismo sentido, destacando su finalidad preventiva, como instrumento garantista de la continuidad de la empresa familiar, se pronuncia la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar²⁶⁵ al considerar que, aunque los acuerdos estatutarios pueden regular las cuestiones societarias con eficacia frente a terceros, resultan insuficientes para regular todos los aspectos que inciden en la vida de la empresa familiar y que son trascendentales para su continuidad. Sobre este punto, relaciona como cuestiones a regular por el protocolo familiar las siguientes: el acceso y salida de los familiares al gobierno y a la propiedad de la empresa, sucesión, formación de los futuros directivos, pactos intrafamiliares, valores éticos, fórmulas para la resolución de conflictos, etc.

La citada Guía²⁶⁶, siguiendo las recomendaciones del Informe de la Ponencia del Senado de 2001, ha avanzado en la definición de protocolo familiar, considerándolo como el instrumento más idóneo para el desarrollo y expansión de la empresa familiar y estableciendo las bases de su regulación; así considera el protocolo familiar como “*un acuerdo marco entre los miembros de la familia que regula: a) Las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia que ostentan la condición de socios y la propia empresa. b) La gestión y organización de la empresa*”.

Dichas líneas de contenido esencial determinarán unas pautas que, en cada empresa familiar, en función de sus características específicas y personalidad propia,

²⁶⁴ SNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, en SANCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., BELLVER SANCHEZ, A., SANCHEZ SÁNCHEZ, A.M., *La Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y su continuidad*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005, p. 26.

²⁶⁵ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, op. cit.

²⁶⁶ *Ídem*, p. 57.

deberán ser configuradas de forma consensuada y aceptada por todos los miembros de la familia, siendo esencial que dicho consenso se haya adquirido de forma razonada, para ser un compromiso adquirido voluntariamente por todos los familiares integrantes de la empresa.

La trascendencia de los actos preparatorios y de consenso son enfatizados por algunos autores²⁶⁷ al considerar que *“en la elaboración del protocolo es más importante el proceso que el resultado. Es decir, que las reuniones de trabajo, análisis de borradores, discusión de puntos conflictivos, y propuestas de consenso que van delimitando la estructura final del protocolo son de hecho más importantes para la familia que el protocolo en sí”*.

Las definiciones de protocolo familiar se basan fundamentalmente en su contenido o naturaleza, destacando asimismo las referidas a sus aspectos organizativos y de relación entre la familia y empresa. Compartimos la definición de GALLO²⁶⁸, con la inclusión de valores o principios configuradores del proyecto empresarial; así lo considera *“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 familiar”*.

4. Naturaleza

La naturaleza de protocolo familiar es una cuestión muy debatida doctrinalmente, por la variedad de pactos que puede contener y la eficacia de sus cláusulas.

A la luz de las definiciones enunciadas *supra*, la existencia del protocolo familiar surge ante la necesidad de establecer unas pautas de funcionamiento interno de las empresas familiares, regulando tanto cuestiones organizativas internas, como los objetivos e ideario de la empresa. Esta variedad de contenido ha planteado un largo debate doctrinal referente a la naturaleza del acuerdo alcanzado. Así, entre las principales

²⁶⁷ CORONA RAMON, J., MARTÍ PICÓ, N., ROCA JUNYENT, M., “Protocolo familiar”, en CORONA RAMON, J. (Ed.), *Manual de la Empresa Familiar*, op. cit., p. 484.

²⁶⁸ GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “Estructura y contenido de los protocolos familiares”, en AMAT, J. y CORONA, J., *El protocolo familiar*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007, p. 21.

corrientes doctrinales destaca la que considera que el protocolo familiar tiene una naturaleza jurídica compleja, al contener elementos de distintos contratos²⁶⁹.

A título de ejemplo, SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA²⁷⁰ considera que el protocolo tiene naturaleza de contrato plurilateral, al ser varias las partes que lo suscriben, tratándose de una norma base, a la que deberán adaptarse otros instrumentos jurídicos para que tenga plena eficacia.

En cualquier caso, no puede tratarse de un documento ético o un manual de valores o intenciones. De la misma manera, no debería de basarse simplemente en la regulación de cuestiones organizativas o de gestión empresarial u otros aspectos que puedan ser regulados mediante instrumentos como contratos o capitulaciones matrimoniales, o bien, mediante estatutos o pactos parasociales.

Por ello, consideramos fundamental que el protocolo familiar se configure como un documento más completo que, además de incidir en cuestiones organizativas y regulatorias de situaciones que puedan ser establecidas por otros mecanismos, plantee una formalización más íntegra, configurándose como un instrumento global de relación entre la empresa y la familia. Así planteado, el protocolo familiar será fiel reflejo del espíritu del proyecto empresarial familiar, erigiéndose como un mecanismo preventivo y de salvaguarda de las múltiples situaciones que pueden derivar en conflicto.

En consecuencia, el protocolo familiar puede contener aspectos de carácter moral, que deben ser complementados con otros instrumentos de carácter jurídico. En este sentido, se pronuncian algunos autores²⁷¹, considerando que el protocolo *“es el resultado de la combinación de muchos aspectos –psicológicos, económicos, jurídicos, sucesorios- que se viven y se plantean en cada caso de manera diferente. No es sólo una cuestión de derecho: son otras muchas cuestiones las que deben ser conocidas y examinadas con carácter previo. En este caso, el derecho no crea, sino que va a remolque de la realidad familiar”*.

²⁶⁹ En este sentido, GOMÁ LANZÓN, I., “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 4, Barcelona, Bosch, 2005, p.669.

²⁷⁰ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., *El protocolo familiar*, Madrid, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, 2009, pp.118-119.

²⁷¹ CORON RAMON, A, J., MARTÍ PICÓ, N., ROCA JUNYENT, M., “Protocolo familiar”, en CORONA RAMON, J. (Ed.), *Manual de la Empresa Familiar*, op. cit., p. 467.

En todo caso, partimos de la base de que el protocolo familiar tiene una naturaleza contractual, aunque puede regular cuestiones de muy diverso aspecto y eficacia. Dicha naturaleza contractual se basa en el principio de autonomía de la voluntad de las partes consagrado en nuestro C.C., particularmente, los artículos 1254 y 1255, de los que se desprende que los acuerdos podrán ser asumidos voluntariamente por las partes con las limitaciones de la ley, buena fe y que no deriven en perjuicio de tercero.

Sin embargo, hay quien cuestiona la naturaleza contractual del protocolo familiar, argumentándose que no encaja en las categorías clásicas de los contratos. Sobre esta cuestión, señala GOMA LANZÓN²⁷², que se trata de un contrato “*posmoderno*” que “*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*”.

Realmente la procedencia de la figura del protocolo familiar marca un difícil encaje jurídico, al tratarse de un mecanismo de tradición anglosajona, derivado de un derecho más flexible que es difícil de encasillar en nuestro derecho continental. Así se señala por TUA LÓPEZ²⁷³ que “*Los protocolos familiares han nacido en un derecho pragmático, de pacto, primitivo, en el que las soluciones van a la vez que la realidad, más intuitivo y no tasado en el que no existe prevención legal (distinto de previsión), y que no puede tomarse en bloque sin una labor de disección quirúrgica y encasillamiento. Un derecho "distinto" al nuestro*”.

En definitiva, nos encontramos ante un mecanismo preventivo de vital importancia para la empresa familiar, en cuanto, no evitará que puedan surgir conflictos o situaciones de divergencia en la empresa, empero, en caso de estar reguladas dichas situaciones conflictivas, se podrán gestionar en la forma prevista, llegando en muchas ocasiones a evitarse.

Si bien, para la efectividad del protocolo familiar tendrá que complementarse con otros instrumentos que apoyen la exigibilidad de sus cláusulas. De esta forma, se habrá

²⁷² GOMÁ LANZÓN, I., “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, op. cit., p. 670.

²⁷³ TUA LÓPEZ, X., “La regulación de los protocolos familiares”, *Noticias Jurídicas*, 2007; disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4254-la-regulacion-de-los-protocolos-familiares/>, consultado el 15-12-2019.

de realizar un esfuerzo para dotar de la máxima efectividad al protocolo para que pueda cumplir su finalidad.

Otra cuestión importante respecto al protocolo familiar será su contenido. El protocolo estará condicionado por la especialidad de cada empresa y de la familia, incidiendo en ocasiones en aspectos más jurídicos que morales. Por ello, habrá que buscar la simbiosis o equilibrio entre la regulación de ambos ámbitos, familia y empresa. En este sentido, compartimos con BOSCH CARRERA²⁷⁴ que el protocolo familiar es “*un documento o un conjunto de documentos otorgados por un empresario o varios empresarios titulares de una empresa familiar y toda o parte de la familia de los mismos, donde se regula un negocio jurídico complejo que contempla los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones entre familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular*”.

Como hemos venido comentando *supra*, en el protocolo convivirán pactos de muy diverso ámbito que afectan a las relaciones de familia en cualquiera de sus aspectos, ya sean de índole objetiva, recogiendo principios de carácter organizacional, como de aspecto subjetivo, regulando los principios y valores familiares. Su naturaleza va más allá de la normativa civil o contractual y se ampliará a las normas o instrumentos que resulten necesarios para trasladar la intención de la familia a todos los ámbitos que le afectan.

En cuanto al ámbito sucesorio, como señala EGEA²⁷⁵, el protocolo no pasa de ser una especie de documento base que contiene unas declaraciones de voluntad, empero, no son suficientes para la conservación de la empresa, por lo que, tendrán que ser ejecutadas posteriormente en otro instrumento jurídico, el testamento o el documento de partición, para alcanzar la conservación de la empresa, con su transmisión a las siguientes generaciones.

²⁷⁴ BOSCH CARRERA, A., “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar”, en AMAT, J. y CORONA, J., *El protocolo familiar*, op. cit., p. 235.

²⁷⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J., “Protocolo familiar y pactos sucesorios”, *InDret*, núm. 3, 2007, p.13. Sobre el tema tratado el autor manifiesta que: “*Nada puede obligar al empresario a instituir heredero a aquella persona concreta y, en caso de que efectivamente lo instituya heredero y realice una partición ‘inter vivos’ a su favor, en cualquier momento podrá revocar el testamento o modificar el criterio participacional. Todo ello, sin perjuicio, evidentemente, de que, en previsión de la falta de cumplimiento de esta cláusula del protocolo, los estatutos prevean un derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones sociales, a favor de algunos socios o por la sociedad*”.

En suma, los ámbitos de regulación del protocolo familiar son extensos y diversos, en cuanto, afectarán a una empresa familiar concreta, ajustándola a sus necesidades y a su complejidad. En definitiva, consideramos que no es el contenido del protocolo familiar el que debe definir a la empresa familiar, sino que, el protocolo debe perfilarse partiendo de las necesidades concretas de esta, configurándose como un elemento con identidad propia, que ha de resultar apoyado por cuantos instrumentos jurídicos sean necesarios para dotar las pautas adoptadas de efectividad.

5. Modelo de estructura del protocolo

A priori será muy difícil determinar la estructura del protocolo familiar, que habrá de diseñarse como un traje a medida, en función de las peculiaridades de la empresa y las características de la familia.

En consecuencia, el protocolo familiar debe ser instrumento adaptado a cada empresa familiar, resultando difícil determinar exhaustivamente su contenido. Por tanto, pueden existir muchos tipos de protocolos familiares, con contenidos significativamente diferentes, que respondan a las necesidades planteadas en cada empresa familiar. Al no existir una regulación legal que defina la estructura del protocolo, se trata de una cuestión ampliamente debatida doctrinalmente.

En este sentido, GALLO propone como estructura del protocolo familiar, los siguientes núcleos temáticos que deben ser la base para su desarrollo posterior: políticas gobierno, definiendo los órganos familiares y empresariales que integrarán el gobierno de la empresa familiar; políticas de rentas, con regulación de remuneraciones, política de dividendos, etc.; política de empresa, en la que se regulará cuestiones como la edad de jubilación, requisitos de acceso a la empresa y políticas sociales y familiares, referente a solidaridad familiar, valores y tradiciones familiares²⁷⁶.

²⁷⁶ GALLO, M. A., TOMASELLI, S., “Estructura y contenido de los protocolos familiares”, en AMAT, J. M., CORONA, J. F., (Coord.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007, p. 83.

Asimismo, en la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar²⁷⁷ se establece un modelo para la redacción del protocolo, plateándolo como documento orientativo para las empresas familiares con una serie de recomendaciones a seguir.

Independiente del modelo específico elegido, será relevante que en el protocolo familiar se recojan las diversas áreas de interés que tiene que ser desarrolladas. En este sentido, desde un punto de vista práctico, se propone el siguiente modelo de estructura por la Asociación Madrileña de la Empresa Familiar²⁷⁸:

“Preámbulo

Título I: Miembros del Grupo Familiar

Título II: Breve Historia de la empresa. Consideraciones sobre el fundador. Filosofía de la empresa. Ámbito de sus actividades. Arraigo en un determinado lugar.

Título III: Definiciones. Partes firmantes y el concepto en que intervienen.

Título IV. Normas de actuación

Capítulo I. Ámbito, Naturaleza y Principios: Ámbito de aplicación. Naturaleza constituyente y obligacional. Valores.

Capítulo II. Gobierno y Dirección: Consejo de Familia. Junta General de Socios. Consejo de Administración. Dirección General. Comité de Nombramientos. Mayorías exigibles para la adopción de acuerdos sociales tanto el Consejo de Administración como en la Junta General. Acuerdos sobre agrupación de votos. Criterios para establecer la composición del Consejo de Administración.

Capítulo III. Trabajo y Formación: Condiciones de acceso y trabajo. Formación y orientación profesional. Normas que regulen la incorporación de familiares a la empresa, así como sus funciones o retribución.

²⁷⁷ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa, op. cit.*, pp.105-117.

²⁷⁸ Disponible en <https://www.efamiliar.org/articulo/16/>, consultado el 15-08-2019.

Capítulo IV. Derechos económicos: Principios generales. Política de dividendos. Valoración de participaciones. Enajenación de participaciones sociales. Derecho de salida individual y mercado intrafamiliar. Entrada de terceros ajenos a la familia en el capital de la empresa familiar. Cotización en mercados organizados. Régimen jurídico de las acciones o participaciones sociales.

Capítulo V. Conducta empresarial y compromiso social: Nombres y marcas comerciales. Concesión de garantías y préstamos. Negocios arriesgados y operaciones especulativas. Directivos y empleados. Fundación privada. Productos y consumidores. Investigación y desarrollo. Atención al medio ambiente.

Capítulo VI. Régimen económico matrimonial y sucesión de la empresa: Modificaciones del régimen económico. Capitulaciones matrimoniales. Testamento de los miembros de la familia.

Capítulo VII. Cláusulas de orden: Estructura jurídica. Interpretación. Modificaciones y adiciones. Adhesiones al protocolo. Derogación. “Vis atractiva”. Ley aplicable. Arbitraje.”.

Desgranaremos a continuación los elementos que, partiendo del modelo de estructura aconsejada, consideramos deben incorporarse en el protocolo familiar, si bien, incidiremos sobre las cuestiones de mayor interés para este trabajo. En definitiva, el tratamiento del contenido del protocolo demostrará la importancia de elaborarlo cuidadosamente, para que sea un instrumento que se adapte a las peculiaridades de la familia empresaria y colabore activamente con ésta, orientándola, como si se tratase de una hoja de ruta, para afrontar las múltiples vicisitudes que la familia empresaria encontrará en su evolución, proporcionándole los mejores mecanismos para prevenirlas o gestionarlas.

6. Contenido del protocolo familiar

La elaboración del protocolo está cada vez más extendida en nuestro país, y, a pesar de ello, sigue sin ser un instrumento conocido en profundidad o excesivamente valorado en la práctica empresarial.

Verdaderamente se trata de un documento de gran complejidad, que establece obligaciones jurídicas para sus suscriptores, si bien, en ocasiones, no pasarán de ser meros compromisos. Asimismo, puede abarcar cuestiones de muy diversa índole, que afecten a la estructura organizativa de la empresa, pautas en torno al régimen económico matrimonial, previsiones sucesorias, etc.

En este sentido, más allá de las peculiaridades de cada protocolo como señala DIEZ SOTO²⁷⁹ su contenido estará determinado a “ordenar y planificar de manera coherente y eficaz las relaciones entre familia y empresa con el fin de garantizar la continuidad de ésta y su permanencia en el ámbito de control de la familia”.

Independiente del modelo específico elegido, siguiendo una destacada línea doctrinal, será relevante que en el protocolo familiar se recojan determinadas áreas de interés que deberían ser desarrolladas en el mismo²⁸⁰, que se relacionan a continuación, con un breve análisis de su contenido²⁸¹, centrándonos en las cuestiones que consideramos de mayor interés a los efectos de este trabajo.

6.1. Preámbulo

Tratándose de un documento de naturaleza contractual, partimos en el protocolo familiar de una estructura puramente contractual. Respondiendo a dicha estructura, el protocolo se iniciará con un apartado introductorio, en el que se identificarán las partes que intervienen y los firmantes, la calidad en que intervienen y su relación familiar con el fundador.

²⁷⁹ DIEZ SOTO, C. M. “El protocolo familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Coords.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, op. cit., pp. 170-171.

²⁸⁰ Entre otros autores, este modelo esquemático de bloques de contenido está propuesto por DÍAZ GÓMEZ, M. A., DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto Español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *Pecunia : Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 12, 2011, pp. 104-109; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., pp. 79-82; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, 2007, pp.1.137-1.146.

²⁸¹ Asimismo, se seguirá en esta exposición a VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, op. cit., pp. 137 y ss.

Asimismo, se identificará la empresa familiar, con exposición de datos como la denominación, domicilio social y CIF. Además, se describirá la familia y se relacionarán con claridad todos sus miembros y las diversas ramas familiares existentes.

Una vez descrito el árbol genealógico, se efectuará una importante distinción de los miembros de la familia firmantes del documento y del resto de integrantes de la familia, que serán identificados en la categoría de “*resto del grupo familiar*”.

En el preámbulo se realizará, por una parte, una exposición del origen fundacional de la empresa, describiendo el proyecto empresarial; por otra, una descripción de su trayectoria generacional, narrando la evolución de la empresa desde sus orígenes y las diferentes etapas generacionales que se han sucedido hasta llegar a su situación actual.

Asimismo, se describirán los valores familiares en los que se fundamenta la empresa, que le imprimen un carácter diferencial y configuran la “cultura de la empresa familiar”. En definitiva, consistirá en definir los valores que han fundamentado la familia desde sus orígenes y, asimismo, se describirá su proyecto, para lo que será fundamental una iniciativa conjunta y la existencia de una buena sintonía entre sus miembros.

En cuanto a los valores de la sociedad familiar, se detallarán los valores corporativos, que estarán íntegramente relacionados con los valores de la familia. En definitiva, se dibujarán las metas empresariales y el compromiso social adquirido por los miembros familiares para alcanzarlas.

En consecuencia, en el preámbulo tienen cabida tanto los antecedentes y orígenes de la empresa familiar, como los objetivos de ésta, detallados en un compromiso documental, que será alcanzado mediante el consenso de los firmantes. De esta forma, el consenso alcanzado por la vía de diálogo será la mejor garantía de efectividad de los compromisos adquiridos.

6.2. Ámbito de aplicación

En este apartado se expondrá la esfera de actuación del protocolo familiar, tanto en el ámbito personal, como la extensión de su aplicación.

En cuanto al aspecto personal o subjetivo, en esta sección se relacionarán las personas a las que afectarán el protocolo, tanto las que participan en el proceso de elaboración y lo hayan firmado, como las que lo asuman con posterioridad, adhiriéndose a su contenido. En este sentido, es posible que puedan adherirse al protocolo familiar terceras personas ajenas a la familia que suscriban acciones o participaciones de la empresa familiar, si bien, será frecuente en estos casos que se requiera la autorización previa del Consejo de Familia²⁸².

Asimismo, el protocolo familiar expondrá su campo de aplicación, detallando si se concreta a la empresa familiar o si se extiende al grupo de empresas en el que se integre. Igualmente, se incluirán las relaciones que se entablen entre los miembros de la familia empresaria y que afecten al contenido del documento.

Finalmente, el protocolo familiar concretará el ámbito temporal de su aplicación, determinando la fecha de entrada del vigor del protocolo, su duración y las condiciones de extinción, en su caso.

6.3. Gobierno de la empresa familiar

Dentro de este apartado serán muy diversas las cuestiones que pueden ser tratadas, que afectan tanto a la estructura de la empresa familiar, como a su funcionamiento. Así, deberá establecerse la estructura jurídica de la empresa, atendiendo a su tamaño y volumen y se determinará la forma societaria que más se adecúe a las necesidades actuales de la empresa y a las previsiones de futuro de la entidad y, finalmente, se establecerá la estructura y organización de la empresa y los pactos relativos a las reglas de buen gobierno.

El protocolo familiar permitirá regular tanto los órganos societarios comunes a cualquier tipo societario, fijando su composición y funcionamiento, como los específicos *ad hoc* de la empresa familiar, como son la Asamblea Familiar, el Consejo de Familia y

²⁸² GALEOTE MUÑOZ, M.P., “Los protocolos familiares”, en CAMPUZANO, A.B. (Coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1.004.

los distintos comités que pueden constituirse según establecen algunos autores²⁸³, atendiendo al grado de madurez de la empresa.

La constitución de dichos órganos familiares es voluntaria, pudiendo establecerse las reglas de funcionamiento para articularlos con los órganos societarios. Adicionalmente, deberá explicitarse las funciones de cada una de estas figuras, así como las normas de remuneración de sus integrantes o la política para adoptar acuerdos.

6.4. Régimen del trabajo en la empresa

Este punto será de vital importancia para establecer los requisitos y condiciones de acceso para la incorporación en la empresa de lo familiares interesados, a fin de preestablecer unos criterios objetivos que eviten discriminaciones y la confusión entre el ámbito empresarial y el familiar.

Como ya hemos expuesto *supra*, los conflictos surgen fundamentalmente por dicha confusión y por la existencia de diferencias generadas en la empresa, por la integración de los familiares en condiciones que no son de mercado y resultan discriminatorias para el resto de los trabajadores de la empresa.

Con la previa delimitación de los requisitos de acceso, basados en criterios objetivos, se evitarán fricciones presentes y conflictos a futuro, cuando la familia y la empresa hayan evolucionado y, previsiblemente, se integren en la empresa familiar las futuras generaciones.

En cuanto a los criterios de acceso, en el protocolo familiar deberían establecerse las normas y condiciones de acceso a la empresa, regulando los criterios de entrada, que deben responder a unos cánones objetivos y de competitividad, como los siguientes:

- Criterios de formación, referidos a la formación necesaria para incorporarse a la empresa en función del puesto que vaya a desempeñarse.

²⁸³ SÁNCHEZ GIMENO, S., CUESTA LÓPEZ, J.V., “El gobierno de la sociedad limitada familiar”, en GARRIDO DE PALMA, V. (Dir.), *Estudios sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 165.

- Experiencia requerida, determinando la experiencia previa necesaria, lo que tendrá especial relevancia para el acceso de las futuras generaciones. Así, entre los requisitos se podrá solicitar determinada experiencia en empresas competidoras, lo que garantizará que se adquirirán conocimientos y habilidades que serán de gran utilidad en la empresa y que, posiblemente, en el caso de familiares, serían difíciles de aprender en el entorno más seguro de la empresa familiar ante la ayuda de los familiares.

- Criterios de selección, en este punto, deben establecerse los procedimientos para evaluar las cualidades de los miembros de familia que quieran trabajar en la empresa, así como, los criterios de selección y promoción.

Por tanto, en este apartado del protocolo se tratará de definir lo más concretamente posible las normas que regulan la incorporación de los familiares a la empresa, como trabajadores o en los órganos de gestión, para ello, se regularán cuestiones como la formación y experiencia necesaria, los rangos de retribución y funciones de cada puesto de trabajo y los criterios de promoción y ascenso.

En definitiva, se tratará de delimitar con objetividad e imparcialidad los criterios de acceso y promoción en la empresa, a fin de evitar suspicacias y comparativas entre los integrantes de la empresa familiar, sean familiares o ajenos a la familia.

- Política retributiva que, junto con los anteriores criterios, será una fuente recurrente de conflictos en la empresa familiar. Para evitar las divergencias sobre esta cuestión, deberá establecerse en el protocolo familiar unos parámetros de política retributiva, bajo de criterios de eficiencia o capacitación, más allá de las razones puramente emocionales²⁸⁴.

- En cuanto a los criterios de promoción, servirán para determinar qué méritos debe acreditar un miembro de la familia para ascender a puestos de mayor responsabilidad en el seno de la empresa familiar, siendo imprescindible que se sigan criterios de igualdad y homogeneidad.

²⁸⁴ SÁNCHEZ MARÍN, G., CARRASCO HERNÁNDEZ, A. J., “Capital humano en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, op. cit., p.177.

En definitiva, se tratará de analizar y delimitar todos aquellos aspectos que inciden en la decisión de contratar o promocionar a un determinado individuo para un puesto concreto, que pueden generar resentimientos en la empresa familiar.

Asimismo, se deberá establecer en el protocolo familiar una política de remuneración de los miembros de la familia, determinando los criterios retributivos por los que se regirá la empresa, como profesionalidad, productividad o capacitación, en aras de tener preestablecidos parámetros basados en razones objetivas, que deberán ser aplicados con igualdad a todos los integrantes de la empresa.

Todas las cuestiones expuestas en este apartado del protocolo familiar tendrán como objetivo claro evitar la confusión entre propiedad y capacidad, de modo que, sólo accedan a la empresa familiar los familiares válidos y, a sensu contrario, será una medida para que los familiares capacitados puedan acceder a la empresa familiar si esta responde satisfactoriamente a sus perspectivas profesionales, sin encontrarse obligados emocionalmente a integrarse en la misma.

Por otro lado, debe planificarse en el protocolo familiar la salida de los familiares de la empresa. Sobre esta cuestión, tendrá cabida todo lo relativo a la sucesión de aquellas personas que ostentan cargos directivos, pudiendo establecerse la edad de jubilación y así planificar su sucesión. Igualmente, se podrá planificar la transmisión de la propiedad por actos *inter vivos*, en la manera que resulte más beneficiosa para la empresa y la familia.

La transmisión puede formalizarse por muy diferentes vías como compraventa, sucesión, donación, pactos sucesorios, en aquellas Comunidades Autónomas que lo permitan, etc. En este apartado, incluso podrá regularse como deben sufragarse los gastos e impuestos que se originen por causa de la sucesión hereditaria o la transmisión de la empresa familiar.

6.5. Propiedad de la empresa familiar

Esta cuestión tendrá trascendencia para explicar en qué porcentaje están repartidas las acciones o participaciones de la entidad entre los diferentes miembros del grupo familiar; cuestión que será trascendente para titulares de capital social no familiares, que resulten afectados por el protocolo familiar.

De esta forma, se adquirirá una visión global de la empresa familiar, con el adecuado equilibrio entre los intereses de los miembros pertenecientes al grupo familiar y los ajenos a la familia. E igualmente, se definirá el patrimonio de la empresa familiar integrado por aquellos bienes y derechos titularidad de la empresa familiar.

La voluntad de mantener el capital social y, por tanto, la propiedad de la empresa en manos de familia es uno de los ejes motivadores de la empresa familiar, como hemos ido comentando a lo largo de este trabajo. Para ello, se han de adoptar pactos que garanticen su mantenimiento, acordando determinadas restricciones a la transmisión de las acciones o las participaciones de la sociedad. Si bien, dichos pactos para que gocen de eficacia, deben estar incluidos en los estatutos sociales²⁸⁵.

De esta manera, el consenso alcanzado en el protocolo familiar sobre los acuerdos referentes al mantenimiento de la propiedad en la empresa, deberán estar en consonancia con los estatutos, formando un tándem necesario para garantizar su aceptación por todos los firmantes y su efectividad respecto a terceros. Así, para conservar la propiedad de la empresa familiar será oportuno establecer restricciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones de la entidad, regulando un derecho de adquisición preferente en favor de los familiares y así evitar la entrada de terceros ajenos a la familia, que pueda derivar en la pérdida del control de la entidad.

En este epígrafe del protocolo familiar se podrán describir los principios generales que determinan la política económica del grupo familiar, en relación con la empresa. En este sentido, se detallarán todos los aspectos que integren la política económica de la empresa familiar, como el derecho de información de los miembros familiares sobre la contabilidad de la entidad, la política de distribución de dividendos, la valoración y transmisión de las acciones o participaciones, en caso de salida de algún familiar de la empresa, etc.

²⁸⁵ ROCA, M., MARTÍ, N., “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capitulaciones matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en AMAT, J. M., CORONA, J. F., *El protocolo familiar*, op. cit., p. 221.

6.6. Cláusulas de orden

En el apartado de cláusulas de orden, el contenido es muy heterogéneo, por cuanto, pueden integrarse cuestiones muy diversas, como las cláusulas penales por incumplimiento del protocolo, el alcance de su publicidad registral, las reglas de actualización y revisión, así como, la previsión de mecanismos de resolución de conflictos²⁸⁶. Dada la importancia de estas materias la tratamos a continuación separadamente.

6.6.1. Cláusula penal

La cláusula penal partiendo de una definición civilista, resulta definida por la jurisprudencia como una promesa accesoria de la obligación principal, destacando su doble función, reparadora y punitiva²⁸⁷.

En nuestro ordenamiento, la cláusula penal se encuentra regulada por los artículos 1.152 a 1.155 del C.C.²⁸⁸, concibiéndose como una facultad concedida al acreedor de la relación obligatoria principal, que puede exigirla para resarcirse del incumplimiento de ésta. Si bien, como establece el artículo 1.153 del C.C. existirá una facultad del deudor de incumplirla abonando el resarcimiento.

Se trata de una cuestión que puede revestir gran importancia en relación con el protocolo familiar, ya que, la finalidad de la cláusula penal puede ser enteramente

²⁸⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., pp. 81-82.

²⁸⁷ STS Civil de 12 enero de 1999, núm. 1261/1999 (EDJ 1999/116) expone que; “cláusula penal que fue definida en la clásica sentencia de 8 de enero de 1945: “promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor” y más tarde, la de 16 de abril de 1988 la definió como “obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual”.

²⁸⁸ Así el artículo 1152 establece que; “las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”.

El artículo 1153 determina que: “El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada”.

Por su parte, el artículo 1154 establece que: “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

preventiva y disuasoria para que el firmante cumpla lo establecido y no pueda liberarse de su cumplimiento mediante el pago de la sanción establecida. En este sentido, habrá que perfilar el protocolo, para que en caso de que no haya surtido efecto disuasorio, surta un efecto punitivo, con la imposición de un castigo. En consecuencia, será frecuente la inclusión de una cláusula penal en los pactos parasociales que, en caso de incumplimiento, permita a los demás socios firmantes, comprar las acciones del incumplidor por debajo del precio de mercado o incluso por debajo de su valor real²⁸⁹.

Finalmente, debe remarcarse que el RD 171/2007 ha introducido la posibilidad de inscribir las cláusulas penales, gracias a la modificación introducida en los artículos 114.2 y 175.2 del RRM²⁹⁰, regulando que se podrán inscribir las “*cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida por los artículos 6 y 7*”.

6.6.2. Mecanismos de revisión y actualización

Asimismo, puede resultar especialmente conveniente que el protocolo familiar prevea mecanismos de actualización, que permitan adecuarlo en todo momento y que se ajuste a la evolución de la empresa familiar.

Verdaderamente, el protocolo familiar debe ser un documento vivo y flexible, que pueda adaptarse a las condiciones y necesidades cambiantes que afectan a la familia y a la empresa. En este sentido, establece el artículo 28 de la LSC²⁹¹ que podrán ser incorporados los pactos adoptados en la escritura o en los estatutos, siempre que no trasgredan la ley o contradigan el tipo social elegido. De forma que, con su acceso al RM, dichos mecanismos tendrán eficacia frente a terceros.

La adaptación necesaria del protocolo familiar es recogida en la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar²⁹² cuando establece: “*Además, con el fin de*

²⁸⁹ GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret*, núm. 3, 2007, p. 27.

²⁹⁰ BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996.

²⁹¹ El citado artículo establece que: “*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*”.

²⁹² DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, *op. cit.*

adaptarlo a los cambios tanto familiares como empresariales que se vayan produciendo a lo largo de los años, es conveniente revisarlo periódicamente para mantener así su vigencia. Por lo tanto, un PF ha de tener, de un lado, la vocación de permanencia en el tiempo y, de otro, el compromiso de revisarlo periódicamente”.

6.6.3. Mecanismos de resolución de controversias empresa/familia

Consideramos muy recomendable que los protocolos familiares recojan los métodos para la gestión y de resolución de conflictos, pudiendo apostar por sistemas como el arbitraje, mediación o cualquier otra herramienta de resolución alternativa de conflictos²⁹³. De este modo, en los protocolos familiares se podrán establecer fórmulas de mediación y/o arbitraje para la resolución de los conflictos alternativas o sucesivas, sin perjuicio de figuras intermedias como el llamado *med-arb*²⁹⁴; estas fórmulas pueden ser determinadas por materias o por tipología de conflictos.

Debido a la tendencia de generarse tensiones en la empresa familiar, el hecho de que estén planificados en el protocolo, los métodos de resolución de los eventuales conflictos, será decisivo para que, una vez surgidos, no sean ignorados y sean debidamente abordados²⁹⁵.

Para garantizar *erga omnes* la eficacia de esta cláusula protocolaria de sumisión a arbitraje o mediación, se han de trasladar a los estatutos sociales. Por ello, la inscripción de dicha cláusula estatutaria en el RM es fundamental para evitar futuros conflictos en el seno de la sociedad²⁹⁶.

En efecto, la previsión de mecanismos de resolución de conflictos en los protocolos familiares es una cuestión de vital importancia, puesto que, al estar preestablecidos dichos mecanismos, no surgirán discrepancias en cuanto a su utilización o sobre la elección del método para su gestión.

²⁹³ MARTÍN CASTEJÓN, P., “Resolución de conflictos en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, op. cit., p. 426.

²⁹⁴ VELARDE ARAMAYO, S., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR”, en VELARDE ARAMAYO, S. (Coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, Salamanca, Ratio Legis, 2006, p. 59.

²⁹⁵ BAIXAULI GALLEGO, E., *El conflicto empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 26-27.

²⁹⁶ RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 373.

En este sentido, expone VALMAÑA²⁹⁷ que los procesos de resolución de conflictos encomendados a los órganos *ad hoc* de la empresa familiar, por ejemplo, el Consejo de Familia o a un eventual comité específico de resolución de controversias, se asemejan más bien a la figura de la mediación, por cuanto, se tratará de fomentar el acuerdo entre los familiares. Por el contrario, cuando se encomienden a un organismo externo, generalmente se derivará a un procedimiento arbitral.

En todo caso, independientemente del mecanismo por el que se opte para la resolución de los conflictos, sea arbitraje o mediación; lo conveniente es que la vía para gestionar o resolver el conflicto esté previamente establecida, antes de que surjan. De esta forma, estará consensuado el mecanismo establecido y no será necesario aunar las voluntades de las partes para someterlo a un determinado mecanismo.

Por todo ello, podemos afirmar que la inclusión de esta cuestión en los protocolos familiares será trascendental para la empresa familiar. En consecuencia, esta materia no debe ser tratada de forma arbitraria en la elaboración del protocolo familiar, sino que, debe ser consensuada y analizada con la máxima precisión posible, para que se pueda alcanzar el compromiso de implantar mecanismos más ágiles y flexibles que la vía judicial, para la resolución de los conflictos surgidos.

7. Adhesiones al protocolo

Las adhesiones del protocolo familiar será el cauce para determinar a quién afectará la eficacia obligacional del protocolo, independientemente de sus firmantes, que quedarán vinculados jurídicamente entre sí, pudiéndose reclamarse en sede judicial el cumplimiento de lo pactado²⁹⁸.

El protocolo familiar está compuesto por una serie de estipulaciones de naturaleza y eficacia distinta. Por un lado, se encuentran las cláusulas que contienen aspectos de naturaleza puramente moral y, por otra parte, las que despliegan eficacia jurídica. Asimismo, existen aquellas otras estipulaciones que comparten ambos ámbitos.

²⁹⁷ VALMAÑA CABANES, A.J., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, op. cit., p. 147.

²⁹⁸ GORTÁZAR, C., Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar, en AMAT, J. M. y CORONA, J. F. (Coords.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, op. cit., p.197.

En efecto, la diversidad de cláusulas constituye el motivo por el que no es posible inscribir todo su contenido en el RM, impidiendo la publicidad necesaria para que sus cláusulas tengan eficacia *erga omnes*.

En el ámbito subjetivo, habría que definir los firmantes del protocolo, que serán los titulares de capital social, sean o no familiares, aunque generalmente lo serán en su mayoría. Empero, como ya se ha analizado, el protocolo familiar no es un documento cerrado y estanco, sino que, está abierto a previsiones con base en la evolución de la familia y la empresa. Por ello, deberá ser aceptado por los que se adhieran con posterioridad a su firma y, asimismo, podrán suscribirlo aquellos familiares que no tengan todavía participación en el capital y que, de este modo, quedarán vinculados a futuro por sus reglas²⁹⁹.

En este sentido, para garantizar la suscripción del protocolo familiar a futuros socios, sean familiares o terceros, como condición necesaria para acceder al capital social, podrán articularse prestaciones accesorias que debidamente incorporadas a los estatutos permitan exigir dicha suscripción³⁰⁰.

De lo expuesto puede concluirse que el protocolo está compuesto por estipulaciones de muy diversa naturaleza y eficacia jurídica, unas de carácter más moral y, otras, de aspecto jurídico. En todo caso, la publicidad íntegra del protocolo familiar a efectos de dotarle de eficacia frente a terceros no será posible. Para comprender el alcance de dicha publicidad realizaremos un somero análisis en el epígrafe siguiente.

8. Publicidad del protocolo familiar

Como se ha comentado *supra*, en el Informe de la Ponencia de estudio de la problemática de la empresa familiar se recomendó “*la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del protocolo familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros*”.

²⁹⁹ CORONA, J., MARTÍ PICÓ, N., ROCA JUNYENT, M., “Protocolo familiar”, en CORONA, J. (Ed.), *Manual de la Empresa Familiar, op. cit.*, pp. 471-472.

³⁰⁰ VALMAÑA CABANES, A.J., *El régimen jurídico del protocolo familiar, op. cit.*, pp. 148.

En cumplimiento de lo dispuesto, se publicó el RD 171/2007 que, como indica su Preámbulo, articula una pluralidad de vías que permitan el acceso a la publicidad registral de carácter voluntario y con la eficacia pretendida.

En función de los distintos grados de obligatoriedad del protocolo familiar, podemos distinguir tres tipos de protocolos familiares³⁰¹ :

a) El Pacto entre caballeros. Es el protocolo en el que se recogen una serie de declaraciones de intención, principios y valores, que sólo obligan moralmente a los que lo suscriben;

b) El Protocolo contractual. Se trata de negocio jurídico formalizado en documento público o privado que recoge una serie de derechos y deberes que vincula a los firmantes;

c) El Protocolo institucional. Además de tener fuerza obligatoria entre los que lo firman, puede oponerse frente a terceros si se inscriben en el RM.

Por tanto, la eficacia del protocolo familiar está en estrecha conexión con los mecanismos de publicidad para acceso al RM, que establece el RD 171/2007. En el Preámbulo se hace referencia a dicha publicidad como mejor garantía de seguridad jurídica³⁰².

8.1. Presupuestos para la publicidad de los protocolos familiares

Los presupuestos determinados por el RD 171/2007 para la publicidad de los protocolos familiares se regulan en sus artículos 4 a 7, que recogen el mandato de la Disposición Final Segunda de la LSLNE que determina en su apartado 3: *“reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro*

³⁰¹ Vid. GORTÁZAR LORENTE, C., “Empresa Familiar: conservación y continuidad, El protocolo familiar”, *Juris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 53, 2001, p. 51.

³⁰² Así se expone en el Preámbulo del mencionado RD que: *“Además de su carácter estrictamente voluntario, se opta por articular la publicidad de un único protocolo por sociedad. 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”*.

Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción”.

De la regulación establecida extraemos las siguientes consideraciones:

A) Voluntariedad de la inscripción.

Se hace referencia expresa al carácter estrictamente voluntario de la publicidad del protocolo familiar en el Preámbulo del RD 171/2007, así como en el artículo 2.3, que establece que la publicidad del protocolo tiene siempre carácter voluntario para la sociedad.

El carácter dispositivo del acceso del protocolo al RM supondrá que en la práctica muy pocas empresas decidan llevarlo a cabo, si bien, realmente no sería posible establecer la obligatoriedad de inscripción de un documento que contiene cuestiones internas de la familia, que se desearán mantener reservadas al ámbito familiar.

En este sentido, el protocolo familiar puede contener elementos con carácter confidencial, relativo a cuestiones matrimoniales o sucesorias. Por esta razón, se puede facultar a los firmantes para publicar el protocolo, mediante el oportuno apoderamiento³⁰³.

B) Legitimación

En el artículo 3 del RD 171/2007 se establece que la publicidad del protocolo familiar mediante el acceso al RM se produce a instancia del órgano de administración de las sociedades y bajo su responsabilidad, sin perjuicio de las acciones oportunas en caso de que *“no se halle autorizada su publicidad y se discuta el interés de la publicación”*³⁰⁴.

C) Unidad de protocolo

Se articula la publicidad de un solo protocolo, de manera, que no podrán publicarse varios protocolos, estableciendo el RD 171/2007 en el artículo 2.2 que: *“la*

³⁰³ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S., “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, p. 306.

³⁰⁴ Preámbulo del RD 171/2007.

sociedad sólo podrá publicar un único protocolo, suscrito por sus socios, si bien el mismo puede ser objeto de diversas formas de publicidad. En el supuesto de que el protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Publicada la existencia de un protocolo no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresare en la solicitud que el que pretende su acceso al registro, es una modificación o sustitución del publicado”.

El hecho de que solo pueda inscribirse un protocolo familiar no significa que sea inamovible. En efecto, nos encontramos ante un instrumento dinámico y sujeto a las vicisitudes de la empresa y familia. La actualización del protocolo es reconocida en el RD 171/2007 en su artículo 3, al manifestar que deberá ser actualizado y que se presume su vigencia a falta de actualización.

Consideramos que dicha regulación no sólo supone una llamada de atención a la necesidad de actualización del documento, sino que, trasciende más allá, derivando la responsabilidad de su actualización al mismo órgano de administración que asume la responsabilidad de su inscripción.

D) Ámbito de aplicación

La regulación contenida en el RD 171/2007 es de aplicación exclusiva en “*las sociedades mercantiles no sometidas a cotización*”, como se especifica en el artículo 1. En este sentido, CUCURULL³⁰⁵ considera que las empresas familiares no deberían quedar excluidas de lo dispuesto en este Real Decreto, en cuanto por sus características y requisitos requieren una mayor protección jurídica, resultando incongruente que estas sociedades se encuentren con la obligación de inscribir en el Registro los pactos parasociales, empero, no puedan publicar aquellos que deseen incorporar en el protocolo familiar.

Asimismo, la autora³⁰⁶ pone de manifiesto que aquellas entidades que no hayan adoptado una forma mercantil quedarán excluidas de lo dispuesto en el RD 171/2007, no pudiendo en consecuencia inscribir en el RM sus correspondientes protocolos familiares,

³⁰⁵ CUCURULL POBLET, T., *El protocolo familiar mortis causa*, op. cit., pp. 158-159.

³⁰⁶ *Ídem*, p. 160.

lo que traerá como consecuencia que no puedan ser consideradas como empresas familiares a ningún efecto.

E) Cumplimiento de la normativa de protección de datos

El RD 171/2007 en el artículo 3 referente a los requisitos de publicidad de los protocolos, establece que la publicación del protocolo se ajustará a la normativa sobre protección de datos personales y legislación complementaria. A tal efecto, indica que el órgano de administración deberá contar con el consentimiento expreso de los afectados, cuyos datos sean incluidos en el protocolo familiar.

En este sentido, entendemos como afectados los que no hayan suscrito inicialmente el protocolo familiar y que a futuro puedan encontrarse vinculados por el mismo, como será el supuesto de los herederos que ingresen en la empresa familiar.

A modo de conclusión, consideramos necesario que en el protocolo familiar se articulen las vías necesarias para que los compromisos alcanzados se conviertan en reglas vinculantes para sus firmantes y los que se vean afectados por estos. Sobre esta cuestión, señala CORONA³⁰⁷, “*el protocolo familiar es un documento que contiene un acuerdo obligacional que no tendrá más límites para su eficacia que los que se derivan de su legalidad. Lo acordado por la familia será válido en la medida que no sea contrario a las leyes*”.

En consecuencia, se deberá reforzar el carácter obligacional del protocolo mediante las pertinentes cláusulas estatutarias que garanticen su efectividad, a lo que debe sumarse también la oportuna modificación de documentos familiares, principalmente testamentos y capitulaciones matrimoniales, con el fin de que todos ellos sigan las líneas maestras trazadas por el protocolo familiar.

8.2. Modalidades de publicidad

Ya centrados en la publicidad registral de los protocolos familiares conforme al RD 171/2007, las empresas familiares pueden otorgar publicidad al protocolo familiar

³⁰⁷ CORONA RAMON, J., “Introducción a los aspectos legales del protocolo familiar”, en AMAT, J. y CORONA, J., *El protocolo familiar, op. cit.*, pp. 191-192.

mediante diversas vías que le permitirán acceder a la publicidad registral o alcanzarla a través de la web de la sociedad.

De esta forma, el protocolo familiar podrá ser publicado, a través de la página web corporativa, configurada como mecanismo alternativo al registral³⁰⁸, como indica la Exposición de Motivos del RD 171/2007, al señalar que se prevén fórmulas distintas de acceso al Registro del protocolo familiar, *“a fin de dotar de la mayor flexibilidad la publicidad en atención a los intereses de cada sociedad afectada”*.

A) Constancia registral de la existencia del protocolo

Es la forma más sencilla de publicidad que consistirá simplemente en el depósito del protocolo, que se reflejará mediante la anotación de la existencia del protocolo familiar en la hoja de la sociedad.

El artículo 5 del RD 171/2007 establece que *“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”*.

El citado precepto en el apartado segundo hace referencia a que, si el protocolo se hubiese formalizado notarialmente, debe indicarse el Notario autorizante, el lugar, fecha y número de protocolo notarial del mismo. En definitiva, se trata de los datos identificativos del documento notarial, sin que el Registrador entre a examinar su contenido y a calificarlo, limitándose a comprobar *“si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral”*.

B) Inclusión entre la documentación de las Cuentas Anuales

Recoge el artículo 6 del RD 171/2007 que junto con el resto de los documentos que integran las Cuentas Anuales puede incluirse una copia o testimonio, total o parcial,

³⁰⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., PEÑAS MOYANO, M. J., “La empresa familiar como empresa mercantil”, en NOGALES LOZANO, F., *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Madrid, Fundación EOI, 2007, p. 172.

del protocolo, que deberá constar necesariamente en documento público. En este caso, el protocolo o parte de este, será objeto de depósito en el Registro y de calificación formal por parte del Registrador.

C) Inscripción de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo

Esta modalidad está regulada en el artículo 7 del RD 171/2007 estableciendo que: *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*".

Se trata de la única vía que permitirá dotar al protocolo de eficacia, dado que, como se indica en la Exposición de Motivos del RD 171/2007 produce un *"efecto de publicidad material y no mera publicidad noticia"*.

En este supuesto, la publicidad es un mero vehículo para permitir el conocimiento por parte de terceros, pero carece de ninguna otra utilidad, más allá de la puramente informativa³⁰⁹.

Una vez examinada la publicidad en la regulación establecida en el RD 171/2007, a los efectos de este trabajo resulta destacable que, si se optase de forma preventiva en la sociedad familiar por resolver los conflictos intrasocietarios por el arbitraje o, por ende, por la mediación, sería conveniente darle publicidad registral al pacto que lo determinase, en aras de que tenga eficacia *erga omnes* y pueda ser conocida dicha prevención por los terceros que se relacionen con la sociedad familiar. De este modo, dicha cláusula se aplicaría al tercero en los mismos requisitos de aceptación voluntaria, que los que se exigen a las partes originarias³¹⁰.

³⁰⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2013 p. 40.

³¹⁰ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., "El arbitraje societario", en DE MARTÍN MUÑOZ, A. HIERRO ANIBARRO, S. (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 969.

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS COMPLEMENTARIOS DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Como hemos analizado *supra*, el protocolo familiar es un documento incompleto, debido a que, algunos de los acuerdos adoptados en el mismo, deberán ser complementados por determinados instrumentos jurídicos, para poder adquirir plena eficacia jurídica. Los mencionados instrumentos se adaptarán al protocolo familiar, complementándolo en sus diferentes ámbitos, en los que previsoramente se puedan generar situaciones de conflicto.

El protocolo familiar está orientado a regular relaciones interfamiliares, derivadas de la conexión entre empresa y familia, empero, para preservar la continuidad de la empresa familiar, el protocolo tendrá que complementarse con determinados instrumentos jurídicos que, siguiendo los pactos asumidos en el protocolo, serán imprescindibles para dotarlos de eficacia.

De este modo, se podrá establecer en el protocolo familiar la recomendación a los cónyuges de otorgar capitulaciones matrimoniales, sometiéndose con preferencia al régimen económico matrimonial de separación de bienes, por las repercusiones que el régimen de gananciales puede tener en la empresa familiar, en las situaciones de crisis matrimonial. No obstante, el pacto asumido en el protocolo no tendrá plena eficacia hasta que no hayan sido formalizadas las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges, en los términos aconsejados en el protocolo.

Por ello, para asegurar su eficacia, el protocolo familiar se ha de complementar con otros documentos que aseguren su observancia. De este modo, el protocolo debe estar desarrollado en instrumentos documentales como los estatutos sociales, el testamento, las capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio de otros pactos de índole privada que vinculen igualmente a las partes.

Ciertamente, el protocolo familiar puede ser reforzado con otros instrumentos que los complemente y concreten las pautas establecidas. Si bien, el protocolo no puede determinar la obligatoriedad de pactar un determinado régimen económico matrimonial o de testar en un determinado sentido, sino que, simplemente podrá marcar las

recomendaciones que posteriormente puedan plasmarse en otros instrumentos, con la finalidad de preservar la continuidad de la empresa familiar.

En todo caso, la coordinación del protocolo familiar con otros instrumentos será necesaria para darle viabilidad a su contenido, si bien, sólo podrá sancionarse a los que no atiendan sus recomendaciones, mediante la inclusión de cláusulas penales por incumplimiento.

En esta línea, el protocolo familiar ha sido considerado por VICENT CHULIÁ³¹¹ como un contrato base para la organización de la empresa familiar que funciona como eje vertebrador y sobre el que se constituyen un complejo de negocios jurídicos de diversa naturaleza.

Al margen de lo expuesto hasta ahora, tras examinar la larga lista de posibles conflictos que habitualmente afectan a la empresa familiar, extraemos la conclusión de que la fuente generadora de los diversos conflictos procede de la interacción continúa entre familia y empresa, al ser dos subsistemas dinámicos y evolutivos. Por tanto, la coexistencia de estos dos sistemas con sus respectivos intereses es una fuente potencial de conflictos, al poder existir incompatibilidad entre los intereses empresariales y los familiares³¹².

Ante este panorama, podemos considerar el protocolo familiar como una guía de medidas, consensuadas bajo un sentimiento de unidad familiar frente a las posibles adversidades. Si bien, para dotar de eficacia dicho acuerdo familiar, será necesario dar un paso más y materializar, mediante la formalización de otros documentos, las medidas anunciadas en el protocolo.

Para profundizar más en estas cuestiones, analizaremos *a posteriori* las diversas vías complementarias al protocolo familiar que serán de muy diverso ámbito, en cuanto, afectarán aspectos correspondientes al régimen económico matrimonial, ámbito societario, planificación sucesoria, etc.

³¹¹ VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 18.

³¹² MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M., “La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar, op. cit.*, 2010, p. 204.

Por tanto, como venimos comentando, el protocolo familiar es un documento marco que, para desplegar eficacia, necesita desarrollarse por otros pactos complementarios que regularán aspectos concretos como “*las capitulaciones matrimoniales del empresario y de sus hijos; el testamento del empresario y de sus hijos; los estatutos sociales, que han de recoger los pactos institucionales relativos al funcionamiento de la empresa, sin perjuicio de que puedan establecerse, además, pactos privados entre socios, recogidos fuera de los estatutos que, si bien no serán oponibles a la sociedad, serán válidos y exigibles entre las partes firmantes de los mismos*”³¹³.

A modo de conclusión, puede indicarse que el protocolo familiar no puede considerarse como una “*solución universal*” que permita superar todos los obstáculos a los que deba enfrentarse la empresa familiar³¹⁴, por ello, tendrá que ser apoyado por otros instrumentos que surgirán a partir de sus pactos. En este sentido, como contempla GARCÍA, el protocolo familiar “*es un pacto parasocial, que conformará el acuerdo marco del que nazcan los demás instrumentos jurídicos (Estatutos Sociales, capitulaciones matrimoniales, testamentos, pactos sucesorios, donaciones, contratos de trabajo, modificaciones de órganos, etc.*”³¹⁵

Sobre la cuestión expuesta, consideramos que, aunque el contenido del protocolo familiar puede ser muy extenso, debe centrarse en recoger pautas que regulen la relación de la familia y empresa y materializar dichas recomendaciones en los instrumentos jurídicos necesarios para dotarlas de eficacia.

Asimismo, las pautas adoptadas en el protocolo familiar deben tener una proyección de futuro y ser extensibles a los miembros de la familia que integren en la empresa, es decir, las sucesivas generaciones.

³¹³ Entre ellos, SANCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., BELLVER SANCHEZ, A., SANCHEZ SANCHEZ, A.M., *La Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad*, op. cit., p. 31.

³¹⁴ En este sentido, el autor considera que el protocolo no puede concebirse como una “*solución universal*”, sino como una caja de herramientas con la que articular la regulación de la sociedad mediante los documentos más adecuados para cada cuestión. GOMÁ LANZÓN, I., “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, op. cit., p. 669.

³¹⁵ GARCIA COMPANYS, A., “El Protocolo Familiar: La solución jurídica para la empresa familiar”, *Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar*, núm. 5, 2017, p. 12; disponible en: https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/62578/cpef_a2017v5n1p5.pdf?sequence=1, consultado el 19-01-2019.

Acometemos a continuación un somero análisis de los instrumentos que consideramos más relevantes y de mayor eficacia para desarrollar el protocolo familiar en el ámbito de la empresa familiar.

1. Estatutos sociales

Los estatutos sociales son un documento social que regula el funcionamiento y la organización de la sociedad. Se encuentran integrados en la escritura fundacional de la sociedad y deben incluir unos contenidos mínimos establecidos en el artículo Art. 23 de la LSC³¹⁶, que son desarrollados en el RRM³¹⁷.

En efecto, legamente se establecen unos contenidos mínimos de organización societaria y se facultad a incluir voluntariamente normas imperativas que se extienden a las personas relacionadas con la sociedad³¹⁸.

³¹⁶ El artículo 23 de la LSC establece que: *En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar:*

a) La denominación de la sociedad.

b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.

c) El domicilio social

d) El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado en el artículo 4, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. Los Registradores Mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia en las notas de despacho de cualquier documento inscribible relativo a la sociedad, así como en las certificaciones que expidan.

Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos.

Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples”.

e) 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 retribución, si la tuvieren.

En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.

f) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad”.

³¹⁷ En el artículo 115 y ss. para la SA y 176 y ss. SL., en los que se menciona que para la inscripción de los estatutos deben tener el contenido fijado en los artículos siguientes, en los que se detalla su respectivo contenido.

³¹⁸ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., p. 349.

En las empresas familiares, los estatutos sociales coexisten con el protocolo familiar, que será elaborado por cada familia empresaria según las necesidades a cubrir³¹⁹. Por ello, será conveniente que ambos documentos estén adecuadamente coordinados, sentando las pautas el protocolo de cuestiones que, en caso de que sean inscribibles, deberían incorporar a los estatutos, dotándolas de la eficacia que les proporciona la inscripción registral.

En este sentido, los socios podrán incluir en los estatutos los pactos y condiciones que tengan por conveniente incluir, conforme se establece en el apartado 2 del artículo 114 del RRM para las sociedades anónimas y en el apartado 2 del artículo 175 del RRM para las sociedades limitadas. Los citados artículos determinan que serán inscribibles “los pactos y condiciones inscribibles que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o en los estatutos”, siempre que no se opongan a las leyes, ni contradigan los principios configuradores del tipo societario.

A tenor literal del citado precepto legal, pueden ser inscritas las siguientes cláusulas estatutarias:

“a) Las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

b) El establecimiento por pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa o bien para la concurrencia de obligación de transmitir de conformidad con el artículo 188.3 de este Reglamento.

c) El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos.

³¹⁹ GIMENO SANDIG, A., BAULENAS RUVIRETA, G.,” Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española”, en AMAT SALAS, J., CORONA RAMON, J. (Eds.), *El protocolo familiar: la experiencia de una década*, op. cit., p.102.

d) *El pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable.*

e) *La existencia de comités consultivos en los términos establecidos en el artículo 185.3 de este Reglamento”.*

Por consiguiente, la inscripción de estos pactos mediante su inclusión en los estatutos sociales tiene eficacia *erga omnes* al gozar de publicidad registral³²⁰.

Los pactos que pueden ser inscritos más destacables son los referentes a la existencia de cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas en el protocolo, el pacto de sometimiento a arbitraje y la creación de Comités Consultivos.

De la simple lectura del precepto referido resulta evidente que, para que puedan ser trasladados a los estatutos los pactos alcanzados en el protocolo familiar, ambos documentos deben estar coordinados. Para ello, será necesario que el protocolo familiar haya fijado previamente los acuerdos que, posteriormente, deben trasladarse a los estatutos.

En este sentido, la necesidad de que los estatutos sociales doten de eficacia los pactos contenidos en el protocolo familiar, es puesta de manifiesto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 20 de abril de 2010³²¹: *“Sin embargo, con posterioridad se celebró una Junta General Extraordinaria por la que los socios, de manera unánime, decidieron no incluir dicho pacto en los Estatutos de la sociedad, por lo que el Tribunal ha dado prevalencia a lo dispuesto en los Estatutos, por haberse adoptado éste, con posterioridad a la firma del protocolo familiar, lo que ha conllevado a que sus acuerdos dejen sin eficacia jurídica a ciertas cláusulas contenidas en el protocolo familiar”.*

Por todo ello, es conveniente que los estatutos sociales se configuren como un medio complementario al protocolo familiar. Esto exige que el protocolo haya fijado de antemano los puntos de vital importancia para la conservación de la propiedad de la

³²⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit. p. 172

³²¹ SAP de Teruel de 20 de abril de 2010, núm. 81/2010 (LA LEY 132688/2010).

empresa en la familia y los traslade a los estatutos sociales para dotarlos de eficacia jurídica.

Sobre la cuestión expuesta, mantiene VIRUEL, “*en la práctica, la tendencia es incluir en los estatutos el máximo de pactos posibles del protocolo familiar; esto es así porque, dada la obligación de inscribir los estatutos en el Registro Mercantil, éstos van a desplegar una eficacia erga omnes, mientras que la eficacia del protocolo familiar es más cuestionada*”³²².

Asimismo, como hemos comentado *supra*, el cumplimiento del protocolo familiar puede establecerse en los estatutos sociales mediante una prestación accesorias. En esta línea, autores como GARRIDO DE PALMA³²³ consideran la posibilidad de que el cumplimiento del pacto parasocial, concretamente el protocolo familiar, se configure como una prestación accesorias estatutaria.

Esta cuestión ha sido tratada en una reciente resolución de la DGRN³²⁴, que ratifica la posibilidad de incluir en los estatutos sociales de la empresa familiar, la obligación de cumplir con el protocolo familiar a través de la figura de la prestación accesorias, consistente en la obligación de todos o algunos de los socios de realizar una prestación a favor de la sociedad. De este modo, el incumplimiento de ésta, si así se ha acordado, pudiera llevar aparejado la exclusión del socio incumplidor.

En el caso concreto recogido en la citada resolución, se debatía la posibilidad de incluir en estatutos sociales una prestación accesorias no retribuida consistente en que los accionistas que tuviesen la consideración de “*miembros de la familia integrantes de una rama familiar*” se obligasen a observar y cumplir las disposiciones recogidas en el protocolo familiar. En el supuesto expuesto, el protocolo familiar había sido aprobado por unanimidad por todos los accionistas en Junta General, en la que, asimismo, se acordó la inclusión de la prestación accesorias en los estatutos sociales de la empresa familiar.

³²² VIRUEL LEON, M.I., “Los estatutos en la sociedad familiar: límites a la autonomía de la voluntad”, *op. cit.*, p. 249.

³²³ GARRIDO DE PALMA, V.M., “La familia empresaria: el cambio generacional en las empresas familiares”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 85, enero-marzo, 2013, p.410.

³²⁴ Resolución de 26 de junio de 2018 de la DGRN en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador Mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada. BOE núm. 166, de 10 de julio de 2018.

Pues bien, a juicio del Registrador Mercantil, el contenido de la prestación accesoria no cumplía con el requisito legal de “concreción y determinación”, al referirse a un protocolo familiar suscrito al margen de los estatutos sociales de la empresa familiar. En otras palabras, al no plasmarse en los estatutos sociales las concretas previsiones recogidas en el protocolo, los accionistas que tuviesen la consideración de “miembros de la familia integrantes de una rama familiar”, se estaban obligando a cumplir una serie de disposiciones indeterminadas.

Finalmente, la DGRN ha corregido la calificación negativa de inscripción del Registrador Mercantil, al considerar que la obligación inherente a la prestación accesoria quedó perfectamente identificada mediante su formalización en escritura pública. De esta manera, su íntegro contenido quedó determinado extraestatutariamente de forma cognoscible, no solo por los socios actuales que la habían aprobado unánimemente en la junta celebrada, sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones, quedarían obligados por la prestación accesoria.

En cuanto a la creación de órganos específicos como los Comités Consultivos resulta relevante la resolución de 4 de mayo de 2005 de la DGRN³²⁵, que hace referencia a los mismos al manifestar que *“dentro del mismo marco dispositivo se creen órganos específicos al margen de los legalmente previstos no puede descartarse a priori; si bien, condiciona su incorporación a la estructura de la sociedad a una adecuada regulación de su composición, nombramiento, funciones, etc. y el respeto a las leyes y a los principios configuradores del tipo social”*.

Por todo ello, resulta necesario que los estatutos sociales se conformen como un medio complementario al protocolo familiar y todas las estipulaciones contenidas en el protocolo estén relacionadas con los estatutos sociales. De esta forma, tendrán acceso al RM y serán oponibles frente a la sociedad y terceros.

Por lo que respecta al vínculo matrimonial, resulta incuestionable que su existencia tiene trascendencia patrimonial para los cónyuges, no sólo durante el matrimonio, sino también, en caso de disolución.

³²⁵ BOE núm. 160, de 6 de julio de 2005.

Centrándonos en la sociedad familiar, la celebración y la disolución del matrimonio pueden suponer, respectivamente, la entrada y la salida de socios en la empresa familiar y, asimismo, tendrá efectos en la gestión de las acciones o participaciones sociales que integran la sociedad familiar³²⁶.

Por todo ello, trataremos *infra* la repercusión en la empresa familiar de las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial adoptado entre los cónyuges.

2. Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económicos matrimoniales en la empresa familiar

La planificación del régimen económico matrimonial es otra recomendación que deberá incluirse en el protocolo familiar, en aras de que dicha recomendación sea formalizada en capitulaciones matrimoniales por los cónyuges antes de contraer matrimonio, dada la gran repercusión que el régimen aplicable puede tener para la empresa familiar.

Sobre la cuestión expuesta, clarificar que el protocolo no puede obligar a ningún miembro de la familia y socio a adoptar un determinado régimen económico matrimonial, al conculcar la libre voluntad de los cónyuges y ser contraria a Derecho, por gozar la familia y las sucesiones de extrema protección³²⁷.

Las capitulaciones matrimoniales siguiendo a CARCABA son un “*negocio jurídico familiar de contenido económico o, más precisamente, de contenido “básicamente” económico, habida cuenta de que pueden existir capitulaciones con disposiciones de carácter exclusivamente personal*”³²⁸.

La adopción de capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges tendrá fundamentalmente una vertiente económica, que nos interesa, a los efectos de delimitar

³²⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003, pp. 38-40.

³²⁷ LLOPIS GINER, J.M., “La libertad del testador, su facultad de repartir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en REYES LÓPEZ, M.J. (Coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2004, p. 51.

³²⁸ CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Las Capitulaciones Matrimoniales*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1992, p. 13

las relaciones económicas del matrimonio con la empresa familiar, para ello, analizaremos los diversos regímenes matrimoniales que pueden adoptarse en Derecho común, a los efectos de valorar cuál es el más idóneo para el matrimonio cuyos cónyuges estén integrados en la empresa familiar.

Dicha cuestión, será especialmente relevante para los empresarios familiares, considerando como tales a las personas físicas casadas que sean titulares de una empresa. En estos supuestos, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales puede considerarse un instrumento preventivo de conflicto en caso de crisis matrimonial³²⁹.

Los regímenes económicos matrimoniales establecidos en nuestro Derecho común son el de sociedad legal de gananciales recogido en los artículos 1.344 a 1.410 del C.C., el régimen de participación regulado en los artículos 1.411 a 1.434 C.C. y el régimen de separación de bienes, establecido en los artículos 1.435 a 1.444 C.C.

Compartimos con MORO ALMARAZ³³⁰ la consideración de que las capitulaciones matrimoniales son *“aquel contrato por medio del cual los cónyuges establecen antes de contraer matrimonio o constante el mismo, el régimen económico al que van a someter sus relaciones económicas y/o patrimoniales tanto personales como con respecto a terceros, o modifican o sustituyen dicho régimen constante matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*.

La función primordial de pactar capitulaciones matrimoniales en la empresa familiar será el establecimiento de cláusulas que sustituyan el régimen legal supletorio establecido en derecho común. En este sentido, el artículo 1.316 del C.C. establece, en defecto de capitulaciones matrimoniales o cuando estas sean ineficaces, el régimen económico matrimonial supletorio es el de sociedad legal de gananciales.

Ciertamente, la elección de un régimen económico matrimonial tendrá especial trascendencia, en razón a los efectos que puede derivar para la empresa familiar³³¹. Sobre

³²⁹ POVEDA BERNAL, M. I. “Aspectos jurídico-familiares de la empresa familiar”, en NOGALES LOZANO, F. (Coord.), *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Madrid, Fundación EOI, 2007, p. 115.

³³⁰ MORO ALMARAZ, M.J., SANCHEZ CID, I., *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, Colex, 2005, p.110.

³³¹ MARTORELL ZULUETA, P. “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, op. cit., pp. 73-96.

este punto, compartimos con REYES LÓPEZ³³² que lo idóneo sería que se produjese “*la menor interdependencia entre el patrimonio familiar y el empresarial*”.

A *posteriori* trataremos las diferencias entre los tres regímenes económico-matrimoniales que pueden pactar los cónyuges en Derecho común, destacando los efectos que la elección de cada uno puede tener para la empresa familiar. Independientemente del régimen elegido, se deberán respetar una serie de normas básicas de carácter imperativo, especialmente orientadas al mantenimiento de las cargas familiares y a la protección de terceros frente a las responsabilidades que asuma la sociedad conyugal.

2.1. El régimen de separación de bienes y participación de bienes en la empresa familiar

En el régimen de separación de bienes no se generará confusión patrimonial entre el matrimonio y la empresa familiar, de forma que, pertenecerán a cada cónyuge los bienes de que disponía al constituirlo, así como, los que adquiera posteriormente por cualquier título, debiendo contribuir los cónyuges al sostenimiento de las cargas comunes. De este modo, conforme establece el artículo 1.437 del C.C., el cónyuge comerciante conserva la titularidad exclusiva de los bienes que integran su patrimonio y los frutos y rentas provenientes de los mismos, ostentando su libre administración y disposición³³³, e igualmente, serán de su exclusiva responsabilidad todas las deudas contraídas³³⁴.

Sobre la delimitación entre el patrimonio familiar y empresarial compartimos con REYES LÓPEZ³³⁵ que el régimen de separación de bienes no contempla la interrelación

³³² REYES LÓPEZ, M.J. “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración en la empresa familiar”, en AA.VV., CÉSAR CAMISÓN ZORNOZA, C. y RÍOS NAVARRO, A. (Dirs.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar, un análisis comparado desde la economía y el derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 199 y ss.

³³³ El artículo 1437 del C.C. establece que en el régimen de separación: “*pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*”.

³³⁴ El artículo 1440 del C.C. por su parte establece que “*Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad*”. Si bien, en el caso de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, establece que responderán ambos cónyuges, en base a lo establecido por los artículos 1319 y 1438. Los mencionados artículos hacen referencia a su vez al sostenimiento de las cargas del matrimonio, al que deberán contribuir ambos cónyuges, como establece el artículo 1438, mientras que el artículo 1319 respecto a las deudas contraídas establece una responsabilidad inicial solidaria, de los bienes comunes con los del cónyuge que haya contraído la deuda, y subsidiariamente, de los bienes del otro cónyuge.

³³⁵ REYES LÓPEZ, M. J. “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración en la empresa familiar”, en AA.VV., CÉSAR CAMISÓN ZORNOZA, C., RÍOS NAVARRO, A. (Dirs.),

entre patrimonios. Empero, en la empresa familiar suele ser habitual que, aunque el origen sea privativo, contribuyan ambos cónyuges con aportaciones comunes, por lo que, en estas circunstancias, será difícil de delimitar el capital propio y común.

En el régimen de participación relacionado con la empresa familiar, corresponderá a cada cónyuge la participación en la sociedad que haya adquirido antes del matrimonio y será titularidad de ambos, la que hayan adquirido durante el matrimonio. En lo no regulado expresamente, será de aplicación las normas establecidas para el régimen de separación de bienes³³⁶.

Durante su vigencia, el régimen de participación funciona prácticamente como el de separación de bienes, así, cada cónyuge administra sus bienes y sus patrimonios y estos se mantienen separados.

En cuanto a las ganancias, de conformidad con los artículos 1.427 y 1.428 del C.C., existirá entre los cónyuges un crédito de participación, correspondiente al reparto de la diferencia de las que se hayan generado entre el patrimonio final e inicial. De esta forma, el cónyuge que menos incremento haya tenido durante el matrimonio debe abonar a su cónyuge la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge. En caso de que no haya diferencia, se realizará un reparto por mitades de las ganancias obtenidas.

Los efectos comunes del régimen de separación de bienes y participación, respecto al de gananciales, es que no se generarán ganancias comunes, ni se constituirá un patrimonio común que pueda verse afectado por las deudas contraídas por la empresa familiar.

2.2. El régimen de gananciales en la empresa familiar

El régimen de sociedad legal de gananciales es el régimen más comúnmente implantado en nuestra sociedad, al resultar supletorio en Derecho común, si bien, dicha supletoriedad no se implanta de manera generalizada en la regulación de las Comunidades

Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar, un análisis comparado desde la economía y el derecho, op. cit.

³³⁶ Art. 1412 a 1414 C.C.

Autónomas. Por tanto, el régimen legal de gananciales podrá ser adoptado por los cónyuges mediante capitulaciones matrimoniales o ser aplicable en defecto de pacto, en Derecho común.

Conforme establece el artículo 1344 del C.C. “*mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*”.

Entre los bienes pertenecientes al matrimonio o uno de los cónyuges podrá estar la empresa familiar, por lo que, analizaremos el supuesto de que la empresa familiar sea un bien privativo, ganancial o tenga naturaleza mixta, en parte privativa y en parte ganancial.

2.2.1. Empresa familiar como bien privativo

En los artículos 1346 y 1347 del C.C. se establecen una relación de circunstancias que determinarán el carácter privativo o ganancial de los bienes de los cónyuges, entre los que se encontrarán la empresa familiar.

En cuanto a los bienes privativos, la enumeración establecida en el artículo 1346 del C.C. establece una serie de supuestos que centraremos en la empresa familiar, para prever en qué casos tendrá tal naturaleza:

1.- Los bienes y derechos que pertenecieran a cada uno de los cónyuges al comenzar la sociedad. Por tanto, el momento de adquisición de los bienes determinará su carácter, de esta forma, la empresa familiar será privativa de uno de los cónyuges, independientemente de que se hubiesen adquirido de forma onerosa o gratuita, cuando ya le pertenecía al comienzo de la sociedad de gananciales, es decir, cuando fuese de uno de los cónyuges con anterioridad o al constituirse la sociedad legal de gananciales.

2.- Los que adquiera después por título gratuito. Así pertenecerá la empresa al cónyuge que la haya adquirido gratuitamente cuando ya estaba constituida la sociedad de gananciales, pudiendo haberla recibido por donación, legado o herencia.

3.- Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. En este supuesto, la empresa familiar se adquirirá por subrogación, cuando hubiera sido adquirida a costa o en sustitución de un bien anterior de carácter privativo.

4.- Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. Si la empresa fuese adquirida por un derecho de adquisición preferente, como un derecho de tanteo o retracto de carácter privativo, se derivará su carácter privativo. Si bien, el precepto está centrado en aquellos supuestos en los que la adquisición resulta de un derecho de retracto que ostente uno de los cónyuges³³⁷.

5.- Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.

6.- El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

7.- Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

En los epígrafes anteriores se trata de vincular al cónyuge las cosas que adquiere por un vínculo personal o derechos o indemnización de daños que le corresponden personalmente.

8.- Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

En este supuesto, se recoge el destino privativo de los bienes por destino, en razón a que, son los bienes usados por uno de los cónyuges para su actividad profesional, salvo cuando se trate de una empresa de carácter ganancial.

Asimismo, se recogen preceptos específicos en otros artículos del C.C. que determinan carácter privativo o ganancial de la empresa. Así, si la empresa hubiera sido adquirida a plazos antes de constituirse la sociedad de gananciales, conservará el carácter privativo, aunque la totalidad o parte de estos plazos se satisfagan con patrimonio

337 LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Madrid, Marcial Pons, 2007, 6ª ed., pp. 217 a 219.

ganancial, sin perjuicio de los reembolsos o reintegros que fuese procedentes, conforme al art. 1.358 del CC.

En el caso de que se tratasen de nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de bienes privativos, asimismo, serán privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir, sin perjuicio de los reembolsos oportunos, en caso de haber usado fondos comunes³³⁸.

Igualmente, los bienes serán privativos por vía de subrogación, determinándose su carácter privativo en función de la naturaleza del primer pago a plazos. En este sentido, el artículo 1356 C.C. establece que cuando un bien hubiera sido adquirido a plazos constante la sociedad de gananciales, tendrán naturaleza ganancial o privativo, si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero que no tuviese tal carácter, sin perjuicio de reembolsos correspondientes.

2.2.2. *Empresa familiar como bien ganancial*

El artículo 1347 del C.C. establece una relación de situaciones que determinarán el carácter ganancial de la empresa familiar. Dentro de los referidos supuestos, el que posiblemente plantee menos dudas será el de constitución de una sociedad durante la vigencia del régimen de gananciales, si bien, existirán otros supuestos que relacionaremos *infra*, en los que la empresa adquirirá el carácter ganancial por derivación de otros bienes que tienen tal carácter.

En cuanto a la consideración como ganancial de la empresa, dispone el artículo 1347.5 del C.C. que son gananciales: “*las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes (...)*”.

El precepto se refiere a establecimiento o explotación, sin especificar su carácter individual o societario, cuestión analizada por la doctrina³³⁹, considerando los requisitos necesarios para que una sociedad se considere como ganancial:

³³⁸ Artículo 1352 CC.

³³⁹ MILLAN SALAS, F., “La empresa y la sociedad de gananciales”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 1994, pp. 235 a 249.

- Cuando haya sido constituida durante la vigencia de la sociedad de gananciales a costa de bienes gananciales. Empero, si hubieran concurrido conjuntamente capital privativo y ganancial, se podrán satisfacer los respectivos reembolsos.

- Cuando se haya adquirido para uno de los cónyuges, contribuyendo a su adquisición ambos cónyuges, a costa del caudal común.

El carácter ganancial de la sociedad cuando se ha constituido durante la vigencia del régimen de gananciales queda expuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de julio de 2008³⁴⁰: *“Tal empresa se constituyó, fundó, montó, e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales (...), momento en el que tenían la condición de bienes gananciales "los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos”*.

Independientemente de los bienes que tengan carácter ganancial, en el artículo 1361 del C.C. se establece una presunción de ganancialidad aplicable a todos los bienes existentes en el matrimonio, a los que se les atribuirá tal carácter, mientras no se demuestre mediante en prueba en contrario, su carácter privativo.

Igualmente, la empresa tendrá carácter ganancial por adquisición derivativa en los siguientes supuestos³⁴¹:

1.- Cuando se adquiriera por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fuera con fondos privativos. Dicho supuesto, de conformidad con el art. 1.347.4 del C.C. se producirá cuando la sociedad se haya adquirido por la existencia del derecho de retracto de carácter ganancial.

2.- Cuando la empresa sea donada o dejada en testamento a los cónyuges conjuntamente o sin especial designación de partes, constante la sociedad de gananciales. En este supuesto, de conformidad con el artículo 1353 del C.C., tendrá carácter ganancial,

³⁴⁰ SAP de Murcia, Sección 5, núm. 180/2008, de 22 de Julio de 2008 (B.D. JUR/2009/95542).

³⁴¹ Seguimos en esta exposición a RUIZ DE VELASCO DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2007, 3ª ed., pp. 27 y ss.

cuando el donante o testador no hubiese dispuesto otra cosa y la liberalidad haya sido aceptada por ambos esposos.

3.- Cuando los cónyuges, de común acuerdo, atribuyan carácter ganancial a la empresa adquirida a título oneroso, constante la sociedad. De conformidad con lo establecido en el artículo 1355 C.C., dicho carácter ganancial se adquirirá con independencia de cuál sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.

4.- Empresa ganancial por presunción. Cuando no se acredite a *sensu contrario* el carácter privativo de un bien, conforme a lo establecido en el artículo 1.361 del C.C., se considerará ganancial.

Los criterios expuestos estarán orientados a delimitar de forma teórica la naturaleza ganancial de los bienes. Si bien, en la práctica puede resultar difícil concretar el carácter de un determinado bien. Esta situación, no sólo puede provocar tensiones entre los cónyuges, sino también tener gran trascendencia respecto a terceros, especialmente, cuando se trate de una empresa familiar.

Por ello, en aplicación del artículo 1324 C.C., la prueba de confesión de uno de los cónyuges será suficiente para determinar el carácter privativo de un bien del otro, con la limitación de que dicha confesión no podrá perjudicar los derechos de los herederos forzosos del confesante, ni de los acreedores, sean de la comunidad de gananciales o de los cónyuges.

La prueba de confesión es tratada expresamente por la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia de 14 marzo de 2019³⁴²: *“Ciertamente la confesión de ganancialidad no podrá perjudicar a los herederos forzosos del confesante, según lo dispuesto en el art. 1.324 del CC.*

La confesión de privatividad regulada en el artículo 1324 del Código Civil , supone la manifestación fehaciente por parte de un cónyuge acerca de que los bienes comprados por el otro constante matrimonio son privativos, siendo perfectamente válida y eficaz, y desvirtúa las presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil

³⁴² SAP Valencia Sec. 8^a de 14 marzo 2019, núm. 177/2019 (ROJ: SAPV 431/2019).

(STS de 25 septiembre 2001 y 29 de noviembre de 2006); sus efectos se producen no solo inter-partes sino "erga omnes", con la excepción de los acreedores y los legitimarios”.

2.2.3. Empresa familiar como bien ganancial y privativo

Cuando a la constitución de la empresa se haya contribuido con parte de capital ganancial y parte de capital privativo de uno o de ambos esposos, se formará entre ellos un condominio ordinario y para su administración será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes, conforme establece el artículo 398 del C.C.

En este sentido, podrán existir bienes en régimen de comunidad ordinaria de los cónyuges incluso aunque se rijan por el régimen de separación de bienes, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de enero de 2010³⁴³: “La adquisición de bienes por los cónyuges durante el matrimonio contraído bajo tal régimen de separación de bienes se rige por lo previsto en los arts. 1435 y ss. y en especial por lo dispuesto en el art. 1437 C.C. de manera que, a falta de otros pactos, la existencia de bienes en común y pro indiviso que hayan sido adquiridos por los cónyuges, durante la vigencia de dicho régimen, con posibles deudas derivadas de los mismos, se presentaría como una comunidad de bienes, en los términos prevenidos en los artículos 392 y siguientes del C. C. Y para poner fin a la misma, tras la disolución de dicho régimen obvio es que ha de bastar el ejercicio de la actio communi dividendo (...)”.

La titularidad mixta de la empresa requerirá que, conforme al régimen previsto para la comunidad de bienes³⁴⁴, cualquier acto de disposición o gravamen tenga el consentimiento unánime de los cónyuges.

Por lo expuesto, en la empresa familiar será más que conveniente la delimitación entre patrimonio matrimonial y el empresarial, a los efectos de determinar los bienes que se encontrarán vinculados a las deudas contraídas por los esposos personalmente o por el ejercicio de su actividad empresarial, como trataremos *infra*.

³⁴³ SAP de Madrid, Sección 24, núm. 65/2010, de 20 de enero de 2010 (B.D. VLEX 220119411).

³⁴⁴ Establecido en el artículo 397 del C.C.

2.2.4. Ganancias y deudas generadas por la empresa familiar

El régimen de gananciales considera integrados en el patrimonio común las ganancias y beneficios obtenidos por los cónyuges, que les pertenecen conjuntamente y responden de las cargas o deudas comunes.

En referencia a las ganancias, el artículo 1347.2º del C.C. atribuye carácter ganancial a los frutos, rentas o intereses producidos por los bienes gananciales y privativos. Por ello, en referencia a la empresa familiar, tendrán la consideración de gananciales los bienes adquiridos a resultas del comercio y sus beneficios, así como, los bienes que constituyen el patrimonio común de los cónyuges, si bien, para disponer de los mismos será necesario el consentimiento de ambos cónyuges³⁴⁵. Por ello, será trascendental que el consentimiento de los cónyuges haya sido válidamente otorgado, por la trascendencia que tendrá dicho consentimiento para la vinculación de los bienes comunes.

En este sentido, los bienes gananciales responden frente al acreedor de las deudas contraídas por el cónyuge empresario en el ejercicio de su actividad mercantil o comercial. De forma que, existe la presunción de que todos los actos que realiza el cónyuge comerciante son realizados en el ámbito de su esfera mercantil, por lo que, las deudas que contraigan compartirán también este carácter³⁴⁶.

Poniendo en relación lo expuesto con lo establecido en el artículo 1322 del C.C., para cualquier acto de administración o disposición realizado por uno de los cónyuges debe contar con el consentimiento del otro, de forma que, los realizados sin él y cuando no hayan sido confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o por sus herederos.

En consecuencia, para que vincule al patrimonio familiar los actos realizados por el cónyuge empresario deberá contar con el consentimiento del otro cónyuge. Para valorar dicho consentimiento, debemos acudir a los preceptos del C.Com. que regula el

³⁴⁵ BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 339.

³⁴⁶ SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 127.

consentimiento necesario en el ejercicio del comercio por persona casada, recogido en los artículos 6 y siguientes.

En este sentido, conforme al artículo 6 del C.Com., quedarán obligados a las resultas de dicha actividad empresarial, los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por este ejercicio, si bien, para vincular los bienes comunes debe concurrir el consentimiento de ambos cónyuges.

El consentimiento que debe ser otorgado por el cónyuge no empresario no ha de ser necesariamente expreso, conforme a lo establecido en los artículos 7 y 8 del C. Com., de forma que, existirán una serie de supuestos en los que se entenderá otorgado tácitamente. Así, se considerará prestado el consentimiento cuando el cónyuge empresario ejerza la actividad empresarial “*con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo*”, y, asimismo, cuando se venía ejerciendo la actividad empresarial al contraer el matrimonio y se continúa desempeñando con posterioridad “*sin oposición del otro*”.

La regulación del consentimiento queda claramente recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de Julio de 2000³⁴⁷ que señala, “*los bienes comunes gananciales están sujetos a las responsabilidades derivadas del ejercicio comercial por uno de los cónyuges, siempre que concurra el consentimiento del otro, que no precisa ser expreso, bastando el tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo*”.

En consecuencia, para que los bienes gananciales respondan de las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio del comercio, será necesario que concurra el consentimiento expreso o presunto del otro cónyuge, que se entenderá otorgado tácitamente cuando la profesión se ejerza por uno de los cónyuges de forma pública y notoria.

No obstante, para poder vincular los bienes privativos del cónyuge del comerciante, se requiere que el consentimiento del cónyuge propietario sea expreso, conforme señala el artículo 9 del C.Com.

³⁴⁷ SAP de Murcia Sec. 5ª de 10 de Julio, núm. 105/2000, (Westlaw ACA/2000/1754).

Sobre esta cuestión, resulta significativa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 noviembre 2017³⁴⁸ que analiza el consentimiento del cónyuge del empresario, realizando un estudio conjunto de la regulación establecida en el C.C. y C.Com.:” Pero el artículo 7 del propio Código establece que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo». Esta regla debe ser integrada con el art. 1365.2 CC, con relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual «responderán directamente de las deudas contraídas: 2º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio». Como recuerda la sentencia 755/2007, de 3 de julio : «Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito "cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo" (sentencia de 7 de marzo de 2001 , así como las de 22 de octubre de 1990 y 16 de febrero de 2006). Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni, afianza (sentencias 868/2001, de 28 de septiembre; 620/2005, de 15 de julio ; y 572/2008, de 12 de junio; entre otras muchas)”.

2.2.5. Administración y liquidación del patrimonio postganancial

La disolución del régimen económico matrimonial se producirá cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 1392 del C.C.³⁴⁹ o cuando sea acordada judicialmente a petición de uno de los cónyuges, conforme a lo determinado en el artículo 1393 C.C.

³⁴⁸ STS Civil de 7 noviembre 2017, núm. 594/2017 (ROJ 3956/ 2017).

³⁴⁹ Los supuestos establecidos en el art. 1.392 del C.C. son los siguientes: “la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo, cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges y, en último lugar, cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto”.

Si bien, establece al artículo 1396 C.C., que tras la disolución del matrimonio se deberá mantener la administración los bienes hasta que se produzca su liquidación. En la etapa existente desde la disolución hasta que se produce la liquidación total de los bienes, surge una comunidad que se denomina comunidad postganancial³⁵⁰.

La comunidad postganancial ha sido tratada en diversas Sentencias del Tribunal Supremo³⁵¹, destacando que: *“La disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales, en una comunidad formada por el cónyuge superviviente y los herederos del finado con participaciones “pro indiviso” de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, lo que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación. Asimismo, entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes postganancial: la situación de indivisión no significa que cada uno de éstos tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo”*.

En el supuesto de que en la sociedad postganancial exista un negocio o industria explotada por ambos cónyuges o por uno de ellos, deberán continuarse las labores de gestión y administración, lo que puede verse dificultado por la tensión en la relación de la pareja. En este supuesto, la administración de la sociedad familiar tendrá que adaptarse a la situación existente³⁵².

En este periodo, los actos de disposición requerirán unanimidad de la pareja cuando la empresa o negocio familiar tenga un carácter ganancial, conforme establece el artículo 397 del C.C. En consecuencia, uno de los cónyuges, como copropietario, no podrá enajenar o gravar la cosa común sin contar con el consentimiento del otro.

La situación expuesta queda claramente plasmada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2006³⁵³ que indica: *“Esta titularidad común no*

³⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *La sociedad de gananciales*, Madrid, Civitas, 2011, p. 560.

³⁵¹ Entre otras, Sentencia STS Civil de 17 de octubre de 2006 núm. 1008/2006 (EDJ 2006/278359). STS Civil de 12 de marzo de 2009, núm. 178/2009 (VLEX-57819843).

³⁵² PÉREZ MARTÍN, A.J., “La problemática de la administración de los bienes de la sociedad postganancial”, en PÉREZ MARTÍN, A.J., *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2009, pp. 422 y 423.

³⁵³ SAP Madrid Sec. 25 de 13 de marzo de 2006 núm.140/2006 (EDJ 2006/57329).

permite que cada uno de los comuneros pueda, por sí solo, disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado, por falta de poder de disposición, ya que, como tiene reiterado la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo -en sentencias, entre otras, de 17 de junio de 1927, 9 de febrero de 1954, 10 de octubre de 1956, 8 de abril de 1965, 20 y 21 de febrero de 1969, 25 de abril de 1970, 14 de diciembre de 1973 EDJ1973/480 , 19 de diciembre de 1985 o 13 de noviembre de 2001 EDJ2001/40426 , citada por la sentencia apelada- la enajenación de la cosa común como cosa propia supone una alteración de la misma prevista en el artículo 397 del Código Civil EDL1889/1 , que, por tanto, exige preceptivamente el consentimiento unánime de todos los comuneros”.

Ahondando más en esta cuestión, en el supuesto que la empresa o negocio familiar pertenezca mayoritariamente a uno de los cónyuges, la liquidación de la sociedad de gananciales podrá poner en riesgo su continuidad, cuando no haya acuerdo entre los cónyuges sobre la adjudicación preferente al cónyuge empresario.

En previsión de dichas situaciones de crisis matrimonial que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa, será conveniente que los cónyuges hayan regulado en capitulaciones matrimoniales pactos que determinen que, en previsión de crisis matrimonial, se le adjudicará preferentemente la empresa familiar al cónyuge que ha desempeñado una actividad empresarial, sin perjuicio de los derechos patrimoniales del otro cónyuge³⁵⁴.

En este sentido, para salvar los efectos que la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial puede tener en la empresa familiar, el C.C. contempla la atribución preferente de la empresa al cónyuge empresario, en el supuesto de que no se hayan adoptado pactos entre los cónyuges que salvaguarden la continuidad de la empresa.

De esta forma, el artículo 1406.2.º del C.C. establece el derecho de adjudicación preferente al cónyuge empresario: “Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con

³⁵⁴ GORTÁZAR LORENTE, C., *Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*, Ponencia a les XII Jornades de Dret Català a Tossa; disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm>; último acceso 20-01-2019.

preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 2.º La explotación económica que gestione efectivamente”.

El citado precepto establece una doble garantía: por una parte, salvaguardar la continuidad de la empresa familiar, desvinculándola de la ruptura de las relaciones matrimoniales; por otra parte, proteger la continuidad de una explotación o empresa familiar como unidad económica profesional del cónyuge que la ha venido desempeñando³⁵⁵.

Igualmente, artículo 1406 del C.C., en su apartado 3, atribuye al cónyuge que venía ejerciendo una actividad profesional, un derecho de adjudicación preferente respecto al local en que la desempeñaba. Así, el precepto recoge la atribución preferente del local al cónyuge que venía ejercitando habitualmente la actividad profesional, al considerarlo un elemento indispensable para su ejercicio.

En referencia a esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1998³⁵⁶ establece que el precepto tiene como finalidad preservar los intereses profesionales y económicos del cónyuge que venía ejerciendo una actividad profesional, que podría verse gravemente perjudicado si se le privase del local en que la desempeñaba.

A modo de conclusión, señalar la conveniencia de que cuando los cónyuges dispongan de una sociedad familiar de carácter ganancial, adopten pactos en capitulaciones matrimoniales en aras de la adjudicación preferente a un cónyuge, en los supuestos de ruptura de la relación matrimonial. En defecto de pacto, se podrán articular los mecanismos de adjudicación preferente establecidos en el artículo 1406 del C.C. que garanticen el mantenimiento de la empresa familiar o actividad profesional, sin perjuicio de la salvaguarda de los derechos económicos del otro cónyuge.

Apunta acertadamente SERRANO GÓMEZ³⁵⁷ la conveniencia de incluir un posible pacto en las capitulaciones matrimoniales que favorezca la continuidad de la empresa

³⁵⁵ GARRIDO DE PALMA, V.M., *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Madrid, Reus, 1985, pp. 19 y ss.

³⁵⁶ RJA 9.763/1998.

³⁵⁷ SERRANO GOMEZ, E., “Los protocolos familiares”, en AA.VV. RAMS ALBESA, J.J. (Coord.) *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 331 -416.

familiar. En este sentido, se podrá estipular que, en caso de liquidación de la sociedad conyugal, se adjudiquen preferentemente las acciones o participaciones de la empresa familiar a uno de los consortes, con exclusión del otro. Esta sería la fórmula para evitar la injerencia en la empresa del cónyuge no empresario, si bien, para que el pacto sea efectivo es imprescindible que existan bienes o metálico suficientes para que el otro cónyuge reciba íntegramente la parte que le corresponde de la sociedad conyugal.

La existencia de dichos pactos ha sido valorada ampliamente, tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina. En consecuencia, se ha admitido una evolución en Derecho, permitiendo que los cónyuges en el ejercicio de su voluntad puedan adaptar mediante un pacto o acuerdo su realidad jurídica patrimonial, en previsión de la futura ruptura del matrimonio.

Sobre la cuestión expuesta, PAZ ARES³⁵⁸ considera que los cambios sociales y jurídico-políticos producidos en España han influenciado notablemente en el ámbito del Derecho de familia, dando paso del matrimonio-institución a un matrimonio-contrato. Se ha producido lo que denomina “*privatización del matrimonio*”, que permite a los cónyuges, en el uso de su autonomía de voluntad, configurar el marco normativo de sus relaciones jurídico-matrimoniales, fundamentalmente en el orden económico y adaptarlas a sus necesidades.

En esta misma línea, será conveniente que los denominados pactos prematrimoniales, sean otorgados antes de contraer matrimonio para regular los efectos de una eventual crisis matrimonial. En efecto, podrán ser otorgados por los contrayentes en el ejercicio de su voluntad contractual, conforme al artículo 1255 del C.C., siempre que no sean contrarios a la ley, al orden público o a la moral.

En consecuencia, los acuerdos o pactos adoptados por los cónyuges podrán ser de muy diverso contenido, destacando los de carácter patrimonial, orientados a la liquidación del régimen económico matrimonial y, asimismo, podrán establecerse de ámbito personal, como el pacto de sometimiento a mediación en los supuestos de crisis o disolución del matrimonio, como trataremos *a posteriori*.

³⁵⁸ PAZ-ARES RODRIGUEZ I., “Previsiones capitulares”, en AA.VV., *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 10.

Asimismo, los referidos pactos podrán adoptarse en capitulaciones matrimoniales, antes o después de contraer matrimonio, al establecerse en el artículo 1325 del C.C. que los cónyuges podrán adoptar “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio”, entre las que se encontrará los acuerdos que se adopten para el supuesto de ruptura matrimonial³⁵⁹.

Si bien, los acuerdos prematrimoniales que se hayan adoptado por los contrayentes deberán estar en consonancia con las capitulaciones matrimoniales que se otorguen.

La validez de los pactos prematrimoniales ha sido valorada por la jurisprudencia, resultando destacable la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015³⁶⁰ que expone que “*se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el art. 90.2 del Cc. establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.*”

En la misma línea de admisión de los pactos prematrimoniales, se han pronunciado las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018³⁶¹ que reconoce la validez de un pacto prematrimonial de renuncia a la pensión compensatoria.

Como conclusión, los cónyuges podrán adoptar acuerdos en capitulaciones matrimoniales antes o después del matrimonio (art. 1326 C.C.) de diverso contenido, no sólo, de ámbito económico o patrimonial, sino también, adoptando pactos en previsión de la ruptura de la pareja. De forma que, en caso de haberse adoptado acuerdos

³⁵⁹ DÍEZ-PICAZO L., GULLÓN BALLESTEROS A., *Sistema de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, Tecnos, 2012, p. 149.

³⁶⁰ STS Civil de 24 junio de 2015, núm. 392/2015 (ROJ STS 2828/2015). En referencia a la citada sentencia, comentarios de CERVILLA GARZON, M.D., “Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsión de ruptura en nuestra derecho actual”, en SALARTE, C., CERVILLA GARZON, M.D.(Coord.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 329-383.

³⁶¹ STS Civil de 30 de mayo de 2018, núm. 315/2018 (ROJ STS 1925/2018).

prematrimoniales, éstos deben trasladarse a las capitulaciones matrimoniales, debiendo ser coincidentes para tener coherencia y eficacia en los supuestos de ruptura matrimonial.

En definitiva, será conveniente que los cónyuges empresarios adopten los pactos necesarios para evitar que, en las situaciones conflictivas que surjan en la pareja, se produzca un traspaso de las divergencias matrimoniales a la gestión de la empresa familiar, así como una confusión entre el patrimonio familiar y empresarial. En razón a lo expuesto, los pactos adoptados por los cónyuges deben ir destinados a regular la organización matrimonial y a delimitar patrimonialmente la empresa familiar para evitar la confusión de patrimonios, así como, a regular la adjudicación preferente de la empresa familiar a uno de los cónyuges, en caso de ruptura de la relación matrimonial.

3. Mecanismos sucesorios para la conservación de la empresa familiar

Como ya hemos venido comentando *supra*, la sucesión en la empresa familiar es una de las cuestiones que más inciden en su supervivencia, siendo habitual que su continuidad se vea afectada gravemente por el traspaso generacional. Por ello, nos planteamos en qué momento debe planificarse la sucesión para afrontar este proceso de forma previsor.

En este sentido, es muy importante tener presente que la planificación de la sucesión no es una cuestión que deba abordarse en el momento en que dicha sucesión vaya a tener lugar³⁶².

El conflicto sucesorio va unido a una serie de cuestiones emocionales y decisiones empresariales de gran repercusión en la sociedad familiar. Ciertamente, el proceso sucesorio es una fuente de conflictos y, en ocasiones, puede ser la causa del cierre o transmisión de la empresa³⁶³.

En definitiva, el proceso sucesorio en la empresa familiar puede poner en peligro la estabilidad familiar y la continuidad empresarial, en caso de falta de previsión,

³⁶² DÍEZ SOTO, C., “La sucesión en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, op. cit., pp. 312-313.

³⁶³ BRIZ, M.J., FALCA, L., “Los conflictos en la empresa familiar y la mediación como forma de gestionarlos”, *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, núm. 5, 2017, p. 69.

afectando esta situación a un alto número de empresas que ven frustrada su continuidad en el traspaso generacional. En este sentido, es muy interesante el dato resultante del estudio sobre la continuidad de la empresa familiar en España del IEF, destacando que el 44,2% de las empresas familiares están lideradas por la 2ª generación, el 7,4 % por la 3ª generación y sólo el 2,6% lo están por la 4ª o sucesivas generaciones³⁶⁴.

3.1. Cuestiones previas

La transmisión intergeneracional en la empresa familiar es, como ya hemos venido indicando, un momento especialmente crítico, en el que es muy elevada la tasa de mortalidad de dichas empresas, en caso de no disponer de las adecuadas estructuras jurídicas para realizarlo. Esta cuestión es apuntada por GINÉS³⁶⁵ “*La carencia de estructuras jurídicas apropiadas ha conllevado hasta ahora que los acuerdos sobre la transmisión de las empresas plasmadas en los protocolos familiares no pasaran, las más de las veces, de ser un programa de (buenas) intenciones, con cierto valor desde el punto de vista de las técnicas empresariales, pero, en muchos casos, sin la menor trascendencia jurídica en sí mismo*”.

Por todo ello, la sucesión es un proceso cuya planificación debe ser prioritaria en las empresas familiares para asegurar su continuidad. A tal fin, las empresas familiares cuentan con diversos instrumentos legales que garantizan su continuidad, manteniendo la empresa en poder de la familia. Dichos instrumentos pueden ser *inter vivos* o *mortis causa*. Entre los primeros, se encuentran los pactos sucesorios y el protocolo familiar, que trataremos *a posteriori*.

Si bien, elaborar un plan de sucesión no es fácil, debiendo adaptarse a las peculiaridades y necesidades de cada empresa. La sucesión es un acontecimiento inevitable en la empresa familiar, a pesar de ello, son pocas las empresas que lo planifican adecuadamente para garantizar su continuidad.

³⁶⁴ GONZÁLEZ E., OLIVIÉ C., “Empresa familiar, emprendimiento e intraemprendimiento”, *EAE Business School*; disponible en: http://marketing.eae.es/prensa/SRC_Emprendimiento_EmpresaFamiliar.pdf, consultado el 12-03-2019, p. 32.

³⁶⁵ GINÉS CASTELLET, N., “Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 2011, pp. 508-509.

Ciertamente, la sucesión mal planificada, además de acabar con la empresa, puede destrozar a la familia; pese a ello, aún hay empresas familiares que no tienen plan de sucesión, sin considerar los inconvenientes dicha carencia puede generarle³⁶⁶.

En todo caso, no es absolutamente imprescindible que la sucesión recaiga en un miembro de la familia, aunque suele ser la solución natural en este tipo de procesos³⁶⁷. La búsqueda en el ámbito familiar de la figura del sucesor es una tarea difícil, en cuanto, puede no existir sucesor, o bien, pueden existir varios candidatos con competencias similares, lo que puede llevar a un dilema en la elección³⁶⁸.

Ante la complejidad que puede entrañar el plan de sucesión de la empresa familiar podrá requerir la participación de consejeros profesionales o asesores externos que colaboren con la familia en su elaboración.

De este modo, el plan de sucesión debe ser capaz de transferir todos los recursos y capacidades de la organización, incluyendo una relación detallada de todas las acciones y pasos necesarios hasta su conclusión, con una secuenciación en el tiempo, definiendo a las personas responsables de las diferentes acciones³⁶⁹.

Por lo expuesto, será fundamental para garantizar la continuidad de la empresa familiar, disponer de mecanismos preventivos que permitan planificar las situaciones de conflicto que se pueden presentar en la evolución de la empresa familiar. Entre estos mecanismos preventivos, estudiaremos *a posteriori* el protocolo familiar y la planificación de la sucesión del empresario.

En referencia a la planificación de la sucesión, nos basaremos en los instrumentos sucesorios establecidos en nuestro Derecho común, principalmente en el testamento, en el que se podrán plasmar las recomendaciones protocolarias y así evitar la apertura de la sucesión *ab intestato*.

³⁶⁶ GÓNZALEZ HERNÁNDEZ, R., “La continuidad de la empresa familiar”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIII, 2010, pp. 401-410.

³⁶⁷ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, J., “Riesgo y eficiencia en la empresa familiar”, *Boletín de Estudios Económicos* 395, Vol. LVII, núm.177, 2002, p. 401.

³⁶⁸ *Ídem*.

³⁶⁹ AYALA CALVO, J.C., MANZANO GARCÍA, G., “Sucesión en la empresa familiar: algunas claves del éxito”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LVII, núm. 177, 2002, p. 436.

Profundizando más en esta cuestión, trataremos diversas fórmulas sucesorias que tienen como finalidad preservar la continuidad de la empresa familiar, más allá del traspaso generacional. Entre las citadas fórmulas analizaremos: el pago en metálico de la legítima regulado en los artículos 841 y siguientes del C.C.; la fiducia sucesoria del artículo 821 del C.C.; la regulación del artículo 1056.2 del C.C. y el usufructo universal.

Como punto de partida analizaremos *infra* el testamento, como elemento esencial de voluntad del testador, para posteriormente tratar las fórmulas que consideramos más idóneas para garantizar la continuidad sucesoria en la empresa familiar.

3.2. Instrumentos sucesorios para la conservación de la empresa

Como menciona DÍEZ PICAZO, el empresario individual se enfrenta en la sucesión con problemas, al tener que conjugar el interés de los candidatos de la sucesión y el interés general del tráfico jurídico. La adopción de los instrumentos oportunos hace posible, por una parte, la continuidad de la empresa, esto es, que no deje de funcionar la unidad de producción por el fallecimiento del empresario y, por otra, garantiza la conservación de la empresa, de forma que, el fenómeno sucesorio no aboque a su disolución o liquidación. Así, la continuidad y conservación de la empresa son los principios fundamentales que suelen dirigir al empresario a tomar decisiones aplicables tras su muerte³⁷⁰.

Habrà una cuestión fundamental que determinar por el testador, la elección del sucesor. Ante esta cuestión, el testador se enfrenta a una serie de limitaciones legales para redactar su testamento, que inciden directamente en la transmisión *mortis causa*. De forma que, queda sujeto a la prohibición de pactos sobre la herencia futura y a la limitación de los derechos legitimarios que establece el artículo art. 806 C.C.³⁷¹.

Para afrontar este momento crítico en la perdurabilidad de la empresa familiar se puede articular la sucesión por vía de protocolo familiar, si bien, para garantizar la

³⁷⁰ DIEZ PICAZO, L., “La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 96, 1965, p. 320.

³⁷¹ “La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”.

transmisión del capital social, deben ser trasladadas sus prevenciones sucesorias a otros instrumentos civiles, como el testamento o la donación³⁷².

Independientemente de lo anteriormente expuesto, hay una serie de preceptos legales que pueden reforzar la indivisibilidad de la empresa familiar en el ámbito sucesorio. Así, el artículo 1062 del C.C. permite la adjudicación a uno de los interesados, cuando se trate de una cosa sea indivisible o que pierda valor por su división. Aplicado este supuesto a la empresa familiar, podrá el interesado en conservar la empresa familiar solicitar su adjudicación, sin perjudicar al resto, que tendrán que ser compensados económicamente. Si bien, la empresa podrá ser vendida sólo en caso de que uno de los herederos pida su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños.

Dicho precepto, en consonancia con el ya comentado artículo 1056 C.C. en los supuestos de explotación familiar, habilita la atribución preferente a algunos de los herederos, liquidando en metálico al resto su parte de la legítima.

A modo de conclusión, los preceptos indicados serán una salvaguarda para preservar la empresa familia, manteniéndola a salvo de las vicisitudes familiares que pueden poner a prueba su estabilidad y continuidad.

3.3. Pactos sucesorios

Los pactos sucesorios son definidos por LARRONDO³⁷³ como “*convenios unilateralmente irrevocables formalizados en escritura pública por el causante o por un tercero que recaen sobre una sucesión no aún no abierta, en virtud de los cuales el causante puede ordenar su sucesión mediante la institución de uno o más herederos, otorgar otras atribuciones por causa de muerte, así como acordar las personas que tienen derecho a su futura sucesión la renuncia de éstos a título gratuito*”.

³⁷² FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, p. 145.

³⁷³ LARRONDO LIZARRAGA, J., *El nuevo Derecho sucesorio catalán. Análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 147.

Por tanto, son pactos que tienen trascendencia sucesoria, empero, en nuestro Derecho civil común existe una prohibición general a su admisión³⁷⁴, a diferencia de algunos Derechos forales y ordenamientos de otros países³⁷⁵.

Como ya hemos expuesto *supra*, se establece una prohibición genérica de establecer pactos sobre la herencia futura, recogida en el artículo 1271 del C.C. y el artículo 658 del C.C.³⁷⁶, limitan las formas de deferir la sucesión al testamento y a la ley. De ambos preceptos se extrae la prohibición general de los pactos o contratos sucesorios.

Asimismo, el testador se encontrará con limitaciones que puede tener un impacto negativo en la transmisión de la empresa familiar, al quedar sujeto a la legítima, regulada en el artículo 806 del C.C. En efecto, estas cuestiones serán una limitación al testador a la hora de decidir la transmisión de la unidad patrimonial empresarial a la siguiente generación³⁷⁷.

Si bien, existen algunas excepciones a dicha prohibición general de los pactos sucesorios, mediante instrumentos que permiten al testador un cierto margen de disposición, como son las promesas de mejorar³⁷⁸, las donaciones *propter nupcias*³⁷⁹ e, igualmente, los pactos que admite el artículo 831 de C.C. de mejora del cónyuge viudo a los hijos comunes.

Para combinar el panorama legislativo expuesto con el interés en la perdurabilidad de la empresa familiar mediante su transmisión, nuevamente entra en juego el protocolo familiar. En efecto, en el ámbito sucesorio el protocolo familiar debe establecer recomendaciones que, partiendo del respeto de la libertad del testador, deben ser concretadas en otros documentos como el testamento o donación, de forma que, el

³⁷⁴ Artículo 1271 C.C.

³⁷⁵ DÍEZ SOTO, C., “La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, op. cit., p. 14

³⁷⁶ “La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”.

³⁷⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar*, op. cit., p. 214.

³⁷⁸ Artículo 826 C.C.

³⁷⁹ Artículo 1.341 C.C.

protocolo nuevamente deberá recurrir a un sistema de recomendaciones respetándose la libertad del testador³⁸⁰.

Si bien, no podemos obviar que el testamento, como documento que recoge la voluntad con efectos jurídicos del causante, deberá aunar su libertad con lo establecido en la ley, pero condicionado con las previsiones que se hayan establecido en el protocolo familiar.

En este sentido, conviene recordar que la Unión Europea recomienda un replanteamiento a los Estados respecto a la prohibición de los pactos sucesorios y les recomienda adoptar medidas para facilitar que el empresario pueda transmitir la empresa al heredero que considere más idóneo.

3.4. El testamento

El testamento es el negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad con efectos jurídicos para regular el destino de los bienes del otorgante tras su muerte.

Por ello, la elaboración del protocolo determinando las previsiones sucesorias carecerán de validez jurídica sin el soporte de otras figuras jurídicas, como el testamento³⁸¹. En este sentido, la combinación del protocolo y el testamento debe ser la adecuada para una correcta planificación sucesoria de la empresa familiar, ante los riesgos que supondrá la sucesión *abintestato*.

La cuestión expuesta ya fue considerada en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, en la que se reconoció la íntima conexión entre el protocolo familiar y la sucesión en la empresa familiar, mediante la planificación para afrontar el cambio generacional³⁸².

³⁸⁰ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar*, op. cit., p. 145.

³⁸¹ GOMA LAZON, I., “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO M., FUGARDO ESTIVILL, J.M. GARRIDO DE PALMA, V. (Coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Barcelona, Bosch, 2005.

³⁸² QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar”, op. cit., pp. 379-380.

El testamento se configura como un instrumento jurídico a través del cual el causante determina el destino de sus bienes tras su fallecimiento. Por ello, en la empresa familiar será el instrumento idóneo para planificar la continuidad gerencial³⁸³.

Ahora bien, cuando la sociedad representa gran parte del caudal relicto, la limitación de la legítima puede convertirse en un posible obstáculo para una transmisión eficaz. Así, el sistema legitimario se configura en nuestro país como uno de los obstáculos para la libre transmisión *mortis causa* de las empresas familiares.

La cuestión expuesta resulta de gran interés y relevancia, en razón a que, la ordenada sucesión de la empresa familiar podría evitar su fragmentación o venta. Asimismo, mediante una adecuada planificación, el causante podría incorporar gradualmente a sus sucesores en vida e ir transmitiéndoles la gestión de la empresa.

La regulación de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de la empresa familiar tendrá gran relevancia, así como la normativa que le resulte aplicable. En este sentido, en nuestro ordenamiento jurídico existen normas que regulan la sucesión en la legislación común y foral, dependiendo de cuál sea la vecindad civil del causante de la herencia. Ante esta duplicidad de normas sucesorias, nos centraremos únicamente en la legislación prevista en Derecho común, analizando a continuación diversos preceptos que se podrán articular en el ámbito sucesorio en aras de la continuidad de la empresa familiar.

3.5. Análisis del artículo 1056 C.C.

La LSLNE supuso un avance para la transmisión de la empresa familiar, al introducir del párrafo segundo del artículo 1056 del C.C., precepto especialmente orientado a garantizar subsistencia de la entidad familiar, que establece:

“Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su

³⁸³ CASILLAS, J., DIAZ C., VAZQUEZ, A., *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*, Madrid, Editorial Thomson, 2005, p. 40.

familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extra hereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No se aplicará a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”.

El citado precepto supone una clara apuesta en favor de la libertad de testar, al facilitar al testador la transmisión de la empresa familiar, tratando con ello de solucionar las dificultades derivadas de las legítimas de los herederos forzosos y la necesidad de respetarlas.

En la misma línea, la citada Ley modificó el párrafo segundo del art. 1271 del C.C., estableciendo “*sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, en orden a la sucesión en la empresa familiar, conforme al artículo 1056 párrafo segundo*”.

Por lo tanto, de acuerdo con lo indicado en dichos preceptos, el legislador permite al testador atribuir la empresa familiar a aquel o aquellos miembros de la unidad familiar que considere más capacitados para regir la empresa, imponiendo a aquel heredero que no respete tal decisión la sanción de ver reducida su participación en la herencia a la legítima estricta. Es decir, el legislador autoriza al testador o al contador partidor expresamente autorizado para ello, a adjudicar la empresa familiar a aquel heredero a quien considere más adecuado para gestionar la empresa familiar.

En definitiva, la reforma articulada en el mencionado artículo supone uno de los pocos mecanismos sucesorios recogidos en nuestro ordenamiento en beneficio de la continuidad de la empresa. En todo caso, la facultad atribuida al testador no supone una

vulneración de los derechos del resto de los legitimarios, en cuanto, establece la necesidad de satisfacer la legítima en metálico del resto de los herederos forzosos. Si bien, conforme establece el art. 1056 del C.C., no es necesario que en el caudal hereditario existan bienes suficientes para el pago en metálico de la legítima, por cuanto, se permite satisfacer su importe con dinero extra hereditario y que el testador o contador puedan aplazar el pago, siempre que no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador.

A modo de conclusión, debemos reconocer las limitaciones que nuestro Derecho común impone al testador para decidir sobre la transmisión de la empresa familiar, viéndose prácticamente abocado a su división, en caso de ser varios los herederos forzosos. Si bien, el indicado precepto supone un avance en su libertad sucesoria, concediéndole la facultad de adjudicar la empresa familiar a uno sólo de los legitimarios, siempre que el resto no se considere perjudicado, garantizándole que en plazo de cinco años tendrán cubierto su haber hereditario.

3.6. *Fiducia sucesoria*

Conforme establece el art. 831 del C.C., reformado por la Ley 41/2003³⁸⁴, se reconoce al testador la facultad de adjudicar a los hijos o descendientes la empresa familiar. En este sentido, establece que:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo,

³⁸⁴ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277 de 19 de noviembre de 2003.

tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. *Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.*

6. *Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”.*

El citado precepto ofrece la posibilidad al testador de conferir al cónyuge o pareja sobreviviente la facultad de mejorar y distribuir la herencia del difunto entre los hijos y descendientes comunes. Esta facultad conferida por el testador consideramos que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los hijos o descendientes tenga una discapacidad o concurren otras circunstancias impeditivas, pudiendo aplazar dicha distribución a un momento posterior, en el que pueden variar dichas circunstancias o la situación impeditiva de uno de los sucesores.

Por lo tanto, el precepto referido puede ser utilizado por cualquier matrimonio o pareja con descendencia común, tengan o no algún descendiente incapacitado, confiriendo el testador a su cónyuge o pareja, la posibilidad de realizar mejoras en favor de hijos o descendientes comunes; mejoras entre las que se pueden encontrar la adjudicación de empresas familiares, con la salvaguarda de la legítima estricta de los demás descendientes.

De igual forma, con esta medida igualmente pueden corregirse diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los hijos o descendientes, con una distribución más equitativa realizada por el supérstite en beneficio de los sucesores más necesitados. En definitiva, este precepto puede ser la vía para mantener la empresa familiar en la familia.

En este sentido, el artículo 829 del C.C. regula la mejora en cosa determinada al establecer: *“La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”.*

La empresa familiar puede considerarse como una cosa determinada y la mejora un instrumento usado por el empresario para mantener indivisa la empresa. Si el valor de la empresa es superior al tercio de la legítima y mejora, el testador puede efectuar el pago

de las legítimas en metálico de los demás descendientes legitimarios, que no se podrán ver perjudicados por dicha adjudicación.

Como manifiesta CUADRADO lo que pretende esta figura es que la voluntad del testador sea la que impere, en cuanto, debe ser respetada por todos y así mantenerse íntegro el patrimonio familiar³⁸⁵.

3.7. Usufructo Universal

El usufructo universal podría otro instrumento para la conservación de la empresa familiar, mediante la atribución al cónyuge usufructuario de los rendimientos de la empresa en el porcentaje que se haya determinado, conservando los herederos su propiedad.

Tratándose de una empresa individual, el cónyuge usufructuario continuará con la explotación económica empresarial y si se trata de sociedad familiar, el usufructo afecta a las acciones o participaciones, sin implicar la gestión de la sociedad que corresponderá al órgano de administración. Si bien, la aparición del usufructuario puede influir indirectamente en dicha gestión. Para evitar dicha situación, por vía estatutaria se podrá establecer que se limite el derecho usufructuario a la atribución de un porcentaje en los beneficios de la empresa³⁸⁶.

En este supuesto, habrá que tener en cuenta que, frente a la adjudicación al viudo del usufructo universal, serán posibles los pactos con el resto de los herederos para alcanzar un acuerdo con el usufructuario por que se conmute su porcentaje en la empresa familiar con otros bienes o con una renta vitalicia, desvinculándolo a todos los efectos de la empresa.

Sobre esta cuestión, resulta destacable la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 5 de abril de 2019³⁸⁷, que en referencia a la solicitud de reducción de renta

³⁸⁵ CUADRADO IGLESIAS, “Configuración jurídica del llamado pseudo-usufructo testamentario”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 55, núm. 10, 1971, p. 1069.

³⁸⁶ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El condominio y el usufructo sobre participaciones sociales. Un comentario de los artículos 35 y 36 de la ley de Sociedades Limitadas”, en AA.VV., *Derecho de sociedades : libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, pp. 3389-3462.

³⁸⁷ STS Civil de 5 de abril de 2019, núm. 214/2019 (ROJ 1148/2019).

vitalicia adjudicada a una viuda, por acuerdo con los herederos, en sustitución de la cuota vidual usufructuaria, manifiesta: “*En virtud del acuerdo alcanzado con la viuda, los bienes que integraban la herencia (salvo la vivienda del causante, cuyo usufructo legó a la viuda, con independencia de la cuota vidual usufructuaria que legalmente le correspondía) quedaban libres del gravamen del usufructo puesto que, hasta su conmutación, todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge (art. 839.II i.f. CC). De esta forma, los herederos podían administrar y explotar los bienes de la herencia y, en particular, la sociedad inmobiliaria, libres de la afección que suponía el usufructo de la viuda. A cambio, la viuda obtenía el derecho a una renta vitalicia, actualizable anualmente conforme al i.p.c....*

Partiendo de las circunstancias en las que se alcanzó el acuerdo y de su contenido, en el que cuidadosamente se previeron las garantías para el pago de la renta, resulta fácil concluir que las partes acordaron lo que consideraron más adecuado a sus intereses para poner fin al conflicto hereditario suscitado”.

Como indica la propia sentencia esta figura habilita la realización de pactos que posibiliten a los herederos continuar la explotación de los bienes de la herencia, como puede ser una sociedad familiar, pactando una contraprestación con el cónyuge viudo. De forma que, vía estatutaria o mediante pactos, se podrá regular la salida de la sociedad familiar del cónyuge viudo, estableciendo las vías de compensación oportunas para que no se vean perjudicados sus derechos en la herencia.

CAPÍTULO TERCERO. GESTION Y RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LA EMPRESA FAMILIAR A TRAVES DE LAS ADR. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE

Expuestas las connotaciones propias de la empresa familiar y su marco jurídico, vamos a examinar la conflictividad heterogénea que acontece en la vida jurídica de la empresa familiar. Ciertamente, si se sabe gestionar esa previsible conflictividad, la vida de la empresa será mucho más fluida. En este sentido, si los modelos de gestión establecidos en la empresa familiar no son suficientes para aligerar la conflictividad existente *ad intra* y *ad extra*, resulta interesante abordar las fórmulas más adecuadas para resolver la misma.

Asimismo, la actual situación de la Justicia ofrece además de los tribunales de justicia y el proceso judicial, interesantes vías o cauces que van a permitir abordar la gestión y la solución de conflictos que puedan emerger en y desde la empresa familiar. Creemos que la impronta y evolución de las soluciones extrajurisdiccionales de conflictos en el panorama de la conflictividad general, nos da un buen soporte para analizar las ADR como mecanismos posibles para, sin desdeñar la posible tutela judicial, abrigar la esperanza de conjugar diversas vías, algunas de las cuales pueden ser sucesivamente utilizadas, siempre en aras de ofrecer mayores garantías y, por qué no, mayores dosis de felicidad en el buen hacer de la empresa familiar y de su vida propia.

I. CUESTIONES PREVIAS

Como hemos abordado *supra*, en la empresa familiar confluyen sistemas formados por la familia, propiedad y empresa, entre los que se crean puntos de relación que son proclives al surgimiento de conflictos. Independientemente de la interrelación entre estos núcleos, que son generadoras de situaciones divergentes, nos encontramos con una situación añadida, que es el componente afectivo que es una situación de peligro para la persistencia de las empresas familiares.

En este contexto de salvaguarda de la empresa familiar, ante la previsible aparición de conflictos en su seno, debemos destacar la conveniencia, incluso la necesidad, de aplicar los diversos cauces de las ADR. Para analizar su proyección en este ámbito, efectuaremos previamente un planteamiento general de dichos mecanismos, para

posteriormente, considerar como aplicarlos en los conflictos en la empresa familiar, tanto en un ámbito preventivo, como de gestión y resolución de los conflictos surgidos, examinando en cada caso los mecanismos más adecuados.

En el ámbito preventivo, trataremos de delimitar los mecanismos que se pueden articular para evitar la situación conflictiva, partiendo de los supuestos habituales en los que se genera y así, de forma previsor, intentar acotarlos para evitarlos.

En este sentido, consideraremos como mecanismos de gestión, las medidas para encaminar los conflictos a su resolución o, al menos, para minimizar sus consecuencias.

1. Aparición e implantación de las ADR

Antecedentes de las ADR existen desde los tiempos más remotos, como propias de culturas con la actuación patriarcal o de un tercero neutral, que intervenía para ayudar a resolver un conflicto³⁸⁸.

Las fórmulas alternativas de disputas o ADR surgen en la década de los años 60 en EE. UU.³⁸⁹ como respuesta a la evolución del sistema judicial americano, colapsado por el aumento de causas judiciales provocadas por el incremento demográfico, aumento de la criminalidad, así como, por una mayor regulación de protección de los derechos civiles, de las empresas y de los consumidores.

A consecuencia de la situación expuesta, se elevaron considerablemente las causas judiciales ante los tribunales federales, llegándose incluso a triplicar el número de causas judiciales desde 1970 hasta finales del siglo. Adicionalmente, se produjo una variación en la naturaleza de los litigios, al existir una mayor regulación y defensa de los derechos civiles, lo que derivó en la apertura nuevas vías de reclamación por daños y perjuicios.

Este panorama social y judicial provocó no sólo el colapso de los tribunales federales, sino que, repercutió negativamente en la calidad del sistema judicial, que no

³⁸⁸ TARUFFO, M., *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 129, indica que: “*En China, la tradición confuciana que ha determinado por más de dos milenios la actitud hacia la resolución de los conflictos ha constituido la base filosófica e ideológica en la que se encuentra fundada la aversión hacia el recurso a la justicia de los tribunales y el privilegio de las distintas formas de conciliación*”.

³⁸⁹ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, CGPJ, 2010, pp. 58-59.

era capaz de dar una respuesta temporal y de calidad al justiciable por la demora y especialidad de los procedimientos, unido al elevado coste que para el ciudadano tenía el acceso a la Justicia³⁹⁰.

Ahondando más en este contexto, entre las causas que propiciaron este movimiento como alternativa a la vía judicial, como señala TWINING³⁹¹, podemos destacar:

- 1) El colapso que el aumento de las causas judiciales producía en los órganos jurisdiccionales civiles y penales³⁹²;
- 2) El sentimiento creciente de que faltaban mecanismos privados de resolución de controversias, especialmente en los conflictos jurídicos entre particulares y;
- 3) La incapacidad intrínseca del sistema de asegurar a todos el acceso a la Justicia.

El derecho de acceso a la Justicia del ciudadano se encontraba vulnerado por la situación del Poder Judicial, ante la imposibilidad de defender sus derechos e intereses, lo que determinó un movimiento de repulsa contra dicha situación, que fue el caldo de cultivo para el surgimiento de las técnicas ADR.

Esta ideología promotora del libre acceso a la Justicia fue interpretada como un movimiento reformista, como bien señala BLANCO GARCÍA, “*este movimiento fue interpretado como un movimiento reformista, según el cual todos los obstáculos y dificultades para acceder a una Justicia eficaz debían ser superados a través de la incoación de instituciones y procedimientos eficaces que dieran respuesta a las necesidades de justicia de los ciudadanos*”³⁹³.

³⁹⁰ Seguimos en este punto a BARONA VILAR, S., “Fomento de las ADRs en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)”, *Revista Sequència*, núm. 51, 2005, p.173.

³⁹¹ TWINING, W., “Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics”, *Modern Law Review*, 1993, p. 380.

³⁹² En este sentido, manifiesta CARRETERO que las estadísticas judiciales y las manifestaciones de los propios jueces evidencian la imposibilidad de dar respuesta en un plazo razonable a gran número de los conflictos planteados en sede judicial, en CARRETERO MORALES, E. “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Las ventajas de los MASC”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3ª ed., p.101.

³⁹³ BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la Institución del Ombudsman*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 74.

Aunque del surgimiento se encuentra EE. UU., como hemos expuesto *supra*, el avance tecnológico de una sociedad industrializada, con relaciones colectivas e internacionales, ha hecho necesario el planteamiento de otras vías, que facilitasen el acceso a la Justicia en un plano más efectivo que teórico.

En efecto, la evolución de nuestro entorno globalizado, con una proliferación vertiginosa de los mercados virtuales, ha generado un desfase respecto a los sistemas judiciales, que no han evolucionado acompasados a dichos cambios.

En este sentido, los tribunales han sido la única vía planteada para la resolución de conflictos, empero, con la evolución empresarial y social, se han impulsado doctrinalmente otras vías de acceso a la Justicia, inicialmente, como repulsa y, posteriormente, como complemento la vía judicial. Esta corriente es fiel reflejo del estado de bienestar que avanza en la búsqueda de proporcionar al ciudadano servicios públicos de calidad, entre los que se encuentra un sistema de acceso a la Justicia, adaptado a las necesidades evolutivas.

En la búsqueda de vías más rápidas, especializadas y menos traumática a los conflictos jurídicos que la vía judicial se ubica el movimiento de las ADR. En esta dinámica, se adoptó la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 19 de noviembre de 2002, en relación con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante CNUDMI, sobre Conciliación Comercial Internacional³⁹⁴, con el objetivo de ayudar a los Estados a mejorar su legislación sobre mediación, reconociendo el valor de los métodos de solución de las controversias comerciales internacionales, en sustitución de los litigios judiciales³⁹⁵. En este sentido, destaca que su uso "*produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilita la administración de las transacciones..., por las partes y da lugar a economías en la administración de justicia de los Estados*"³⁹⁶.

³⁹⁴ Asamblea General de N.U. quincuagésimo séptimo período de sesiones. Suplemento N° 17 y corrección (A/57/17 y Corr. 1), anexo 1.

³⁹⁵ Preámbulo Ley Modelo.

³⁹⁶ *Ídem*.

Ante la desvinculación de los ciudadanos de la Administración de Justicia, abandonando su confianza incondicional, se hace necesario implementar otros medios que proporcionen un mejor tratamiento de los conflictos y ofrezcan una respuesta concreta y efectiva a la tipología de éstos. En todo caso, los métodos propuestos siempre estarán bajo la supervisión de la autoridad³⁹⁷ que no perderá su condición de garante del derecho de acceso a la Justicia del ciudadano.

En línea con la idea del legislador de facilitar el acceso a la Justicia al ciudadano, resulta destacable que, ante la nueva realidad existente en materia de consumo, la Unión Europea ha dado respuesta a las reclamaciones de los consumidores, especialmente en el Mercado Único Europeo³⁹⁸, creándose por la Comisión Europea la resolución de litigios en línea, para potenciar la *e-confianza* de los consumidores del Mercado Único Digital³⁹⁹.

Asimismo, para reforzar la defensa del ciudadano en causas comunes y reducir el coste individual que supondría, se ha planteado la posibilidad de tutela colectiva, como indica PLANCHADELL “*supone una extensión subjetiva de la cosa juzgada, situándose como en el elemento clave de una tutela judicial efectiva de los intereses colectivos y difusos*”⁴⁰⁰.

Todas las circunstancias enunciadas *supra* conforman el marco de impulso de los mecanismos planteados inicialmente como medida alternativa a la vía judicial.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el ámbito de justiciable ha venido siendo tutelado constitucionalmente por los poderes públicos, estando bajo la potestad de los tribunales tradicionalmente la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, en España el modelo procesal configurado por la LEC tiene un fundamento liberal y responde al interés del ciudadano de acudir al Estado para obtener tutela judicial efectiva, amparado en el artículo 24 de la Constitución Española⁴⁰¹.

³⁹⁷ BARONA VILAR, S., “Proceso civil y penal ¿líquido? en el siglo XXI”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Justicia Civil y Penal en la era Global*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 28.

³⁹⁸ PALAO MORENO, G., “El acceso a la justicia de los consumidores en la UE”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Justicia Civil y Penal en la era Global*, *op. cit.*, p. 249.

³⁹⁹ BARRAL VIÑALS, I., “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, p. 7.

⁴⁰⁰ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 94.

⁴⁰¹ En su artículo 24 establece el principio de tutela judicial efectiva: “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin*

Si bien, en el marco de evolución social, comercial y cultural expuesta *supra*, los ciudadanos demandan mejores servicios públicos. Centrándonos en nuestro sistema judicial, resulta incuestionable que, a pesar de haberse modernizado adaptándose a las nuevas tecnologías, ha quedado desfasado de su contexto social y económico, o si se quiere, en ciertos casos se presenta como un instrumento estático, que muy difícilmente se adapta a las necesidades propias de cada momento, cada persona y cada conflicto. Esa idea de rigidez, inadaptabilidad y complejidad que le caracteriza, se une a uno de los grandes problemas que se presenta en la actualidad, el de la falta o dificultad de predictibilidad, que viene agrandando cada vez más la brecha entre la tutela judicial y la satisfacción de la ciudadanía frente o ante el modelo procesal judicial.

Las diversas reformas que ha experimentado la LEC tras su promulgación, obedecen a la necesidad de mejorar el proceso, adoptando medidas para agilizar los trámites y, en definitiva, pretendiendo una mayor tutela judicial de los ciudadanos y, asimismo, adaptando la Administración de Justicia a la nueva realidad social y digital. Con dicha finalidad, se han intentado reducir los procedimientos judiciales que colapsan los diversos ámbitos jurisdiccionales, si bien, dicha situación que se ha visto agravada tras la crisis económica sufrida por nuestro país desde el año 2008, que ha tenido una fuerte repercusión en el ciudadano y en el sector empresarial.

En este contexto de colapso judicial, unido a la falta de dotación de medios técnicos y humanos, se ha puesto de manifiesto la necesidad y conveniencia de buscar fuera de los tribunales otros métodos alternativos para resolver los conflictos e impulsar su aplicación. El esfuerzo es indudable, pese a todo, los resultados no son los deseados, y se sigue navegando a la búsqueda de mejores cauces de canalización, más perfectos, más ágiles, más amables y simplificados.

En este paradigma de justicia eficaz, como señala BARONA, el arbitraje, la mediación, la conciliación y demás instituciones que se incardinan dentro del denominado movimiento *Alternative Dispute Resolution*, hoy *Adequated Dispute Resolution (ADR)* han ido posicionándose. Este escenario ha cambiado la visión inicial

que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

de estas vías como alternativas a la judicial, para valorarlas como vías complementarias⁴⁰².

Como señala SOLETO MUÑOZ, los métodos adecuados de resolución de conflictos pueden relacionarse de forma muy variada con el sistema judicial, manteniendo una relación desde complementación a ajenidad, pasando por plantearse como una alternativa⁴⁰³.

No obstante, la animadversión de los operadores jurídicos por cualquier vía que no fuese la judicial, se ha transformado y se han ido posicionando nuevas fórmulas de solución a los conflictos que se presentan, no ya como alternativas a la vía judicial, sino más bien, como complementarias a ésta, en la búsqueda de la solución de los conflictos.

A modo de conclusión, compartimos con MARTIN DIZ⁴⁰⁴ que *“El modelo de justicia estrictamente procesal y estatalizado, en alusión a que la vía única y exclusiva de resolución de litigios, de acceso a la justicia, sea el proceso judicial dispuesto desde la Administración de justicia ofrecida por el Estado ha de superarse. No cabe, ya desde hace siglos, aún sin reflejo constitucional expreso, un modelo de justicia unívoco, un modelo en que la única forma de tutela pacífica y jurídica de los derechos sea el proceso judicial y a través de la función jurisdiccional que desempeñan jueces y magistrados pertenecientes al Poder Judicial. Nos encontramos en plena transición hacia una justicia integral en la cual conviven los sistemas jurisdiccionales públicos y dependientes del Estado con mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos...”*

2. Encaje de las ADR en el modelo de Justicia

El proceso judicial es el medio constitucionalmente elegido por los poderes públicos para la protección de los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos y así resulta entendido por los ciudadanos, en nuestra más que arraiga cultura judicial.

⁴⁰² BARONA VILAR. S., “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm. 1, 2011, p. 188.

⁴⁰³ SOLETO H., FANDIÑO, M., *Manual de mediación civil*, Santiago (Chile), Global Affairs Canada, CEJA, 2017.

⁴⁰⁴ MARTIN DIZ, F. “El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de derecho político*, núm. 106, 2019, p. 27.

Han sido diversas las medidas adoptadas por el legislador para mejorar el acceso a la Justicia del ciudadano, asimismo, buscando reducir los cuantiosos procedimientos judiciales que colapsan nuestros tribunales.

Ante la panorámica de nuestro sistema judicial, la vía judicial no parece la más idónea para la resolución de las controversias que pueden surgir en la empresa familiar. En este sentido, los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar tendrán un componente emotivo que no podrá ser atendido, ni resuelto en los tribunales; es más, posiblemente en el *iter* del procedimiento judicial se incrementarán y tensionarán más las ya deterioradas relaciones familiares que lo han originado.

Ante la especial idiosincrasia de la empresa y el fundamento familiar de las relaciones subyacentes, nos planteamos que vías serán el vehículo más adecuado para tratar los conflictos surgidos, que están impregnados de sentimientos y emociones.

En otro orden de cosas, la aplicación de los cauces alternativos extrajudiciales a la resolución de conflictos, las denominadas ADR, son una realidad indiscutida, planteándose como una verdadera alternativa a la vía judicial. Dicho reconocimiento se produce tanto a nivel nacional como internacional, recibiendo otras denominaciones similares, entre otras, MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos) MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos) O RAC (Resolución Alternativa de Conflictos), así como ADR (*Adequated Dispute Resolution*)⁴⁰⁵.

Es sobradamente conocida la saturación que sufren nuestros tribunales de justicia, con un creciente aumento de los litigios y mayor diversidad de éstos, propiciando esta situación la utilización de dichos mecanismos alternativos o complementarios en ámbitos del derecho, fundamentalmente privado, empero, no con una aplicación uniforme, sino con especial implantación en determinados sectores más proclives a su aplicación, caracterizados por unos determinados componentes, sobre todo de ámbito afectivo y familiar.

⁴⁰⁵ BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. Luces y sombras en Europa”, *InDret*, 2014; disponible en <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>, último acceso 12-11-2019.

Todos estos cauces responden a un modelo de justicia adaptado a nuestra realidad económica y judicial; muy probablemente esta situación ha venido a provocar un deterioro, no siempre realista, de la imagen del Poder Judicial.

Es un reto para los países democráticos el acceso a la Justicia a los ciudadanos, no sólo como respuesta a la nueva realidad económica y social que evoluciona vertiginosamente, sino también, como estímulo al ciudadano, confiriéndole un papel activo y crítico ante las deficiencias de sistemas como el judicial que cada vez se separa más de las necesidades y realidad del justiciable.

Pero quizá la confusión entre la unidireccionalidad del acceso a la Justicia en el proceso judicial no sólo ha afectado al ciudadano, sino también del Estado, observándose en nuestro país en la década de los ochenta, un afán por intervenir en todo tipo de cuestiones y dar respuesta a todo tipo de demandas sociales⁴⁰⁶. En este contexto, el sistema de justicia plural, con el fomento de estos mecanismos concedidos al ciudadano, parece estar en detrimento de su derecho de acceso a la Justicia.

Compartimos con REDORTA LORENTE⁴⁰⁷ que “*el acceso a la Justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso*”.

En este sentido, empoderar al ciudadano y darle protagonismo en la gestión de los servicios públicos no debe consistir en plantearse la dicotomía entre tribunales de justicia o medios alternativos o complementarios a la vía judicial; la reflexión debe ir más allá, superando la premisa de que la vía judicial es la clásica, siendo lo deseable que los recursos al servicio del ciudadano sean los más eficaces según las circunstancias, convirtiéndose, en cada caso, el mecanismo elegido en la opción más idónea para la gestión y solución del conflicto. Así, el proceso judicial será uno de los remedios para la

⁴⁰⁶ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho, 2009, p. 62.

⁴⁰⁷ REDORTA LORENTE, J., “La justicia del futuro”, *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Barcelona, 2009, p. 6.

resolución de controversias, junto a la autotutela, la autocomposición y otros mecanismos de heterocomposición ⁴⁰⁸.

Como apunta BARONA⁴⁰⁹, “*es innegable que a medida que las sociedades van avanzando y se van desarrollando, los individuos que la integran generan una mayor conflictividad, tanto por las relaciones de naturaleza individual, cualquiera que fuera su índole, como de naturaleza colectiva o plural. Ello lleva a una inevitable situación en la que aumenta la conflictividad tanto en cuanto a la cantidad, como respecto de la calidad de los conflictos. Y ello exige –y cuestiona en ciertos casos– que los cauces existentes para evitar y, en su caso, resolver los conflictos, también vayan adaptándose a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, aparezcan nuevas vías que ofrezcan un mayor abanico de posibilidades a los ciudadanos*”

Asimismo, consideramos que no es riguroso un planteamiento destructivo o simplemente crítico del Poder Judicial, en cuanto, sigue siendo el sistema de acceso a la Justicia más usado por el justiciable. En este punto, consideramos que el discurso debe centrarse en la incardinación de métodos como la mediación o el arbitraje para la gestión de los conflictos en la empresa familiar, planteándonos cuáles son sus ventajas y, sobre todo, cuál es la realidad de dichos sistemas y cómo podemos mejorar su futuro en el ámbito de la empresa familiar.

Como paso previo, trataremos la implantación en la empresa familiar de estos mecanismos, analizando someramente sus diversas modalidades para posteriormente centrarnos en las vías que ocuparán el eje central de este trabajo, el arbitraje y la mediación.

⁴⁰⁸ MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *op. cit.*, 3^a ed., p. 50.

⁴⁰⁹ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas “Justicia con ojos de mujer” celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010, p. 31.

3. La articulación de las ADRS en el seno de la empresa familiar

Tras analizar la tipología del conflicto empresarial y la vinculación familiar entre los sujetos en discordia nos planteamos la conveniencia de articular en la empresa familiar el uso de estos mecanismos, siendo conocedores de los riesgos que entraña para la empresa familiar no obtener una solución efectiva a las controversias surgidas.

Llegados a este punto, resulta conveniente analizar cuáles son los métodos más proclives para gestionar los conflictos surgidos en la empresa familiar, que sean efectivos para poner fin a los mismos o, cuanto menos, para minimizar sus efectos en la empresa y la familia.

Los mecanismos de resolución de conflictos tienen un elemento común, la intervención de las partes implicadas en el conflicto que, con una actitud más activa o cediendo la decisión al tercero, buscan una solución al mismo. Para ello, se someten a un procedimiento más flexible y adaptado a sus necesidades que el judicial, lo que facilita diseñar una solución de mayor equilibrio entre las partes.

Así realizaremos como punto de partida una visión general de las ADR, para posteriormente, examinar los mecanismos de resolución de conflictos en la empresa familiar. En este ámbito, abordaremos la mediación desde una perspectiva preventiva, así como en su vertiente de método de gestión y resolución de los conflictos surgidos. Adicionalmente, trataremos la aplicación del arbitraje en la empresa familiar. En definitiva, examinaremos las virtualidades de ambos mecanismos en la cuestión de fondo que nos atañe, que es el tratamiento de los conflictos en la empresa familiar.

En la empresa familiar tendrá especial cabida las fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos, al tratarse de mecanismos más ágiles en la obtención de una solución y concurrir condiciones en su gestión que facilitan que las partes mantengan sus relaciones posteriormente⁴¹⁰.

En referencia a las bondades de las ADR frente al procedimiento judicial en la empresa, resultan claramente expuestas en la Sentencia del 9 de diciembre de 2013 del

⁴¹⁰ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, op. cit., p. 62.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal⁴¹¹, que indica: “la generalización y democratización del acceso a la vía judicial ha hecho que debido a que ante los tribunales se presentan muchos más casos que los que razonablemente se pueden resolver, se hayan planteado nuevas vías de resolución de conflictos que, además, ponen el acento en la autocomposición o gestión cooperativa de conflictos. El incremento del número de asuntos judiciales se viene abordando en los países de nuestro entorno a través de diferentes vías, entre las que cabe destacar, últimamente, la implementación de otros sistemas de resolución fuera de la jurisdicción conocidos por la doctrina internacional, según las siglas inglesas, como ADR (Alternative Dispute Resolution) y que son, fundamentalmente, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Por lo tanto, los ADR serán aquellos procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del sistema judicial de forma pacífica y jurídicamente admisible, dando una prevalencia a la autonomía de las propias partes. Lo que acontece es que las empresas han venido experimentando en los últimos tiempos un proceso de internacionalización a través de compañías multinacionales y por el mantenimiento de relaciones comerciales en lugares lejanos favorecidas por los modernos sistemas de comunicación. Ello ha dado lugar a nuevos y más complejos conflictos, pues han de ponerse en relación las normas del ordenamiento interno con las reglas internacionales sobre competencia o resolución, buscar las fuentes de derecho aplicable y coherencia, en suma, sistemas jurídicos diversos”.

La sentencia referida pone de manifiesto la conveniencia del uso de los métodos alternativos de conflictos en la empresa, en razón a que se adaptan más a la complejidad de los conflictos y a su internacionalización, indicando que: “El mundo de los negocios requiere que los conflictos se solucionen además de justamente, en forma eficaz y con celeridad”⁴¹².

⁴¹¹ STSJ de Cataluña Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1^a, de 9 de diciembre de 2013, núm. 72/2013 (LA LEY 232348/2013).

⁴¹² Ídem.

4. Vías de composición de conflictos

Para analizar las diversas modalidades de composición de los conflictos, partiremos de la actitud de las partes al enfrentarse al conflicto surgido⁴¹³, que pueden gestionarlo con el uso de la violencia, autoridad, superioridad⁴¹⁴ o de forma pacífica.

Como señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO⁴¹⁵, “*producido el litigio o conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, cabe que se solvente por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero*”.

En términos generales, las vías de composición de conflictos las podemos clasificar en autocompositivas y heterocompositivas.

4.1. Vías Autocompositivas

Los métodos autocompositivos se caracterizan porque las partes son las que deciden sobre los conflictos, por sí mismas o ayudadas por un tercero. De esta forma, se pretende una solución consensuada, que tiene su fundamento en el principio dispositivo de las partes.

Señala BARONA VILAR⁴¹⁶ que “*son por ello los mismos sujetos en conflicto los que, con ayuda del componedor, van a alcanzar una solución a las diferencias existentes, autocomponiéndose ellos mismos a través de una solución más o menos consensuada. Se parte de la idea de que es mejor un acuerdo, que se obtiene mediante cesiones recíprocas de ambos, que una solución de que un tercero impone a las partes*”.

⁴¹³ Como punto de partida en general de las técnicas de resolución de conflicto se ha de partir de una premisa de la voluntad de abordar el conflicto. Vid. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. “La dinámica del conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3ª ed., pp. 179-190.

⁴¹⁴ Sobre esta cuestión, BELLOSO considera que los conflictos en sí no son negativos, lo que la carga de negatividad es la forma de resolverlos cuando consiste en la violencia o la eliminación del adversario. El conflicto, es consustancial al ser humano y su dificultad estriba en debe ser explicado desde una perspectiva multidisciplinar, resultando necesario diferenciar la agresión o respuesta violenta del propio conflicto”. BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Eletronica de Direito Processual*, 2008, Vol. II.

⁴¹⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 5.

⁴¹⁶ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos con *ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, op. cit., p. 32.

Por tanto, pueden alcanzar un acuerdo los sujetos en conflicto por sí mismos y con la ayuda de un tercero, que asistirá a las partes durante el desarrollo del procedimiento. El tercero no impone la solución, sino que, ésta vendrá conformada por las partes.

El protagonismo de las partes en esta vía radica en que son ellas las que deciden como gestionar el conflicto y tienen un poder decisorio sobre el mismo, responsabilizándose de su resolución, sin delegarlo en un tercero⁴¹⁷.

En este sentido, MARTÍN DIZ señala que el objetivo de la mediación es “*que el ciudadano como partícipe y gestor de la solución autocompositiva de su litigio la sienta, además de suya y propia, lícita, ecuánime, adecuada, y por tanto justa*”⁴¹⁸.

La diferencia fundamental respecto a las vías heterocompositivas radicará en la actuación del tercero, que aproximará a las partes sin imponer coactivamente la solución al conflicto, que se alcanzará únicamente por vía acuerdo entre las partes.

Expondremos a continuación los medios autocompositivos, la negociación, conciliación y mediación. Si bien, a esta última dedicaremos un capítulo independiente, al constituir el objeto principal del presente estudio.

4.1.1. La negociación

La negociación es un medio autocompositivo en el que las partes, sin la intervención de un tercero, alcanzan una solución del conflicto de manera constructiva. Como señala BARONA VILAR, en la negociación “*pueden los sujetos en conflicto, tan sólo ellos sin intervención de un tercero, tratar de alcanzar una solución para el conflicto suscitado, mediante el intento de comunicarse entre sí, exponiendo cada uno de sus beneficios, asumiendo que, en cualquier caso, va a existir una cesión que importe renunciar a algo*”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, op. cit., p. 31.

⁴¹⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, op. cit., p. 130.

⁴¹⁹ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 70-71.

Por tanto, la negociación será un sistema de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes, con intereses contrapuestos, por sus propios medios alcanzan un acuerdo.

La negociación debería ser la vía habitual para alcanzar un acuerdo entre dos o más partes que viven una situación de confrontación. En efecto, en las relaciones personales lo más usual debería ser solventar las divergencias que vayan surgiendo de forma comunicativa.

Ciertamente, antes de acudir a un tercero, sea vía mediación o procedimiento judicial o arbitral, lo habitual es que las partes por sí mismas, mediante el diálogo, alcanzasen un consenso. Si bien, para alcanzarlo se ha de abrir una vía de comunicación o contacto, lo que no siempre será posible.

En este sentido, la negociación en la empresa y, concretamente, en la empresa familiar, debería ser el primer paso para la resolución de un conflicto, ante la ponderación de los perjuicios que ocasionarían su mantenimiento, por lo que, se debería de optar por alcanzar un acuerdo⁴²⁰.

Si bien, no podemos concretar cual es el procedimiento o las técnicas usadas en la negociación, en cuanto, serán las partes intervinientes las que marquen dicho procedimiento; en este sentido, apunta OVEJERO BERNAL, *“no existen ni pueden existir recetas, porque la conducta humana es incontrolable”*, (...) *“El arte de la negociación se puede enseñar, se puede aprender y se debe entrenar, pero nunca basándonos para ello en un proceso hipotético-deductivo. Por el contrario, quien desee ser un buen negociador, así como todo el que pretenda tratar cuestiones relacionadas con la conducta humana, deberá tener mucho sentido común, un gran conocimiento de muchos y variados campos de la psicología humana y, además, poseer ciertas habilidades sociales. Pero no hay verdades absolutas ni normas fijas e inamovibles, sino que el negociador pisa siempre sobre tierras movedizas, en las que resulta difícil sostenerse y mantenerse en pie e, incluso, la amenaza de hundirse en ellas pende siempre sobre su*

⁴²⁰ HOYO SIERRA, I.A., “La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 358.

*cabeza, cual espada de Damocles. Estamos ante el arte del disimulo, del regateo, de la astucia, de la apariencia, del engaño*⁴²¹.

El autor distingue dos modalidades de negociación, las colaborativas o cooperativas y las competitivas, según la posición que adopten las partes. Como negociadoras las partes podrán adoptar una postura colaborativa, cuando intenten encontrar la mejor solución posible al conflicto planteado, buscando un equilibrio, denominado “win-win”, en el que todas las partes ganan y pierden, sin conseguir una satisfacción completa de todos los intereses reclamados, pero con la seguridad de no perderlo todo⁴²².

No obstante, en las negociaciones competitivas, las partes mantendrán una postura de confrontación y la solución alcanzada no guardará un equilibrio entre las partes, sino que se regirá por “yo gano, tú pierdes”⁴²³.

Otros autores, las denominan negociación distributiva e integrativa. De manera que, en la primera de ellas, los resultados del acuerdo alcanzado por las partes se hallan inversamente relacionados: una de las partes gana y la otra pierde algo. Si bien, en la integrativa, los resultados de las partes pueden estar directamente relacionados, siendo posible que todas las partes se beneficien de sus resultados, lo que permite que ambas salgan finalmente favorecidas de la negociación⁴²⁴.

Al referirnos a la negociación, como indica SOLETO MUÑOZ⁴²⁵, generalmente se piensa en la forma de negociación distributiva, en la que las partes por separado intentan alcanzar el mejor resultado posible, sin considerar la postura del otro. Frente a este tipo de negociación, la fórmula contributiva se sustenta en la idea de cooperación y satisfacción de los intereses de ambas partes.

⁴²¹ OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Madrid, McGrawHill, 2004, pp. 3-4.

⁴²² ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 404.

⁴²³ OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*, op. cit., p. 138.

⁴²⁴ MEDINA, F., MUNDUATE, L., “La naturaleza de la negociación”, en AA.VV. LABRADOR, F. (Dir.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Madrid, Pirámide, 2009, 3ª ed., p.56.

⁴²⁵ SOLETO MUÑOZ, H., “Negociación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, 2ª ed., pp. 197-224.

Por tanto, la negociación es una herramienta habitual en la empresa familiar, que puede solventar los conflictos surgidos en el día a día, que afectan la estabilidad de la empresa. En efecto, en las relaciones comerciales, laborales, incluso familiares, surgirán frecuentemente divergencias que tendrán que ser tratadas por la vía de negociación entre las partes, mediante la herramienta de la comunicación.

La negociación no es una técnica como tal, sino un conjunto de aptitudes, de capacidades que las partes pondrán al servicio de la búsqueda de un acuerdo para solventar la discrepancia surgida.

En España, la falta de cultura negociadora es extensiva a todos los operadores jurídicos, tanto abogados, como órganos judiciales, así como a los clientes que, excepcionalmente, consideran adecuada esta herramienta para resolver sus conflictos. No obstante, la virtualidad práctica de la negociación es de gran eficacia para asistir a las empresas, si bien, para ello, será necesario profesionalizar su uso. En este sentido, se deberá proporcionar la formación necesaria a los operadores jurídicos para que amplíen sus conocimientos con técnicas de asistencia y negociación que faciliten la comunicación entre las partes. Asimismo, los órganos judiciales deben ser proclives a su uso, informando a las partes y asesorándolas de las ventajas temporales y económicas que puede suponer la adopción de un acuerdo.

Por todo ello, valoramos la conveniencia en el ámbito de la empresa familiar de fomentar las técnicas negociación, para lo que, será necesario profesionalizarlas y acercarlas a los operadores jurídicos desde las universidades y los colegios profesionales, y, en definitiva, darlas a conocer al ciudadano.

En la empresa familiar, la intervención del abogado será decisiva para determinar el mecanismo más adecuado para resolver el conflicto, como una alternativa al litigio. Como señala FAJARDO MARTOS, *“la primera decisión estratégica para la solución de un conflicto entre empresas es la elección del mecanismo, tradicional o alternativo, de solución de conflictos más adecuado a los intereses de las partes. En la práctica, esta decisión viene condicionada, en parte, por la tipología y características del conflicto y, principalmente, por las distintas ventajas que los principios y garantías (reglas del juego) que regulan los diversos mecanismos ofrecen para la protección de los intereses de las*

*partes en un sentido muy amplio (económico-financieros, jurídicos, comerciales y de imagen). Se trata, pues, de identificar las ventajas que derivan de los principios y garantías que regulan la mediación y que determinan que sea el mecanismo alternativo de solución de conflictos empresariales más utilizado en el ámbito internacional*⁴²⁶.

En este sentido, los abogados deben proporcionar el mejor asesoramiento a sus clientes, para ello, será imprescindible que se preparen adquiriendo conocimientos y habilidades en estos procedimientos y así se preparen para ofrecer las mejores alternativas al conflicto concreto. Con el uso del procedimiento más idóneo, las probabilidades de éxito y satisfacción del cliente se dispararán frente al proceso judicial⁴²⁷.

4.1.2. La conciliación

La conciliación constituye asimismo un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos, en el que interviene junto a las partes, un tercero ajeno al conflicto.

La conciliación suele ser confundida con la mediación, cuestión tratada doctrinalmente, a fin de delimitar ambas figuras, en función del papel encomendado al tercero en la resolución del conflicto. A este respecto, GUTIÉRREZ SANZ⁴²⁸ pone de manifiesto que *“la diferencia básica entre mediación y conciliación consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo... La injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de propuestas. En cambio, en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes”*.

⁴²⁶ FAJARDO MARTOS, P., *Cooperar como estrategia: mediación de conflictos empresariales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

⁴²⁷ SOLETO MUÑOZ, H., “El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3^a ed., pp. 41-43.

⁴²⁸ GUTIÉRREZ SANZ, M.R., “La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa”, en CARPI, F., ORTELLS RAMOS, M., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. [Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008], Tomo II*. Valencia, Universitat de Valencia, 2008, p. 39

En el mismo sentido, manifiesta BARONA⁴²⁹ “la función que desempeña el mediador es la de acercar posiciones incluso con propuesta de acuerdo, mientras que en la conciliación las partes se relacionan a través del conciliador, que no hace ningún tipo de propuesta de acercamiento entre las mismas”.

Asimismo, la conciliación no puede ser confundida con el arbitraje, compartimos en este sentido la postura de GUASP⁴³⁰, “Si alguien está en conflicto con su prójimo, y llama a otra persona para que ponga paz o les avenga, pero no se compromete a aceptar las sugerencias del tercero, entonces está en el terreno de la conciliación. y este autor diferencia esta figura de la del árbitro de este modo. Por el contrario, cuando alguien en unión de su contendiente llama al tercero y se compromete a aceptar y quedar ligado por el resultado que ese tercero proclame como dirimente entre ellos, entonces se está rigurosamente ante la figura del arbitraje”.

La conciliación se puede llevar a cabo entre particulares o ante un tribunal, antes del inicio del proceso o posteriormente, cuando ya haya comenzado. Así, en los diferentes ordenamientos jurídicos, la conciliación se configura como un requisito previo y obligatorio para el inicio del procedimiento o como una diligencia necesaria.

En España, la conciliación ha venido siendo históricamente una vía planteada con doble vertiente temporal respecto al procedimiento civil, preprocesal, es decir, antes del inicio de éste o durante su tramitación.

Por su parte, en el procedimiento laboral se configura como un trámite preprocesal, siendo un paso previo e ineludible para acceder a dicha vía. De esta forma, en el procedimiento laboral, el intento de conciliación es un requisito previo y necesario para la tramitación del proceso⁴³¹.

Centrándonos en el proceso civil, el intento de conciliación es un hito procesal expresamente regulado, que tiene como finalidad que las partes puedan alcanzar un acuerdo o se abran las vías para poder alcanzarlo.

⁴²⁹ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, op. cit., p. 88.

⁴³⁰ GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956, p 20.

⁴³¹ El trámite de conciliación se encuentra regulado en la Ley de Procedimiento Laboral, en el Título V del Capítulo Primero, de la Conciliación Previa, artículos del 63 al 68. BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995.

Con carácter previo al proceso, se podrá plantear potestativamente por las partes un intento de conciliación con anterioridad a la presentación de la demanda. Por otra parte, no debe olvidarse la específica regulación que en relación con la conciliación se incorporó en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁴³², indicándose en el Preámbulo que *“en el Título IX se contiene el régimen jurídico del acto de conciliación de forma completa, trasladando y actualizando a esta Ley lo hasta ahora establecido en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las personas tengan la posibilidad de obtener acuerdos en aquellos asuntos de su interés de carácter disponible, a través de otros cauces, por su sola actuación o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores jurídicos, como los Notarios o Registradores”*⁴³³.

Amén de la modalidad preventiva de la conciliación, es indudable que se ha venido consolidando en la historia jurídica española la figura de la conciliación intraprocesal, a saber, la que se plantea una vez iniciado el proceso. La referencia que efectúa la LEC⁴³⁴ a la conciliación no es directa, sino indirecta, vinculada al desarrollo de la audiencia previa. Ahora bien, la larga historia de incredulidades y de abandono real de eficacia de este procedimiento pesan demasiado en la actualidad, de manera que, su virtualidad práctica eficiente es más un espejismo que una realidad.

A este respecto, señalan ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA⁴³⁵ que *“en la práctica de nuestros tribunales, y salvando algunas puntuales excepciones, no es frecuente que los jueces intenten conciliar, puesto que no puede calificarse así la pregunta retórica que suele formularse antes de las audiencias previas, o en los litigios de carácter laboral. Más, aun cuando quisieran hacerlo, tampoco los jueces poseen preparación técnica, ni formación en las habilidades mínimas para que tales intentos conciliatorios puedan alcanzar un mínimo grado de éxito. Se actúa de forma intuitiva,*

⁴³² BOE núm.158, de 03 de julio de 2015.

⁴³³ Preámbulo Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴³⁴ Sobre el papel de la conciliación en nuestro proceso civil, la profesora SOLETO considera que la conciliación es una figura incómoda, que ha quedado muy limitada a los justos términos de la voluntad de las partes. SOLETO “La conciliación de los letrados de la Administración de Justicia”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3^a ed., p. 569.

⁴³⁵ ORTUÑO MUÑOZ, J. P., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*, 2007, p. 34.

irregular, con grandes diferencias entre los juzgados de una misma población, y sin incentivos de ningún género. En ocasiones, las llamadas a la conciliación se transforman en presiones a los letrados y a las partes para que la secuencia de los señalamientos diarios vaya más rápida, o para que partan las diferencias económicas y no se complique la resolución con cálculos complejos. Precisamente la técnica conciliatoria es todo lo contrario, pues presupone un profundo estudio previo del asunto por el juez, que somete a consideración de las partes determinados aspectos que considera relevantes, sin ningún tipo de prisa, pues de lo que se trata es de fomentar la reflexión conjunta de las partes”.

En conclusión, la escasa aplicación práctica de la conciliación no es óbice para referenciar el enorme valor que podría alcanzar esta vía conciliadora en la empresa familiar, por la enorme aplicabilidad que podría tener en la gestión y resolución de conflictos. En este sentido, las bondades de esta institución en sede de empresa familiar deberían ponerse en valor, puesto que, su aplicación evitaría el tratamiento del conflicto en sede judicial que, independientemente de su resolución, puede ocasionar el desgaste de las relaciones familiares y afectar gravemente a la empresa familiar.

4.1.3. La mediación

La mediación se encuadra dentro de las técnicas ADR y se caracteriza por ser un sistema autocompositivo de solución de conflictos en el que las partes, ayudadas por un mediador, intervienen activamente en la búsqueda de una solución que satisfaga sus respectivas necesidades e intereses. En consonancia con esta idea, se establece en el artículo 8 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴³⁶, en adelante Ley de mediación, la finalidad de alcanzar las partes un acuerdo por sí mismas⁴³⁷.

⁴³⁶ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁴³⁷ El artículo 8 de la Ley de mediación establece que: “*las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación*”.

En línea con lo expuesto, suele considerarse la mediación por algunos autores como una especie de negociación asistida, en la que son las partes las que alcanzan una solución, ayudadas por un tercero, que las orientará en la obtención de un consenso⁴³⁸.

MEJÍAS GÓMEZ⁴³⁹ introduce un elemento más en la definición de mediación, al señalar que mediar no es sólo intervenir en medio de dos personas enfrentadas, sino que, supone el empleo de técnicas y habilidades llevadas a cabo por personas con formación previa y adecuada.

VINYAMATA considera la mediación “*el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás*”⁴⁴⁰.

En cuanto a la aplicación práctica de la mediación, al igual que la conciliación, podrá intervenir en un ámbito extrajudicial, así como intrajudicialmente, para ello, será necesario que los diversos operadores jurídicos contribuyan y apoyen dicho mecanismo como complementario a la vía judicial.

El carácter complementario de la mediación a la vía judicial es apoyado por autores como BARONA⁴⁴¹, que consideran que la mediación más que una vía alternativa a la jurisdiccional tiene una función complementaria a la misma, en cuanto, la labor del mediador no es la de resolver el conflicto, sino ayudar a las partes a alcanzar la solución que crean más adecuada. Por ello, la consideración de la mediación como vía alternativa no debe suponer la exclusión del procedimiento judicial, respecto al que puede ser un

⁴³⁸ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, pp. 27-48.

⁴³⁹ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, op. cit. p. 9, señala que “etimológicamente, mediar es ponerse en medio de dos personas que se enfrentan, con la idea de reducir, evitar o poner fin al conflicto. No obstante, mediar es mucho más que eso, supone el empleo de determinadas técnicas o habilidades que sólo pueden ser llevadas a cabo adecuadamente por personas que hayan recibido una formación previa. No se trata, únicamente, de desplegar buenos oficios y tener buena voluntad, es mucho más que eso”.

⁴⁴⁰ VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Barcelona, Paidós, 2012, p. 17.

⁴⁴¹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 107-112.

complemento efectivo, aun cuando se haya iniciado y la resolución del conflicto se obtenga por el uso de la mediación.

A pesar de las ventajas de la mediación en el ámbito civil y mercantil, como mejor alternativa al proceso y del incremento de procedimientos judiciales en estos ámbitos en los últimos años, la mediación sigue siendo un recurso poco usado, debido a nuestra cultura litigiosa. Opuestamente a dicha cultura, se viene generando una filosofía diferente que pone en valor la consecución de una solución beneficiosa para las partes en conflicto, sin necesidad de acudir a la vía judicial.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podremos esgrimir la idea de que la mediación es el medio más idóneo en todos los conflictos y circunstancias, aunque resultan consagradas las ventajas de esta institución, especialmente, en los conflictos basados en relaciones personales. De este modo, en los procedimientos de familia se ha venido apreciando una especial utilidad de la mediación.

Ciertamente, en los conflictos familiares provocados en muchas ocasiones por la ruptura de la relación familiar, la comunicación entre las partes generada en el procedimiento de mediación será una pieza clave, no sólo para alcanzar un acuerdo, sino también, para prevenir futuros conflictos. Por ende, la mediación en estos procedimientos se configura como un mecanismo de gestión cooperativo entre las partes que participan activamente en el proceso de mediación, con notable compromiso de cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

Compartimos con ETXEBARRÍA ESTANKONA⁴⁴² que *“cuando se origina un conflicto dentro del seno familiar la vía por la que en la mayor parte de los casos se suele optar para su resolución es la jurisdiccional, la vía considerada como ordinaria. Pero este medio quizás no sea el más adecuado. ¿Por qué? La respuesta es muy sencilla, por todos los inconvenientes que conlleva; para empezar, cuando la relación familiar se lleva a los juzgados, el futuro de ésta se pone en manos de un juez, nos encontramos con su transformación en una relación de ataques y defensas durante todo el tiempo que dura*

⁴⁴² ETXEBARRÍA ESTANKONA, K., “La mediación familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La Resolución Alternativa de Conflictos*, op. cit., p. 94.

el proceso y de ganador-perdedor al final del mismo, con decisiones judiciales que proceden de un tercero ajeno y que más que ayudar a resolver el conflicto se convierten en rígidos corsés en los que se tienen que embutir las verdaderas necesidades de los miembros de la familia y que al mismo tiempo generan más disputas y desacuerdos”.

En esta misma línea, los abogados deben considerar la mediación un método eficaz para evitar la contienda, aun cuando el procedimiento se haya iniciado, asesorando en este sentido a sus clientes. El papel del abogado no queda excluido, sino que adquiere gran relevancia en esta institución, en razón a que, como asesor de las partes pueden asumir un papel esencial en la culminación con éxito del procedimiento de mediación.

Sobre el papel de los abogados en la mediación consideramos relevantes las conclusiones efectuadas en la Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona en noviembre de 2006⁴⁴³, en las que se constata que, por la experiencia comparada y los programas piloto llevados a cabo, para el éxito de una derivación a mediación se debe contar con la colaboración de los abogados. Como paso previo para obtener la colaboración del abogado se destaca la importancia de su información previa, indicando que *“Si la propuesta del tribunal de derivar a la mediación se produce de forma sorpresiva para el letrado, es lógico que éste la perciba como una inmisión a su quehacer profesional. Es importante por ello evitar las quejas que puedan generarse en este sentido y procurar en todo momento la complicidad de los abogados con el tribunal, en el momento de proponer a sus clientes que acudan a un proceso de mediación. De alguna forma, mientras la abogacía no perciba que existen dos modelos metodológicos para intentar solucionar el litigio, uno el contencioso clásico, y el otro la mediación, y que sea él quien en cada caso aconseje al cliente, según las circunstancias del caso, las ventajas de uno y otro sistema, la mediación no se implantará. Como es obvio, el papel y la función del abogado ha de quedar definida por igual en uno y otro caso, su intervención como asesor y, especialmente como redactor de los acuerdos o convenios, debe quedar salvaguardada, y garantizada, así mismo la remuneración de su trabajo”.*

⁴⁴³ Conclusión I de las Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006, “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P., (Dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 635.

Sobre la cuestión expuesta, PORTELA⁴⁴⁴ considera tarea del mediador aclarar a las partes y a sus letrados, como responsables del encuadre jurídico del caso, la importancia de su función para que orienten la mediación como una oportunidad y no como una amenaza.

Ya centrándonos en el ámbito mercantil o empresarial, hay que destacar que no existen condiciones o restricciones para la implantación de la mediación. Es más, el sector en dicho ámbito más proclive a que las bondades de la mediación puedan visualizarse, es precisamente en el campo de la empresa familiar, en el que se aúna una problemática de Derecho de familia al conflicto empresarial.

Pese a todo, la implantación efectiva de la mediación está siendo más costosa de lo que probablemente las autoridades de la UE pensaron. Se requiere un cambio de cultura jurídica y normativa, para la implementación efectiva de estos mecanismos alternativos de resolución de controversias. Para ello, deben ganarse la confianza de los ciudadanos con la profesionalidad y cualificación de las personas que ejerzan la mediación.

En consecuencia, será necesario un cambio de cultura, no sólo de los operadores jurídicos, sino también, de la ciudadanía en general y de la clase política en particular. Hace falta impulsar la mediación, observarla, seleccionar buenos mediadores, facilitar su acceso, integrarla en el marco de la tutela efectiva de los ciudadanos y, a partir de ahí, tratar de ir poco a poco adquiriendo fuerza en el marco de la prevención de conflictos, así como, en su gestión y en solución.

Este mecanismo con sus bondades y sus posibles perversiones, que también pueden hacerse presentes, es, a nuestro parecer, una magnífica herramienta que puede validarse en el ámbito conflictual de la empresa familiar. Es por lo que, tras la exposición de los métodos heterocompositivos, nos detendremos en los dos métodos específicos que consideramos pueden abrir nuevas perspectivas y maneras de afrontar los conflictos de la empresa familiar, el arbitraje y la mediación. A estas dos instituciones dedicaremos un análisis más extenso *infra*.

⁴⁴⁴ PORTELA, J.G., “Características de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 221.

Resulta incuestionable que la implantación de la mediación como mecanismo complementario a la vía judicial en la empresa familiar requerirá un cambio de cultura jurídica y normativa, para la consideración social de este mecanismo como medio efectivo de resolución de controversias.

Ante esta situación, como primer paso será necesaria una cultura social de la mediación. En este sentido, resultan destacables las apreciaciones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2016, que evidencia determinadas dificultades en la práctica, en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación, especialmente relacionadas con la falta de una cultura de la mediación en los Estados miembros.

Como medida para su implantación, se va afirmando una línea doctrinal seguida por otros sistemas jurídicos, basada en la obligatoriedad del intento de mediación, como requisito previo al acceso a la vía judicial en supuestos tasados, sin conculcarse con ello la voluntad del ciudadano que puede acceder posteriormente a la vía judicial. Siguiendo esta corriente, el legislador español se ha planteado un nuevo enfoque de la mediación en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación aprobado el 11 de enero de 2019, que obligaba a los litigantes en determinadas materias, a asistir a una sesión informativa y exploratoria de la mediación, en los seis meses previos a la interposición de la demanda. La denominada por VÁZQUEZ DE CASTRO “*mediación voluntaria mitigada*”⁴⁴⁵.

Este cambio de criterio, que trataremos más extensamente *infra*, se plantea por el legislador al no haber conseguido con la regulación actual de la mediación demostrar su operatividad, como expresamente manifiesta la Exposición de Motivos del referido Anteproyecto.

Quizá la cuestión planteada debe trascender al método valorado y enfocarse desde una visión general de igualdad entre los diversos mecanismos de resolución de conflictos, partiendo de una regulación procedimental que garantice “*igualdad de armas*” y el efectivo derecho a la tutela judicial por los ciudadanos. Para ello, los diversos métodos,

⁴⁴⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad*, núm. 50, 2013, p. 93.

independientemente de su mayor idoneidad según la tipología del conflicto, podrán ser elegidos indistintamente por el ciudadano, al inspirarle igual confianza y seguridad.

Compartimos en este sentido con MARTIN DIZ⁴⁴⁶ que la solución está en la evolución hacia un derecho a la tutela efectiva de la justicia, que reconozca al ciudadano acceder a órganos jurisdiccionales o cualesquiera otras formas legales extrajudiciales de resolución de conflictos, en el ejercicio de sus propios derechos e intereses legítimos. Empero, para alcanzar una posición igualitaria, no debe establecerse la utilización obligatoria y condicional de alguno de ellos respecto al resto.

4.2. Vías heterocompositivas

Dentro del modelo de justicia integrado por cauces de tutela que van más allá del proceso judicial, el denominado *Multi-rooms Justice System*. Como cauces de esta tutela vienen a ser reconocidas tanto las vías autocompositivas, caracterizadas porque son los propios sujetos en conflicto los que lo resuelven, como las heterocompositivas, en las que las partes delegan a un tercero la gestión y resolución del conflicto. Las dos vías heterocompositivas aceptadas por los ordenamientos son el proceso judicial y el proceso arbitral.

En ambos casos, se somete la controversia a un tercero que, de forma ajena e imparcial a las partes, impone una solución al conflicto surgido. La diferencia entre ambos métodos es que, por una parte, el proceso judicial es un método de carácter público, caracterizado porque los órganos judiciales tienen la facultad de resolución sobre el conflicto y su decisión vincula a las partes, al ser ejecutables. Por otra parte, el arbitraje es un sistema de carácter privado, en el que igualmente la decisión adoptada por el árbitro es vinculante para las partes, al ser ejecutable el laudo arbitral⁴⁴⁷.

Como elementos integrantes de las vías heterocompositivas, pueden considerarse los siguientes⁴⁴⁸:

⁴⁴⁶ MARTÍN DIZ, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva o de la Justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 23, 2014.

⁴⁴⁷ BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la Institución del Ombudsman*, op. cit., p. 239.

⁴⁴⁸ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pp. 61-62.

1.- Los sujetos que se encuentran en conflicto van a actuar en contradicción, acudiendo a un tercero para que lo resuelva. De forma que, si hubiera algún acuerdo o pacto de las partes durante el proceso, sería innecesaria su continuidad.

2.- El tercero tiene una intervención *supra partes*, es decir, no actúa en posición de igualdad respecto a las partes. Asimismo, el tercero asume una función decisora y resolutoria del conflicto, que puede serlo en derecho (función jurisdiccional judicial y función jurisdiccional arbitral) o de acuerdo con su leal saber y entender (denominado arbitraje en equidad).

En efecto, a diferencia de la vía autocompositiva, en la que las partes y el tercero se hallan en la misma posición horizontal, en las vías heterocompositivas, la posición gráfica de las partes respecto al tercero se representará triangularmente, con la situación del tercero en un estrato prioritario respecto a las partes. Las fórmulas heterocompositivas pueden desarrollarse a través del arbitraje y la vía judicial, procedimientos en los que el árbitro y el juez imponen, en virtud de su autoridad, la solución definitiva e irrevocable a las partes en litigio⁴⁴⁹.

En este sentido, BARONA VILAR⁴⁵⁰ señala que “*la heterocomposición implica que el tercero que actúa lo hace supra partes, esto es, impone la decisión a los que acuden al mismo para alcanzar una solución, en la que no toman parte los sujetos implicados, sino que es decisión del tercero ajeno al conflicto*”.

4.2.1. Vía Judicial

Los tribunales han sido tradicionalmente la única vía para la resolución de los conflictos. En España, el modelo procesal se encuentra configurado por la LEC se encuentra inspirado en el principio de justicia rogada o principio dispositivo.

⁴⁴⁹ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pp. 12-13.

⁴⁵⁰ BARONA VILAR, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos*, op. cit., p. 32.

En el ejercicio de la función jurisdiccional los órganos judiciales no pueden perder las virtudes que señala URBANO CASTRILLO⁴⁵¹, “la prudencia, que supone un acercamiento reflexivo y cauteloso a la cuestión litigiosa sobre la que ha de pronunciarse, requiere una actitud comprensiva y abierta, pero al tiempo escéptica y cautelosa, que ha de ir nutriéndose de la experiencia propia y el conocimiento de la jurisprudencia”.

Los poderes públicos han tutelado constitucionalmente los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos, bajo la salvaguarda de los tribunales, amparados en el principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE.

A este respecto, afirma BARONA VILAR⁴⁵² que “el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE no supone que la vía del Estado-Juez-Proceso sea obligatoria, ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes que pueden ir desde las fórmulas autocompositivas hasta otros cauces como el arbitraje, que responden a los mismos parámetros de la heterocomposición”.

En efecto, frente a este monopolio judicial, se han venido impulsando otras vías entre las que puede elegir el ciudadano en función de sus necesidades, sin que pueda considerarse que la existencia de varios modelos genera una competencia negativa entre los mismos, sino todo lo contrario, puede estimular sus mejoras mediante reformas legislativas⁴⁵³.

En definitiva, la existencia de varias opciones de acceso a la Justicia para el ciudadano debe considerarse como un plus concedido, en cuanto, en función de sus necesidades, podrán valorar cuál es la vía que mejor puede atender el conflicto surgido.

Ciertamente la evolución tecnológica y la globalización han generado un incremento de las relaciones jurídicas, ante las que el ciudadano demanda una vía

⁴⁵¹ URBANO CASTRILLO, E. "Deontología judicial: el arquetipo de juez de nuestra época", *Manuales de formación continuada. Éticas del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 24, 2004, pp. 317 y ss.

⁴⁵² BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, op. cit., p. 212.

⁴⁵³ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Barcelona, Atelier, 2010, 8ª ed., pp. 36-37.

dinámica de acceso a la Justicia, adaptada a esta nueva realidad social y económica, así como la complejidad propia de cada situación o conflicto.

Ante este panorama, nuestro sistema judicial se ha mostrado ineficaz e insuficiente, a pesar de haberse lentamente modernizado, empero, ha quedado indudablemente desfasado de su contexto socioeconómico y, con ello, ha aumentado la insatisfacción de la ciudadanía frente al modelo procesal judicial.

Todas las circunstancias enunciadas *supra*, conforman el marco idóneo para el impulso social de otros métodos para resolver los conflictos. A pesar de todo ello, la vía judicial sigue siendo la vía principal resolución de los conflictos.

4.2.2. *El arbitraje*

El arbitraje es un método heterocompositivo encuadrado dentro de las ADR que ha tenido una proyección particular, que analizaremos para entender su configuración y naturaleza. Compartimos con BARONA VILAR que no nos encontramos ante una nueva institución surgida de la economía industrializada, sino más bien, ante una figura que es fruto de una larga evolución histórica⁴⁵⁴.

Por ello, se hace necesario realizar *a posteriori* un breve estudio de su evolución histórica, que nos ayude a analizar la naturaleza y principios rectores de la institución actual del arbitraje, integrada en un nuevo modelo de justicia.

5. Abordaje de la conflictividad en la empresa familiar

A continuación, abordaremos un análisis de los conflictos surgidos en la empresa familiar, partiendo del origen o naturaleza de las situaciones de conflicto. Ahora bien, es indudable que la evolución que ha ido experimentando la empresa familiar, asimismo, ha estado acompañada por la evolución sufrida por la empresa y la familia, con indudable repercusión en su ámbito conflictual.

⁴⁵⁴ BARONA VILAR, S., “Arbitraje, elemento de tutela esencial en el Derecho Procesal”, en MENDOZA DÍAZ, J. (Coord.), *Panorama del Derecho procesal cubano*, Estudios Latinoamericanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 47-48.

Por una parte, la empresa ha tenido que afrontar el reto de la globalización, por lo que, ha adquirido una mayor complejidad en sus estructuras y formas de gestión.

Por otra parte, la familia ha evolucionado en sus estructuras, en sus valores, en la adopción democrática de las decisiones, frente a la estructura autocrática y jerárquica que representaba el mandato del *pater familias*.

Ante el desarrollo que ha sufrido la empresa y la familia, incluso el choque generacional que ha impactado en nuestra sociedad con más vehemencia que en otras épocas, nos planteamos si la empresa familiar ha avanzado acompasadamente con su entorno, gestionando adecuadamente los conflictos surgidos en su seno, o si contrariamente, tiene una mayor dificultad en solucionarlos efectivamente.

Como manifiesta GONZÁLEZ DE COSSÍO⁴⁵⁵, las empresas familiares sufren de problemas especiales, adicionales a los problemas que cotidianamente viven los negocios en general, siendo caldo de cultivo de problemas serios con connotaciones emotivas, que deberán solucionarse como raíz del problema. En definitiva, no se tratará de abordar la cuestión surgida, sino de ampliar su estudio a aquellas cuestiones de fondo que llevan consigo y que, si no se solventan, se enquistan y derivan en graves consecuencias para la empresa y familia.

Por todo ello, será fundamental el abordaje de los conflictos en la empresa familiar que realizaremos desde dos vertientes, la preventiva y la de gestión y resolución del conflicto. A tal fin, hemos examinado mecanismos preventivos que puedan anticiparse a dichas situaciones de conflicto, como que las empresas familiares adapten los estatutos sociales a sus peculiaridades y complementen esa regulación con el protocolo familiar. Asimismo, el acogimiento del régimen de separación de bienes como régimen económico matrimonial y la planificación de la sucesión en la empresa familiar, con el uso de los diversos mecanismos que posibilitan al testador transmitir la empresa como una unidad productiva.

⁴⁵⁵ GONZALEZ DE COSSIO, F., Arbitraje y Empresa Familiar, p. 1; disponible en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20EMPRESA%20FAMILIAR.pdf>., consultado el 12-08-2019.

Los mecanismos preventivos indudablemente dotarán a la empresa familiar de una cierta seguridad y blindaje frente a previsibles situaciones de conflicto. Sin embargo, también es conveniente plantearse que mecanismos propiciarán la adopción de dichos instrumentos en la empresa familiar, para que sean voluntariamente adoptados y puedan implantarse.

En el ámbito preventivo, la cuestión de fondo será analizar las vías de implantación de dichos mecanismos, en cuanto, exceden de las necesidades de gestión y organización de la empresa y puede suponer una traba a la libre actuación del órgano gestor de la empresa.

En referencia al ámbito resolutivo de los conflictos, nos cuestionamos cuáles serán los medios idóneos para solventar las diferencias surgidas y de qué manera pueden articularse en la empresa familiar.

Para atender las cuestiones expuestas, realizaremos un estudio individualizado del arbitraje y de la mediación, analizando su naturaleza, principios inspiradores y regulación, como punto de partida para valorar su implantación práctica en la empresa familiar.

6. Introducción de soluciones negociables en la empresa familiar: el arbitraje y la mediación

En Europa, desde la Comisión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se ha pretendido que la implantación de los ADR abordando con ello la crisis de la Administración de Justicia, que es un problema común de todos los estados miembros⁴⁵⁶.

En este sentido, la implantación de los cauces alternativos extrajudiciales de resolución de conflictos ha generado un nuevo modelo de Justicia, un “*cambio de paradigma*” o de “*Justicia integral*”, como ha considerado BARONA VILAR⁴⁵⁷, da cabida

⁴⁵⁶ PALAO MORENO, G., “La mediación y su codificación en Europa: Aspectos de Derecho internacional privado”, en BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1337-1352.

⁴⁵⁷ BARONA VILAR, S., “Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 54-55.

a “un modelo en el que las ADR y la Jurisdicción coexisten como mecanismo complementarios de tutela de los ciudadanos, incluyendo los medios “out of Court” (algo ajeno y fuera de los tribunales) o, por el contrario, “in Court””.

Compartimos con MAGRO⁴⁵⁸ que el procedimiento judicial no es la única vía de acceso a obtener la tutela judicial efectiva, puesto que, la tutela que debe proporcionarle al ciudadano el Estado de Derecho no ha de ser necesariamente judicial.

Como hemos venido comentando, en este paradigma de justicia eficaz señalado por BARONA VILAR⁴⁵⁹, las instituciones que se incardinan dentro de las ADR han pasado de su consideración como vías alternativas a estimarse sus posibilidades como vías complementarias a la vía judicial, en aras de alcanzar un sistema de resolución satisfactorio para los ciudadanos.

Hay determinados conflictos que según su naturaleza no van a encontrar en la vía judicial la gestión y resolución más idónea. En este sentido, compartimos con MARTÍN DIZ⁴⁶⁰ que el ciudadano y los juristas son conscientes de que se puede tener acceso a la Justicia por vías diferentes a la judicial y que, se van abriendo camino, el arbitraje, la mediación y la conciliación sobre la base de su regulación legal, la experiencia desarrolladas y las propias ventajas de estos mecanismos frente a los conflictos concretos, configurándose como opciones interesantes de Justicia.

La conveniencia del uso de dichas vías no judiciales, ni jurisdiccionales en cualquier ámbito conflictual, es una realidad, si bien, para su utilización es necesario que estén implantadas y sean una alternativa efectiva para el ciudadano. A pesar de todo ello, la implantación de las ADR en nuestro país ha sido más lenta que en otros países de nuestro entorno.

⁴⁵⁸MAGRO SERVET, V., “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, núm.7852, 2012, p. 1.

⁴⁵⁹BARONA VILAR, S., “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁶⁰MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal: estudios y análisis*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, p. 22.

Como hemos mencionado *supra*, ha sido destacable el impulso producido desde la UE para la incorporación de instrumentos ADR, persiguiendo dos objetivos: por un lado, que junto a la vía judicial existan diversos medios de solución de conflictos, que se adapten al tipo de conflicto y a las partes intervinientes en el mismo; y, por otro, favorecer una reducción de los costes⁴⁶¹.

Especialmente, a instancia de las instituciones europeas se ha producido el impulso legislativo en torno especialmente a la mediación y al arbitraje, con la finalidad no sólo de favorecer su implantación en ámbitos generales del derecho, sino especialmente, en ámbitos sectoriales con una vocación de especialidad y adaptabilidad al conflicto, facilitando ventajas no proporcionables por la vía judicial, sin perjuicio de las demás consagradas ventajas de estos métodos frente a la férrea y costosa vía judicial.

En este sentido, el impulso desde la UE de las ADR ha venido referido especialmente a determinados sectores, como los conflictos en el Derecho de familia, en menores y en materia de consumo⁴⁶².

En definitiva, no se trata de sustituir la vía judicial o intentar que estos métodos sean la solución a las deficiencias de este sistema, sino que, centrándonos en la conflictividad en la empresa familiar, se tratará de abordar el uso del arbitraje y la mediación como complemento al proceso judicial, para plantear su implantación en la gestión y resolución de conflictos en la empresa familiar.

El abordaje de estos métodos será el punto de partida para ponderar si dichas vías, que coexisten con la vía judicial, se configuran en nuestro panorama social y judicial como una solución idónea y efectiva para la gestión y resolución de los conflictos surgidos en la empresa familiar.

⁴⁶¹ BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, op.cit., p. 53.

⁴⁶² En materia de consumo puede consultarse PALAO MORENO, G, AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (Ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; CATALÁN CHAMORRO, M.J., “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajudicial de conflictos en consumo: ADR y ODR”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, op.cit., pp. 171-196.

II. EL ARBITRAJE

1. Concepto

Coincidiendo con BARONA⁴⁶³, el arbitraje es un medio de tutela entendido como instrumento de Derecho privado que utilizan los ciudadanos para solicitar la tutela a un árbitro. Por ello, es una fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos, a la que acuden dos o más personas para que un tercero resuelva un litigio, mediante un convenio arbitral⁴⁶⁴.

Ciertamente, el arbitraje es un medio de tutela privado, iniciado a instancia de parte, que únicamente excluye el procedimiento judicial en caso de que las partes tengan voluntad de acceder al mismo. De este modo, la voluntad de acudir a arbitraje se concreta por las partes en el convenio arbitral, en el que disponen sobre el objeto del conflicto y optan por someterlo a arbitraje, excluyendo el procedimiento judicial.

Por tanto, la voluntad de las partes es uno de los rasgos definitorios de este medio de tutela, al que podrán acudir las partes para someter las materias que sean disponibles.

FLORS MATIES⁴⁶⁵ define el arbitraje como “*institución jurídica por virtud de la cual una tercera persona nombrada por convenio entre las partes resuelve con base en una potestad específicamente conferida el conflicto de intereses que les afecta, siempre que la materia sea de su libre disposición*”.

Autores como COLINA GAREA⁴⁶⁶ inciden en su definición en el carácter de cosa juzgada del arbitraje, así considera el arbitraje como “*la resolución de conflictos en materias de libre disposición conforme a Derecho, entre dos o más partes a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial, que se denomina arbitro y que dicta un laudo de obligado cumplimiento para las partes que produce efectos idénticos a la cosa*”.

⁴⁶³ BARONA VILAR, S., “Capítulo I: “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia”, en AA.VV., *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, op. cit., pp. 55-58.

⁴⁶⁴ DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., “El arbitraje”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., *Derecho Procesal Civil – Ejecución forzosa – Procesos especiales*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, 3ª ed., p. 611.

⁴⁶⁵ FLORS MATIES, J. et. alt, *El Arbitraje, Obra colectiva “Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 654.

⁴⁶⁶ COLINA GAREA, R., *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 16.

juzgada, sin que pueda ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos”.

El arbitraje ha sido apoyado por instituciones y asociaciones que se han creado para su divulgación. En este sentido, la Asociación Europea de Arbitraje⁴⁶⁷ lo define como *“un mecanismo alternativo a la Justicia ordinaria que permite la solución de conflictos entre dos o más partes, en el que un tercero experto, independiente e imparcial, denominado árbitro, resuelve la controversia dictando un laudo (“Sentencia”) que es de obligado cumplimiento”.*

Las diversas definiciones expuestas inciden en aspectos del arbitraje que delimitan su naturaleza y sus elementos, destacando su carácter heterocompositivo, la intervención *supra partes* de un tercero y la obligatoriedad del laudo. En definitiva, se trata de un método de resolución de conflictos al que acuden las partes en el ejercicio de su voluntad y en materias de libre disposición, sometiendo la decisión a un tercero, mediante un procedimiento que se desarrollará con todas las garantías y cuya resolución será vinculante para las partes.

El arbitraje es un medio alternativo a la vía judicial, aceptado e impulsado, tanto desde instancias públicas, como privadas, que cuenta con un reconocimiento social muy superior al de otros métodos de resolución, como la mediación.

En efecto, el arbitraje, a diferencia de la mediación, es un medio con más afirmación social que, en determinados ámbitos más especializados o profesionales, inspira una mayor confianza al justiciable, por lo que, se configura como una verdadera alternancia a la vía judicial. Ante esta realidad, nos planteamos si la empresa familiar es un ámbito idóneo para que el arbitraje puede adquirir dicha consideración de vía alternativa.

El análisis de la institución jurídica del arbitraje quedaría incompleto sin efectuar una breve referencia a su evolución hasta llegar a la regulación actual, lo que nos ayudará a entender su configuración y los principios sobre los que se estructura; todo ello, a fin

⁴⁶⁷ Disponible <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/conocenos>, consultado el 17-08-2019.

de situar la institución del arbitraje en nuestro panorama social, como punto de partida, para plantear su aplicación práctica en la empresa familiar.

2. Regulación del arbitraje en España

Nos ceñiremos en este trabajo a realizar una exposición de la más reciente regulación del arbitraje en España, comenzando una breve instantánea de los orígenes de la institución que, como modalidad ADR, ha tenido proyección mediante el impulso legislativo producido por instancias internacionales. Se trata de una institución con una trayectoria que responde a unos orígenes concretos y que conviene analizar para entender su idiosincrasia.

Autores como ZAPPAL⁴⁶⁸ coinciden en afirmar que el arbitraje es anterior a las formas estatales de administración de justicia. Históricamente la forma originaria de resolución de conflictos fue la justicia privada, si bien, con la evolución y el progreso social, se adoptaron las primeras reglas de comportamiento, permitiendo que distinguidos individuos con autoridad moral resolvieran las controversias entre ciudadanos, produciéndose la consolidación de la institución en el Derecho romano.

Por tanto, se afirma que el arbitraje puede tener su origen en el Derecho romano, al jugar un papel fundamental en el desarrollo del proceso privado romano, considerándose incluso por algún doctrinal como el origen al proceso⁴⁶⁹.

En cuanto a la regulación en nuestro país del arbitraje, como ha sucedido con otras instituciones como la mediación, comenzó en el ámbito autónomo, con carácter previo a su regulación estatal. Si bien, aunque legalmente fue reconocida la institución en el siglo XX, se enmarca en un afán de proteccionismo del Estado que refleja un fortalecimiento

468 ZAPPAL., F, “ Universalismo histórico del arbitraje”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM*; disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>, ultimo acceso 10-08-2019. pp. 198-199. Manifiesta este autor que: “*El arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia. En efecto, la práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera anticipada y obligatoria la sentencia, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal; posteriormente, el perfeccionamiento de la organización de la sociedad permitió el nacimiento de la institución judicial, entendida como la instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen público, como es conocida en la actualidad*”.

⁴⁶⁹ BARONA VILAR, S., *Nociones y Principios de las ADR (Solución Extrajudicial de Conflictos)* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p.120.

de los tribunales de justicia, como garantes de los derechos de la ciudadanía y, en esta estrategia, no tenía cabida el arbitraje⁴⁷⁰.

En este contexto, la regulación estatal del arbitraje se produjo por la Ley 22 de diciembre de 1953, que regulaba los arbitrajes de Derecho Privado⁴⁷¹. En el preámbulo de la citada Ley se señalaban los principios de sencillez y eficacia del arbitraje, indicando que, “*acaso ninguna Institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele, con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa en su vida social como la institución del arbitraje*”⁴⁷².

La Ley de 1953 fue derogada por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje⁴⁷³, en la que, a diferencia de la anterior, se regulaba el reclamado arbitraje institucional que, como señala su Preámbulo, suponía un avance respecto a la Ley de 1953 al ampliarse a los conflictos mercantiles⁴⁷⁴. En este sentido, con la Ley de 1988 se produjo la apertura del arbitraje a ámbitos como el empresarial, sin embargo, no tuvo la respuesta esperada en este ámbito.

Compartimos con BARONA VILAR⁴⁷⁵ que “*con todas sus limitaciones, la Ley ofreció una concepción coherente y sistemática del arbitraje. Sus tres lustros de vigencia sirvieron para permitir asentar un cuerpo doctrinal relevante en torno al arbitraje, amén de conformar una mínima cultura arbitral. Muy probablemente las razones de este solo tímido impulso de la institución arbitral en España al amparo de la Ley de 1988 se debieron al momento histórico en que la misma se aprobó –1988-, década postconstitucional, marcada por un fortalecimiento del Poder Judicial, lo que evidentemente chocaba con la idea de formas de tutela no judiciales ni jurisdiccionales. El culto al proceso judicial impedía, en todo caso, el fomento de la institución arbitral, que, a la postre, se entendía que no ofrecía a priori las garantías que, tanto respecto del órgano como del proceso, podían cada vez más encontrarse en el ámbito del Poder Judicial*”.

⁴⁷⁰ *Ídem*, pp. 121-122.

⁴⁷¹ BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1953.

⁴⁷² Preámbulo de la citada Ley.

⁴⁷³ BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 1988.

⁴⁷⁴ Preámbulo de la citada Ley.

⁴⁷⁵ BARONA VILAR, S., “Arbitraje en el modelo de Justicia español del Siglo XXI”, en AA.VV., GARCÍA ASCENCIOS, F. (Dir.), *Derecho Arbitral*, Arequipa (Perú), Adrus, 2013, p. 20.

Continuando con los avances en el arbitraje, a fin de adaptar su regulación a la promulgación de la Ley Modelo UNCITRAL, el legislador español siguiendo la recomendación realizada por la Asamblea General de la ONU promulgó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje⁴⁷⁶, en adelante, Ley de arbitraje.

La Ley de arbitraje surge bajo la idea de representar un gran salto cualitativo en la regulación del arbitraje, al incluirse el arbitraje comercial internacional. Como indica su Preámbulo, su principal criterio inspirador es la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL⁴⁷⁷.

Una de las principales novedades de esta Ley fue dar cabida al arbitraje para la resolución de determinados conflictos societarios, introduciendo dos nuevos preceptos que daban entrada a éste en la empresa. Por una parte, se resolvían las dudas existentes sobre la arbitrabilidad de los conflictos societarios, estableciendo la posibilidad de introducir en los estatutos una cláusula de sumisión a arbitraje. Por otra parte, se establecía la posibilidad de plantear la vía arbitral para la impugnación de acuerdos societarios⁴⁷⁸.

De esta forma, la Ley de arbitraje no sólo se zanja la polémica respecto al posible uso del arbitraje para la resolución de determinados conflictos societarios mediante la inclusión en los estatutos de una cláusula de sometimiento, sino que, reconoce expresamente el uso del arbitraje en cuestiones como la impugnación de acuerdos sociales⁴⁷⁹.

En efecto, la vigente Ley de arbitraje supuso un indudable avance respecto a la regulación anterior. Destaca BARONA que las características destacables de la regulación son que apuesta por la institución arbitral y fomenta el arbitraje comercial internacional;

⁴⁷⁶ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

⁴⁷⁷ Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ Sobre la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales Vid. BOQUERA MATERREDONA, J., “Legitimación para impugnar acuerdos sociales”, en OLAVARRÍA IGLESIA, J., MARTÍ MIRAVALLS, J. (Coords.), *Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

con ello, se evitar las constantes huidas de los arbitrajes internacionales a las instituciones arbitrales con sede en París, Londres, Ginebra, etc.”⁴⁸⁰.

Sin lugar a duda, la Ley de arbitraje supuso un progreso en la regulación de esta institución, al establecer un nuevo marco normativo para el arbitraje interno e internacional, tomando de referencia la Ley Modelo UNCITRAL. Entre los logros destacables de la mencionada Ley se encuentran” *la formulación unitaria del arbitraje, el reconocimiento del arbitraje internacional, el aumento de la disponibilidad arbitral, sus reglas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos, el apoyo judicial al arbitraje o su antiformalismo*”⁴⁸¹.

La Ley de arbitraje ha sido reformada por la Ley 11/2011, 20 mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado ⁴⁸² y, con posterioridad, la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴⁸³.

3. Principios rectores del arbitraje

Como principios rectores de la institución arbitral podemos destacar los mencionados en el artículo 24 de la Ley de arbitraje⁴⁸⁴ que son los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Dichos principios están en consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva, al representar una serie de garantías del proceso extensivas al ámbito jurisdiccional y al arbitral. Asimismo, podemos destacar los principios propios del procedimiento arbitral, como la autonomía de la voluntad, la confidencialidad, la flexibilidad, etc.

⁴⁸⁰ BARONA VILAR, S., “Capítulo XIII”, en ZAPATA DE ARBELÁEZ, A, BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.), *El arbitraje interno e Internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 438.

⁴⁸¹ Preámbulo de la Ley 11/2011, 20 mayo.

⁴⁸² BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

⁴⁸³ *Ídem*.

⁴⁸⁴ El artículo 24 de la Ley de arbitraje establece que: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

La Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje destaca el principio de autonomía de la voluntad y el principio de igualdad, como “*valores fundamentales del arbitraje como proceso que es*”.

Haremos a continuación un breve análisis de los principios rectores de la institución arbitral a fin de valorar el encaje del arbitraje para la gestión y resolución de los conflictos en la empresa familiar.

3.1. Autonomía de la voluntad o libre disponibilidad

El principio de autonomía o libre disponibilidad es la facultad de las partes de someter ciertas materias de libre disposición a este procedimiento. En este sentido, compartimos con FLORS MATIES, que el arbitraje es “*una institución jurídica por virtud de la cual una tercera persona nombrada por convenio entre las partes resuelve con base en una potestad específicamente conferida el conflicto de intereses que les afecta, siempre que la materia sea de su libre disposición*”⁴⁸⁵.

En consecuencia, han de concurrir varios requisitos, por una parte, que la materia a someter a arbitraje sea de libre disposición para las partes y, por otra, que concurra la voluntad de las partes de someterla a arbitraje y no acudir a la vía judicial.

Coincidiendo con BARONA, el arbitraje es un medio de tutela iniciado a instancia de partes, pues “*es la voluntad, única y exclusivamente, de las partes lo que da origen y fundamento al mismo*”⁴⁸⁶.

La autonomía de voluntad de las partes, por la que deciden someterse a arbitraje, debe constatarse expresamente. Así se establece en el artículo 9.1 de Ley de arbitraje: “*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”.

⁴⁸⁵ FLORS MATIES, J.et. alt, *El Arbitraje*, op. cit., p. 654.

⁴⁸⁶ BARONA VILAR, S., “Capítulo I: Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia”, en AAVV., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, op. cit., p. 56.

El principio de autonomía de voluntad de las partes ha sido destacado por la jurisprudencia, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/1996, de 11 de noviembre, al manifestar: *“medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1. CE)”*⁴⁸⁷.

En este mismo sentido, resulta destacable la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero⁴⁸⁸: *“Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es “un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje “lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”*.

⁴⁸⁷ STC núm. 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4. (B.D. Westlaw, 1996\176).

⁴⁸⁸ BOE núm. 34, de 07 de febrero de 2018.

En estricta consonancia con el principio de autonomía de voluntad, se encuentra el principio de disponibilidad, de forma que, debe tratarse de una materia disponible, para que las partes la puedan someter a arbitraje en uso de su libertad.

Centrándonos en la aplicación del arbitraje en la empresa familiar, fundamentada en los principios de autonomía de voluntad de las partes y disponibilidad, hay que destacar que dichos principios habilitarán a las partes a acudir al procedimiento arbitral y le permitirán modularlo y adaptarlo a la idiosincrasia del conflicto. En este sentido, las partes tendrán la posibilidad de diseñar algunas reglas del procedimiento, como los plazos, el idioma, la forma de llevar a cabo las actuaciones; en definitiva, salvando las garantías fundamentales del procedimiento, las partes podrán moldearlo, adaptándolo a sus circunstancias y a la naturaleza del conflicto.

3.2. Igualdad, audiencia y contradicción

El principio de igualdad aparece consagrado en el artículo 24 de la Ley de arbitraje, como reflejo de la regulación constitucional del principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley (arts. 1. 1º y 14 CE) e igualdad procesal (arts. 24. 1º y 119 CE). Efectivamente, este concepto de igualdad procesal es aplicable tanto al procedimiento jurisdiccional, como al arbitral.

La igualdad en el procedimiento requiere que haya un equilibrio entre las partes, es decir, que haya un equilibrio de oportunidades para ejercitar sus derechos y que éstas dispongan de los mismos medios de defensa.

Nuestro Tribunal Constitucional ha hecho referencia expresa en la Sentencia 76/1999 de 26 de abril de 1999⁴⁸⁹ a los principios de igualdad, audiencia y contradicción, bajo un presupuesto general de igualdad de armas, considerando que: *“El art. 24 de la C.E. incluye entre sus garantías la protección del derecho de todo litigante o encausado a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio. De no ser así, se le estaría ocasionando una situación de indefensión susceptible de amparo constitucional, al no gozar la parte impedida y obstaculizada de los mismos derechos que la contraria. En este sentido, este Tribunal ha dicho reiteradamente que el derecho*

⁴⁸⁹ <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3818>.

reconocido en el art. 24.1 de la Constitución significa que ha de respetarse el principio de contradicción, que garantiza el acceso al proceso en defensa de los derechos e intereses legítimos y, dentro de éste, el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, STC 176/1988 y 122/1995). Lógico corolario de todo ello es el principio de igualdad de armas, del que se deriva la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (SSTC 47/1987, 66/1989 y 186/1990)”.

Resulta incuestionable que la igualdad de armas en el procedimiento arbitral tiene que concretarse en que ambas partes disponga de los mismos medios de ataque y defensa, sin que se derive un desequilibrio entre ellas. El principio de igualdad entre las partes está en estricta consonancia con el principio de audiencia, en cuanto, se ha de conceder a las partes la posibilidad de ser oídas y formular las alegaciones y practicar las pruebas que estimen convenientes; y, en el mismo sentido, con el principio de contradicción⁴⁹⁰.

Por lo expuesto, la Ley de arbitraje instituye principios rectores del proceso arbitral los principios de igualdad, audiencia y contradicción⁴⁹¹, que se han de respetar para que no se produzca indefensión a las partes. Sobre este punto, es reiterada la doctrina del TC⁴⁹² que en el contexto del art. 24.1º CE, considera la indefensión “*una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes, que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso en fundamento de sus pretensiones, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (por todas, STC 18 diciembre 2001). Igualmente, define este principio de contradicción como la garantía del ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla”.*

⁴⁹⁰ Nos hemos basado en la descripción de dichos principios en la SAP de Madrid Sec. 11ª de 2 de octubre de 2007, núm. 807/2007 (EDJ 2007/225451).

⁴⁹¹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2005, p. 72.

⁴⁹² Destacamos la STS Penal de 5 diciembre de 2012, núm. 974/ 2012 (B.D. EDJ 2012/298612).

En consecuencia, la observancia de estos principios debe estar salvaguardada por los árbitros y las instituciones arbitrales, debiendo velar por su cumplimiento, ante las graves consecuencias que pueden derivar su vulneración, al ser motivo de anulación del laudo arbitral en sede judicial.

Asimismo, resultan destacables como principios del procedimiento arbitral, los principios de flexibilidad y confidencialidad. Al igual que trataremos *infra* en la mediación, estos principios serán la base de la idoneidad y adaptabilidad de estas instituciones para la gestión de conflictos en la empresa familiar, frente a la vía judicial.

En efecto, a diferencia del procedimiento judicial, los procedimientos arbitrales y de mediación permitirán su adaptación a las necesidades del caso concreto, bajo un prisma de privacidad.

En este sentido, el procedimiento arbitral es flexible, al no estar su procedimiento sujeto a rígidos formalismos. Así, las partes podrán presentar en la manera que estimen conveniente, sus escritos de demanda y contestación, alegaciones, etc. Igualmente, las partes podrán adaptarlo a sus necesidades, pactando si el arbitraje se practicará en derecho o en equidad, el lugar de realizar el arbitraje, el idioma, etc.

Los principios del arbitraje tienen una gran trascendencia para plantear la aplicabilidad de esta institución para la gestión de los conflictos en la empresa familiar, de ahí que, la idoneidad del arbitraje vendrá determinada por su especialización y adaptabilidad del procedimiento al conflicto, al ser gestionado por árbitros, con conocimiento especializados en la materia. Igualmente, se tratará de un procedimiento flexible que podrá adaptarse a las peculiaridades del conflicto y no queda sujeto a los formalismos procedimentales de la vía judicial.

Igualmente, consideramos relevante que el tratamiento del conflicto por vía arbitral no tendrá trascendencia a terceros. Esta cuestión debemos valorarla en un doble sentido; por una parte, desde un ámbito externo, en cuanto, el conocimiento de la existencia del conflicto puede generar en la clientela desconfianza y deterioro de la imagen de la empresa; por otra parte, desde un aspecto interno, en razón a que, la gestión privada del conflicto podrá rebajar tensión entre las partes afectadas, al no trascender a terceros y resolverse en un ámbito íntimo.

4. Naturaleza

La naturaleza jurídica del arbitraje está estrictamente en consonancia con sus antecedentes históricos y con la evolución legislativa de la institución. Partimos de dos corrientes doctrinales, la teoría contractualista y la jurisdiccionalista, sobre las que se ha desarrollado la teoría mixta o ecléctica.

El estudio de las diversas corrientes sobre la naturaleza de la institución arbitral excede de ser un simple debate teórico, pasando a ser una cuestión fundamental que afecta a la esencia de la institución⁴⁹³, como trataremos *a posteriori*.

4.1. Teoría contractualista

La teoría contractualista se fundamenta en la naturaleza contractual del arbitraje, sobre la base de que la voluntad de las partes es el elemento fundamental del arbitraje. En consecuencia, la existencia de un convenio arbitral o contrato es esencial para que pueda haber arbitraje, por contra, si no hay contrato, no puede haber jurisdicción.

4.2. Teoría jurisdiccionalista

La teoría contractualista se encuentra superada en la actualidad, como señala BARONA⁴⁹⁴. Los componentes iuspublicistas y la eficacia del laudo arbitral impiden asentar el arbitraje en una posición únicamente basada en componentes contractualistas. Por ende, la teoría jurisdiccionalista fundamenta la función ejercida por los árbitros o la eficacia del convenio arbitral.

4.3. Teoría mixta

Las teorías anteriores necesariamente derivan en una posición mixta que engloba ambas, dando cabida, tanto a la naturaleza contractual del arbitraje, como a su aspecto

⁴⁹³ Sobre esta cuestión opina BARONA que establecer la naturaleza jurídica del arbitraje no es una cuestión baladí, en cuanto, la posición que se adopte va a ser esencial para completar las no pocas lagunas que la ley de arbitraje presenta. BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje op. cit.*, p.67.

⁴⁹⁴ *Ídem*, p. 68.

jurisdiccional. Así lo manifiesta BARONA⁴⁹⁵ respecto a los defensores de esta teoría, considerando que, “en el nacimiento el arbitraje es contractual, si bien en su desarrollo y conclusión –incluida su eficacia- es jurisdiccional”.

4.4. El arbitraje es arbitraje

Frente a las teorías anteriores, compartimos con BARONA⁴⁹⁶ la teoría consistente en la naturaleza autónoma del arbitraje, por lo que, no necesita basarse en alguno de sus elementos para configurar su naturaleza. En palabras de la autora, “el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica”. Sobre esta cuestión se plantea diversos interrogantes: “¿Puede haber arbitraje sin proceso?, ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada, sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso?”

Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución, que no es posible el arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir, en palabras de la autora, que el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica⁴⁹⁷. Afirmar esto supone asumir parte de los argumentos que se esgrimen desde la posición ecléctica, como consecuencia de que efectivamente en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales.

En consecuencia, el arbitraje es una categoría autónoma. Así, “arbitraje” sólo es lo que su palabra indica “arbitraje”; siendo su naturaleza jurídica propia, con carácter procesal autónomo, tratándose de un instituto independiente, como señala BARONA⁴⁹⁸.

La naturaleza autónoma del arbitraje se justifica en su independencia y los principios que le configuran y le dotan de flexibilidad, tales como, el predominio de la

⁴⁹⁵ BARONA VILAR, S., “Introducción”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, op. cit., p. 70.

⁴⁹⁶ BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, op. cit., pp. 71 y ss.

⁴⁹⁷ *Ídem*.

⁴⁹⁸ BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, op. cit., p. 46; ESPLUGUES MOTA, C., “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”, en BARONA VILAR, S., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2007, p.183.

autonomía de la voluntad de las partes para la elección y la regulación del proceso y la flexibilidad; principios que, en definitiva, permiten adecuar el procedimiento a las particularidades del conflicto, de forma más sencilla y menos costosa que el procedimiento judicial⁴⁹⁹.

Ciertamente, consideramos que nos encontramos ante una institución autónoma e independiente, que tiene entidad propia, en la que los elementos que la componen tienen el mismo peso.

5. Reconocimiento del arbitraje como equivalente jurisdiccional

La Ley de arbitraje se enmarca en una corriente de impulso de modernización de la Administración de Justicia y fomento de los medios extrajurisdiccionales, como indica FLORS MATIES, “*contribuyendo al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de «equivalente jurisdiccional»*”⁵⁰⁰.

Así las ya mencionadas sentencias, STC 62/1991, de 22 de marzo⁵⁰¹, STC 288/1993, de 4 de octubre⁵⁰² reflejan su carácter “*equivalente jurisdiccional*”. La consideración del arbitraje como equivalente jurisdiccional está claramente relacionada con el principio de la tutela judicial efectiva. En este sentido, la citada STC 62/1991, de 22 de marzo indica “*es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1.5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo*

⁴⁹⁹ BARONA VILAR, S., “Introducción”, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, *op. cit.*, p. 47; EMBID IRUJO, J.M., “Cuestiones tipológicas en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en BONARDELL, R. MEJÍAS, J., NIETO, U. (Coords.), *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Editorial Dykinson S.L., 1994, p. 122.

⁵⁰⁰ FLORS MATIES, J. y otros, *El Arbitraje*, *op. cit.*, p. 654.

⁵⁰¹ <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1701>.

⁵⁰² <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/2417>.

confirma la supletoriedad que respecto del artículo 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del artículo 31 de la Ley gallega como el artículo 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal” (F.J. 5º)”.

Efectivamente, el arbitraje es una vía sustitutiva a la judicial, que se articula mediante un procedimiento dotado de todas las garantías, que se resuelve mediante un laudo⁵⁰³ con efectos de cosa juzgada⁵⁰⁴.

Estas condiciones son esenciales para considerar que el arbitraje está dotado de los mismos medios de efectividad que la vía judicial y serán una garantía para el ciudadano, en cuanto, sus trámites procedimentales no vulnerarán sus derechos y, sobre todo, por la efectividad del resultado que se equipara en sus efectos a la vía judicial.

En suma, quedó definitivamente sepultada la corriente doctrinal que cuestionaba la viabilidad constitucional del arbitraje, argumentando que era una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. Lejos de mantener esta opinión, ha quedado ampliamente asumido que el arbitraje se presentó, tras las leyes de 1988, 2003 y 2011, como un verdadero medio de tutela para la ciudadanía. Es por todo ello que, compartimos la concepción integral de la Justicia con diferentes puertas, siendo el arbitraje una de las piezas del modelo de Justicia del Siglo XXI⁵⁰⁵.

6. Tipos de arbitraje

Aun cuando nos hemos referido en esta exposición al arbitraje en general, resulta incuestionable que la funcionalidad y proyección práctica de esta figura no es la misma en las diversas tipologías arbitrales existentes. Por ello, relacionaremos a continuación a las diversas clases de arbitraje.

⁵⁰³ El artículo 43 referente a la cosa juzgada y revisión de laudos establece que: “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

⁵⁰⁴ El artículo 44 señala que la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título.

⁵⁰⁵ Sobre esta idea de la Justicia integral y de la Justicia con un número plural de puertas entre las que se encuentra igualmente el arbitraje puede verse BARONA VILAR, S., “Justicia Integral y “Access to Justice”. Crisis y evolución del “Paradigma”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, op. cit.

6.1. Arbitraje en derecho versus en equidad

El arbitraje puede fundamentarse en derecho y en equidad. El arbitraje en derecho debe estar asentado en una norma legal y el arbitraje en equidad, se resolverá por el árbitro según las reglas propias del saber y entender, sin necesidad de atenerse a norma legal alguna, ni fundamentar jurídicamente el laudo, sin perjuicio de que pueda hacer uso de argumentos legales en su decisión⁵⁰⁶.

Coincidiendo con PRIETO DE PAULA⁵⁰⁷ el arbitraje en derecho es similar a la actuación jurisdiccional, de forma que, el árbitro interpreta y aplica la norma legal; si bien, en el arbitraje en equidad, el laudo se fundamenta en su leal saber y entender, debiendo motivarse con criterios de equidad.

En cuanto a si el laudo debe ser resuelto en derecho o en equidad, el artículo 34 de la Ley de arbitraje, referente a las normas aplicables a la controversia, establece la regla de sumisión expresa. Conforme a esta norma, los árbitros sólo decidirán en equidad cuando las partes *“les han autorizado expresamente para ello”*, por tanto, para que la controversia pueda ser resuelta en equidad, las partes deberán haber optado expresamente por este tipo de arbitraje.

El arbitraje en equidad es definido por la STC 43/1988, de 16 de marzo de 1988⁵⁰⁸, en su fundamento jurídico quinto, *“el arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2, del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita”*.

En referencia al arbitraje en derecho, indica el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje, que el arbitraje de derecho es la orientación más generalizada en el panorama comparado, que se aplicará en defecto de acuerdo entre las partes. Así, el arbitraje en equidad queda limitado a los casos en los que las partes lo

⁵⁰⁶ ESPLUGUES MOTA, C., “Artículo 34”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, op. cit., pp. 1371-1374.

⁵⁰⁷ PRIETO DE PAULA CONCA, J., *La Equidad y los juicios de Equidad*, Madrid, Difusión Jurídica, 2011, p. 140.

⁵⁰⁸ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt-BR/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/43>.

hayan designado expresamente: “ya sea a través de una remisión literal a la «equidad», o a términos similares como decisión «en conciencia», «ex aequo et bono», o que el árbitro actuará como «amigable componedor». No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación”.

Ciertamente, la Ley 11/2011 potencia el arbitraje en derecho, a fin de asentar el arbitraje internacional y reforzar el papel de las instituciones arbitrales dotadas de profesionales especializados. Como indica el Preámbulo de la Ley “viene a potenciar el arbitraje de derecho a fin de incrementar la seguridad jurídica y la eficacia de estos procedimientos en orden a mejorar las condiciones para permitir el asentamiento de los arbitrajes internacionales favoreciendo con ello los arbitrajes internos en aras a la uniformidad regulatoria”⁵⁰⁹.

En todo caso, sea el laudo decidido en derecho o en equidad, deberá ser motivado, como señala el artículo 37.4 de la Ley de arbitraje⁵¹⁰. Sobre ello, la Ley requiere la motivación del laudo, para que las partes puedan conocer las razones que lo justificaron.

Sobre la motivación del laudo como acertadamente señala BARONA, tanto se trate de un laudo en derecho, como en equidad, se tendrá que justificarlo aplicando un “procedimiento lógico deductivo que permita plasmar el itinerario justificativo o fundamentador de la decisión alcanzada”⁵¹¹. Así, la exigencia de motivación de las sentencias judiciales establecida en el artículo 120.3 de la CE, es trasladable igualmente a los laudos arbitrales, como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

Compartimos con la autora⁵¹² que en el arbitraje de equidad se han de relacionar por los árbitros en el laudo los criterios de equidad en los que se fundamenta la decisión,

⁵⁰⁹ Preámbulo de la citada Ley 11/2011, 20 mayo.

⁵¹⁰ El mencionado artículo señala que: “El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”, dicho artículo, el 36 es el laudo por acuerdo entre las partes, que será la única excepción de la motivación, que consistirá en trasladar al laudo el acuerdo que hayan alcanzado las partes cuando el árbitro no vea inconveniente en ello.

⁵¹¹ BARONA VILAR, S., “Comentarios al artículo 41”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. op. cit.*, p. 1754.

⁵¹² BARONA VILAR, S., “El laudo en el Arbitraje de consumo”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 1997, 1997, p. 17.

a fin de conocer la motivación que ha llevado a los árbitros al resultado final y que éste no sea arbitrario.

6.2. Arbitraje institucional versus arbitraje ad hoc

Asimismo, podemos efectuar una distinción del arbitraje en función de su organización, distinguiendo entre arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*.

El arbitraje *ad hoc* es el decidido por las partes con total flexibilidad. En cambio, en el arbitraje institucional se designa una institución, con estructura y organización propia.

En el arbitraje *ad hoc* los árbitros asumen el desarrollo procedimental, que se ajustará a las necesidades de las partes, sin estar sometido a ninguna regulación o reglamento específico. Esta situación no es óbice para que se pueda remitir su desarrollo procedimental al reglamento de una institución arbitral o al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁵¹³.

Por otra parte, el arbitraje institucional está expresamente reconocido en el artículo 14 de la Ley de arbitraje estableciendo que las partes podrán encomendar el arbitraje a “*Corporaciones de Derecho y Entidades públicos que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras; asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales; las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos*”.

Las ventajas de cada tipo de arbitraje se deberán valorar concretamente según el tipo de conflicto. En los conflictos de la empresa familiar no podemos definir *a priori* cual es el tipo de arbitraje más idóneo para la gestión del conflicto. Lo que si resulta evidente es que la sociedad familiar difiere en sus conflictos de los que suelen ser habituales en cualquier sociedad mercantil, que tendrán un carácter más societario y económico.

En este sentido, la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia, así como la Red de Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio recomiendan incluir en los estatutos

⁵¹³ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005, p. 72.

el siguiente convenio arbitral tipo sobre controversias intrasocietarias⁵¹⁴, “*Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, en el marco de La Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Valencia, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del Tribunal arbitral.*

Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral. La Corte nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes su compromiso de cumplir el laudo que se dicte”.

Por lo expuesto, el arbitraje será institucional cuando las partes decidan acudir a una institución arbitral. En este caso, el arbitraje se regirá por el reglamento de la institución, salvo pacto en contrario. Por el contrario, en el arbitraje *ad hoc*, las partes nombran árbitros y tienen una mayor flexibilidad sobre el procedimiento.

Las instituciones arbitrales pueden ser nacionales e internacionales. A nivel nacional, la institución arbitral utilizada más recurrentemente por las empresas es la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), seguida por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y por el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB). Por otro lado, la institucional arbitral internacional más utilizada por las empresas participantes es la Corte Internacional de Arbitraje de Cámara de Comercio Internacional (CCI), así se refleja en

⁵¹⁴ Disponible en <http://www.cortearbitrajeymediacionvalencia.com/reglamento/anexo-i-modelos-indicativos-de-clausulas-arbitrales/>, consultado el 15-10-2019.

la Encuesta sobre Arbitraje en España⁵¹⁵ publicada por ROCA JUNYENT, con el objetivo de informar y fomentar el arbitraje, dando conocimiento a los profesionales del sector empresarial para mejorar el arbitraje en España.

Las ventajas de un tipo de arbitraje, será una cuestión que no puede tratarse genéricamente, sino en particular, en función del grado de especialización del conflicto, de los componentes internacionales y de la profesionalización del árbitro. Serán muchas las cuestiones a determinar, que tendrán que valorarse libremente por las partes. Ahora bien, en la doctrina arbitral se insiste mayoritariamente en la conveniencia de potenciar el arbitraje institucional, frente al arbitraje *ad hoc*, a pesar de que, en este último, las partes designan a los árbitros y articulan sus propias reglas para el procedimiento arbitral⁵¹⁶.

A modo de orientación para las empresas, instituciones como el TAB han elaborado cláusulas arbitrales⁵¹⁷ para insertar en contratos o en los estatutos sociales. En este sentido, en materia societaria recomiendan acudir a la institución para resolver todas las cuestiones y conflictos societarios que se planten entre la sociedad y sus administradores, liquidadores o socios, o cualquiera de ellos entre sí. Adicionalmente, se recomienda un tipo de convenio arbitral en función de la actividad de la empresa, teniendo en cuenta la especialización empresarial del árbitro.

6.3. Arbitraje doméstico versus arbitraje internacional

El arbitraje doméstico o interno es aquel que tiene lugar entre particulares en un Estado y queda sometido al Derecho de este. Dicha definición parte, *a sensu contrario*, de la consideración de arbitraje internacional facilitada por la Ley de arbitraje⁵¹⁸, al establecer que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando se den algunas de las siguientes circunstancias:

⁵¹⁵ Encuesta sobre Arbitraje en España; disponible en http://www.rocajunyent.com/content/uploads/informe_rocajunyent_digital.pdf, consultado el 15-01-2019.

⁵¹⁶ ESPLUGUES MOTA, C., VERDERA SERVER, R., “Artículo 9. Del convenio arbitral y sus efectos”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 466-467.

⁵¹⁷ Disponible en <https://tab.es/arbitraje/solicitar-el-arbitraje/clausulas-arbitrales/>, consultado el 15-01-2020.

⁵¹⁸ El artículo 3 de la Ley de arbitraje establece los requisitos que han de concurrir para considerar un arbitraje como internacional.

“a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”.

En consecuencia, el arbitraje tendrá un carácter internacional cuando en el momento de celebración del convenio las partes tengan domicilio en Estados diferentes y, en aspectos referentes al lugar de arbitraje o a su cumplimiento, cuando la relación jurídica de la que derive la controversia afecte a intereses del comercio internacional⁵¹⁹.

6.4. El arbitraje presencial o arbitraje online

Asimismo, podemos distinguir una tipología de arbitraje en función de la presencialidad de las personas que participan en el mismo, de forma que, podrá ser presencial o podrá desarrollarse un arbitraje *online*, mediante el uso de las nuevas tecnologías, con un procedimiento más rápido, eficiente y mecánico.

Es una constatada realidad que las tecnologías se están implantando en la función jurisdiccional y nos brindan una versatilidad de efectuar actuaciones de forma más eficaz. Por ende, el uso de estas nuevas tecnologías no supondrá una merma de las garantías del justiciable que están salvaguardadas y se prestan de igual forma a ambas partes.

Sobre esta cuestión, se plantean numerosas inquietudes en el momento actual y, cuanto menos, se suscita la duda de si será factible la incorporación de un sistema arbitral-robot, o máquina arbitral, que llegue a dictar laudos o resoluciones arbitrales.

⁵¹⁹ Puede verse al respecto, ESPLUGUES MOTA, C., “Comentario al artículo 3 de la Ley de Arbitraje”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *op. cit.*

Ciertamente, es una realidad que está implantando en el mundo actual y que está teniendo especial cabida en materia de consumo en el ámbito de la UE con el uso de plataformas *online* de resolución de conflictos de consumo⁵²⁰.

6.5. Arbitraje común, arbitrajes sectoriales

BARONA⁵²¹ distingue entre arbitraje general y arbitrajes especiales, considerando como tales los previstos en otras leyes y respecto de los que es supletoria la Ley de arbitraje, conforme establece su artículo 1.3.

Bajo la consideración de arbitrajes sectoriales podemos distinguir diversas figuras como el arbitraje de transportes, el de consumo, el arbitraje en materia de propiedad intelectual, el arbitraje testamentario, etc.⁵²².

Así en la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje, la considera una norma general y establece que será aplicable a “*íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad*”.

7. Distinción de arbitraje de otros métodos de resolución de conflictos

Como hemos comentado *supra*, el arbitraje y la vía judicial son métodos heterocompositivos, en los que interviene un tercero con facultad dirimente que resuelve la contienda entre las partes. Así, los procedimientos judicial y arbitral pueden ser dos alternativas de acceso a la Justicia para el ciudadano, a las que puede optar en el ejercicio

⁵²⁰ Sobre esta cuestión puede verse CATALÁN CHAMORRO, M. J., *El acceso a la Justicia de los consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. De la misma autora, “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajudicial de conflictos de consumo: ADR y ODR”, en AA. VV., BARONA VILAR, S. (Dir.) *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*” *op. cit.*

⁵²¹ BARONA VILAR S, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 444.

⁵²² Puede verse ESPLUGUES MOTA, C., “Ámbito de Aplicación”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 75 a 98.

de su derecho a tutela judicial efectiva; si bien, las diferencias entre ambos métodos son patentes, destacando las siguientes⁵²³:

1. Sólo las materias disponibles para las partes pueden someterse a arbitraje, a diferencia del proceso, pudiendo constituir el objeto de éste, tanto materias disponibles, como las que no lo son.

2. Por ende, el sometimiento de las partes a arbitraje será decidido voluntariamente por las partes, a diferencia del proceso que puede iniciarse de oficio, como en la vía penal⁵²⁴.

3. En el arbitraje, el tercero que dirime es elegido directa o indirectamente por los litigantes, si bien, en el proceso, el órgano judicial viene determinado por la ley, mediante la regulación de un sistema de acceso a la vía judicial.

4. El laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, que han aceptado *a priori* acudir a la vía arbitral, a diferencia de la sentencia, que es dictada independientemente de la voluntad de las partes.

5. El juez puede decidir basándose fundamentalmente en la ley, por el contrario, el árbitro también puede decidir según su leal saber y entender, es decir, en equidad.

6. Del árbitro cabe predicar neutralidad para que haya un equilibrio entre partes, si bien, el juez no sólo debe ser neutral, sino también independiente.

En cuanto a las diferencias entre el arbitraje y la mediación, en términos generales, están basadas fundamentalmente en la diferente configuración de ambos métodos. De este modo, el arbitraje es un método heterocompositivo, en el que un tercero dicta el laudo, frente a la mediación que es un método compositivo, en el que las partes alcanzan un acuerdo.

⁵²³ En esta exposición hemos seguido la relación establecida por PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, *Cuadernos de Derecho judicial (Ejemplar dedicado a arbitraje, mediación, conciliación)*, núm. 27, 1995, pp. 42-43.

⁵²⁴ Ciertamente que hay en algunos países una tendencia a incorporar para algunas materias el modelo arbitral obligatorio, lo que, amén de una *contraditio in terminis*, genera una suerte de problemas a la hora de encajar la institución realmente en la idiosincrasia del arbitraje.

Partiendo de la diferenciación general entre ambas vías de diferente naturaleza, nos resultan destacables las siguientes cuestiones que las concretan en los siguientes aspectos:

A) La posición de las partes.

Las partes intervienen en la mediación en una posición de igualdad y equilibrio, debiendo el mediador garantizar dicha situación durante el procedimiento, sin que su actuación pueda orientarse hacia una de las partes e imponer a la otra un acuerdo.

En el arbitraje, las partes comparecerán en una posición de igualdad y equilibrio, si bien, el árbitro no actuará al mismo nivel que las partes, sino que tendrá una posición superior, que le habilitará a adoptar una decisión que vinculará a las partes.

En efecto, como hemos comentado, el procedimiento de mediación es flexible, si bien, está sujeto a unos parámetros generales que deben respetarse como la designación del mediador, el acta inicial, la sesión constitutiva y la conclusión.

Por su parte, el arbitraje guardará más similitud con el procedimiento judicial, al quedar sujeto a unos trámites procesales que tendrán que cumplirse para garantizar la defensa de las partes, al ser vinculante el laudo arbitral. No en vano como reiteradamente apunta BARONA VILAR, en el arbitraje estamos ante un proceso, mientras que en la mediación no, dado que estamos ante un procedimiento⁵²⁵.

B) Resolución.

En la mediación, a diferencia del arbitraje, el acuerdo será alcanzado *inter partes*. Sin embargo, al igual que en el procedimiento judicial, en el arbitraje se dicta una resolución motivada, en función de las pruebas practicadas y los hechos alegados por las partes.

⁵²⁵ Puede verse BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

C) Confrontación.

Consideramos importante en este punto hacer referencia a la posición entre partes en el arbitraje, al que han acudido al existir una confrontación, que persistirá tras haber concluido.

Por el contrario, en la mediación las partes, aunque inicialmente estén enfrentadas, si el proceso cumple sus finalidades, el enfrentamiento se convertirá en un acuerdo alcanzado mediante el diálogo y acercamiento de posiciones, por lo que, no sólo se resolverá el conflicto visible, sino también el subyacente que, sin lugar a duda, será una fuente de posibles conflictos futuros.

Igualmente, los principios que deben concurrir en el procedimiento arbitral son examinados en numerosas sentencias a la luz de impugnaciones de laudos arbitrales. En este sentido, resulta destacable la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, núm. 6/2018, de 6 Febrero 2018⁵²⁶, en la que se establece que “ *Resulta imprescindible preservar el principio de igualdad tanto en la sumisión a arbitraje -como expresión de la insoslayable libertad que ha de presidir la voluntad de renunciar a la vía judicial- como en la designación arbitral, y no ya sólo por tratarse de una exigencia legal (arts. 9 , 15.2 y 24 LA), sino por imperativo constitucional: no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetar a exigencias indeclinables, según la propia Constitución , del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes. Y es que, aunque en el arbitraje no se desarrolle una potestad estatal, como en el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y máxime cuando se repara en la circunstancia de que los laudos, una vez firmes, tienen eficacia de cosa juzgada material y constituyen un título ejecutivo asimilado a una sentencia (art. 43 LA y 517.2. 2º LEC). En este punto es inconcusa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje y sobre las garantías que ha de reunir el procedimiento arbitral: la STC 174/1995 expresamente proclama " ...*

⁵²⁶ B.D. LA LEY 19591/2018.

el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada) ".

En conclusión, el árbitro no ejerce en *stricto sensu* la función jurisdiccional, pero sí una función pública de resolución de conflictos tutelada por la Ley, que ostenta la misma fuerza que las decisiones dictadas en la función jurisdiccional. De ahí que el Tribunal Constitucional y la generalidad de la doctrina consideren el arbitraje un *"equivalente jurisdiccional"*.

8. Proceso arbitral

El arbitraje necesita de un proceso y de una sucesión de actos que dan lugar formalmente al procedimiento arbitral. Los árbitros de forma similar a los jueces decidirán sobre una contienda mediante un laudo que tendrá fuerza ejecutiva y producirá efectos de cosa juzgada. La función jurisdiccional que ejercitan los árbitros necesita un procedimiento para desarrollarse, que es el procedimiento arbitral, sometido a unos principios procedimentales. Por tanto, en el arbitraje será necesario un proceso y un procedimiento.

En cuanto al modelo procesal elegido, el artículo 24 de la Ley de arbitraje establece que *"deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos"*. En consecuencia, estará sometido a los principios de igualdad, audiencia y contradicción, fundamentales para la obtención de la tutela judicial efectiva.

Como punto de partida, el principio de contradicción es la concurrencia de dos posiciones enfrentadas, actora y demandada. Este principio exige que la persona, contra la que se dirige la demanda arbitral, disponga de los mismos medios de defensa que la demandante para hacer valer sus derechos. Así, se le concederá a la parte demandada la posibilidad de actuar en el proceso con una representación letrada, el derecho a contestar

la demanda, ejercitar el derecho a la última palabra en la fase de alegaciones y conclusiones⁵²⁷.

Los principios básicos del proceso han de ser respetados por las dos partes, así como por los árbitros, que deben ser garantes de que las partes sean tratadas por igual, proporcionándoles las mismas garantías para hacer valer sus derechos. En este sentido, se manifiesta por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 5 de marzo de 2003⁵²⁸, haciendo referencia específica a dichos principios que, *“de esta forma los árbitros actuarán respetando estos principios cuando las dos partes implicadas en el arbitraje tuvieron la misma oportunidad de alegaciones, oposiciones o contraalegaciones y formulación o proposición de pruebas y su práctica, teniendo en cuenta que el rechazo razonadamente desde su posición de árbitro juzgador no supone colocar a la otra parte en situación de indefensión.*

En el presente caso se considera que no puede prosperar la solicitud de anulación del laudo arbitral porque entrar a conocer de dicha alegación implica en el fondo una repetición de lo que ya fue objeto de resolución por la Junta Arbitral, y respecto a cuyo conocimiento la Sala no puede entrar pues supondría aceptar una segunda instancia cuando la Ley no lo prevé”.

III. EL ARBITRAJE EN LA EMPRESA FAMILIAR

Resulta obvio que el arbitraje se ha potenciado como el resto de las *ADR* frente al procedimiento judicial, por los inconvenientes surgidos en el sistema judicial, debidos al colapso y adaptación tardía a la evolución demográfica y socioeconómica.

La situación expuesta ha sido reconocida por el Ministerio de Justicia, en el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, al señalar en el punto de actuación 4.2.3, en referencia al desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias que, *“esta actuación incluye una serie de medidas*

⁵²⁷ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista Internacional de Arbitraje*, núm. 6, enero-junio 2007, pp. 200 y ss.

⁵²⁸ SAP Valencia Sec. 6ª de 29 de marzo de 2005, núm. 199/2005 (EDJ 2005/341995).

*organizativas y legislativas que permitirán el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial. En concreto se potenciarán mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones, así como el arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos. El objetivo es, de un lado, contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como ultima ratio*⁵²⁹.

A priori podemos definir de forma generalizada las claras ventajas que el arbitraje representa, respecto al procedimiento judicial en cualquier tipo de conflicto, si bien, centrándonos en la empresa familiar, valoraremos las ventajas o beneficios que supone resolver el conflicto surgido mediante el arbitraje y sus vías de implantación en la empresa familiar.

1. Ventajas de la implantación del arbitraje en la empresa familiar

En la situación expuesta, nos planteamos cuáles son las ventajas del arbitraje frente al procedimiento judicial, centrándonos en la resolución de conflictos en la empresa familiar:

A) Privacidad del conflicto

El arbitraje se resuelve en un ámbito privado y confidencial, frente al procedimiento judicial, que tiene alcance público.

En efecto, en el procedimiento judicial, la celebración de la vista no está restringida a las partes y las sentencias tiene un alcance público, si bien, en el procedimiento arbitral, tanto el procedimiento como el laudo, será conocido por las partes sin tener trascendencia a terceros, salvo que el laudo tenga que ser ejecutado o se proceda a su publicación.

⁵²⁹ Ministerio de Justicia, Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012; disponible en https://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009_2012.pdf, consultado el 10-06-2019.

La trascendencia del conflicto será relevante, no sólo por la tensión añadida en las relaciones personales de las partes sujetas a la contienda, sino también, porque el conflicto quedará aireado, trascendiendo a terceros el enfrentamiento existente.

Inciendo más en esta cuestión, en el ámbito de la empresa familiar, la trascienda a terceros del conflicto puede repercutir en la empresa a nivel interno, afectando sus niveles de productividad y de eficiencia de los trabajadores y, a nivel externo, al trascender a proveedores y clientes, generando una pérdida de confianza.

De manera que, la repercusión externa e interna del conflicto, así como la imprevisible duración de éste, puede afectar gravemente la estabilidad de la empresa familiar y generar, incluso, la ruptura de las relaciones familiares.

B) Celeridad

El plazo para dictar el laudo se encuentra tasado por la Ley de arbitraje, así, conforme establece el artículo 37⁵³⁰, será de 6 meses desde la contestación a la demanda o desde el transcurso del plazo para ello; plazo que podrán ser prorrogado durante dos meses más, a petición de los árbitros.

Frente a ello, la duración del procedimiento judicial es imprevisible, dependiendo de muchas variables temporales, como la saturación del órgano judicial que conozca del mismo y la imposible concreción temporal para la firmeza de la sentencia, ante las diversas instancias de recurso posible.

La incertidumbre temporal del procedimiento judicial incide directamente en las circunstancias expuestas anteriormente, en cuanto, las relaciones y dinámica de la empresa se resentirá enormemente al arrastrarse durante años una tensión en sus relaciones, que desestabilizarán la familia y a la empresa.

⁵³⁰ El artículo 37.2 de la Ley de arbitraje establece que: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

C) Disponibilidad de las partes y voluntariedad

Las partes podrán someter a arbitraje las materias disponibles conforme a Derecho, que quedarán sometidas al laudo de un tercero.

Si bien, a diferencia del procedimiento judicial, en el que también la resolución se dictará por un tercero, los árbitros podrán ser elegidos por las partes, lo que facilitará contar con árbitros especializados en materias específicas. Esta cuestión será de gran trascendencia en materia societaria, por la singularidad de los conflictos surgidos y los conocimientos especializados de los árbitros que serán convenientes para gestionarlos adecuadamente.

D) Flexibilidad

Aunque el procedimiento arbitral está sometido a unos trámites procedimentales, indudablemente será menos rigurosos y formalistas que los establecidos en el procedimiento judicial, lo que proporcionará a las partes una flexibilidad para adaptar el procedimiento a la idiosincrasia concreta del conflicto surgido. Asimismo, podrán adaptar cuestiones del procedimiento en la manera que resulten más idónea, como el plazo, idioma, lugar de desarrollo de actuaciones, etc.

E) Conocimiento especializado

La elección por las partes del árbitro o la institución arbitral facilitará la especialización o experiencia del árbitro, respecto a la materia a resolver.

Dicha especialidad puede ser la referente a un sector profesional, como señala CORDÓN MORENO⁵³¹, “*Sin duda, quien conozca y viva a fondo las costumbres del sector profesional en cuestión podrá resolver el conflicto adaptándose mucho mejor a la mentalidad de los profesionales del ramo*”.

Asimismo, debemos considerar que la elección del árbitro por las partes, no sólo, supone un beneficio de especialización por la naturaleza del conflicto, sino que, redonda

⁵³¹ CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1995, p. 21

en la seguridad de las partes, que podrán elegir a la persona más idónea para su resolución, frente a la incertidumbre que en la vía judicial supone la determinación del juez.

F) Coste económico

A *priori* podemos considerar que el procedimiento arbitral ocasionará menos costes económicos a las partes, en razón a que está sujeto a unas tarifas, no obstante, el coste del procedimiento arbitral podrá sea superior, en caso de que se incrementen los honorarios por la asistencia de técnicos especializados que auxilien a los árbitros.

En todo caso, la valoración de la cuantía económica entre ambos procedimientos, debemos efectuarla desde una visión global, considerando aspectos adicionales como la duración total del procedimiento y una mayor asunción de riesgos de resultado en la vía judicial, sin olvidar el coste económico y emocional que supondrá el mantenimiento *sine die* del conflicto.

G) Garantía procedimental

En el procedimiento arbitral se cubren todas las garantías de acceso a la Justicia para el ciudadano, en cuanto, las partes concurren en equilibrio e igualdad y el laudo es dictado por un árbitro imparcial.

H) Única instancia

El proceso arbitral es de única instancia (*one shot*). De esta forma, el laudo arbitral será firme desde que se dicte, a diferencia de la sentencia que no adquirirá firmeza hasta haber sido resuelta nuevamente en los respectivos recursos, pudiendo alargar esta situación eternamente el procedimiento judicial.

Hay que afirmar que estamos ante un proceso de única instancia, en el que únicamente existe una posibilidad muy tasada de motivos por los que se pueda instar el ejercicio de una acción anulación. Incluso en estos supuestos, el órgano judicial que conozca de dicha acción de anulabilidad no podrá entrar a valorar el fondo del procedimiento.

D) Seguridad

Al tratarse de un procedimiento de única instancia, las partes tendrán la seguridad de que la decisión arbitral será vinculante para las partes.

Asimismo, la instancia única será una vía de acotar los largos procedimientos judiciales, en los que la utilización de los recursos se puede convertir en una vía para aplazar el efectivo cumplimiento de resoluciones desfavorables, lo que, indudablemente genera incertidumbre temporal, sin perjuicio del posible cambio de las situaciones económicas, familiares y empresariales que se puede producir durante dicha dilación temporal.

J) Ejecución internacional

El Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958, al que se encuentra adherida España⁵³², facilita la ejecución de los laudos de los países firmantes, suponiendo una ventaja respecto al lento proceso de reconocimiento de sentencias judiciales en terceros países para su ejecución.

Las ventajas del arbitraje frente a la vía judicial han quedado expuestas *supra*. Junto a las ventajas generales de este mecanismo frente al procedimiento judicial, en la empresa familiar la implantación de este instrumento para la resolución de determinados conflictos añadirá un plus adicional que recomendará especialmente su implantación.

2. Encaje del arbitraje en la empresa familiar

En este epígrafe nos plantearemos la incorporación del arbitraje en la empresa familiar, como mecanismo de gestión y resolución de conflictos.

La aplicación de esta modalidad de resolución de conflictos tiene su origen en la voluntad de las partes plasmada en un contrato, en el llamado convenio arbitral, que es el acuerdo por el que las partes con voluntad inequívoca acuerdan el sometimiento de una controversia a arbitraje y se comprometen a acatar la decisión del árbitro.

⁵³² Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

Centrándonos ya en la aplicación del arbitraje en la empresa familiar como modalidad de resolución de conflictos, tiene su origen en la voluntad de los socios de someter la controversia a arbitraje. Como analizaremos *infra*, si en la empresa familia se ha elaborado un protocolo familiar con la inclusión del arbitraje como método de resolución de conflictos intrasocietarios, dicha previsión podrá trasladarse a los estatutos, mediante una cláusula arbitral, que gozará de publicidad registral⁵³³.

2.1. Inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos sociales

La cláusula compromisoria por la que los socios deciden someterse a arbitraje para resolver los conflictos que surjan en el ámbito de la empresa puede ser adoptada en los estatutos sociales.

El convenio arbitral, sea recogido en una cláusula protocolaria, posteriormente trasladada a los estatutos sociales, que ocasiona un doble efecto: por una parte, un efecto contractual positivo de obligar a las partes a resolver sus controversias mediante la vía arbitral; por otra parte, un efecto procesal negativo de imposibilitar a los tribunales resolverla⁵³⁴.

De forma que, el convenio arbitral adoptado por los socios en estatutos, al igual que si se tratase de una cláusula incorporada a cualquier otro contrato o acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje⁵³⁵ y estar correctamente estipulada, para que se deriven a arbitraje las controversias surgidas.

En consecuencia, consideramos muy relevante la inclusión de la cláusula arbitral estatutaria, al ser la fórmula más conveniente en las sociedades familiares; de forma que, si lo que se pretende es tener prevista la sumisión a arbitraje del modo más eficaz posible, ha de estar regulada mediante cláusula estatutaria, que tendrá plena eficacia frente a la

⁵³³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit. p. 172.

⁵³⁴ MERINO MERCHÁN, J. F., CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho arbitral*, Madrid, Civitas, 2006, 3ª ed., p. 449.

⁵³⁵ Sobre los requisitos del acuerdo arbitral el artículo 9.1 de la Ley de arbitraje establece que “*el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”.

sociedad, empero, si se ha articulado mediante pacto parasocial, sólo tendrá eficacia respecto a sus firmantes⁵³⁶.

El arbitraje estatutario se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley de arbitraje, al establecer que podrán acudir a arbitraje las sociedades para resolver los conflictos que en ellas se presenten y, en particular, establece la posibilidad de valerse de este mecanismo para la impugnación de los acuerdos sociales (artículo 11 bis.3).

Por tanto, con la reforma de la Ley de arbitraje efectuada en 2011 se han resuelto finalmente los debates doctrinales existentes sobre la posibilidad de acudir al arbitraje para la impugnación de acuerdos sociales. Sobre esta cuestión, la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 indicaba expresamente que la norma “*aclara las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital*”, si bien, en el momento de promulgarse la jurisprudencia era pacífica sobre esta cuestión⁵³⁷.

En la citada regulación se establece la especialidad de que sólo podrán someterse a arbitraje institucional, basado en razones de mayor seguridad jurídica, ya que, el laudo dictado producirá efectos a todos los socios, independientemente de que hayan participado en el procedimiento arbitral, por ello, la institución arbitral deberá dar información a todos los socios⁵³⁸.

En consecuencia, existirá una conexión entre el protocolo familiar y los pactos estatutarios de la sociedad familiar. En este sentido, los acuerdos adoptados en el protocolo familiar sobre arbitraje podrán trasladarse a los estatutos, para dotarlos de eficacia. Por el contrario, si no son incluidos en los estatutos de la sociedad familiar, no será oponible a terceros. Por ello, es aconsejable que todos los pactos del protocolo familiar que estén directamente relacionados con los estatutos sociales sean incorporados e inscritos en el RM, a los efectos de que sean oponibles frente a la sociedad y los terceros

⁵³⁶ MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M., “La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar, op. cit.*, pp. 212-215.

⁵³⁷ OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje, op. cit.*, 684- 687.

⁵³⁸ ARIZA COLMENAREJO, M. J., “La regulación del arbitraje estatutario”, en DAMIÁN MORENO, J. (Dir.), *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, Madrid, La Ley, 2011, p. 44.

no firmantes del mismo, familiares o no. Así, la inscripción de la cláusula estatutaria arbitral en el RM evitará futuros conflictos en el seno de la sociedad⁵³⁹.

Definitivamente, para garantizar la continuidad de la empresa familiar será conveniente adoptar pactos incluidos en los protocolos familiares para la prevención de conflictos, determinando los métodos extrajudiciales a utilizar para solucionar los que a futuro se puedan generar.

De este modo, en los protocolos familiares se podrán establecer fórmulas de mediación y/o arbitraje para la resolución de los conflictos con trascendencia en la empresa familiar. Delimitar estas cuestiones con la mayor concreción posible será fundamental para fijar el futuro escenario en el que puede encontrarse la empresa familiar al surgir un conflicto. Por ello, será recomendable determinar el instrumento a utilizar, en función de la naturaleza del conflicto y las peculiaridades del instrumento que más se ajuste al mismo.

Sobre si la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos puede considerarse una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, nos resulta de gran interés las reflexiones del profesor OLAVARRÍA⁵⁴⁰: *“Nos parece que hoy en día la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos originarios o con posterioridad no puede considerarse en ningún caso como una privación o un límite al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Pero si ello es cierto, también consideramos que lo es que, por mucho que se diga en sentido contrario, la «situación procesal» del socio no es exactamente la misma en una sociedad con o sin cláusula arbitral. Cuando hay sumisión al arbitraje, la decisión del árbitro no es recurrible, la acción de anulación se encuentra absolutamente limitada en sus causas y, en ningún caso, el Tribunal que conozca de la anulación del laudo puede entrar en el fondo de este, ni sustituir con su sentencia la decisión del laudo. La situación del socio, por tanto, no es la misma. Ahora bien, de ahí a exigir unanimidad para modificar los Estatutos de una SA o SRL (el caso de las sociedades personalistas obedece a otros parámetros) e introducir una cláusula arbitral parecía difícilmente aceptable aun cuando se quiera asentar en la necesidad y*

⁵³⁹ RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, op. cit., p. 373.

⁵⁴⁰ OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Art. 11 bis. Arbitraje estatutario”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, op. cit., pp. 688-691.

exigencia legal de libre aceptación del arbitraje por todas las partes del conflicto. Forma parte de la condición de socio de una sociedad de capital la obligación de someterse al principio mayoritario, dejando a salvo claro está su derecho de impugnación de los acuerdos adoptados. El consentimiento individual solo se contempla para los supuestos de imposición de nuevas obligaciones o de prestaciones accesorias. Y el arbitraje no es ni una cosa ni la otra”.

En definitiva, los estatutos sociales de la sociedad en que esté constituida la empresa familiar serán un instrumento efectivo en la prevención y resolución de conflictos, permitiendo una adecuada planificación que evite el conflicto o que establezca los mecanismos de solución del conflicto, una vez haya surgido. Por todo ello, la redacción las cláusulas estatutarias, en consonancia con el protocolo familiar, deben ser cuidadosamente planificadas y adaptadas a las necesidades de la empresa, sin que deban ajustarse a un tipo estándar.

Nos hemos venido refiriendo a la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos desde un momento inicial de constitución de la sociedad, así, el convenio arbitral recogido en los estatutos despliega sus efectos frente a los socios que los suscribieron. Si bien, se nos podrían plantear dudas respecto a la vinculación del socio tras su incorporación sobrevenida a la sociedad, así como, cuando la cláusula arbitral tuviera acceso a los estatutos tras la constitución de la sociedad.

Respecto a la primera cuestión, referente a eficacia del convenio arbitral estatutario respecto a los socios que se incorporaban en un momento posterior a la fundación de la sociedad, es decir, que no prestaron su voluntad a la inclusión de dicha cláusula; la cuestión queda clarificada por la Resolución de 19 de febrero de 1998 de la DGRN⁵⁴¹ que sostiene si el pacto arbitral se configura estatutariamente y se inscribe, vinculará a los socios presentes y futuros.

⁵⁴¹ BOE núm. 61, de 12 de marzo de 1998. La Resolución establece que: *puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más (...). Un pacto compromisario extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria.” Y, en lo referente a los administradores, destaca: “Los Administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su*

En esta misma línea, la Sentencia de la Sala de los Civil del Tribunal Supremo, núm. 355/1998, de 18 abril de 1998⁵⁴² establecía: “*La sociedad es un contrato que no se agota con un cumplimiento de prestaciones en forma instantáneas, como ocurre con los contratos de tracto único, sino que nace una relación jurídica contractual duradera, como ocurre con otros contratos de tracto sucesivo. La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que, en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 febrero 1998, que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala: ... si se configura como estatutario (el convenio arbitral) y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria*”.

En referencia a la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos en un momento posterior a la constitución de la sociedad mediante una modificación estatutaria, con la reforma operada 2011 en la Ley de arbitraje, en el artículo 11 bis.2 se requiere “*el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social*”.

Por tanto, vinculará a todos los socios cuando se haya adoptado con el quorum necesario, incluso a los que no hayan estado presentes o hayan votado en contra.

2.2. El arbitraje testamentario

En cuanto al uso del arbitraje en Derecho sucesorio, nos centraremos en la figura del arbitraje testamentario, como acto unilateral del testador; sin perjuicio de que el

relación orgánica con la sociedad, pues si así fuera tampoco podrían invocar en su favor los derechos que, como puede ser la retribución, les reconocieran.”

⁵⁴²B.D. RJ\1998\2984.

arbitraje haya podido ser acordado por los coherederos, mediante el correspondiente convenio arbitral.

El arbitraje testamentario está reconocido en el artículo 10 de la Ley de arbitraje, al establecer que *“también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”*.

Ciertamente, el arbitraje puede haberse instituido por el testador, en el ejercicio de su voluntad de disposición, como método preestablecido para salvar las diferencias entre herederos no forzosos y legatarios referentes a la distribución y administración de la herencia; excluyendo con ello la vía judicial.

Por la especialidad de su materia sucesoria específica y su escasa regulación legal, el citado artículo 10 de la Ley de arbitraje, delimita tanto su aspecto objetivo, como subjetivo, siendo una figura ampliamente tratada por la doctrina, como arbitraje especial o sectorial⁵⁴³.

En este sentido, GAVIDIA manifiesta acertadamente que *“El arbitraje será testamentario cuando haya sido instituido por el testador, en el sentido de que, desde la apertura de la sucesión regida por ese testamento, ha quedado excluido el planteamiento judicial de las controversias relativas a esa sucesión. No lo será cuando el testamento haya contemplado la mera posibilidad de que los sucesores acudan al arbitraje para resolver sus controversias, proporcionando sólo un modelo opcional de convenio arbitral, que pueden no seguir los sucesores, aunque decidan resolver arbitrariamente sus contiendas”*⁵⁴⁴.

No se trata de un arbitraje convencional acordado por las partes, sino determinado unilateralmente por el testador, dentro del ámbito de la autonomía y libertad que le confiere Ley y que forma parte de su potestad para transmitir sus bienes que alcanza la determinación del medio elegido para solventar las posibles diferencias que pudieran surgir.

⁵⁴³ ALBALADEJO GARCIA, M. “El arbitraje testamentario”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 1990, pp. 77-91.

⁵⁴⁴ GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E., “El arbitraje testamentario”, en HIERRO ANIBARRO, S., DE MARTÍN MUÑOZ, A. (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, op. cit., p. 1028.

Por tanto, la previsión testamentaria de que los conflictos futuros se resuelvan por el arbitraje, como el resto de la *lex successionis*, podrá ser una carga y obligación para los herederos, que asumen junto con la aceptación de la herencia⁵⁴⁵.

En esta misma línea, se pronuncia GARCÍA PÉREZ⁵⁴⁶ que concluye que “*el testamento es el único vehículo formal en el que debe constar la declaración de última voluntad y, en consecuencia, el arbitraje testamentario*”.

Sobre el contenido del arbitraje testamentario, el precepto legal determina que tendrá como finalidad solucionar “*diferencias entre herederos no forzosos o legatarios*”.

Por una parte, en referencia al término divergencias, parece más amplio que la consideración de conflicto, haciéndolo extensivo a cuestiones de interpretación de las disposiciones testamentarias.

Por otra parte, sobre su ámbito subjetivo, surge la cuestión de si podrá ser extensivo el arbitraje testamentario a las divergencias que surjan entre los herederos forzosos. Sobre este punto, indica acertadamente DÍEZ-PICAZO⁵⁴⁷ que “*la sola presencia de herederos forzosos en la sucesión no excluye el arbitraje, siempre que este no alcance a sustraer a aquellos de llevar a los tribunales las posibles discrepancias que surjan en extremos que no son de libre disposición del causante. Es decir, se puede también instituir arbitraje en herencias con sucesores forzosos, cuando el arbitraje alcance exclusivamente a los también sucesores, pero voluntarios, que hay en aquellas»; el arbitraje testamentario es posible en las sucesiones donde solo hay sucesores voluntarios y en aquellas en que, habiendo herederos forzosos, el arbitraje se refiera a la resolución de cuestiones, no entre ellos o entre heredero voluntario y forzoso, sino solo entre herederos voluntarios o forzosos en cuanto al tercio de libre disposición*”.

Finalmente, en cuanto al contenido del arbitraje testamentario, consideramos que no se trata de un arbitraje destinado a realizar la partición de herencia entre los herederos no forzosos y legatarios, sino que, se tratará de un arbitraje orientado a resolver los

⁵⁴⁵DÍEZ PICAZO, “Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, 2ª ed., pp. 141-142.

⁵⁴⁶ GARCIA PÉREZ, C., *El arbitraje testamentario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 56.

⁵⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “El arbitraje testamentario”, *op. cit.*, p. 89.

conflictos que surjan en relación con dicha partición. El árbitro designado no deberá cumplir las funciones de albacea o contador-partidor, aunque si podrá ser un apoyo en la labor de éstos, colaborando en la gestión de las divergencias que se planteen en el proceso de partición y con referencia a la administración de la herencia.

Ciertamente, el arbitraje testamentario podrá revestir una gran complejidad en cuando afecta a una materia específica que, trasladada al ámbito de la empresa familiar, requerirá conocimientos específicos en materia sucesoria y societaria, así como, la confianza necesaria del testador sobre la eficacia de esta vía frente la judicial. Si bien, su escasa regulación legal, en el artículo 10 de la Ley de arbitraje, ha generado un extenso debate doctrinal sobre el ámbito objetivo y subjetivo del precepto, que plantea dudas añadidas a la utilización de este tipo de arbitraje.

Sobre esta cuestión indica YÁÑEZ⁵⁴⁸ que no debe atribuirse la nula utilidad práctica de la figura del arbitraje testamentario a la precaria la regulación de la Ley de arbitraje, sino que, la escasa trascendencia de la figura obedece a otros motivos como “*la mayor confianza en los jueces, la falta de suficientes árbitros especializados, o la desconfianza en las garantías del procedimiento arbitral en el ámbito sucesorio*”.

En este sentido, sería conveniente conocer las vicisitudes del procedimiento de división de la herencia para entender que, si el testador hubiese optado por el arbitraje como modo de resolución de las controversias, habría evitado la larga y costosa partición judicial resuelta por una resolución judicial incierta que, además, no produce efectos de cosa juzgada. Por todo ello, el arbitraje en esta materia puede ser el método más rápido y eficiente⁵⁴⁹.

Por ello, VERDERA⁵⁵⁰ plantea la conveniencia de ampliar la aplicabilidad del arbitraje testamentario a los herederos forzosos a fin de evitar una larga contienda judicial.

⁵⁴⁸ YÁÑEZ VIVERO, M.F., Arbitraje y Derecho de Sucesiones: el arbitraje testamentario, en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L.(Dir.), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho, Segunda Parte*, Vol. 4, Lima, Estudio Mario Castillo Freyre, 2007; disponible en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol4.pdf>, consultado 22-12-2019.

⁵⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁵⁰ VERDERA SERVER, R., “Comentarios a los 9 y 10 de la Ley de Arbitraje en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje, op. cit.*, pp. 444 y ss.

A modo de conclusión, consideramos el arbitraje testamentario es una herramienta poco usada por el testador y, posiblemente, de escasa utilidad práctica. A los efectos de la empresa familiar, sería conveniente plantear el arbitraje testamentario como una herramienta colaborativa que de forma voluntaria se aplique en los procesos de división de la herencia respecto a los herederos forzosos o legitimarios. En estos supuestos, el arbitraje puede ser especialmente útil para dirimir las diferencias entre los legitimarios y, con ello, evitar la venta la empresa a personas ajenas a la familia o que la excesiva división del capital de ésta, que llevará consigo dificultades en su gestión.

2.3. Pactos parasociales en el protocolo familiar

La cláusula arbitral puede ser incluida en otros documentos societarios, además de los estatutos, como hemos comentado *supra*. Así podrá incorporarse en los pactos parasociales o en el reglamento interno de la Junta General, empero, en estos supuestos carecerán de eficacia subjetiva, a diferencia de los estatutos.

Los pactos parasociales, siguiendo a DOMÍNGUEZ GARCÍA⁵⁵¹, son aquellos “*celebrados fuera de la escritura constitutiva entre todos los socios o entre grupos de socios orientados a la derogación o modulación de aspectos corporativos materialmente estatutarios, estableciendo un ordenamiento social paralelo de diverso alcance, generalmente praeter legem y a veces secundum legem, con la finalidad de ocultar pactos generadores de obligaciones accesorias del socio frente a la sociedad y así sustraerlas de eventuales pretensiones de terceros, e incluso contra legem, en contradicción con normas imperativas, con el orden público o con los principios de información del tipo. En sustancia, los intervinientes disponen con carácter reservado de los derechos inherentes a la condición de socio, obligándose recíprocamente a ejercitarlos en un sentido determinado*”.

En la misma línea, la definición recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo, núm.128/2009, de fecha 6 de marzo de 2009 considera “*los pactos parasociales mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos*

⁵⁵¹ DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (Coord.), *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo I, Madrid, Mc Graw Hill, 1996, p. 158.

*de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la Ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos por la autonomía de la voluntad*⁵⁵².

Independientemente del modelo de convenio arbitral que se haya establecido, se deberá escoger entre arbitraje de Derecho o en equidad, elección que, en caso de no regularse, quedará a la voluntad de las partes.

Sobre esta cuestión, autores como CARAZO LIÉBANA⁵⁵³ se plantean cuál de las dos modalidades es la que más se ajusta a las necesidades societarias. En este sentido, considerando que el Derecho de sociedades es una materia sujeta en gran medida por normas imperativas, considera recomendable escoger la modalidad en Derecho, al ser aventurado contravenir normas imperativas a las que indefectiblemente debe someterse⁵⁵⁴.

Asimismo, los pactos parasociales estableciendo una cláusula arbitral pueden incluirse en el reglamento de la Junta General de la sociedad de capital, como hemos comentado anteriormente. En este sentido, los reglamentos internos de la Junta tienen como función facilitar la ejecución de las normas estatutarias y el funcionamiento de la sociedad, sirviendo de complemento a las normas estatutarias⁵⁵⁵.

La cuestión que consideramos más relevante será la obligatoriedad de dichos instrumentos, a fin de dotarlos de eficacia respecto a los demás socios y la sociedad. Sobre esta cuestión, compartimos la corriente doctrinal que considera que tendrán una naturaleza puramente contractual vinculando solo a los que lo hayan suscrito, pudiendo extender únicamente su eficacia a los demás socios o a la sociedad, si los han aceptado expresamente⁵⁵⁶.

⁵⁵² SSTs Civil de fecha 6 de marzo de 2009, núm.128/2009 y 138/2009 (JUR 2009/140200 y JUR 2009/140201).

⁵⁵³ CARAZO LIÉBANA, M. J., *El arbitraje societario*, op. cit., pp. 69-70.

⁵⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, p. 650.

⁵⁵⁶ Entre otros, OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, núm. 7, 2006, p. 51.

En consecuencia, para que los acuerdos extraestatutarios entre los que esté incluida la cláusula arbitral puedan alcanzar eficacia y vincule a la sociedad y a todos los socios, incluidos los futuros adquirentes de derechos sociales, a menos que expresamente lo acepten, deberá estar expresamente recogida en los estatutos sociales, ya que, además, en caso de contradicción entre los estatutos y el reglamento interno, debe entenderse que prevalecen los estatutos⁵⁵⁷

Finalmente, hacer referencia a que al ser el laudo de obligado cumplimiento y tener fuerza ejecutiva, en los supuestos de impugnación de un acuerdo social inscribible, deberá publicarse en el RM por seguridad jurídica.

En este sentido, el artículo 11 ter de la Ley de arbitraje⁵⁵⁸, referente a la anulación por laudo de acuerdos inscribibles, establece que se deberá publicar en el RM un extracto del laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible y el acuerdo impugnado e inscrito, deberá cancelarse.

2.4. Convenio arbitral entre los cónyuges

Trataremos en este epígrafe si entre los pactos que adopten los cónyuges en capitulaciones matrimoniales sobre el régimen económico matrimonial, podrá incluir el arbitraje como método de resolución de sus controversias.

Sobre esta cuestión, ROCA⁵⁵⁹ señala que será posible adoptar dicha prevención, no sólo respecto a los pactos en previsión de crisis, sino incluso, respecto a la postcrisis.

⁵⁵⁷PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, *op. cit.*, pp. 200-201; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en AA.VV., ALONSO UREBA, A. (Coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo I, Madrid, Editorial Cívitas, S.A., 1991, p. 85; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁵⁸ El artículo 11 ter de la Ley de arbitraje establece que:

“1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto.

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella”.

⁵⁵⁹ ROCA TRIAS, E., “Crisis matrimonial y arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 6, 2005, p. 8.

De esta forma, los cónyuges podrán pactar sumisión a arbitraje en capitulaciones matrimoniales respecto a cuestiones patrimoniales disponibles como las divergencias surgidas en la liquidación del régimen económico matrimonial.

En este sentido, de conformidad con el artículo 806 LEC⁵⁶⁰, la liquidación del régimen económico matrimonial se llevará a cabo por lo dispuesto legalmente, en defecto de acuerdo entre las partes.

En el ejercicio de autonomía de voluntad de las partes, los contrayente o cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales un convenio arbitral por el que se comprometan a someter a arbitraje las controversias de contenido patrimonial que surjan en referencia a sus bienes o derechos y materias disponibles conforme a Derecho⁵⁶¹.

En consecuencia, resulta admisible la habitabilidad de los contratos patrimoniales entre cónyuges, en consonancia con la corriente de doctrinal que fomenta la permisibilidad de la arbitrabilidad de las cuestiones derivadas de las relaciones familiares, entre las que se incluyen las matrimoniales⁵⁶².

Trasladada esta cuestión a la empresa familiar, podrá tener especial incidencia el uso del arbitraje en los casos de liquidación del régimen económico matrimonial, especialmente, cuando el régimen entre los cónyuges haya sido el de sociedad legal de gananciales y entre los bienes a liquidar se encuentre la empresa familiar.

En este supuesto, consideramos que el arbitraje puede entrar en juego con carácter preferencial a otros métodos, considerando la naturaleza compleja de la controversia, de carácter patrimonial y societaria, que requerirá de conocimientos especializados en estos ámbitos, que podrán ser aportados por un árbitro conocedor de la materia.

⁵⁶⁰ El art. 806 del C.C. establece que” *La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables*”.

⁵⁶¹ En ningún caso podrán someterse a arbitraje las cuestiones sobre las que las partes no pueden transigir “sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros, conforme establece el art. 1814 C.C.

⁵⁶² ROCA TRIAS, E., “Crisis matrimonial y arbitraje”, *op. cit.*, p. 171-200.

Las bondades del arbitraje respecto a la vía judicial resultan incuestionables en el ámbito societario como se ha expuesto *supra*, a lo que se añadirá una especial idoneidad en la empresa familiar, no sólo por ser necesario un conocimiento especializado del árbitro, sino especialmente, por la repercusión que el largo procedimiento judicial tendrá para la dinámica y gestión de la empresa, sin perjuicio, del desgaste que ocasionará el mantenimiento del conflicto en las relaciones afectivas familiares.

En apoyo de lo expuesto, consideramos que al igual que los cónyuges pueden adoptar acuerdos transaccionales extrajudiciales sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, como ha sido reconocido jurisprudencialmente⁵⁶³, por analogía, pueden acudir al arbitraje para resolverlas.

Por todo ello, compartimos con CREMADES⁵⁶⁴ que en la empresa familiar el arbitraje no debe ser visto como un sustituto o un mecanismo alternativo a la jurisdicción, sino, como una forma de solución de controversias fundada en el principio de autonomía de la voluntad, que puede ser idónea para aportar soluciones en determinados tipos de conflicto societario.

⁵⁶³ STS Civil de 8 de julio de 2002, núm. 680/2002 (EDJ 2002/26082)

⁵⁶⁴ CREMADES, B., *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 1977, p. 191.

CAPÍTULO CUARTO. MEDIACION DENTRO DE LAS ADR. IMPLANTACION EN LA EMPRESA FAMILIAR

Como premisa previa a estudiar el papel de la mediación en la empresa familiar, hemos analizado las características propias de la empresa familiar y su modalidad conflictual, basada fundamentalmente en las interrelaciones familiares y empresariales.

Para hacer frente a estas situaciones problemáticas, consideramos conveniente dedicar un capítulo específico a la mediación, a su naturaleza y *modus actuandi*, que permiten avizorar un buen instrumento para gestionar en unos casos y, evitar, en otros, los conflictos que se plantean en sede de la empresa familiar.

I. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

La mediación no es fenómeno de reciente creación que nos sea ajeno, como señala MARTÍN DIZ⁵⁶⁵, *“más que como una novedad, aludir a la mediación en Derecho privado en España implica referirse ya a una realidad, a una opción legalmente considerada y, parece, totalmente desarrollada de resolución extrajudicial de conflictos”*.

Ciertamente, la mediación es una institución muy fomentada en nuestro país, que está siendo aplicada en muy diversos ámbitos. Para centrarnos en la idoneidad de esta institución en el ámbito de la empresa familiar, haremos hincapié en los principios que la configuran como técnica colaborativa entre partes.

Compartimos con SOLETO MUÑOZ⁵⁶⁶ que *“es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar. Posiblemente buscamos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo, es preciso señalar aquí*

⁵⁶⁵ MARTÍN DIZ, F., “Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33, 2014, p. 2.

⁵⁶⁶ SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *Revista eletrônica de Direito Processual*, Vol. III, enero-junio 2009, pp. 66-88

que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad. Dicho esto, intentando establecer unos límites difusos, y desde un punto de vista jurídico podríamos decir que la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo”.

La flexibilidad del procedimiento de mediación es una de las ventajas fundamentales de este sistema de gestión de conflictos, frente a la rigurosidad y duración del procedimiento judicial⁵⁶⁷. Asimismo, la mediación tiene una ventaja respecto al arbitraje, en el que las dificultades en la ejecución son análogas a las de las resoluciones judiciales: tardanza, insolvencia y, por tanto, ineficacia en muchas ocasiones⁵⁶⁸.

La mediación está cobrando especial significación en España, planteándose como una alternativa al procedimiento judicial, con especial implantación en determinados ámbitos, en los que paulatinamente va adquiriendo relevancia. En este sentido, MEJÍAS GÓMEZ⁵⁶⁹ considera que nos encontramos ante un método alternativo y complementario a la vía judicial, suponiendo su uso y potenciación un beneficio obvio para la Administración de Justicia.

En la misma línea, señala RAMOS MÉNDEZ que *“la existencia de modelos alternativos al sistema estatal de justicia permite, de una u otra forma, descargar a éste de un porcentaje de litigios más o menos numeroso y contribuye a la gestión racional de los recursos disponibles. Indudablemente son sistemas más rápidos y menos traumáticos. Pero no sirven para todos los casos, ni en todas las circunstancias. El equilibrio ideal de ambos modelos es todavía un desiderátum, que no se ha estimulado lo suficiente por múltiples factores”*⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, op. cit., p.83.

⁵⁶⁸ SOLETO MUÑOZ, H., “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”, *Revista de Mediación*, Vol. 10, núm. 1, 2017, pp. 1-6.

⁵⁶⁹ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, op. cit., p. 71. El autor considera la mediación “una forma alternativa y complementaria a la vía judicial, pacífica de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes”.

⁵⁷⁰ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op. cit., p.37.

Ciertamente, la mediación es un mecanismo colaborativo entre partes, basado en un proceso de comunicación que será menos traumático que el procedimiento judicial, fundamentado en la confrontación de partes. Sobre esta cuestión, la Sala Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 324/2010, de 20 de mayo de 2010⁵⁷¹ destaca que la mediación puede “*como modalidad alternativa de solución de conflictos llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica*”.

Por ello, la mediación nos resulta especialmente de interés en la empresa familiar, por cuanto, el conflicto surgido irremediablemente llevará consigo la afección de las relaciones familiares. De modo que, la mediación aplicada a la gestión y resolución de conflictos en la empresa familiar puede convertirse en el puente idóneo para reforzar estas relaciones deterioradas por el conflicto y, como trataremos *infra*, para implantar una cultura de comunicación y diálogo que ayude a afrontar de forma colaborativa los conflictos que surjan a futuro.

En efecto, en los procedimientos familiares motivados por la ruptura de la relación afectiva, y, por derivación en la empresa familiar, se apreciará una especial utilidad de la mediación como mecanismo gestión cooperativo para la resolución estos conflictos, al estar fundamentada en la comunicación entre las partes que, asimismo, será una pieza clave para prevenir futuros conflictos.

Sobre esta cuestión, señala ALASTRUEY GRACIA⁵⁷² que “*la mediación es particularmente eficaz cuando se lleve a cabo entre personas o empresas entre las que existe o ha existido algún tipo de relación, sean lazos de tipo personal, como en los casos de familia, en los supuestos de herencias, en los de gestión de sociedades familiares; de tipo comercial, entre empresas que seguirán en el mismo sector mercantil y podrán continuar sus vínculos de negocio; o de relación social, como las cuestiones laborales, las disputas entre vecinos...*”.

⁵⁷¹ STS Civil Sec. 1ª de 20 de mayo de 2010, núm. 324/2010 (ROJ 2290/2010).

⁵⁷² ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”; disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 25-03-2017, p. 14.

1. Regulación legal de la mediación en España

En España, mediante la Ley de mediación se introdujo la regulación de esta institución, que incorporó al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁷³, en adelante Directiva 2008/52/CE.

El Diccionario de la Lengua Española de la RAE⁵⁷⁴ define la mediación como: “1. *Acción y efecto de mediar*; 2. *Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio.*”

El concepto legal de mediación que nos proporciona la Directiva 2008/52/CE, en su artículo 3.a) es “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*”.

El objetivo de la Directiva tal y como señala su artículo 1 es “*facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y el proceso judicial*”.

La primera regulación de la mediación surgió en distintas Comunidades Autónomas que habían llevado a cabo iniciativas legislativas en el ámbito fundamental de Derecho de familia.

La regulación en el ámbito europeo tiene lugar mediante la citada Directiva 2008/52/CE, cuyo ámbito de aplicación es una serie de normas de obligado cumplimiento para los Estados miembros sobre el fomento de la mediación en los litigios transfronterizos en materia mercantil y civil, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones no disponibles para las partes en virtud de la legislación pertinente⁵⁷⁵.

⁵⁷³ DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008.

⁵⁷⁴ Disponible en <http://www.dle.rae.es/>, consultado el 27-03-2017.

⁵⁷⁵ Artículo 1 Directiva 2008/52/CE.

Entre los precedentes de esta Directiva⁵⁷⁶ se encontraba la reunión de Tampere en 1999⁵⁷⁷. La UE había venido fomentando las modalidades de resolución de conflictos como parte de la política encaminada a establecer un espacio de seguridad, libertad y justicia, con acceso a los métodos judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos. En 1986 se presentó la Recomendación R (86)12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros⁵⁷⁸ respecto a las medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales, que establecía en su artículo 1 el deber de los jueces de instar a las partes a dirimir su controversia a través de mecanismos de resolución amigables, con independencia de la fase del proceso en que se encuentren.

También hay que hacer referencia al Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, elaborado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002⁵⁷⁹ y al Código europeo de conducta para mediadores⁵⁸⁰, adoptado también por la Comisión en octubre de 2004.

Desde la Comisión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se ha pretendido que la implantación de los ADR sea un signo de identidad de la nueva Europa⁵⁸¹, a la par que un medio para abordar la crisis de la Administración de Justicia, problema común a todos los estados miembros⁵⁸².

Si bien, la Directiva 2008/52/CE es una norma de mínimos⁵⁸³, de obligada aplicación en los Estados miembros, que buscaba fomentar el recurso de la mediación en controversias transfronterizas en asuntos civiles y mercantiles, dejando el desarrollo de su regulación interna al legislador de cada Estado. Esta Directiva es de vital importancia

⁵⁷⁶ Sobre la Propuesta de la Directiva, véase MARTÍN DIZ, F., "Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias", *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3, 2006, pp. 1637-1654.

⁵⁷⁷ Disponible en https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm, consultado el 28-03-2017.

⁵⁷⁸ Disponible en <https://www.wcd.coe.int>, consultado el 28-03-2017.

⁵⁷⁹ Disponible en https://www.eur-lex.europa.eu/legal_content/ES/TXT/?uri=celex%3A52002DC0196, consultado el 28-03-2017.

⁵⁸⁰ Disponible en https://www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf, consultado el 28-03-2017.

⁵⁸¹ ALMOGUERA GARCÍA, J., "La Directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 22, mayo 2009, pp. 5-19.

⁵⁸² PALAO MORENO, G., "La mediación y su codificación en Europa: Aspectos de Derecho internacional privado", en BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, op. cit.

⁵⁸³ ORTUÑO MUÑOZ, P., "A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20, 2008, p. 3.

en el avance de esta institución, en cuanto, supone un nuevo punto de partida⁵⁸⁴ para el desarrollo legislativo de la mediación en el ordenamiento interno de los Estados miembros.

Señala AZCÁRRAGA⁵⁸⁵ que la Directiva 2008/52/CE constituye la culminación del interés mostrado por parte de la UE por los sistemas ADR y su transposición al ordenamiento jurídico español, al considerarlos de gran utilidad.

En la citada regulación se establece una regulación de mínimos, estableciendo la salvaguarda de que las partes que acudiesen a mediación con ánimo de solucionar un litigio, no se verían impedidas posteriormente a iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio, por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación⁵⁸⁶.

La transposición de esta Directiva 2008/52/CE, cuya adopción era urgente en nuestro país se adoptó del RDL 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁸⁷, que supuso un hito importante al regular por primera vez la mediación en el ámbito estatal y fue el antecedente directo de la Ley de mediación.

Como indica MAGRO⁵⁸⁸, aunque la adopción de una norma de mediación en España llegase con retraso, el impulso europeo sirvió para adoptar una ley sobre mediación de ámbito estatal.

En este sentido, debe destacarse el decisivo impulso que ha tenido la regulación de la mediación en el marco de la UE, protagonizando el legislador europeo una gran labor de promoción de los sistemas ADR, empero, se trata de un proceso pendiente de

⁵⁸⁴ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, op. cit., pp. 66-76.

⁵⁸⁵ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 25, 2013, p. 3.

⁵⁸⁶ PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 27-31.

⁵⁸⁷ En relación con el RDL 5/2012, antecedente directo de la Ley de Mediación, vid. BARONA VILAR, S., “Incorporación de la mediación civil y comercial en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 377 y ss.

⁵⁸⁸ MAGRO SERVET, V., “La incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, op. cit.

culminación, cuyo fin último es que los Estados miembros disponga de un marco normativo completo, que sirva de impulso para el empleo de este tipo de mecanismos y, de esta forma, se potencien, beneficiando a los ciudadanos⁵⁸⁹.

Los principios en torno a los que gira la Ley de mediación se encuentran identificados en la Exposición de Motivos, en los puntos II y III:

- La desjudicialización de los asuntos que caen bajo su ámbito de aplicación, con el fin de reducir la carga de trabajo de los tribunales.

- El protagonismo de la ley y del principio dispositivo de autonomía de voluntad de las partes. El desarrollo de las ADR y, particularmente de la mediación, encuentra su íntima expresión en la negociación derivada del principio de autonomía de voluntad de las partes⁵⁹⁰.

- La flexibilidad, en cuanto al contenido del acuerdo resultante de la mediación, permite alcanzar soluciones menos traumáticas que los procesos judiciales, basados en la dialéctica del vencedor-vencido o ganador-perdedor.

- Las ventajas que supone frente al procedimiento judicial, al ser un proceso de fácil tramitación, poco costoso y escasa duración en el tiempo.

La citada Ley de mediación ha sido complementada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁹¹, en adelante RD 980/2013, que regula cuatro aspectos esenciales de la Ley 5/2012, que son los requisitos de formación que ha de cumplir el mediador, un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónico y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación y el aseguramiento de su responsabilidad profesional⁵⁹².

⁵⁸⁹ PALAO MORENO, G., “La mediación y su codificación en Europa: Aspectos de Derecho internacional privado”, en BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango, op. cit.*

⁵⁹⁰ Véase PALAO MORENO, G., “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto- Ley 5/2012”, *La Ley*, núm. 7847, 2012, pp. 10-12.

⁵⁹¹ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

⁵⁹² SOLETO MUÑOZ, H., CARRETERO MORALES, E., “El desarrollo reglamentario de la Ley de Mediación española”, en LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P., *El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Barcelona, Huygens, 2014, pp. 447-454.

Compartimos con MARTIN FIZ⁵⁹³ que *“la intervención directa del Gobierno, aprovechando el margen legal que se le confería en diferentes Disposiciones finales de la Ley 5/2012, para desarrollar, en aras de incrementar la seguridad jurídica y la confianza y conocimiento de la mediación por los ciudadanos y las empresas, el contenido de la norma de referencia en cuatro grandes aspectos que son de vital importancia: formación del mediador, publicidad y registro público del ejercicio de la profesión de mediador, responsabilidad del mediador y de las instituciones de mediación y, finalmente, el establecimiento de un modelo legal de procedimiento de mediación a través de medios electrónicos y de telecomunicación”*.

Si bien, la escasa regulación estatal no se corresponde con la prolija actividad del legislador autonómico, que no entraremos a valorar por su extensión y quedar fuera del ámbito de este trabajo. Si bien, en este punto consideramos relevante destacar la reciente Ley de mediación de Comunidad Valenciana, Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Generalitat de la Comunidad Valenciana⁵⁹⁴ para facilitar el acceso a la ciudadanía a los procedimientos de mediación, tanto intrajudiciales como extrajudiciales. La citada regulación apuesta por profesionalizar la mediación, garantizando la formación y especialización de los mediadores, facilitando el acceso a la mediación gratuita a las personas beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Por último, en el ámbito regulatorio de la mediación consideramos relevante el ya referido Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación aprobado por el Gobierno el 11 de enero de 2019, que no llegó a su aprobación definitiva por la convocatoria de elecciones generales.

El citado Anteproyecto partía de un cambio de orientación en la voluntariedad de la mediación hacía la llamada “voluntariedad mitigada”, al establecer la obligatoriedad de acudir a mediación extrajudicial, como trámite preceptivo en determinados procedimientos de ámbito civil y mercantil y, asimismo, regulando la mediación intrajudicial a decisión del juez, en los supuestos que ésta no fuera preceptiva. En ambos supuestos, se regulaba el uso de la mediación, estableciendo como sanción la imposición

⁵⁹³ MARTÍN DIZ, F., “Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles” *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, núm. 1, 2014, p.1.

⁵⁹⁴ BOE núm. 23, de 26 de enero de 2019.

de costas a la parte que injustificadamente no compareciese a sesión inicial del procedimiento de mediación.

La cuestión referente a la obligatoriedad de la mediación como trámite procedimental previo a la vía judicial en determinadas materias y la sanción que acarrea la incomparecencia injustificada de las partes, debe ser examinada en relación con el principio de voluntariedad de la mediación, a fin de considerar si la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa puede conculcar el principio de libre acceso a la Justicia.

Sobre este punto, destacamos las conclusiones de PRATS ALBENTOSA⁵⁹⁵ que afirma: *“sin duda, el recurso directo a los Tribunales, sin intentar soluciones autocompositivas, no ha de estar vedado en ningún caso. No obstante, los litigantes deberían demostrar, efectivamente, al Juez, que han agotado todos los medios legítimos a su alcance para resolver el conflicto, o que la gravedad de la lesión padecida es tal que, razonablemente, justifica que se acuda a ellos directamente. En consecuencia, los Tribunales deberían tratar con disfavor a quien no les demuestre que ha agotado todas las vías no judiciales para llegar a solucionar su litigio y, además, deberían tener a su alcance medios para reconducir el conflicto, cuando sea posible, a tales vías de solución, sin que ello implique denegación de su ministerio, sino, al contrario, producirá un mejor ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por los ciudadanos”*.

Siguiendo a MARTIN DIZ⁵⁹⁶ consideramos que, ninguna norma puede imponer a las partes el sometimiento un medio extrajudicial de conflictos, puesto que, conculcaría los principios constitucionales de los Estados de Derecho. La compatibilidad de los medios jurisdiccionales y extrajurisdiccionales en la solución de conflictos ha de ser total y, los segundos, se han de concebir como complementarios al método judicial, que sigue siendo el preeminente.

⁵⁹⁵ PRATS ALBENTOSA, L., “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 7625, 2011, pp.1-2.

⁵⁹⁶ Rechazando la obligatoriedad de la mediación, véase, entre otros, MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal: estudios y análisis*, op. cit., 2011, p. 57.

Sobre la cuestión incide el autor⁵⁹⁷ en que la mediación nunca debe ser impuesta a las partes, ni mediante una cláusula contractual, ni legalmente, ni por remisión de un Juez; al considerar que supondría una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

La implantación de la mediación como trámite procedimental preclusivo al acceso a la vía judicial es una cuestión trascendente y puede suponer, en caso de que sea implantada, un importante cambio de rumbo en nuestro concepto de la mediación, al pasar a convertirse en una mediación necesaria. Como manifiesta PÉREZ DAUDÍ⁵⁹⁸ esta situación, lejos de potenciar la mediación o de reducir la litigiosidad, puede derivar en un efecto contrario.

En la misma línea, como bien señala SÁNCHEZ MARTÍN⁵⁹⁹ “*no cabe duda de que procedimiento de mediación y proceso judicial han de ser absolutamente compatibles, en el sentido de que no puede obligarse a nadie que acuda a la mediación para solventar sus controversias, pero tampoco pueden ponerse trabas a quien decida acudir a los tribunales para obtener un pronunciamiento judicial, pues ello atentaría contra la tutela judicial efectiva. No puede olvidarse que procedimiento judicial y mediación son dos sistemas de resolución de conflictos perfectamente válidos, pero muy diferentes entre sí, y que han de ser totalmente compatibles, en el sentido de que las partes puedan optar libremente por acudir a una u otra vía*”.

En la posición contraria, GARCÍA GARCÍA⁶⁰⁰ no considera afectada la voluntariedad de la mediación, por el hecho de acudir a la sesión informativa como fase previa al proceso, en cuanto, con dicha asistencia se brinda a las partes la oportunidad de conocerla, pero sin obligación de continuar el procedimiento. De modo que, las partes únicamente tendrán que asistir a la previa sesión informativa, a fin adquirir el conocimiento suficiente sobre esta técnica, para decidir sobre su utilización. En este

⁵⁹⁷ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, op. cit, pp. 71-74.

⁵⁹⁸ PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 393.

⁵⁹⁹ SÁNCHEZ MARTÍN, P. “La mediación en la mente del legislador”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, 2013, pp. 9-15.

⁶⁰⁰ GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 137.

sentido, considera que no debe confundirse la obligatoriedad de acudir a esta sesión informativa, con la obligatoriedad de la mediación, puesto que, dicha obligatoriedad no sólo conculcaría los principios informadores de la mediación, sino que, la convertiría en un trámite burocrático más, con el consiguiente desprestigio de la institución⁶⁰¹.

En el mismo posicionamiento, ORTEMBERG⁶⁰² considera que “*lo obligatorio es intentar la mediación, pero la ley no obliga a arribar a un pacto que resuelva los conflictos*”, de forma que, la mediación no deja de ser voluntaria por el hecho de acudir las partes a la sesión informativa.

En la misma línea y como medida de impulso de la mediación AZCÁRRAGA⁶⁰³ señala que se hace necesario incentivar la mediación, pudiéndose adoptar como medida la obligatoriedad en el momento inicial, sin que ello implique que las partes que acuden se vean obligadas a permanecer en el procedimiento. El hecho de que las partes tengan que acudir a dicho mecanismo puede ser la oportunidad de conocer sus ventajas y existencia, sin que el simple estímulo sea suficiente.

Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión polémica en la que resulta difícil mantener una postura uniforme. Por una parte, el trámite preceptivo de asistencia a mediación planteado como requisito indispensable de acceso a la vía judicial, consideramos que puede ser un efectivo impulso a la mediación, en cuanto, acerque la mediación al ciudadano y ello le permita adquirir confianza en este método. Por otra parte, en la situación actual de la Administración de Justicia y ante la desconfianza y cierta reticencia del ciudadano al uso de la mediación, resulta difícil que este método pueda cumplir la función pretendida, lo que nos hace pensar, si realmente se convertiría en un trámite preceptivo que dificultase el acceso a la vía judicial e indirectamente encareciese sus costes.

Por otra parte, en referencia a que sea sancionable que la parte rechace injustificadamente la simple asistencia a la sesión informativa, consideramos que la

⁶⁰¹ *Ídem.*

⁶⁰² ORTEMBERG, O. D., *Mediación familiar. Aspectos Jurídicos y Prácticos*, Buenos Aires, Biblos, 1996, p. 113.

⁶⁰³ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en BARONA VILAR, S. (Ed.) *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*” *op. cit.*, pp. 103-117.

sanción económica puede tener su soporte en la mala fe denotada con su actuación. En este sentido, con su incomparecencia las partes han perdido la oportunidad de ser informados de las virtualidades de la mediación, malgastando los recursos y medios proporcionados en su beneficio, sin perjuicio, de la demora ocasionada injustificadamente para acceder a la vía judicial.

En suma, al no requerirse en esta sesión abogado, ni procurador, únicamente el coste del mediador, las partes no tendrán una traba inicial económica de acceso a la Justicia, que será gratuita en caso de concurrir los requisitos económicos que permitan acceder a la asistencia jurídica gratuita.

A modo de conclusión, en caso de que finalmente resulte aprobada alguna iniciativa legislativa en términos similares a los indicados, consideramos que su valoración como medida de impulso a la mediación puede ser positiva, al pretender la implantación definitiva de la mediación como un medio complementario a la vía judicial, relegando a ésta las cuestiones que no puedan obtener resolución por otras vías. Empero, dichos objetivos hay que ponerlos en relación con la situación actual de la mediación y su escasa implantación.

Para avanzar en este camino consideramos que sería necesaria la previa difusión y puesta en valor de la mediación, a fin de que cuando las partes asistan a la reunión informativa, tengan conocimiento y confianza en este método y se lo planteen como una verdadera alternativa a la vía judicial. No obstante, este sería el primer paso, ya que, si el ciudadano no confía en este método, dicha asistencia se convertirá en un trámite procedimental añadido, que añadirá dilación temporal y coste económico, al ya lento y gravoso procedimiento judicial.

Por tanto, consideramos que la eficacia de la mediación, van más allá de adoptar medidas impositivas de ámbito legislativo, al ser fundamental para su implantación la potenciación de las políticas públicas que conciencien a la sociedad de sus virtualidades y la configuren como una vía efectiva de acceso a la Justicia. Esta concienciación, mediante la información y demostración de las bondades de este método, tendrá que ser extensiva a todas las partes implicadas, tanto a los diversos operadores jurídicos (jueces, abogados...) como a las partes enfrentadas, para conseguir una implicación y compromiso conjunto en este procedimiento.

2. Principios informadores de la mediación

La mediación se basa en la flexibilidad del procedimiento. Dicho principio tiene un valor fundamental en la mediación, en cuanto, las partes pueden elegir al mediador, acudir al procedimiento acompañadas por abogados o asesores y, asimismo, pueden moldear el procedimiento, proponiendo al mediador cuestiones como el número de sesiones, su duración, etc.

Entre los principios rectores de la mediación podemos destacar los recogidos en el Título II de la Ley de mediación, si bien, no son principios tasados, en cuanto son igualmente extensibles al resto de las ADR.

A continuación, realizaremos una breve exposición de los principios rectores de la mediación, que la configuran y le conceden un carácter diferencial. Así, destacamos los principios de voluntariedad, libre disposición, igualdad, imparcialidad y neutralidad del mediador, confidencialidad, flexibilidad y buena fe.

Los principios intrínsecos a la mediación, que analizaremos *infra*, son la base del procedimiento de mediación y son recogidos de forma similar por la ley estatal y las autonómicas, como señala BARONA⁶⁰⁴.

2.1. Voluntariedad y libre disposición

El principio de voluntariedad, recogido en la Directiva 2008/52/CE, en el Considerando 13⁶⁰⁵ se basa en la libre disponibilidad de las partes respecto al procedimiento de mediación, de forma que, se le confiera poder a las partes para

⁶⁰⁴ Como señala BARONA de la lectura de las leyes autonómicas y la estatal se puede concluir que son parecidas en contenido y ambas reconocen como principios básicos de la mediación: la voluntariedad, el principio dispositivo, la igualdad, neutralidad-imparcialidad de los mediadores, confidencialidad, buena fe, respeto mutuo y colaboración con los mediadores. BARONA VILAR, S., “Incorporación de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, op. cit., pp. 392 y ss.

⁶⁰⁵ En el Considerando (13) de la Directiva se indica “*debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento*”.

responsabilizarse de él y así, organizarlo y darlo por terminado en cualquier momento.

Por tanto, la voluntariedad se configura como un principio esencial de la mediación, basado en el poder de decisión de las partes sobre la gestión de sus conflictos, lo que fomenta la responsabilidad de las partes y la toma de conciencia sobre las consecuencias de los acuerdos adoptados⁶⁰⁶.

El principio de voluntariedad no impide, como manifiesta el Considerando 14 que “*nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*”.

La Directiva ha sido implementada en los Estados respondiendo a diversos modelos⁶⁰⁷. Profundizando más en esta cuestión, el artículo 5.2 de Directiva 2008/52/CE, determina que no se encontrará conculcada la voluntariedad del procedimiento, por el hecho de que las legislaciones nacionales acuerden el sometimiento preprocesal de las partes a la mediación, en cuanto, no se les impone la obligación de alcanzar un acuerdo en el procedimiento de mediación, sino simplemente de acudir al mismo, independientemente de su resultado. De forma que, no se vulnera el principio de la tutela judicial efectiva, al poder las partes acudir posteriormente a la vía judicial.

En este sentido, el procedimiento judicial no es la única vía de acceso a la Justicia, sino que, la mediación es otra vía de acceso, en defecto de la cual, el ciudadano no ve cerrada su posibilidad de acceder a la vía judicial.

Como hemos comentado *supra*, el legislador español en la Ley de mediación ha optado por el carácter voluntario de la mediación. Así, en el artículo 6 de la Ley de mediación⁶⁰⁸ configura la voluntariedad como uno de los principios fundamentales de la

⁶⁰⁶ OTERO PARGA, M., “Ventajas e inconvenientes de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, op. cit., pp. 146-149.

⁶⁰⁷ SOLETO MUÑOZ, H. “La Mediación en asuntos civiles”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3^a ed., pp. 353-371.

⁶⁰⁸ El artículo 6 de la Ley de mediación establece que: “1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción

mediación, en su plena extensión, concediéndole a las partes la libre elección de someterse al procedimiento de mediación, así como de permanecer en el mismo.

Por tanto, la mediación versa sobre el principio de voluntariedad y de libre disposición para acudir a la mediación o para desistir de la iniciada, de manera que, no se puede obligar a las partes a mantenerse en el procedimiento o a suscribir un acuerdo⁶⁰⁹.

De este modo, la mediación se configura como un procedimiento de naturaleza voluntaria, quedando claramente reflejada dicha voluntariedad en diversos trámites de la mediación, en los que las partes tienen que ratificar su voluntad de continuar en el procedimiento.

La voluntariedad de la mediación alcanzar también al mediador, como pone de manifiesto GONZÁLEZ PILLADO⁶¹⁰, al manifestar que *“también alcanza, en algunos aspectos, a la persona mediadora, en cuanto podrá, de un lado, declinar su designación como mediador en el conflicto de que se trate; y de otro, suspenderlo o darlo por finalizado una vez iniciado en el caso de que concurran las circunstancias previstas en la ley”*.

En efecto, la extensión del principio de voluntariedad no sólo alcanzará a las partes, sino también al mediador, permitiéndole el artículo 22 de la Ley de mediación⁶¹¹ renunciar al procedimiento, cuando considere que es imposible acercar la postura entre las partes. Profundizando más en esta cuestión, en caso de que el mediador advierta la

o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

⁶⁰⁹ BARONA VILAR, S., “La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, op. cit., p. 47.

⁶¹⁰ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 360.

⁶¹¹ El artículo 22 referente a la terminación del procedimiento, recoge en sus puntos 2 y 3 dichas manifestaciones de voluntad al exponer que:

“2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen”.

inviabilidad de que las partes lleguen a un acuerdo o incluso que pueda ser usado por las partes como mecanismo dilatorio o como medio para imposibilitar el inicio del procedimiento judicial, debe poner fin a la mediación. En caso contrario, se potenciará un mayor enfrentamiento o escalada al conflicto, provocando en las partes una sensación de fracaso, amén de un mayor coste⁶¹².

Asimismo, las partes pueden rechazar a su mediador, sin que suponga una renuncia al procedimiento, salvo que, no se nombre otro mediador.

La relevancia del principio de voluntariedad en la mediación es puesta de manifiesto en la Guía de actuación de mediación civil intrajudicial, actualizada en 2016⁶¹³, que recoge la voluntariedad como uno de los principios en los que se sustenta la mediación. En ejercicio de dicho principio, las partes serán adecuadamente informadas por el mediador del contenido y efectos del sometimiento a dicho procedimiento y, en todo momento, se faculta a las partes a desistir del procedimiento, sin que dicha renuncia suponga sanción alguna para las mismas.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en caso de mediación intrajudicial, la falta de actitud colaborativa de la parte que no comparezca injustificadamente a la sesión informativa será conocida por el Tribunal y si podrá acarrearle efectos perjudiciales, como hemos comentado *supra*. Así, el mediador dará conocimiento al órgano judicial derivador de la parte o partes que no asistieron a la sesión informativa, no considerándose confidencial dicha información. En este supuesto, el Tribunal puede considerar la incomparecencia injustificada de la parte contraria a la buena fe procesal, al rechazar infundadamente la oportunidad ofrecida, en línea con lo establecido en el artículo 395 LEC: “*Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación*”.

⁶¹² BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice”, *op. cit.*

⁶¹³ *Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, España, 2016, p. 12, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

2.2. Igualdad entre partes e imparcialidad

El artículo 7 de la Ley de mediación⁶¹⁴ establece que el procedimiento de mediación garantizará la igualdad entre las partes, así como, la imparcialidad del mediador.

El principio de igualdad entre las partes es trascendental en el procedimiento de mediación, sobre esta cuestión compartimos con VILALTA NICUESA, que *“el principio por el cual deben otorgarse a cada una de las partes las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, así como asegurar que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. En consecuencia, a lo largo del proceso de mediación deberían ponerse los medios necesarios para obtener y mantener este equilibrio”*⁶¹⁵.

En la misma línea, seguimos a BARONA VILAR⁶¹⁶ *“sólo es posible identificar la mediación con la igualdad de las partes, de manera que para que sean éstas las que intervengan, cedan y alcancen el acuerdo, es imprescindible que actúen en situación de igualdad de posiciones. De este modo, se viene excluyendo la mediación en aquellos supuestos en que este método implicaría la imposición de una parte sobre la otra, por razones diversas, de manera que deberán ser los mediadores los que establezcan esas situaciones claras que no deben llevarse a mediación”*.

Ciertamente, para que en la mediación haya igualdad entre las partes, será tarea fundamental del mediador equilibrar la posición de éstas⁶¹⁷. La igualdad de las partes será

⁶¹⁴ El artículo 7 de la Ley de mediación establece: *“En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”*.

⁶¹⁵ VILALTA NICUESA, A. E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J., POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2009, pp. 43-44.

⁶¹⁶ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos *con ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos*, op. cit., p. 42

⁶¹⁷ Para MARTÍN DIZ, dicho principio es el fundamental, así considera el autor que *“el acceso a la mediación ha de producirse cuando los contendientes se hallan en un plano de paridad, no hay predominio o superioridad de una parte sobre la otra. De existir una posición de superioridad de una parte sobre la otra casi con total seguridad la solución del conflicto no va a pasar por una solución autocompositiva como es la mediación. Bien la solución vendrá determinada por el ejercicio abusivo de la autodefensa, imponiendo la solución a la parte débil, o bien habrá que servirse de una solución heterocompositiva (fundamentalmente la jurisdicción, pero sin excluir de partida el arbitraje cuando éste sea posible) que*

fundamental para el desarrollo del procedimiento de mediación, correspondiendo al mediador velar porque las partes concurren en igualdad de oportunidades.

A este respecto, resulta destacable el Código de Conducta Europeo para mediadores⁶¹⁸ al recoger que el mediador no sólo debe actuar imparcialmente, sino que, debe esforzarse en demostrarlo a las partes. En línea con lo expuesto, consideramos que la demostración de imparcialidad y de servicio por igual a ambas partes del mediador inspirará a las partes la confianza en el procedimiento de mediación y, asimismo, ayudará a equilibrarlas en sus posiciones, para que dispongan de igualdad de oportunidades.

La actitud de imparcialidad del mediador en su desempeño profesional se ha mantener durante todo el procedimiento de mediación, desde sus inicios, de forma que, si hubiese alguna circunstancia que pudiese incidir en su imparcialidad, el mediador está obligado a ponerlo en conocimiento de las partes, como dispone el art. 13 de la Ley de mediación⁶¹⁹.

2.3. Neutralidad

El principio de neutralidad se encuentra recogido en el artículo 8 de la Ley de mediación⁶²⁰. En términos similares al principio de imparcialidad, consiste en que el mediador debe mantener la equidistancia y equilibrio entre las partes.

La importancia de la neutralidad es intrínseca a la misma existencia y naturaleza de la mediación. A fin de delimitar los principios de imparcialidad y neutralidad,

reduzca la desproporción inicial entre partes”. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, op. cit. pp. 79-80.

⁶¹⁸ Código de Conducta Europeo para mediadores recoge en su punto 2.2. que: “El mediador actuará respecto de las partes en todo momento de forma imparcial, y se esforzará en demostrarlo; y se comprometerá a servir de la misma forma a ambas partes en el marco del proceso de mediación”.

⁶¹⁹ El artículo 13 de la Ley de mediación establece que:

“4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.”.

⁶²⁰ El artículo 8 de la citada Ley indica que: “Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14”.

destacamos la apreciación de GONZÁLEZ PILLADO⁶²¹ “*se predica de la relación del mediador consigo mismo, teniendo en cuenta sus valores, prejuicios, emociones, formación profesional, etc.; mientras que la imparcialidad se ejerce frente a las partes, intentando atender a ambas con la misma atención, en aras del equilibrio de posiciones que se presentan frente al mediador*”.

Por tanto, la neutralidad está referida a la postura del mediador respecto a la resolución de la controversia, no pudiendo imponer el acuerdo, que únicamente puede proceder de las partes. En consecuencia, implica que el mediador debe adoptar una actitud cercana respecto a las partes, pero equidistante respecto al acuerdo, siendo las partes las que lo alcancen.

La neutralidad implica que el mediador no puede guiarse por sus convicciones personales o sus valores y deberá dejar que primen los de las partes, de forma que, son las partes son las protagonistas del procedimiento de mediación y tienen que concluir sus propios acuerdos, aunque no coincidan con la postura del mediador o con la solución que este adoptaría respecto al conflicto⁶²².

Por otra parte, la neutralidad es reflejo de la naturaleza autocompositiva de la mediación, en cuanto, evidencia la capacidad y autonomía de las partes para gestionar el conflicto, debiendo el mediador mantenerse alejado de la proposición de una solución, cuya construcción corresponde únicamente a las partes⁶²³. En efecto, son las partes las que tienen que tomar sus decisiones, libre y voluntariamente, para ello, será fundamental que el mediador no influya en su decisión, bien directamente, formulando una proposición de un acuerdo, o indirectamente, dejando traslucir su opinión o reflejando sus valores o creencias que condicionen a las partes.

⁶²¹ GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., p. 363.

⁶²² CARRETERO MORALES, E., “El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del reglamento 980/2013”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3ª ed., p. 147.

⁶²³ En este sentido se pronuncia GARCÍA VILLALUENGA, L. “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles” disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediación.pdf>, último acceso 2-02-2019.

2.4. Confidencialidad

La confidencialidad es otro de los principios rectores de la mediación, sobre el que se asienta la confianza del ciudadano en el procedimiento.

La importancia de la confidencialidad en la mediación quedaba ya reflejada en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, al señalar que “*la confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento*”⁶²⁴.

Para garantizar la efectividad del principio de confidencialidad, la Directiva 2008/52/CE destaca la necesidad de conservar un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles, a fin de proteger la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil⁶²⁵.

De este modo, el artículo 7 de la citada Directiva 2008/52/CE⁶²⁶ referente a la confidencialidad, establece las causas excepcionales en las que puede dejar de aplicarse: por acuerdo entre las partes; por razones de orden público en el Estado miembro de que se trate; cuando lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona o cuando el conocimiento del

⁶²⁴ Libro Verde, de 19 de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, de la Comisión, *op. cit.*

⁶²⁵ Considerando (23) Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Dada la importancia de la confidencialidad en el procedimiento de mediación, es necesario que la presente Directiva contenga disposiciones que estipulen un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil”.

⁶²⁶ El artículo 7 de la citada Directiva referente a la confidencialidad establece que: “1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o

b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

contenido sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. Sin perjuicio de dichos límites, los Estados miembros podrán aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.

El principio de confidencialidad se encuentra recogido en el artículo 9 de la Ley de mediación⁶²⁷, que afecta al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes; que quedarán obligadas por la confidencialidad, sin poder revelar la información o documentación obtenida en el procedimiento. El citado artículo establece asimismo los límites de dicha obligación.

En consecuencia, la confidencialidad afecta a todas las personas que intervienen en la mediación, tanto a las partes, que tendrán que aceptar dicha circunstancia desde la firma del acta constitutiva, como al mediador, que deberá cumplir esta obligación esencial recogida en el Código de Conducta Europeo para mediadores. Así, el Principio 3 manifiesta la necesidad de que el mediador se asegure antes de que comience la mediación, de que las partes han entendido y aceptado expresamente sus términos, especialmente la confidencialidad del mediador y de las partes. La confidencialidad referida al mediador es reforzada en el Principio 4, afectando a toda la información derivada de la mediación o relativa a la misma, que sólo podrá revelarse por razones legales o de orden público.

Por tanto, la regulación bidireccional de la confidencialidad deja patente la importancia de este principio que vincula a todas las partes intervinientes en el proceso. De este modo, respecto a las partes, será fundamental el clima de confianza entre ellas y, respecto al mediador, inspirará a las partes la garantía y confianza de que la información

⁶²⁷El artículo 9 determina: “*El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.*”

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

transmitida en el proceso no trascenderá a terceros, ni podrá derivar efectos perjudiciales para éstas.

La confidencialidad se torna el principio esencial de la mediación, en cuanto, permite generar el espacio de confianza necesario para que las partes definan sus intereses y puedan alcanzar acuerdos⁶²⁸.

En definitiva, la confidencialidad genera el clima necesario para que las partes actúen con plena libertad, manifiesten sus intereses y realicen propuestas que puedan construir un acuerdo.

El principio de confidencialidad puede ser enfocado desde dos perspectivas: la primera, el hecho de que la actuación del mediador sea confidencial; la segunda, el deber de confidencialidad que pesa sobre el mediador, de forma que, no podrán revelar la información que hubieran podido obtener en el procedimiento de mediación.

Conscientes la relevancia del principio de confidencialidad, la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial⁶²⁹ recoge la garantía de dicha confidencialidad respecto a las diversas partes intervinientes en el proceso, estableciendo que la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

En suma, la confidencialidad se configura como un deber para el mediador equiparándolo al secreto profesional de los abogados y otros profesionales⁶³⁰ y,

⁶²⁸ GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2010, p. 733.

⁶²⁹ *Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial*, *op. cit.*

⁶³⁰ VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I. (Dirs.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011, pp. 169-170. Sobre este punto, la autora manifiesta que “*en términos jurídicos, la confidencialidad se concibe, también, como un deber, una obligación o un carácter de la información de las sesiones de mediación, relacionado estrechamente con el secreto profesional. En efecto, confidencialidad y secreto profesional suelen ser conceptos que aparecen interrelacionados, cuanto menos, así se desprende de la normativa a la que están sujetos determinados profesionales (abogados, entre otros). Se trata de personas que, por razón de su profesión, son depositarias de los relatos, informaciones, documentaciones, etc., de otras personas por lo que, también aquí, la confidencialidad es una garantía de la confianza depositada en el profesional. La distinción entre una (confidencialidad) y otro (secreto profesional) radicaría en el matiz de la condición de profesional: la confidencialidad sería una cualidad de la información revelada en confianza a cualquier persona sometida a ella; mientras que el secreto*”

asimismo, lo podemos considerar una garantía para las partes de que se preservará cualquier información o documentación tratada en el procedimiento, sin que les deriven consecuencias ulteriores. Sobre esta cuestión apunta BARONA VILAR⁶³¹ que “*la confidencialidad, amén de ser una de las ventajas de la mediación, es también un principio de actuación que garantiza el procedimiento en sí y las posibles consecuencias que puedan derivarse de lo que se ha aportado al procedimiento de mediación. De este modo, la confidencialidad es una garantía-compromiso de las partes y del mediador, e inclusive el compromiso de confidencialidad lleva incluso a excluir la posible intervención como testigo del mediador en un posible proceso posterior*”.

El principio de confidencialidad puede suponer una ventaja adicional al uso de la mediación en determinados sectores, como en la empresa familiar. En general, en el ámbito empresarial la mediación tendrá un carácter preferencial frente a métodos con trascendencia mediática, como el procedimiento judicial. No sólo será valorable para empresas destacadas en su sector, sino para cualquier tipo de empresa, en cuanto, la trascendencia del procedimiento puede suponer una desventaja comercial y competitiva, al afectar su imagen comercial y repercutir en su clientela. Pero estas circunstancias cobrarán especial relevancia en la empresa familiar, puesto que, junto al deterioro de la imagen de la empresa, la contienda existente tendrá asimismo repercusión para la familia, de ahí que, la trascendencia pública de sus conflictos puede ocasionar graves perjuicios a la familia y a la empresa.

Por todo ello, el uso de la mediación en la empresa familiar tendrá un beneficio añadido a las bondades del uso de esta técnica en cualquier otro ámbito de conflicto.

2.5. Libre designación

El principio de libre designación se encuentra regulado en el artículo 16 de la Ley de mediación⁶³², que establece que la designación del mediador podrá realizarse de común

profesional es un deber (y, en ocasiones, también un derecho) de personas con un determinado perfil profesional”.

⁶³¹ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos *con ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, op. cit., p. 42.

⁶³² El artículo 16 de la Ley de mediación establece que la designación del mediador podrá tener lugar: “*De común acuerdo entre las partes, debiendo en la solicitud incluirla designación del mediador del lugar donde se efectuará y la lengua en que se desarrollará la misma.*”

acuerdo por las partes, indicando el lugar y lengua en el que se desarrollará la mediación, o por una de las partes, cuando se realice en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación.

2.6. Diligencia

El artículo 13 de la Ley de mediación referente a la actuación del mediador establece que:

“1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con

a) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas”.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas”.

excepción de la mediación”.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación”

Del deber de diligencia del mediador se derivan dos consecuencias: la primera, que el mediador ha de actuar exclusivamente como facilitador, cooperador del acuerdo de mediación, sin imponer ninguna solución⁶³³ y, la segunda, que el mediador debe desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, tal y como dispone el citado artículo 13, en su punto 2. De forma que, el mediador no puede imponer una solución, pero sí llevar a cabo una conducta diligente y eficaz que permita que las partes puedan llegar a un acuerdo, facilitando a las partes información y asesoramiento suficientes.

En todo caso, el deber de ejecutar diligentemente su función no incluye la obtención de un resultado, sino simplemente el empleo del medio con la diligencia debida, por lo que, nos encontramos igualmente con una obligación de medios. Por otro lado, la diligencia implica igualmente el cumplimiento de las funciones dentro del plazo previsto⁶³⁴.

En este sentido, se debate doctrinalmente el uso del mediador de estrategias variables en función del conflicto y las necesidades estructurales del procedimiento, pudiendo seguir un estilo facilitativo o evaluativo; dichos estilos deberán ser adaptados por el mediador según la variabilidad de las necesidades del caso, sin regirse por criterios preestablecidos, debiendo configurarse por el mediador su propio modelo de

⁶³³ PÉREZ MORIONES, A., “La trasposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, en HUALDE, M.T., MESTROT, M. (Coords.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Madrid, La Ley, 2013, p. 97.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 28.

mediación⁶³⁵.

En definitiva, la actuación diligente del mediador es una obligación profesional que puede derivar responsabilidad por los daños y perjuicios, teniendo la parte perjudicada acción directa contra el mediador o la institución de mediación⁶³⁶.

2.7. *Lealtad*

La actuación de los mediadores se encuentra igualmente regida por el principio de lealtad, que engloba la imparcialidad y la confidencialidad, exigida a los mediadores por aplicación de la Ley de mediación. Precisamente, una manifestación de este deber de lealtad puede ser la confidencialidad, en la medida que genera el espacio de confianza necesario para que las partes se comuniquen y puedan alcanzar acuerdos⁶³⁷.

En efecto, la lealtad del mediador engloba la aplicabilidad en su actuación de los principios reguladores de la mediación. En línea con lo anterior, compartimos con MARTÍN DIZ⁶³⁸ que *“el cierre de una mediación a través del acuerdo entre las partes implica la consecución del objetivo: resolver el conflicto a través de este sistema complementario y extrajudicial, y a ello se habrá llegado gracias a los buenos oficios del mediador y a la voluntad de las partes de construir y formalizar una solución que les resulte adecuada y aceptable para sus intereses”*.

Esta lealtad, al igual que sucede con otros de los principios que enumeramos, no sólo se predicen respecto de los mediadores, sino también, como no puede ser de otro modo, respecto de las partes del procedimiento.

⁶³⁵ SOLETO MUÑOZ, H., “El procedimiento de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3^a ed., pp. 305-309.

⁶³⁶ Artículo 14 de la Ley de mediación.

⁶³⁷ GARCÍA VILLALUENGA, L., “Artículo 9. Confidencialidad”, en AA.VV., GARCÍA VILLALUENGA L. ROGEL VIDE (Dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos, Madrid, Reus, 2012.

⁶³⁸ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, op. cit., pp. 124-125.

2.8. Flexibilidad

Como principio estructural de la mediación podemos señalar la flexibilidad. La mediación no es un proceso rígido, sino que, dentro de unos cánones generales de tramitación que deberán seguirse, como la sesión informativa y la fase final con la formalización del acuerdo, el resto de los trámites del procedimiento podrá adaptarse a las necesidades del conflicto y a la evolución de las partes.

Ciertamente, la mediación es un procedimiento flexible que se caracteriza por su adaptación a las necesidades de las partes, lo que no se deberá confundir con la arbitrariedad, debiendo el mediador ser garante de que no se conculquen los principios de la mediación⁶³⁹.

En este sentido, el mediador tendrá la capacidad de valorar la marcha del procedimiento y adaptarlo para favorecer el clima de acercamiento y confianza de las partes. Esta adaptación no sería posible en un procedimiento rígido y formulario que se centrara en considerar solo los aspectos objetivos del conflicto sin evaluar el problema subyacente existente en las partes.

El principio de flexibilidad está expresamente reconocido en el artículo 10 de la Ley de mediación que establece “*sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*”.

El procedimiento de mediación se caracteriza por la flexibilidad para que pueda adaptarse al caso concreto, coincidiendo en este sentido las distintas leyes autonómicas sobre mediación, sin que haya divergencias fundamentales entre las distintas disposiciones autonómicas⁶⁴⁰.

La mediación deberá cubrir un extenso abanico de situaciones derivadas de conflictos diversos que no puede encasillarse previamente, ni determinarse formalmente en un procedimiento rígido. De hecho, el mediador deberá de contar con la

⁶³⁹BLOHORN-BRENNEUR, B. Y SOLETO MUÑOZ, H., *La Mediación para todos: la Mediación en el ámbito civil e intrajudicial*, Madrid, Dykinson, 2019, p.85.

⁶⁴⁰ETXEBARRÍA GURIDI, J.F., “Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en ETXEBARRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 240.

profesionalidad y capacidad suficiente para tener en cuenta todos los aspectos concurrentes, como la tipología del conflicto, la personalidad de los intervinientes, las relaciones existentes entre los mismos. La evaluación del mediador tendrá un especial significado en la empresa familiar, considerando que la relación familiar existente entre las partes con fuertes vínculos afectivos, sin duda, supondrá una dificultad añadida al acercamiento de posturas y a la obtención de una solución consensuada.

La profesionalidad y cualificación del mediador será fundamental para la consolidación de la mediación como mecanismo alternativo y extrajudicial de resolución de conflictos. Para ello, esta institución tiene que garantizar al ciudadano la existencia de unas garantías de calidad y estar sometida a controles de auditoría y control⁶⁴¹.

Compartimos con BARONA VILAR⁶⁴² que la flexibilidad no afecta a las garantías esenciales de los sujetos que intervienen en una mediación, en cuanto, el procedimiento está regido por los derechos de igualdad, contradicción, derecho de defensa o presunción de inocencia y la flexibilidad del procedimiento lejos de conculcar dichos principios que garantizan la tutela efectiva de los ciudadanos, los complementan y fortalecen.

Dada la adaptabilidad de la mediación a las particularidades del conflicto en la empresa familiar, se configura como el mecanismo idóneo para la gestión y resolución de los conflictos surgidos. Para implementar su uso frente al procedimiento judicial será necesario, como trataremos *infra*, que la mediación sea conocida en la empresa familiar y se implemente en ésta, explorando su versatilidad y dando muestra de sus bondades.

2.9. Buena Fe

La buena fe es principio básico del ordenamiento jurídico que se configura, asimismo, como un principio estructural de la mediación. Señala MARTÍN DIZ⁶⁴³ que “*en el caso concreto de la mediación dicho principio ha de ser el de probidad, entendida ésta como la honestidad con que las partes y el propio mediador deben guiar su actuación.*”

⁶⁴¹ MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal: estudios y análisis*, op. cit., p. 63.

⁶⁴² BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 281.

⁶⁴³ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, op. cit. p. 84.

Por tanto, la colaboración leal, la rectitud, la razonabilidad y el sentido de la Justicia deben conducir el proceder de los intervinientes en la mediación”.

A diferencia de otros procedimientos como el judicial, en el que las partes no siempre actúan limpiamente en la mediación, tal y como señala MEJÍAS GÓMEZ⁶⁴⁴, es imprescindible que las partes actúen con buena fe, en cuanto la mediación “*es un proceso sincero, honesto, claro, transparente, limpio*”.

En este sentido, el artículo 10 de la Ley de mediación sujeta la actuación de las partes a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

3. Procedimiento de mediación

Sobre la base de que el procedimiento de mediación es flexible y con menos formalismos que el modelo judicial, el legislador ha optado por un procedimiento dinámico, en el que se determinan unos hitos mínimos y se deja libertad a las partes para su diseño y desarrollo, a fin de dotarlo de agilidad y especialidad. De este modo, será el procedimiento el que se adapte a las necesidades de las partes y no éstas al procedimiento, sin detrimento de los principios que deben regularlo, que son las garantías necesarias para que la mediación se considere un equivalente jurisdiccional, al igual que el arbitraje.

Compartimos con SOLETO MUÑOZ⁶⁴⁵ que no existe un solo procedimiento de mediación; la flexibilidad que rige en el procedimiento facilita su adaptación a las características del conflicto, a la situación estructural y las necesidades de las partes.

El procedimiento de mediación establecido por la Ley de mediación se encuentra regulado en el Título IV de la citada Ley, en los artículos 16 al 24. Con esta regulación se da estructura general a un procedimiento informal, a fin de que sirva de itinerario tanto a las partes, como al mediador, sobre la base de que, como señala el artículo 10 de la Ley de mediación, la flexibilidad concedida se entenderá sin perjuicio del respeto de los principios establecidos en la Ley de mediación.

⁶⁴⁴ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, op. cit., p. 34.

⁶⁴⁵ Vid. SOLETO MUÑOZ, H., “El proceso de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3ª ed.

Sobre la regulación del procedimiento de mediación sostiene BARONA VILAR⁶⁴⁶ que “*la regulación que se contiene en la Ley sobre el procedimiento no pretende tener vocación o carácter estático en el procedimiento. De ser así estaríamos ante una suerte de pseudoproceso al estilo del judicial, que no ofrecería ventajas a quienes a él acudan, más allá de la privatización de la justicia. No es ese ni el sentido de la incorporación de la mediación en el modelo de justicia y de tutela de los ciudadanos ni el sentido per natura que tiene la mediación. La frescura, flexibilidad y adaptabilidad del procedimiento es su mayor tesoro, obviamente siempre que quien maneja el procedimiento, sea el mediador o mediadores, sea la institución de mediación, controlen y permitan extraer cuanto de beneficioso tiene esa adaptabilidad del procedimiento a las personas y a los conflictos*”.

Otra cuestión fundamental será el acuerdo alcanzado, que debe adoptarse con las garantías procedimentales necesarias para dotarle de fuerza ejecutiva, a fin de que no quede mermado este procedimiento y se convierta en una verdadera vía de resolución de conflictos, para ello, será imprescindible que el procedimiento y el acuerdo se haya llevado a cabo con observancia de las garantías necesarias.

En definitiva, el procedimiento de mediación es flexible y está regulado sobre unos parámetros básicos que dotan de validez al acuerdo alcanzado para pueda alcanzar fuerza ejecutiva, como refleja el apartado IV del Preámbulo de la Ley de mediación⁶⁴⁷.

El procedimiento de mediación está estructurado en diversas fases de trabajo que a modo ilustrativo son las siguientes: la etapa inicial, en la que el mediador explica a las partes en que consiste la mediación, es decir, la fase de toma de contacto e informativa del procedimiento; la fase de exposición de las partes, en la que intervienen las partes manifestando su percepción del conflicto; la fase de negociación, en la que el mediador realiza sesiones con las partes, identificando sus intereses y necesidades; la fase de trabajo conjunto, en la que actuación de las partes ya es conjunta y el mediador intentará un

⁶⁴⁶ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., p. 369.

⁶⁴⁷ “El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento flexible y sencillo que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus bases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos para dar validez al acuerdo que las partes pueden alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues a veces, como enseña la experiencia aplicativa, de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”.

acercamiento entre sus posturas y la proposición de soluciones al conflicto; la fase de valoración y discusión entre las opciones y alternativas generadas y, finalmente, fase de conclusión, en la que se adoptará el acuerdo⁶⁴⁸.

De forma simplificada, siguiendo a BARONA⁶⁴⁹ podemos distinguir las siguientes etapas: una etapa inicial informativa, seguida de una etapa centrada en la exposición de las partes, una tercera etapa que se concreta en la identificación de intereses y necesidades de las partes y una cuarta fase, en la que se intentará alcanzar una visión de conjunto creativa, para terminar con una etapa de conclusión.

En efecto, en el procedimiento de mediación se pueden distinguir diversas etapas que a *grosso modo* podemos identificar en etapa de iniciación, desarrollo y terminación, que expondremos *a posteriori*, siguiendo la regulación del procedimiento establecida en la Ley de mediación.

3.1. Iniciación

El inicio del procedimiento de mediación se encuentra regulado en el artículo 16 de la Ley de mediación⁶⁵⁰. El procedimiento podrá ser iniciado a instancia de una parte o por acuerdo de ambas. Para que pueda iniciarse por una parte debe efectuarse en cumplimiento del previo acuerdo de sometimiento al procedimiento de mediación.

En el inicio del procedimiento se deberá designar por las partes el mediador o la institución de mediación elegida para llevar a cabo el procedimiento, el lugar para

⁶⁴⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, op. cit., p. 412.

⁶⁴⁹ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, N., (Dir.), *¿Mediación un método de? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, pp. 88 y 89.

⁶⁵⁰ El artículo 16 regula la solicitud de inicio del procedimiento de mediación y establece que:

“1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquellas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”.

desarrollar las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones. Según se desprende del citado artículo, la solicitud inicial debe dirigirse a la persona o institución a quien se quiere designar para acometer el procedimiento de mediación y en la misma se ha de hacer ya mención del lugar y lengua o lenguas en las que se va a llevar a cabo dicho procedimiento.

Por tanto, las partes tras la solicitud inicial de mediación deben proceder a la designación de mediador, que puede haberse efectuado por una parte o por ambas, salvo que se haya designado una institución de mediación, en cuyo caso, se deberá designar por ésta un mediador en concreto, que deberá comparecer a la sesión informativa valorando su posible imparcialidad respecto a las partes.

Lo habitual será designar un solo mediador, si bien, la Ley de mediación en el artículo 18 posibilita que puedan designarse varios mediadores, cuando la complejidad del tema así lo requiera o lo decidan las partes. En caso de ser varios mediadores, la actuación debe ser conjunta y coordinada para que no se pierda la virtualidad de la inmediatez y la confianza de las partes con el mediador.

Una vez designado el mediador, lo importante será su primera intervención con las partes en la sesión informativa, en la que les deberá explicar los aspectos esenciales del procedimiento y las causas que pueden afectar a su imparcialidad. La información que el mediador transmitirá a las partes será extensiva al procedimiento de mediación, explicando cómo se estructurará y las consecuencias jurídicas del mismo, en caso de alcanzar un acuerdo. Tal y como señala OTERO PARGA⁶⁵¹, el mediador debe asegurarse antes de iniciar el procedimiento que las partes que se comprometen y tienen información amplia, que debe abarcar “*plazos, costes materiales y psicológicos, explicación de sus derechos y deberes, obligatoriedad de cumplir el acuerdo al que se llegue, posibilidad de abandono en cualquier momento del proceso, etc. Es importante no sólo que el mediador proporcione esta información a las partes, sino que se asegure de que las partes la comprenden y la aceptan*”.

⁶⁵¹ OTERO PARGA, M., “La ética del mediador”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3^a ed., p. 169.

La sesión constitutiva debe celebrarse en el plazo de 15 días desde la designación de mediador. Este plazo obedece a la rapidez del procedimiento, a fin de dotarlo de la agilidad y de inmediatez para que las partes puedan avanzar en sus posiciones, al ser un procedimiento evolutivo, en el que cada sesión se construye o moldea sobre las necesidades de las partes y, para ello, es imprescindible la continuidad.

Tras la sesión informativa, tendrá lugar la sesión constitutiva, regulada en el artículo 18 de la ley de mediación, que establece:

“El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

a) La identificación de las partes.

b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.

c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.

d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.

e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.

f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.

g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto”.

La sesión constitutiva será determinante para el inicio de la mediación, en cuanto, las partes no sólo disponen de la información necesaria sobre procedimiento de mediación, sino que, tienen que concretar el conflicto, mediante su determinación en el acta constitutiva y, lo más importante, tienen que manifestar expresamente su voluntad de someterse al procedimiento de mediación, en caso contrario, se reflejará en el acta que la mediación se ha celebrado sin efecto.

3.2. Desarrollo

Una vez celebrada la sesión constitutiva, con la aceptación expresa de las partes de someterse a la mediación, se desarrollará el procedimiento de mediación, con una serie de sesiones que tendrán lugar con la intervención del mediador.

El artículo 20 de la Ley de mediación indica que se concentrará en el número mínimo de sesiones, dejando flexibilidad en cuanto al número de éstas, que tendrán que determinarse por el mediador y la evolución de las partes en las sesiones celebradas.

El artículo 21 de la Ley de mediación, referente al desarrollo de las actuaciones de la mediación, establece:

“1. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta”.

En el artículo referido se establecen varias prescripciones sobre cómo pueden desenvolverse las sesiones, de forma que, pueden ser conjuntas e individuales, avisadas a las partes con la antelación suficiente y, lo que consideramos más importante, deben ser

informadas a las partes, al imponerse al mediador una obligación de transparencia. Este deber obliga al mediador a comunicar a las partes todas las sesiones que haya podido celebrar con una de ellas de forma individual, empero, el contenido de las sesiones será confidencial. En este sentido, la obligación de confidencialidad solo podrá liberada por la parte con su autorización expresa, que habilitará al mediador a comunicar o distribuir la información o documentación que ésta le hubiera aportado.

3.3. Terminación

En el artículo 22 de la Ley de mediación se establece la terminación del procedimiento, determinándose si ha concluido con acuerdo o sin acuerdo, que podrá ser debido a varias causas:

- Por decisión de las partes de no continuar el procedimiento de mediación. De esta forma, quedará patente el principio fundamental de voluntariedad y libre disposición de las partes que, en cualquier momento, podrán decidir libremente poner fin al procedimiento.

- Por haber transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, indicando el precepto que *“así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”*. En este punto, consideramos necesario que más que haya transcurrido el tiempo determinado inicialmente, que, en efecto, se constate por el mediador que no hay evolución en el procedimiento, quedando patente que las diferencias entre las partes son irreconciliables.

- Por renuncia del mediador o rechazo de las partes, es decir, tanto el mediador puede desistir de continuar el procedimiento, como podrán ser las partes las que manifiesten su renuncia al mediador y no se designe un nuevo mediador.

El acta de finalización del procedimiento deberá ir firmada por todos los intervinientes y expresar claramente las causas de la conclusión, el acuerdo o la finalización por otra causa, reflejando la misma. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmarla, se dejará constancia por el mediador, que entregará copia del acta a la parte que lo solicitase.

Una vez terminado el procedimiento se devolverán a cada parte los documentos aportados en el procedimiento y se formará un expediente con los documentos que no puedan devolverse, siendo custodiados por el mediador durante cuatro meses.

En caso de que la mediación haya terminado en acuerdo, este debe responder al contenido establecido en el artículo 23 de la Ley de mediación⁶⁵² reflejando, asimismo, si es total o parcial, es decir, puede alcanzar la totalidad o parte de los conflictos sometidos a mediación.

Como nuevo reflejo del principio de voluntariedad, el acuerdo debe ser firmado por las partes o sus representantes. Al formalizar el acuerdo se informará a las partes por el mediador que el acuerdo alcanzado tiene carácter vinculante y que podrán instar su elevación a escritura pública al objeto de dotarlo de fuerza ejecutiva. Una vez firmado el acuerdo de mediación, sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Por ello, el acuerdo de mediación puede ser configurado como título ejecutivo, mediante su elevación a escritura pública o mediante homologación judicial, en caso de que la mediación haya sido intrajudicial⁶⁵³.

La verdadera meta de la mediación es alcanzar un acuerdo definitivo, que plasme con precisión los acuerdos alcanzados respecto a los conflictos planteados, reflejando la voluntad de las partes de cumplirlo y mantenerlo íntegro. Por todo ello, la mediación tendrá especial relevancia en la empresa familiar, por la especial implicación de las partes

⁶⁵² Así, establece el citado artículo: “En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento”.

⁶⁵³ El Artículo 25 referente a la formalización del título ejecutivo establece que:

“1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.
2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.
3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.
4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

por la relación familiar existente y la responsabilidad y compromiso adquirida por estas en el cumplimiento del acuerdo alcanzado.

Finalmente, hay que destacar la posibilidad de utilización medios electrónicos en la mediación, lo que dotará de rapidez y agilidad para la tramitación de procedimientos que se pueden considerar de menor cuantía. Sobre esta cuestión, el artículo 24.1 de la Ley de mediación establece la posibilidad de que las partes acuerden la realización de todas las actuaciones por medios electrónicos, videoconferencia u otros análogos de transmisión de voz o de imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y se respeten los principios de mediación. En el apartado segundo del citado artículo, se establece la preferencia de su tramitación por estos métodos en reclamaciones de cantidad de menos de 600 euros, salvo que su utilización no sea posible su utilización por algunas de las partes.

En consonancia con lo anterior, la Disposición Final Séptima de la Ley de mediación⁶⁵⁴ establece un procedimiento simplificado para reclamaciones de cantidad que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos, en el que se establece un reducido plazo de un mes desde la recepción de la solicitud, prorrogable por mutuo acuerdo de las partes.

En este sentido, la mediación desarrollada por medios electrónicos o mediación *online* se encuadra dentro de los métodos de solución extrajudicial de conflictos conocidos como ODR (*Online Dispute Resolution*), frente a los tradicionales ADR (*Alternative Dispute Resolution*). A este tipo de métodos hay que añadir las ventajas de la utilización de los medios telemáticos, como la rapidez en las comunicaciones, que podrá ser muy útil en la empresa familiar. La mediación *online*⁶⁵⁵ se ajustará a las especialidades del conflicto y de las partes, con una reducción en su tramitación, en la que en el procedimiento los intervendrán los medios electrónicos.

⁶⁵⁴ Así establece que: “El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes”.

⁶⁵⁵ MARCOS FRANCISCO, D., “La mediación y las nuevas tecnologías”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2012, pp. 264-266.

Sobre esta cuestión, compartimos con FERNÁNDEZ PÉREZ⁶⁵⁶ que a pesar de que la modalidad *online* puede parecer contraria a la mediación basada en el acercamiento de las partes mediante sesiones presenciales con estas, realmente, este nuevo entorno virtual puede ser mecanismo muy adecuado por su falta de formalismo. Así, en el concreto escenario de la empresa familiar, puede ser útil cuando en las sesiones de mediación intervengan los numerosos integrantes de la empresa familiar, facilitando la inmediatez de las sesiones, a pesar de la distancia física o de la escasa disponibilidad de los intervinientes.

3.4. Acuerdo de mediación

El acuerdo de mediación tendrá gran trascendencia para las partes, por lo que, resulta necesario analizar someramente su naturaleza jurídica y su eficacia.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el acuerdo de mediación tiene naturaleza contractual. En este sentido, el artículo 23.3 de la Ley de mediación⁶⁵⁷ refiere su carácter vinculante y, especialmente, el punto 4 que indica que “*contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*”.

Asimismo, la relación mantenida por las partes con el mediador tendrá carácter contractual, que se circunscribirá al tiempo en el que ha ejercido sus funciones de mediador⁶⁵⁸.

Dado el carácter contractual del acuerdo de mediación le serán de aplicación las causas de nulidad en los contratos.

⁶⁵⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Resolución extrajudicial de conflictos online: Una nueva posibilidad para la defensa del consumidor”, *Práctica de Tribunales*, núm. 68, Sección Estudios, 2010, pp. 5-22.

⁶⁵⁷ El artículo 23 de la Ley de mediación señala:

“3. *El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.*

4. *Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*”.

⁶⁵⁸ ESPLUGUES MOTA, C., “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, op. cit., p. 97.

En cuanto a la eficacia del acuerdo de mediación, siempre que haya cumplido los requisitos necesarios para la elaboración del acuerdo, éste desplegará sus efectos, esto es, ser fuente de obligaciones, imponiendo a las partes el deber de cumplir lo pactado, resolver de manera efectiva las cuestiones sometidas a mediación, siendo oponible mediante excepción frente a la parte que pretenda plantear nuevamente las cuestiones transigidas en aquél y podrá gozar de fuerza ejecutiva⁶⁵⁹.

En efecto, el acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación podrá tener fuerza ejecutiva, mediante su formalización en escritura pública u homologación judicial. Así, el acuerdo podrá tener la eficacia que las partes quieran transmitirle; ora, una naturaleza meramente contractual, de contenido obligatorio y vinculante para las partes; ora, conferirle el valor de título ejecutivo, mediante su protocolización notarial u homologación judicial⁶⁶⁰.

De esta forma, el acuerdo de mediación documentado podrá configurarse como un título ejecutivo, de igual rango que los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales. En este sentido, el art. 25 de la Ley de mediación⁶⁶¹ establece los dos cauces mencionados, la elevación a escritura pública en el supuesto de mediaciones extrajudiciales y la homologación judicial para las mediaciones que se hayan realizado estando en curso un procedimiento judicial.

⁶⁵⁹ LÓPEZ DE ARGUMEDO. A, FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M “El acuerdo de mediación”, *Diario La Ley*, núm. 8477, Sección Doctrina, 2015, p. 1

⁶⁶⁰ Sobre este punto, seguimos a BARONA VILAR.S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., pp. 476 y ss.

⁶⁶¹ El artículo 25 referente a la formalización del título ejecutivo establece que:

“1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.
2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.
3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.
4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

II. MEDIACION EN LA EMPRESA FAMILIAR

En el ámbito mercantil en general y, concretamente, en el de la empresa familiar, ante el desafío de dar la respuesta adecuada a los conflictos surgidos, se han ido posicionando determinadas vías alternativas de resolución de conflictos, incluso en ámbitos en los que no se dibujaba inicialmente su utilización, como el concursal.

Adicionalmente a lo expuesto, la empresa familiar presenta especial tipología en cuanto a la generación de conflictos, al suponer el coste familiar un plus adicional a las consecuencias empresariales que se puedan derivar del conflicto.

Por todo ello, trataremos de acercar la mediación a las empresas familiares, proponiéndola como mecanismo idóneo para gestionar los conflictos de ámbito familiar surgidos entre los miembros del negocio familiar. Su idoneidad radica en que es procedimiento que permitirá un tratamiento específico del conflicto y su finalidad está orientada a alcanzar una solución consensuada sobre el conflicto concreto que, al mismo tiempo, garantizará la continuidad del negocio familiar y el mantenimiento de la armonía familiar. Por estos motivos, valoraremos si en estas empresas la mediación debe ser considerada como un activo empresarial.

Ciertamente, las particulares relaciones existentes en la empresa familiar generarán conflictos de muy diverso ámbito que demandan un método de gestión específico que atienda la naturaleza del conflicto, implique a los afectados en la resolución del conflicto y les garantice su privacidad, todo ello, cuidando las relaciones subyacentes. En atención a ello, la mediación se configura como el mecanismo más cualificado para la gestión y resolución de estos conflictos

En consecuencia, las ventajas de la mediación frente a otras vías de resolución de conflictos como la judicial o arbitral serán destacables, empero, no podemos ceñirnos a destacar las bondades de este método, olvidándonos de las dificultades que entrañará su implantación en la empresa familiar.

En efecto, la especialidad del ámbito de la empresa familiar será el idóneo para el uso de la mediación, empero, de la misma manera, será una plaza de difícil acceso para la mediación, debiendo sortearse los obstáculos genéricos con que se encuentra este método, junto con la dificultad añadida de obtener la confianza de la familia empresaria.

A modo de conclusión, para que la mediación tenga cabida en la empresa familiar, la familia deberá darle la oportunidad al mediador de confiarle la gestión del conflicto y darle acceso a sus entrañas empresariales y familiares. Como trataremos *infra*, será algo común en las empresas familiares que el fundador casi nunca acuda a la mediación, debiendo ser un miembro de la familia o un asesor o abogado, el que aconseje acudir a este método, como vía para solventar los conflictos surgidos en la sociedad familiar.

1. Dificultades en la implantación de la mediación en la empresa familiar

La mediación en la empresa familiar se plantea como reto para un mediador. Los modelos de relaciones existentes en ese contexto se asientan en creencias muy arraigadas, con la categoría de sagradas, que no debemos cuestionar. Las citadas creencias constituyen la piedra sobre la que se asienta la empresa y sustentan el comportamiento de los miembros de la familia.

En este contexto, el reto del mediador será conseguir un clima de confianza para trabajar con las personas y avanzar en la búsqueda de una solución al conflicto, sin que se encuentren vinculados por sus roles. De forma que, los principales retos a los que se enfrenta el mediador en la empresa familiar son los siguientes:

1.- Obtener la confianza del fundador al procedimiento de mediación

Es primordial para el mediador contar con la confianza del fundador para que recurra a la mediación y le ceda al mediador la gestión del conflicto; sin dicha concesión, el mediador no podrá tener acceso a la familia y ni tomar conocimiento real del conflicto.

Es indudable que en la etapa inicial de contacto el mediador será considerado como un extraño y para contar con la confianza de la familia será necesario el apoyo del fundador o de la dirección de la empresa familiar. Por ende, el mediador debe contar con el apoyo del abogado de la empresa que puede considerar la mediación como una trasgresión o amenaza a su labor profesional, al gestionarse el conflicto sin su intervención directa o bajo su control, sin perjuicio del menor beneficio económico para este, si el conflicto se resuelve de forma más rápida y menos costosa que la judicial. Para evitar dicha situación, se deberá asesorar a los abogados de la empresa familiar sobre el

objeto y finalidad de la mediación, para que puedan transmitir a sus clientes una nueva óptica en la gestión y resolución de los conflictos en la empresa familiar⁶⁶².

2.- Rol del mediador y del fundador

El mediador tiene que explicar a la familia en qué consiste la mediación, los principios que la rigen y el rol de mediador, diferenciándolo claramente del abogado o consultor. Igualmente, será importante delimitar el papel independiente del mediador respecto al fundador, a fin de que no se le considere como un técnico o un asesor contratado por éste, con la única función de realizar un estudio del conflicto o informar sobre el mismo y sus repercusiones.

La cultura de la empresa está conformada por la personalidad del fundador que no solo ha creado una empresa, sino que, ha sustentado los valores familiares que la impregnan (como el esfuerzo, el sacrificio, la entrega, la fidelidad, la unión, el respeto, la lealtad, el honor, la fiabilidad, la honestidad, la imagen, la tradición, etc.); dichos valores han contribuido considerablemente a su éxito empresarial y a su reconocimiento personal.

Desde esta visión, para muchos fundadores recurrir a la mediación supone asumir la existencia de problemas familiares que no puede resolver la familia por sí misma e, incluso, en ocasiones, se podrá considerar como una vulneración o fracaso de los valores que ha inculcado en la empresa y en la familia.

3.- Confidencialidad

Este principio es trascendental en la mediación y, especialmente, en el ámbito de la empresa familiar, en cuanto, será única vía y garantía de acceso del mediador a los miembros de la familia. Así, la mediación en la empresa familiar peligrará cuando los hijos, hermanos, nietos, cónyuge, etc., no tenga la certeza de que sus confidencias con el mediador no trascenderán a los demás miembros de la familia, ni les derivará ningún efecto perjudicial.

⁶⁶² CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, pp.74-75.

Asimismo, garantizar la confidencialidad de la mediación respecto al ámbito externo de la empresa familiar será otro gran logro del mediador. Para ello, el mediador deberá ser diligente en su actuación y adoptar las medidas oportunas para preservar el conflicto y no darlo a conocer. Asimismo, dicha confidencialidad puede ayudar al mediador a mantener una adecuada gestión del conflicto, sin las presiones motivadas por su repercusión mediática y los efectos que pueda derivar su trascendencia para la entidad empresarial y la imagen familiar.

4.- Imparcialidad

El mediador en la empresa familiar va a ser conocedor de una problemática ajena al conflicto, que será relevante para su solución. Es decir, el mediador conocerá o intuirá sentimientos en las relaciones entre hermanos, como envidia o celos, alianzas entre unos, en perjuicio de otros; en la pareja, problemas de comunicación, roles asumidos entre los cónyuges; falta de comunicación y entendimiento entre padres e hijos por su visión empresarial y políticas de expansión, etc. En resumidas cuentas, serán múltiples las situaciones que puede conocer el mediador que, independientemente de su valoración interna, no deben enturbiar su imparcialidad,

Por otro lado, este conocimiento de las relaciones subyacentes por el mediador será fundamental para que pueda abordar el problema surgido desde una perspectiva adecuada que ayude a las partes a obtener una solución global que atienda el conflicto visible, así como, el subyacente, que lo ha motivado.

2. La mediación, un ADR especialmente idóneo en la empresa familiar

La empresa familiar presenta especial tipología en la generación de conflictos fundamentados en las relaciones familiares, que suponen un plus adicional a los conflictos surgidos en cualquier entidad empresarial, con un origen predominantemente económico o empresarial.

La situación conflictual en el ámbito meramente empresarial suele venir generada por factores laborales, comerciales, estructurales, de organización social, gestión económica, problemas con proveedores, clientes, etc. En este contexto empresarial, las virtualidades de la mediación son muy extensas, de forma que, junto con el tratamiento del conflicto, proporcionará adicionalmente otras ventajas como reducir temporalmente

la afección económica de la empresa por el conflicto y eliminar el riesgo de un resultado incierto tras una larga y prolongada vía judicial.

A dichos beneficios empresariales del uso de la mediación, en la empresa familiar tendríamos que añadir unas ventajas adicionales a su implantación, basadas en un menor coste familiar.

Como hemos venido comentando a lo largo de este trabajo, en la empresa familiar se generan conflictos derivados de la interrelación entre los dos subsistemas que la integran, la empresa y la familia, conflictos que no siempre encuentran la mejor solución en el proceso judicial. Frente a la vía judicial, dichas situaciones conflictivas requieren un tratamiento personalizado, en función de la naturaleza familiar del conflicto, orientado tanto a que el negocio familiar como las relaciones entre sus miembros se mantengan.

En este sentido, en la empresa familiar debemos considerar el plus emocional que concurre en el surgimiento del conflicto, lo que nos hace considerar los valores añadidos que el uso de la mediación puede generar en este ámbito, destacando los siguientes:

- La existencia de una relación familiar caracterizada por unos roles que resultan arrastrados de la familia a la empresa. En estas situaciones, el enfrentamiento ocasionado por el conflicto puede llevar a tensionar los diversos posicionamientos; la tensión interna no será solventada por la resolución de la divergencia en cuestión, en cuanto, hay un trasfondo subyacente que no ha sido resuelto y seguirá siendo el hilo conductor de futuras situaciones de conflicto.

- La relación familiar conlleva un desgaste emocional, al que adicionalmente se añadirá el generado por el conflicto surgido, por lo que, cualquier medida que trate de paliarlo y reducirlo en su intensidad, debe ser plenamente acogida.

- Los peligros que asume la empresa familiar acudiendo a la vía judicial consisten en la incertidumbre de su resultado, así como, el desgaste o incluso ruptura de las relaciones familiares afectadas por dicho conflicto.

- La mediación cobrará especial significado en la empresa familiar, en cuanto, los compromisos son adquiridos mediante un consenso dialogado y sobre la base de un compromiso mutuo de cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Esta cuestión será fundamental para eliminar de forma efectiva el conflicto y evitar que surja *a posteriori*.

- La mediación permitirá la intervención de un tercero, imparcial y neutral, que entablará una vía de comunicación entre las partes, como única vía para la construcción de una solución. En este sentido, gran parte de la tipología de los conflictos surgidos en la empresa familiar obedecen a una deficiente comunicación. Por tanto, la intervención del mediador será un vínculo para reforzar la comunicación, entablando una vía que ayude a afrontar posibles problemas o divergencias futuras.

- La confidencialidad será garantía esencial para mantener el conflicto en el ámbito estrictamente interno de la empresa y la familia, de forma que, no trascienda a terceros. Esta privacidad será positiva para los integrantes de la empresa familiar y salvaguardará su imagen, manteniendo intactos los valores o fortalezas que aumentan su posición en el mercado o le añaden un valor diferencial de confianza y buen hacer, que no se verán afectados por el conflicto, al no darse a conocer externamente.

- Como se ha señalado anteriormente, la mediación toma en consideración los sentimientos, emociones, intereses y necesidades de los miembros de la familia. Asimismo, fomenta el diálogo en el ámbito familiar y empresarial y permite que se alcancen pactos legitimados por todos los participantes, ante lo que se incrementa su probabilidad de cumplimiento.

- La mediación puede suponer un ahorro económico, ya que, si los conflictos no se abordan a tiempo, pueden acabar judicializándose, con el consiguiente coste que ello implica para la familia y/o la empresa.

- Asimismo, reduce los costes económicos que supone para la empresa el mantenimiento del conflicto en su seno, que provocan generalmente una disminución de la productividad, bloqueo de los órganos de gobierno de la empresa, etc.

- Fomenta la toma de decisiones por los miembros de la familia empresarial, en cuanto, se buscan soluciones satisfactorias para todas las partes implicadas.

- La mediación facilita el acercamiento de posiciones, disminuye la tensión y propicia el mantenimiento de las relaciones familiares. De esta forma permite mantener una relación positiva con el entorno familiar tras la resolución del conflicto, favoreciendo

no romper el vínculo y mantener una relación cordial, lo que beneficia a toda la familia y a la empresa en general.

- La flexibilidad en el procedimiento hará que la mediación se adapte a las necesidades del conflicto e inquietudes de la familia.

- Además de los beneficios que la mediación aporta a las familias empresarias y sus correspondientes negocios, no hay que olvidar los efectos positivos que puede tener también para la economía en general, al suponer la empresa familiar un importante pilar de nuestra economía.

Por todo ello, la mediación puede convertir en positiva la situación de conflicto surgida, al transformarla en un refuerzo de la comunicación y diálogo, recuperando valores o relaciones familiares deterioradas por el conflicto.

A modo de conclusión, cabe concluir que la mediación puede dar cobertura a las necesidades de la empresa familiar ante las situaciones de conflicto, para evitar quebrantos familiares y económicos. En consecuencia, resulta destacable la utilidad de la mediación en la empresa familiar, respecto al procedimiento judicial, así como, respecto al resto de los métodos alternativos o complementarios de acceso a la Justicia. En este sentido, la mediación es un método que no sólo tratará de abordar el conflicto en sí, sino que, buscará reforzar la relación que ha sido afectada por este, garantizando con dicho fortalecimiento el cumplimiento efectivo del acuerdo alcanzado. Amén de lo expuesto, el uso de la mediación en la empresa familiar propiciará una vía de entendimiento que, posiblemente, sea la mejor fórmula de prevención de futuras situaciones de conflicto.

En esta línea, las empresas familiares cada vez más están apostando por la integración de profesionales expertos en mediación, así como en desarrollar esta técnica para la gestión de divergencias que surgen en la misma, empero, será necesaria una implantación efectiva de la mediación en la empresa familiar, tanto para prevenir, como para gestionar adecuadamente los conflictos que surjan en su ámbito.

En la empresa familiar, la intervención del mediador profesional no debe ser ajena a la actuación de los asesores de la empresa, sino que, debe estar coordinada en la implementación de procedimientos para la gestión y resolución de conflictos, según las

necesidades de la empresa⁶⁶³. En suma, el mediador puede formar parte de un equipo multidisciplinar de expertos sobre las materias abordadas, que han de ser tratadas por los miembros de la familia integrados en la empresa, buscando un consenso guiados por el mediador⁶⁶⁴.

Por todo ello, consideramos que es necesario realizar un esfuerzo por acercar la mediación al ámbito de las empresas familiares. El uso de este mecanismo en la empresa familiar se adaptará a la idiosincrasia propia de los conflictos generados y los atenderá en sus diversas dimensiones, tanto en la búsqueda de la resolución del conflicto concreto, como en la implantación de una dinámica de gestión personal y familiar basada en el consenso. En definitiva, consideramos que la implantación práctica de la mediación en la empresa familia puede ser la mejor salvaguarda para su continuidad. Por ello, analizaremos su aplicabilidad en situaciones conflictuales concretas en la empresa familiar.

La mediación es un instrumento facilitador de la comunicación que en la empresa familiar cobrará especial relevancia, convirtiéndose en una vía que trabaja el consenso y el compromiso con la empresa, en definitiva, la unidad de la familia se convertirá en el medio de consecución de los objetivos empresariales. Compartimos con LE VAN⁶⁶⁵ que la lealtad existente en la familia afecta al negocio, de forma que, una familia unida constituye un potente competidor en el mercado y la solidaridad familiar proporciona a la empresa la fortaleza necesaria para superar los periodos de crisis.

En definitiva, la mediación en la empresa familiar favorecerá la comunicación y el consenso para alcanzar los objetivos empresariales y los intereses familiares y, con ello, contribuirá a la pervivencia de la empresa, convirtiéndose en un activo esencial en la empresa familiar.

⁶⁶³ CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, op. cit., p. 157.

⁶⁶⁴ VIOLA DEMESTRE, I., “La gestión de los conflictos de la familia con negocio (o de la empresa familiar)”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3ª ed., p. 489.

⁶⁶⁵ LE VAN G., *Guía para la supervivencia de la empresa familiar*, Ediciones Deusto, 2003, p. 9.

III. APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

En este apartado abordaremos supuestos concretos de aplicabilidad de la mediación en la empresa familiar, no ciñéndonos a su uso como mecanismo de resolución de conflictos, sino que, lo ampliaremos a un ámbito preventivo, con la intervención del mediador en el proceso de elaboración del protocolo familiar o integrando su actuación en los órganos de gobierno familiares específicos de la empresa familiar.

De igual modo, valoraremos su vertiente de mecanismo de gestión de conflictos en supuestos concretos de tensión familiar, como los conflictos matrimoniales o de ámbito sucesorio, que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa familiar.

Como hemos venido comentando, la mediación se convierte un medio especialmente idóneo en la empresa familiar, que enfatiza la responsabilidad de los miembros de la familia en conflicto, ofreciéndoles la posibilidad de actuar colaborativamente con la ayuda de un tercero y gestionar por si mismos la controversia existente.

Habitualmente las controversias en la empresa familiar vendrán motivadas por las interferencias entre los intereses empresariales y familiares. La empresa familiar se viene dotando de herramientas que eviten y gestionen adecuadamente los conflictos surgidos, reglamentando las relaciones entre los miembros de la familia integrados en el negocio familiar.

En este contexto, la mediación es un instrumento esencial de trabajo en el protocolo familiar y en los órganos de gobierno familiar, como el Consejo de Familia y la Asamblea Familiar⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ VIOLA DEMESTRE, I., “La gestión de los conflictos de la familia con negocio (o de la empresa familiar)”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3^a ed., p. 478.

1. Mediación en la elaboración de los protocolos familiares

La elaboración del protocolo familiar requiere un proceso diálogo entre los integrantes de la empresa familiar con la finalidad de reglamentar las relaciones entre familia y empresa.

El proceso de confección del protocolo familiar no está exento de dificultades, es un trámite complejo que implica esfuerzo, emociones, tiempo, concesiones, recursos económicos; en definitiva, medios que la familia invierte ante la conveniencia de regular sus relaciones en la empresa familiar. Por ende, el protocolo familiar no puede diseñarse con un guion preestablecido, sino que, debe ser un documento dinámico, inspirado en los principios y valores de la familia, en el que deberán de plasmarse sus peculiaridades y concretar todas aquellas situaciones particulares que pueden derivar en un conflicto.

En este ámbito, consideramos que la labor del mediador será más que conveniente, no sólo para potenciar el ambiente de diálogo, sino también, para fomentar una intervención activa de los miembros de la familia integrados en el negocio familiar, a fin de analizar todas las materias que pueden derivar en una controversia.

Ciertamente, el acuerdo final en la redacción del protocolo familiar tendrá mucha más viabilidad de futuro, si se alcanza con el entendimiento y aceptación de todas las cuestiones que afectan a la empresa familiar. Para ello, será decisiva la participación del mediador en la fase de negociación, trasladando a las partes el convencimiento de que el consenso sobre puntos clave del protocolo será una inversión de futuro en la empresa familiar.

Ahondando más en esta cuestión, consideramos destacable la faceta preventiva de la mediación en la elaboración del protocolo familiar, ante la importancia y repercusión de los acuerdos que pueden alcanzarse, al servir de guía para la evolución futura de la empresa y la familia, contribuyendo con ello a la continuidad de la empresa familiar y la pervivencia del vínculo familiar⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ ALONSO DAL MONTE, C. y NARANJO HERNÁNDEZ, M.J., “Mediación en empresas familiares”, *op. cit.*, p. 34, sobre este punto manifiestan: “Las empresas familiares tienen un enorme peso en la economía española. Sin embargo, las estadísticas demuestran que son pocas las que sobreviven el tránsito de una generación a otra. Las soluciones habituales se limitan a una faceta primordialmente jurídica y económica, dejando a un lado los aspectos emocionales. Lo que se propone en este artículo es aplicar la mediación para la gestión integral de estos conflictos, principalmente, de manera preventiva, mediante la elaboración

En línea con lo expuesto, el mediador que participa en la elaboración del protocolo familiar tiene una intervención preventiva, que se produce antes de que el conflicto haya surgido, ayudando a consensuar cuestiones que se determinarán en el protocolo familiar, con la finalidad de prevenir situaciones de riesgo como la sucesión de la empresa familiar⁶⁶⁸.

Otra cuestión de gran relevancia en este tema será la necesaria formación del mediador para poder tener una eficiente actuación en la elaboración del protocolo familiar. Ciertamente, el aspecto mercantil de la empresa requerirá una formación específica, a la que habrá que complementar con aspectos jurídicos y, concretamente, de Derecho de familia.

En efecto, el contenido del protocolo familiar puede ser muy complejo, con la adopción de pactos de diversa naturaleza y eficacia que el mediador debe orientar y apoyar por su enorme trascendencia en la empresa familiar, como la determinación de los mecanismos de gestión y resolución de conflictos en la empresa familiar; los mecanismos sucesorios o el régimen económico matrimonial que se deberán adoptar por los integrantes de la empresa familiar para evitar los conflictos en el proceso sucesorio o en los supuestos de crisis matrimonial; la implantación de órganos familiares específicos, etc.

Por todo ello, a continuación, abordaremos la implementación de la mediación como vía de apoyo para alcanzar pactos relativos al régimen económico matrimonial que deben pactar en capitulaciones matrimoniales los socios, así como, los relativos a los mecanismos sucesorios que deben establecerse para garantizar la continuidad de la empresa familiar. Adicionalmente, valoraremos la conveniencia de implantar órganos en la empresa familiar que rijan las relaciones de la familia con la empresa, como el Consejo de Familia o la Asamblea Familiar, que sirvan de regulación de las relaciones de la familia con el órgano de gobierno de la empresa, evitando su interrelación. Todo ello, desde un

de protocolos familiares que sirvan de guía para la evolución futura de la empresa y de la familia... Lo que se propone en este artículo es exponer cómo la aplicación de la mediación para gestionar de forma integral estos conflictos en sus tres vertientes contribuye a la consecución de un doble objetivo: la continuidad de la empresa familiar, por un lado, y, por otro, la pervivencia del vínculo familiar”.

⁶⁶⁸ VIOLA DEMESTRE, I, “La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, núm. 2, 2012, p. 164.

enfoque preventivo de cuestiones que habitualmente suelen derivar en conflicto, sin perjuicio de considerar, como apoyo a la anterior, la implantación de la mediación en la empresa familiar como mecanismo de gestión y resolución de conflictos.

Ciertamente, para tratar estas cuestiones de ámbito jurídico, que exceden del ámbito empresarial y que se deben concretar en instrumentos concretos de Derecho de familia, con vertiente matrimonial y sucesoria, el mediador debe contar con formación y una especialización suficiente. Esta cualificación permitirá al mediador apoyar convenientemente a las partes en su objetivo de concretar pactos que sean eficaces para cubrir, en la mejor medida posible, dichas prevenciones.

En este escenario, será conveniente que el mediador cuente con una formación adecuada para atender la complejidad de la familia y la propia dinámica de la empresa, pudiendo incluso apoyar a la familia en sus decisiones con especialistas en las materias específicas que lo requieran, que integren un equipo multidisciplinar, como hemos comentado *supra*.

Independientemente de la complejidad de los pactos a adoptar y de la eficacia que puedan alcanzar, existirá otra peculiaridad en el proceso de elaboración del protocolo familiar, referente a la intervención de las partes. A diferencia de los procesos de mediación caracterizados por la dualidad de partes, en la elaboración del protocolo intervendrán multitud de partes que deberán aunar criterios y consensuar aspectos de muy diverso ámbito. Por otra parte, será destacable la figura del fundador, en cuanto, el mediador tendrá que equilibrar la posición de las partes intervinientes en este procedimiento mediado, a fin de evitar que el fundador actúe en una posición predominante e imponga sus criterios.

Por todo ello, el mediador tendrá como reto crear un ambiente de tolerancia y escucha activa entre todos los integrantes de la empresa familiar, que intervendrán en un procedimiento casi asambleario⁶⁶⁹, en el que se debe fomentar el debate y consenso como vía para concretar pactos que se trasladen al protocolo familiar.

⁶⁶⁹ Compartimos con MARTIN DIZ que la mediación no excluye que la posición de parte pueda ser ocupada por un colectivo que acepte someter el conflicto a este método autocompositivo para obtener una solución pactada. Vid. MARTIN DIZ, F. “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, 2019, p. 2.

En consecuencia, consideramos que la mediación es un método eficaz para complementar la elaboración del protocolo familiar, en cuanto, por la especialidad y dificultad de este procedimiento, la mediación puede ser un método que colabore en el consenso y adopción de acuerdos.

El contenido del protocolo familiar es un traje a medida, con un contenido muy extenso, que debe adaptarse a la idiosincrasia de la empresa familiar y a la evolución de la familia y la sociedad. De este modo, entre estas cuestiones a concretar referentes a su contenido, algunas serán de gran calado en el día a día de la sociedad y afectarán directamente a los integrantes de la empresa familiar, como los requisitos de acceso a la empresa, los valores de la familia, las retribuciones, los métodos de resolución de conflicto, etc. En definitiva, se tratará de cuestiones que, bien perfiladas, se pueden convertir en la hoja de ruta o guía de la sociedad.

En este sentido, el papel del protocolo familiar resulta trascendental en las sociedades familiares, por lo que, debe ser un instrumento de trabajo al servicio de la empresa familiar, rechazando la idea de considerar que se trata de un documento alejado de nuestra cultura y de escasa finalidad práctica. Por ello, con la ayuda de la mediación, se podrá implantar en la empresa familiar una vía de diálogo y negociación sobre las cuestiones que se han de definir en el protocolo familiar, bajo el convencimiento de que, mientras mayor sea su grado de precisión, menores serán las disparidades o los problemas de su interpretación.

Sobre la importancia de la negociación y adaptación de los protocolos familiares a las necesidades de la familia empresa, a fin de convertirlo en un documento práctico y asumido por los miembros de ésta, resulta destacable el estudio de TAPIES⁶⁷⁰ que da cuenta de la escasa investigación empírica dedicada a examinar la existencia y la eficacia de los protocolos familiares, concluyendo el trabajo en base a los datos obtenidos que *“cuando las familias empresarias definen su protocolo familiar como un documento escrito y asumido por todos los miembros de la familia, el contenido del mismo se aplica rigurosamente en el 71% de los casos. Contrariamente, cuando el protocolo familiar es un documento escrito pero olvidado por la familia, su contenido se aplica en contados*

⁶⁷⁰ TÀPIES, J., CEJA, L. “Los Protocolos Familiares en países de habla hispana: cómo son y para qué se utilizan”, *IESE Cátedra de Empresa Familiar*, Documento de Investigación, DI-931, julio, 2011.

aspectos en el 86% de los casos, y no se aplica en el 14% de los casos. Respecto a la utilidad de los protocolos familiares, los datos demuestran que aquellos que están escritos y asumidos por todos los miembros de la familia, son útiles en el 79% de los casos. Sin embargo, cuando el protocolo familiar se define como un documento escrito y olvidado por los miembros de la familia, 76% de los casos, el protocolo familiar no ha sido útil para solventar desafíos que se pueden derivar de problemas en la relación entre la familia y la empresa”.

Estos resultados ponen de relieve “la importancia de definir y consensuar criterios de actuación mediante el debate y la expresión de las necesidades y de los intereses de cada uno de los miembros del negocio familiar. En este sentido, un protocolo familiar solamente tendrá éxito si se parte de una fase inicial de reflexión acerca de la dinámica de la familia y las circunstancias específicas de cada uno de sus miembros. En cuanto a la implicación de la siguiente generación en el desarrollo del protocolo familiar, la mayoría de las familias empresarias hacen un esfuerzo para que los miembros más jóvenes sean partícipes del proceso y sientan un fuerte compromiso con el proyecto familiar. Asimismo, llama la atención la figura del consultor especializado como el perfil preferido por las empresas familiares”⁶⁷¹.

A modo de conclusión, el protocolo familiar no debe concebirse como un mero instrumento jurídico de regulación de la empresa, como si se tratase de los estatutos sociales, sino que, deber ir más allá y avanzar en el procedimiento de elaboración del protocolo familiar hasta convertirse en una cultura de consenso en la empresa familiar.

Compartimos con SÁNCHEZ CRESPO⁶⁷² que nos encontramos ante un “proceso de comunicación intrafamiliar”, una cultura implantada entre los miembros de la familia empresaria que permita afrontar las contingencias y conflictos que se deriven a futuro, adaptando así la empresa a los cambios de todo orden que la afecten en su evolución. Remarca el autor sobre este punto que “lo importante no es el documento que pueda prepararse y firmarse, sino el proceso seguido para elaborarlo”.

⁶⁷¹ *Ídem*.

⁶⁷² SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., *El protocolo familiar*, op. cit., 34.

En definitiva, como manifiesta PÉREZ GIMÉNEZ⁶⁷³ es muy positiva la labor del mediador como experto en gestionar la comunicación entre la familia y, asimismo, la tarea del equipo de asesores y expertos puede ser adecuada en este proceso. Si bien, el apoyo de la mediación debe ser en su justa medida para que no se genere en los trámites de elaboración del protocolo una dependencia de la familia respecto al mediador, ni a los especialistas que colaboren en este proceso, en cuanto, dicha dependencia alargaría los trámites de elaboración del protocolo y los encarecería y, en definitiva, no le permitiría a la familia empresaria adquirir madurez en su toma de decisiones⁶⁷⁴.

2. Mediación en los órganos específicos de la empresa familiar

La labor del mediador como experto en gestionar la comunicación entre la familia por sí sólo, o con la intervención de un equipo de asesores y expertos, puede ser favorable en todos los ámbitos de la empresa familiar. Así, consideramos que puede tener especial relevancia en el seno de las reuniones de los órganos familiares.

Ciertamente, la Asamblea Familiar y el Consejo de Familia son los órganos de participación familiar que, guiados y ayudados por el mediador, pueden convertirse en un puente de diálogo, participación y consenso, para conseguir solucionar cuestiones concretas.

La Asamblea Familiar es el órgano familiar que reúne a los miembros de la familiar, con función de velar por la comunicación entre estos. Por ello, para alcanzar una vía de diálogo o comunicación, consideramos que puede ser muy conveniente el apoyo de un mediador.

Igualmente, será relevante la intervención del mediador en el Consejo de Familia, al ser el órgano encargado de encauzar las relaciones entre la familia y la empresa. En este órgano suele intervenir el fundador y estar representadas todas las ramas familiares, por lo que, previsiblemente no serán coincidentes los intereses de cada grupo.

⁶⁷³ PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., “La mediación en el marco del protocolo familiar”, *op. cit.*

⁶⁷⁴ RODRIGUEZ PRIETO, F., “La mediación en las disputas internas de la empresa familiar (II) Su función en la elaboración y desarrollo de los protocolos familiares”, *Hay Derecho*, 2012; disponible en <https://hayderecho.com/2012/12/11/la-mediacion-en-las-disputas-internas-de-la-empresa-familiar-ii-su-funcion-en-la-elaboracion-y-desarrollo-de-los-protocolos-familiares/>; consultado el 15-11-2019.

En definitiva, las relaciones entre familia y empresa, con la evolución de la familia, se tornarán más complicadas, en la medida que se vayan incorporando distintas ramas familiares a la empresa familiar. Al pasar la empresa a los hijos del fundador, podrán ser muchas las situaciones que surjan, hijos fallecidos respecto a los que se incorpore su cónyuge o hijos, hijos que no tengan la capacidad o disponibilidad de sus bienes, hijos casados en diversos regímenes matrimoniales, etc. Las hipótesis pueden ser muy diversas, empero, independientemente de la situación concreta, la incorporación de más ramas familiares a la empresa llevará directamente consigo la disgregación del control y la consiguiente dificultad en su gestión.

Otro efecto colateral de la entrada de más familiares a la empresa familiar será las posibles discrepancias sobre el futuro de la empresa familiar y su planificación. Con la incorporación de nuevas generaciones, los intereses pueden ser divergentes y no estar regidos por criterios unánimes, surgiendo desavenencias acerca de la estrategia empresarial a seguir.

En este contexto, el Consejo de Familia tendrá como misión fundamental coordinar a la empresa y la familia. Para favorecer esta coordinación, la familia debe estar unida en sus decisiones y, en este sentido, la labor del mediador puede ser de gran ayuda y colaborar en que la labor del Consejo de Familia sea tanto preventiva, anticipándose a las situaciones de riesgo en la que habitualmente suele desencadenarse, como de gestión de los conflictos surgidos.

GALLO⁶⁷⁵ apunta la importancia de que el Consejo de Familia cumpla entre finalidades principales la de anticiparse a los conflictos que atentan contra la unidad de la empresa familiar. De forma que, la labor del Consejo de Familia debe planificarse no sólo desde una dinámica de gestión o resolución de conflictos que surgirán en los diversos ciclos de la empresa, sino que, por ende, debe ampliar sus funciones adoptando una política preventiva para anticiparse a la aparición de las situaciones conflictivas.

En línea con lo expuesto, las relaciones familiares pueden suponer un obstáculo para el desarrollo de los objetivos estratégicos de la empresa familiar, debiendo el Consejo de Familia velar por los intereses conjuntos de todos los miembros de la familia

⁶⁷⁵ GALLO LAGUNA DE RINS, M. A., *Ideas básicas para dirigir la empresa familiar*, Pamplona, Eunsa, 2008, p. 210.

empresaria, tanto de los que estén integrados en la empresa, como de los que se hayan mantenido al margen. De la misma manera, debe aunar sus objetivos, cuestión que no siempre será posible a pesar de implantar este órgano una cultura de diálogo y consenso en la empresa.

La labor del Consejo de Familia se basará en promover la unidad para evitar el conflicto, para lo que tendrá que actuar en tres niveles progresivos⁶⁷⁶, que determinarán escalonadamente la aplicación de políticas preventivas destinadas a evitarlo, hasta llegar a la mediación en su vertiente de gestión y resolución de conflictos, en los supuestos que las reglas implantadas no hayan conseguido eludir el conflicto.

En un primer nivel, el Consejo de Familia actuará potenciando la unidad de la familia a través de la comunicación y la participación, de forma que, en las reuniones familiares se implante una cultura de diálogo que fomente la unidad y continuidad de la empresa, considerándola un logro común que se ha de preservar. En esta línea, la labor del Consejo de Familia será fomentar la unidad de la familia, sobre la base de los valores que configuran la cultura de la empresa familiar, lo que potenciará la salida o exclusión de los socios que no compartan esta visión.

El segundo objetivo del Consejo de Familia será reforzar esa cultura de la unidad familiar implantada mediante la aprobación de políticas que enmarcan las reglas a seguir en los supuestos que se plantean varias alternativas de decisión. En este sentido, se adoptarán pautas que evitarán el conflicto en situaciones que habitualmente los generan, como en el acceso de miembros de la familia a la empresa familiar.

La labor preventiva del Consejo de Familia debe estar en consonancia con el protocolo familiar, con una detallada regulación de cuestiones potencialmente conflictivas, lo que permitirá anticiparse a éstas. De ahí la importancia de obtener el consenso sobre las reglas o acuerdos que se anticipen a estas situaciones de riesgo y, en este punto, la mediación pueda ser un apoyo esencial para obtener dicho consenso.

⁶⁷⁶ Seguimos en esta exposición a ARBESU RIERA, C., *El Consejo de Familia y su función de gobierno en la empresa*, op. cit., p. 490.

Por último, la tercera labor del Consejo de Familia respecto al conflicto será afrontarlo, cuando han fracasado sus tareas preventivas y el conflicto ha surgido irremediablemente. En este supuesto, se deberán poner en marcha procedimientos de resolución de conflictos específicos, entre los que consideramos de especial idoneidad de la mediación.

En ocasiones, Asamblea Familiar y Consejo de Familia se unifican en la empresa familiar, al no tener unas funciones claramente definidas. En definitiva, ambos órganos, conjunta o separadamente, son fundamentales para implantar una cultura mediadora en la empresa familiar, tanto a nivel preventivo, fomentando la comunicación y el consenso en la toma de decisiones, como a nivel resolutivo, apoyándose en la mediación como técnica idónea para la solución de los conflictos surgidos.

Por lo general, las políticas preventivas no suelen ser suficientes para eludir los conflictos en la empresa familiar, por ello, el Consejo de Familia se verá implicado en la gestión y solución de conflictos, siendo recomendable en empresas de gran tamaño la creación de un Comité *ad hoc* específico para estas situaciones que esté integrado por personas ajenas a la empresa que no se encuentren implicadas en el conflicto.

En efecto, como comentamos *supra*, será muy conveniente en empresas familiares de gran volumen la creación de un Comité de Arbitraje o/y Mediación que asuma con independencia e imparcialidad las situaciones conflictivas que hayan surgido, a pesar de las prevenciones del protocolo familiar y de la labor unificadora del Consejo de Familia.

En esta misma línea, ARBESU⁶⁷⁷ considera que aconsejable que el Consejo de Familia sea el foro de debate o de gestión de los conflictos surgidos en la empresa familiar, poniendo en marcha los medios para solucionarlo mediante reuniones, políticas de persuasión, solicitud de informes de especialista, etc. Empero, si el conflicto persiste, considera conveniente que la resolución del conflicto se encomiende a otro órgano ajeno al Consejo de Familia, un comité *ad hoc* para la resolución de conflictos, o bien, se acuda a un procedimiento formal externalizado de mediación o arbitraje.

⁶⁷⁷ *Ídem*, p. 493.

Finalmente, a modo de conclusión consideramos que, a pesar de las bondades de la mediación en el ámbito de la empresa familiar, cada empresa familiar será peculiar y tendrá unas necesidades y no podemos erigir la mediación como panacea de cualquier situación conflictiva en todo tipo de empresa familiar.

En este sentido, resulta incuestionable que la mediación puede fomentar una cultura de comunicación que facilite el acercamiento entre las partes y la obtención de un consenso sobre cuestiones de relevancia para el futuro de la sociedad familiar. Empero, para que la mediación sea efectiva en el ámbito concreto de la empresa familiar, las partes han de ser asertivas a dicho método e implicarse en el procedimiento.

La propia idiosincrasia del conflicto y la peculiaridad de las partes en discordia, que podrán ser múltiples e integradas en diversas líneas de intereses, requerirá que el procedimiento de mediación tenga que adaptarse y moldearse por el mediador a las circunstancias concurrentes.

Por todo ello, insistimos en que para que la mediación pueda ser efectiva en la empresa familiar, los miembros de la familia implicados en el conflicto tienen que confiar en este método y no acudir al mismo, simplemente porque esté así reglado en el protocolo familiar, puesto que, en ese caso, la mediación así impuesta se convertirá en un requisito de procedibilidad que las partes deberán cumplir como paso previo a acudir irremediablemente a la vía judicial. De forma que, las posibles sanciones o apercibimientos que pueda establecer el protocolo familiar en caso de inobservancia del pacto de acudir a mediación, consideramos que no serán efectivos, sino se acompañan de una previa predisposición de las partes y una confianza de estas en dicho método.

3. Mediación en los conflictos sucesorios en la empresa familiar

Ante la diversidad de problemática que puede surgir en el ámbito de la empresa familiar, se ha de identificar el modelo de gestión más adecuado para afrontar cada tipo de conflictos.

Junto con los mecanismos de planificación de la sucesión que hemos analizado *supra*, será conveniente perfilar en el protocolo familiar que cualquier divergencia, entre

los herederos sobre la sucesión o distribución de la herencia, que afecte a la empresa familiar, pueda ser derivada a mediación.

La sucesión en la empresa familiar suele estar dirigida a los familiares, empero, en ocasiones puede dar cabida a externos, lo que exigirá el encaje de éstos en la estructura de la empresa familiar. Asimismo, podrán plantearse situaciones imprevistas como la imposibilidad del fundador de continuar con la gestión de la empresa familiar y, en estas situaciones, la sucesión se precipitará. Igualmente, podrá suceder que los sucesores designados no puedan asumir la gestión de la empresa, en caso de ser menores, incapacitados o cuando no dispongan de las cualidades y formación necesarias para asumir el papel asignado en la empresa familiar.

Ante las diversas situaciones que se pueden plantear, se ha de alcanzar un acuerdo que sea factible de forma realista y atienda las necesidades del momento, para lo que será muy conveniente la intervención de un mediador que, como tercero imparcial y ajeno a la empresa, tras tomar conocimiento de los intereses de las partes, genere la confianza entre las partes para alcanzar un consenso.

Debemos tener en cuenta que un elevado número de empresas familiares encuentran su principal escollo en el traspaso sucesorio, principalmente, por el relevo generacional o por las luchas internas entre miembros de la familia tras la desaparición del fundador, siendo especialmente idónea la mediación para la gestión de esos conflictos⁶⁷⁸.

Lo conveniente para que la mediación tenga cabida en la gestión y resolución de los conflictos surgidos en el ámbito sucesorio será que se haya preestablecido dicho mecanismo y, así, evitar acudir a la vía judicial, al no ser la vía óptima en conflictos de esta naturaleza.

Sobre el uso de la mediación en los conflictos sucesorios son destacables diversas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que reflejan la virtualidad de la mediación y la conveniencia de su aplicación en procedimientos de familia. Entre ellas,

⁶⁷⁸ VIDAL TEIXIDO, A., LLINAS SALMERON, R., *Guía para el mediador profesional. Caja de herramientas y apuntes específicos sobre mediación mercantil y en la empresa familiar*, Barcelona, Gedisa editorial, 2016, p. 51.

destacamos la Sentencia de 3 de julio de 2009⁶⁷⁹ en la que se sustancia un problema relativo a la revocación de una donación modal realizada conjuntamente por ambos cónyuges a uno de sus hijos y cuando uno de los cónyuges fallece, el superviviente pretende revocar la donación. Sobre el conflicto existente, reconoce expresamente la sentencia: “*se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en éste, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica*”.

En términos similares, la Sentencia de 17 de septiembre de 2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁶⁸⁰ indica que “*se trata de un enfrentamiento familiar por razón -más frecuente de lo que debiera- de la herencia paterna y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya anteriores que son citadas por el propio tribunal y se añaden referencias al marco legal de la mediación, incluyendo el malogrado Proyecto estatal “Este caso, propio de una sucesión mortis causa, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la Directiva 2008/52 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010. En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el*

⁶⁷⁹ STS Civil Sec. 1^a de 3 julio de 2009, núm. 537/2009 (EDJ 2009/150891).

⁶⁸⁰ STS Civil Sec. 1^a de 17 de septiembre de 2009, núm. 604/2009 (EDJ 2009/225057).

dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”.

Por lo expuesto, en materia sucesoria la mediación puede ser conveniente para atender la naturaleza del conflicto y darle un tratamiento adecuado. Adicionalmente, la privacidad del procedimiento y la necesaria comunicación entre las partes en su tramitación, serán elementos más que suficientes para considerar la inclusión de una cláusula testamentaria que fomente la mediación como mecanismo de resolución de divergencias que surjan en referencia a la sucesión de la empresa familiar.

4. Mediación en los supuestos de crisis empresarial: la mediación concursal

La fuerte crisis económica en la que España se encontró inmersa desde el año 2008 tuvo gran repercusión en el sector empresarial, que derivó en el incremento exponencial de procedimientos concursales. En este contexto de colapso de los juzgados de lo Mercantil, a consecuencia de la crisis y la falta de dotación de medios técnicos y humanos, el legislador encontró la oportunidad de introducir la mediación en el ámbito concursal.

La institución del mediador concursal fue introducida en nuestro Derecho por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización⁶⁸¹, en adelante Ley de emprendedores, ligada al acuerdo extrajudicial de pagos, configurado como un mecanismo de negociación de deudas de los empresarios con sus acreedores para evitar el concurso. En este contexto, fue diseñada la figura del mediador concursal.

De esta forma la figura del mediador concursal apareció ligada a las medidas adoptadas en respuesta a la grave y larga situación de crisis económica que atravesaba España y a las consecuencias económicas y empresariales derivadas de esta⁶⁸².

La finalidad de la Ley de emprendedores era proponer, frente al lento y costoso procedimiento concursal, un sistema alternativo de carácter extrajudicial que fomentase

⁶⁸¹ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

⁶⁸² ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R” La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 135, 2014.

el acuerdo del empresario deudor con sus acreedores, con la ayuda del mediador concursal. El sistema diseñado resultaba más aplicable en los supuestos de pequeñas o medianas empresas que aún disponían de algunos recursos financieros y cierta viabilidad, pretendiendo que, a través del procedimiento de mediación concursal, se acordase un plan de pagos con los acreedores que permitiese la refinanciación de la empresa y la continuidad de su actividad.

La propia Ley de emprendedores expone que se requiere un cambio de cultura jurídica y normativa para introducir en el ámbito concursal mecanismos alternativos de resolución de controversias como la mediación. A dichos cambios, hace referencia expresa su Preámbulo⁶⁸³, indicando que ante la situación económica existente resultaban necesarios cambios normativos y en la cultura empresarial.

En efecto, desde el punto de vista empresarial resultaba necesario que los empresarios trataran de evitar el concurso por su elevado coste, así como, por el desprestigio social que supone la adopción del concurso que, en definitiva, frustra cualquier perspectiva de viabilidad empresarial. En este sentido, las empresas suelen declararse el concurso de acreedores cuando el patrimonio societario es del todo insuficiente y la empresa se encuentra en una situación de sobreendeudamiento con múltiples procedimientos judiciales instados contra la misma, derivados de la imposibilidad de atender sus obligaciones económicas. Por ello, resulta necesario un cambio de mentalidad del empresario y una actuación preventiva acudiendo a la mediación concursal.

Desde el punto de vista normativo, la regulación de la Ley de emprendedores supone en reconocimiento del fracaso del procedimiento concursal, puesto que, un alto porcentaje de las empresas que acudían al mismo, después de largos años de procedimiento concursal, resultaban liquidadas.

Ante esta situación, los cambios propuestos consistieron en la introducción de un procedimiento aparentemente sencillo, sustanciado fuera del procedimiento concursal

⁶⁸³ El Preámbulo de la Ley de Emprendedores, expone que: *“En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar”*.

que, con unos plazos acotados, pretendía alcanzar los objetivos no conseguidos por la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal⁶⁸⁴, en adelante LC.

La Ley de emprendedores modificaba la LC mediante la inclusión de artículos que introducían la figura del mediador concursal en el título que regula el procedimiento de los acuerdos extrajudiciales de pagos y un nuevo tipo de concurso, el concurso consecutivo. Así se introduce el Título X en la LC denominado “acuerdo extrajudicial de pagos” que regula un mecanismo preconcursal guiado por la figura del mediador concursal.

En definitiva, los artículos 231 y ss. de la LC regulan un nuevo mecanismo que pretende ser simple, ágil y celer en su tramitación, con plazos breves y tendentes a facilitar el pago por parte del deudor de las cantidades adeudadas a sus acreedores, removiendo la situación de insolvencia en la que se encuentran⁶⁸⁵.

El procedimiento se configura como una mediación, con la intervención del mediador concursal, si bien, aunque influenciado en la mediación, se configura como un procedimiento claramente diferenciado de la misma. Esto es, hay algunos componentes que lo naturalizan y que se alejan del sentido y significado de la mediación.

Siguiendo a BOLDÓ RODA⁶⁸⁶ podemos definir el acuerdo extrajudicial de pagos como un procedimiento extrajudicial, que se configura como una alternativa al concurso de acreedores, al que tan sólo podrán acogerse ciertos deudores. El propósito del citado acuerdo extrajudicial de pagos consiste en alcanzar, mediante un procedimiento más simplificado que el concursal, un acuerdo con sus acreedores mediante una negociación en la que interviene un mediador concursal⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

⁶⁸⁵ AZNAR GINER, E., *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, op. cit., p. 11. El autor señala que podría considerarse como instituto paraconcursal a la vista que el acuerdo entre deudor y acreedores se alcanza fuera del procedimiento concursal, si bien, el acuerdo extrajudicial de pago rezuma preconcursalidad pues a través de este se pretende evitar el concurso de acreedores, aunque si no se consigue el acuerdo, irremediable y consecutivamente, devendrá el proceso concursal.

⁶⁸⁶ BOLDÓ RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, en BOLDÓ RODA, C. (Dir.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 392-393.

⁶⁸⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuesto subjetivo y objetivo y su desjudicialización”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, p. 3.

Para tomar contacto con la mediación concursal como un tipo de mediación estrictamente ligada a la empresa, que puede estar estrictamente orientada a la empresa familiar, examinaremos su naturaleza, analizando sus diferencias con la mediación ordinaria y, asimismo, valoraremos la aplicabilidad en la mediación concursal de los principios informadores de la mediación.

4.1. Naturaleza jurídica

La figura del mediador concursal, aunque basada en la mediación civil y mercantil, se aleja de la misma, cuestión tratada en un extenso debate doctrinal.

La propia Ley de emprendedores confunde la figura del mediador y del negociador, sin que en la práctica tampoco esté claro su posicionamiento. De forma que, en la negociación intervienen solo las partes, si bien, en la mediación interviene un tercero neutral que actúa como canal de comunicación entre las partes. En este sentido, en la mediación se creará el espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto y expresar sus opiniones, que les posibilite alcanzar un acuerdo⁶⁸⁸.

Autores como ORTIZ HERNÁNDEZ⁶⁸⁹ sugieren que la denominación de mediador concursal es confusa, en cuanto, las funciones que asume no se ajustan a los principios recogidos en la Ley de mediación. De manera que, en el procedimiento de mediación el mediador no propone ningún acuerdo, que será promovido por las partes cuando alcancen su propio acuerdo. Si bien, en el acuerdo extrajudicial de pagos, el mediador es el que después de analizar la situación de la empresa, propone a los acreedores un plan pagos y los convoca a una junta de acreedores. De no aprobarse el plan, el mediador debe instar el concurso de acreedores, que directamente se iniciará en fase de liquidación.

Por su parte, MAGRO SERVET⁶⁹⁰ considera que la figura del mediador concursal se aleja de las funciones del mediador, al no actuar como mediador y el hecho de actuar

⁶⁸⁸ SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2013, pp. 39-62.

⁶⁸⁹ ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física, freshstart y mediación concursal. La rehabilitación del deudor”, *Diario La Ley*, núm. 8172, 2013, p. 3.

⁶⁹⁰ MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador-posible administrador-concursal ¿Mediador o negociador mercantil?”, *Práctica de Tribunales*, núm. 109, 2014, p. 4.

como mediador concursal en caso de llegar a la fase concursal, rompe el principio básico de confidencialidad “ya que podría intervenir en la fase de concurso cuando ha intervenido en la fase de negociación con los acreedores”.

SENES⁶⁹¹ incluso manifiesta que la mediación concursal no es una verdadera mediación, tratándose de la intervención de un profesional especializado en materia concursal al que la ley atribuye funciones concretas, como elaborar un plan de pagos.

En este mismo sentido, BARONA⁶⁹² considera que el sistema articula la Ley de emprendedores se aparta del concepto clásico de mediación, en el que la confidencialidad es uno de los pilares que fundamenta el éxito de la negociación³³⁵

Como indica AZNAR⁶⁹³, el mediador no es un negociador, llevando a confusión la alusión “negociador” que se efectúa en el Preámbulo de la Ley de emprendedores en dos ocasiones, sin que se pueda equiparar a un negociador, en cuanto, tiene encomendado el impulso de los trámites del procedimiento para alcanzar una avenencia entre las partes.

Compartimos con ORDEÑANA⁶⁹⁴ que la mediación concursal es una especie de la mediación mercantil genérica, en la que concurren dos partes en conflictos, que son los acreedores y deudores que, con la ayuda de un tercero neutral, intentan alcanzar un acuerdo que se denomina acuerdo extrajudicial de pagos. Si bien, más allá de tratarse de un acuerdo privado con efecto entre las partes, tiene trascendencia social, en cuanto, el acuerdo supondrá la salvaguarda de la empresa.

Por lo expuesto, resulta difícil determinar la naturaleza jurídica de esta figura, al aproximarse tanto a la de mediador, como de administrador concursal. Si bien, trataremos de confirmar sus componentes a fin de concluir a cuál de las dos figuras se acerca más la mediación concursal, planteándonos si su definición entra en coherencia con las funciones asignadas.

⁶⁹¹ SENES, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?” *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2014, p. 51.

⁶⁹² BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit., pp. 191 y ss.

⁶⁹³ AZNAR GINER, E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 2º ed., p. 10

⁶⁹⁴ ORDEÑANA GEZURAGA, I., “El fin justifica...La mediación concursal empresarial o profesional: sobre la función y regulación de este mecanismo extrajudicial en el derecho español”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, op. cit., pp. 119-145.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria⁶⁹⁵, la figura del mediador concursal tiene una naturaleza jurídica *tertium genus*⁶⁹⁶, a caballo entre el mediador y el administrador concursal. Ahora bien, hay autores como SOLETO⁶⁹⁷ que consideran que no es una figura híbrida, sino un mecanismo con especialidades normativas que reflejan la especialidad del objeto de la mediación, que puede considerarse híbrida con la función de administración concursal.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁶⁹⁸ discrepa sobre la denominación elegida por el legislador, al considerar que puede inducir a error en función del rol asignado al mismo, dado que, a su juicio su naturaleza es híbrida entre mediador y árbitro.

Si bien, algunos autores como PRATS⁶⁹⁹ han defendido que tal y como está configurado el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, existe margen para que el mediador despliegue sus particulares habilidades profesionales. Sin embargo, el carácter reglado del procedimiento, los breves plazos a que se sujeta la actuación del mediador y la quiebra de los principios rectores de la mediación, son motivos suficientes para la doctrina mayoritaria se incline por entender que estamos ante una figura híbrida, a caballo entre el mediador y el administrador concursal.

En esta línea, MARQUÉS⁷⁰⁰ considera que, aunque las habilidades específicas en materia de negociación exigibles al administrador concursal-mediador deberían garantizar una mayor probabilidad de éxito en la obtención de acuerdos con los acreedores, la merma de los principios rectores de la mediación, así como lo breves plazos

⁶⁹⁵ SANJUAN Y MUÑOZ, E., "La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia", *Diario la Ley*, núm. 8230, 2014.

⁶⁹⁶ *Ídem*, considera que "se trata de un tercero neutral activo que realiza funciones de negociación y conciliación y cuya función es esencialmente de cooperación". Añadiendo que "la figura del mediador en supuestos de insolvencia se corresponde con una verdadera naturaleza de mediación, entendida como la intervención de un tercero imparcial y neutral que ayuda a las partes en conflicto a solucionar el problema".

⁶⁹⁷ SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación concursal, especialidades de la mediación civil y mercantil", *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, 2016, p. 82.

⁶⁹⁸ FERNANDEZ GONZALEZ, V., "Las novedades concursales en la Ley de Emprendedores", *Revista Derecho Mercantil*, en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/ley_de_emprendedores-novedades_concursales-emprendimiento_11_614680011.html; último acceso 27 de abril de 2019.

⁶⁹⁹ PRATS ALBENTOSA, L., "La mediación (pre)concursal", *op. cit.*

⁷⁰⁰ MARQUÉS MOSQUERA, C., "El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 23, Sección Varias, 2015.

y encorsetados márgenes a que se sujeta la actuación del mediador concursal, hacen que estemos ante una figura novedosa.

Por su parte, ORTIZ⁷⁰¹ señala que distinto sería que se hubiera introducido una verdadera mediación como fase previa voluntaria al concurso que, en caso de fracaso, iniciara el procedimiento concursal. Si bien, este procedimiento se debería haber planteado de forma ordinaria, con la designación de un administrador concursal distinto al que hubiese actuado como mediador.

Por todo lo expuesto, la definición y análisis de la figura del mediador concursal resulta complicada. Aun partiendo de la denominación de mediador, consideramos que realmente no nos encontramos ante una mediación, en cuanto, los principios inspiradores y las funciones encomendadas al mediador concursal difieren del espíritu y actuación del mediador que podríamos denominar ordinario. Por otra parte, tampoco lo podríamos considerar como un administrador concursal, al no intervenir en caso de éxito del acuerdo extrajudicial de pagos.

4.2. Diferencias con la mediación ordinaria

Tal y como se ha expuesto *supra*, la mediación es un método de solución de controversias basado en la intervención del mediador que aproxima a las partes, siendo éstas las que resuelven finalmente la controversia.

La mediación concursal, tal y como viene configurada en la Ley de emprendedores, es un mecanismo preconcursal destinado tanto a los ciudadanos como a las personas jurídicas, con la finalidad de alcanzar un acuerdo que les permita la continuación de su actividad personal y profesional. Aunque el citado mecanismo está estructurado en torno a la mediación, queda sujeto a una serie de especialidades adaptadas al marco específico del concurso⁷⁰². Por tanto, se trata de una mediación especial por su

701 ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “La mediación en el ámbito del concurso de acreedores”, *Diario La Ley*, núm. 8020, 2013. El autor relata su experiencia como mediador en fase preconcursal y cómo en diez días de sesiones se alcanzó un acuerdo entre una cooperativa asfixiada financieramente y sus acreedores que evitó un concurso de acreedores que hubiera supuesto un coste muy elevado, por un lado, social, pues afectaba a unas cuatrocientas familias y, por otro, económico, pues las estimaciones de coste para el concurso rondaban el millón y medio de euros.

702 SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación concursal, especialidades de la mediación civil y mercantil”, *op. cit.*

carácter concursal, cuyo ámbito no queda fuera de la aplicación de la Ley de mediación, si bien, por su especialidad está regulada en la LC.

La mediación concursal supone un avance positivo en la resolución de este tipo de litigios, mediante la participación de las partes en conflicto, hacia la búsqueda de un acuerdo, pudiendo convertirse en la solución tanto de grandes, como de pequeñas empresas, así como de personas físicas.

4.3. Aplicabilidad de los principios rectores de la mediación

Los principios informadores de la mediación recogidos en el Título II de la Ley de mediación, comentados *supra*, nos planteamos si se encuentran presentes en la mediación concursal, más allá de su aplicabilidad teórica.

- Voluntariedad

La voluntariedad es uno de los principios fundamentales de la mediación, determinante tanto del inicio de la mediación, como del mantenimiento en el procedimiento, facultando a las partes a tener libre disposición sobre este. Dicho principio de voluntariedad y libre disposición choca frontalmente con el procedimiento de mediación concursal implantado por la Ley de emprendedores.

En efecto, consideramos que la voluntariedad de las partes en someterse a la mediación quiebra en sus puntos fundamentales en la mediación concursal, puesto que, los acreedores no deciden voluntariamente sobre su sometimiento al mencionado procedimiento, al ser decidido su inicio por el deudor.

En consecuencia, el acuerdo extrajudicial de pagos y, por tanto, la designación del mediador concursal sólo puede ser impulsada por el propio deudor, careciendo de toda legitimación los acreedores o terceros distintos del propio deudor. En este sentido, AZNAR⁷⁰³ señala que el principio de la autonomía de la voluntad no rige en los acuerdos extrajudiciales de pagos, como sí lo hace en la mediación, al verse obligados los acreedores a intervenir en el procedimiento diseñado en los artículos 231 y siguientes de la LC.

⁷⁰³AZNAR GINER, E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, op.cit., p. 17.

En cuanto a la libre elección para mantenerse en el procedimiento, entendemos que no resulta aplicable a los acreedores, ni al deudor, que sólo podrán instar el concurso en caso de imposibilidad de alcanzar un acuerdo con los acreedores o en caso de incumplimiento de éste, como se desprende del artículo 242.1 de la LC.

Asimismo, resulta patente la falta de voluntariedad de los acreedores, al estar “obligados” a participar en la reunión convocada por el mediador concursal, así como, a manifestar al menos su aprobación u oposición, ante el riesgo de que su crédito sea calificado como subordinado en un ulterior concurso, como indica el artículo 237.1 de la LC.

- Igualdad entre partes

Principio recogido en el citado artículo 7 de la Ley de mediación que garantiza la igualdad entre las partes, así como la imparcialidad del mediador, a fin de salvaguardar el equilibrio entre las mismas.

Este principio claramente no se encuentra fundamentado en la mediación concursal, puesto que, las partes no concurren en condiciones de igualdad, ni equilibrio; quedando patente la dualidad de posiciones claramente delimitadas, entre deudor y acreedores.

- Imparcialidad

Sobre este punto, el mediador concursal es el encargado de elaborar el plan de pagos y una vez aprobado, de controlar su cumplimiento. Ello unido a la capacidad de control y vigilancia de cumplimiento del mediador concursal, son razones más que suficientes para argumentar la desigualdad entre las partes intervinientes en dicho procedimiento, comprometiendo la imparcialidad del mediador concursal.

- Neutralidad

En términos similares a lo expuesto anteriormente, el principio de neutralidad consiste en la labor del mediador de equilibrar la posición entre las partes, siendo éstas las que construyen la solución al conflicto. No obstante, el mediador concursal tiene entre sus funciones la redacción del plan de pagos, lo que constituye la esencia del acuerdo de

mediación, quebrando el principio de equidistancia entre partes, por tanto, su función es mucho más activa que la asignada al mediador en cualquier otro ámbito del Derecho.

- Confidencialidad

El principio de confidencialidad del mediador recogido en el artículo 9 de la Ley de mediación será esencial para que no se pueda revelar la información obtenida en el procedimiento de mediación, impidiendo a los mediadores o las personas que intervengan su divulgación, salvo en los supuestos legalmente determinados.

Si bien, dicha confidencialidad no es aplicable a la mediación concursal. Sobre esta cuestión, resulta clarificadora la conclusión alcanzada en la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid relativa a los Criterios de Aplicación de la Reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013⁷⁰⁴, en la que se cuestiona el alcance del deber de confidencialidad de los mediadores, en relación con la actuación como administrador concursal y sobre los hechos conocidos durante tal mediación que den lugar a la calificación del concurso y a acciones de reintegración.

En la Conclusión número 8 del citado documento se señala que la única excepción del artículo 9.2 a) de la Ley de mediación es la exoneración por escrito del deber de confidencialidad del mediador concursal. A ello se añade que en la mediación concursal hay especialidades respecto a la mediación común, ante la posible actuación del mediador concursal como administrador concursal, considerando que, la posible exoneración legal implícita de dicho deber de confidencialidad se podrá considerar únicamente en su actuación como administrador concursal.

Al respecto, QUIROGA⁷⁰⁵ manifiesta que *“Lo que no veo tan claro es que el mediador, que por la propia regulación legal de su figura ha de guardar una estricta confidencialidad sobre los temas en los que intervenga (no pudiendo incluso ser testigo*

⁷⁰⁴ JUECES DE LO MERCANTIL DE MADRID, “Conclusiones de la reunión de magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales 11 de octubre de 2013”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 20, Sección Documentos e informes, 2013.

⁷⁰⁵ QUIROGA SARDI, G., Reflexiones sobre el concurso sucesivo y el acuerdo extrajudicial de pagos, 18 de octubre de 2013; disponible en http://www.lawyerpress.com/news/2013_10/1810_13_004.html, consultado el 27-05-2019.

en procedimientos judiciales posteriores salvo que así se declare por sentencia penal), sea el encargado de: decidir si es necesario declarar el concurso sucesivo; Sea nombrado Administrador de ese nuevo concurso”.

Otros autores como SENES⁷⁰⁶ consideran que es desmesurado extrapolar al acuerdo extrajudicial de pagos la confidencialidad del mediador, cuando la Ley de mediación no es supletoria del procedimiento extrajudicial de pagos y lo único que toma la LC de la Ley de mediación es la formación en técnicas de negociación que se exige al mediador concursal.

En otra línea, ORTIZ⁷⁰⁷ considera que esta confidencialidad se ve muy limitada en la mediación concursal, en tanto en cuanto, la información que recoja el mediador será después utilizada para las correspondientes acciones de rescisión y reintegración, lo que provocará recelos y ocultación de documentación y dificultará el acuerdo o que este acuerdo sea después eficaz.

Por lo expuesto, y siguiendo la mayoritaria opinión doctrinal expuesta, con la previsión del artículo 242.2.1 de la LC que establece que “*salvo justa causa el juez designará administrador del concurso al mediador concursal*”, la esencia del principio de confidencialidad se altera, ante el cambio de atribuciones que tendrá el mediador concursal como administrador concursal y la información de que puede disponer el mismo.

La situación expuesta difiere de la actuación del mediador y de la finalidad pretendida por la mediación, en cuanto la confianza que el mediador inspira a las partes y la garantía de éstas de que la información transmitida en el proceso no tendrá repercusión al margen del mismo, es uno de los pilares básicos para facilitar la adopción de acuerdos.

La confidencialidad es la que permite generar la confianza necesaria para que las partes planteen sus intereses, su situación, sus expectativas y puedan llegar a un acuerdo. Si bien, ante un posible concurso consecutivo, las partes evitarán proporcionar aquella

⁷⁰⁶SENES, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, *op.cit.*, p. 58.

⁷⁰⁷ ORTIZ HERNANDEZ, A., “Quiero ser mediador concursal”, en *Lawerpress*, versión on line disponible en http://www.lawyerpress.com/news/2014_02/1702_14_008.html, último acceso 30-05-2019.

información sensible que, posteriormente, llegado el procedimiento concursal, pueda revertir en su perjuicio⁷⁰⁸.

- Libre Designación

No resulta aplicable el principio de libre designación en la mediación concursal, en cuanto, la designación del mediador concursal no corresponde a las partes en los acuerdos extrajudiciales de pagos.

- Imparcialidad

Consideramos que el régimen de incompatibilidad aplicable a los mediadores concursales reviste gran importancia. Como regla general, operará la remisión al régimen establecido por los expertos independientes, recogido en el segundo párrafo del artículo 233.1 LC, al establecerse que “*en todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes*”.

- Diligencia

En la actuación del mediador concursal resulta aplicable la Ley de mediación. Asimismo, al actuar como administrador concursal rige lo establecido artículo 35 de la LC, por lo que debe actuar con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal.

La diligencia en la actuación del mediador concursal la podemos extraer de lo mencionado artículo 35.1 de la LC poniéndolo en relación con el artículo 13 de la Ley de mediación⁷⁰⁹. De ello se derivan dos consecuencias: la primera, que el mediador ha de

⁷⁰⁸AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, Sección Varia, 2013.

⁷⁰⁹ “Artículo 13. Actuación del mediador.

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda

actuar exclusivamente como facilitador, cooperador del acuerdo de mediación, sin imponer ninguna solución⁷¹⁰ y, la segunda, el mediador debe desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, tal y como dispone el citado artículo 13, en su punto 2. De forma que, el mediador no puede imponer una solución, pero sí llevar a cabo una conducta diligente y eficaz que permita que las partes puedan llegar a un acuerdo, facilitando a las partes información y asesoramiento suficientes.

Esta labor es fundamental considerando que es una práctica generalizada que los deudores soliciten el concurso cuando sus posibilidades de supervivencia son muy escasas y apenas existe posibilidad de pagar a los acreedores, posiblemente motivados por el estigma social negativo que supone la declaración de concurso, o bien, en el caso de los pequeños y medianos empresarios, por la percepción distorsionada de su verdadera situación, por una tendencia a no separar de forma debida el patrimonio de la empresa del personal⁷¹¹.

- Lealtad

La actuación de los mediadores concursales, en cuanto administradores concursales, se encuentra regida por la lealtad, que engloba la imparcialidad y la confidencialidad, exigida a los mediadores por aplicación de la Ley de mediación.

Para los administradores concursales, la lealtad se circunscribe a la gestión de patrimonios e interés ajenos⁷¹², si bien, en el caso de la mediación concursal no está definida, a diferencia de la mediación, en la que consistirá en encaminar a las partes a la solución más idónea, a la que deben llegar ellas mismas ayudadas por el mediador.

afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación”.

⁷¹⁰PÉREZ MORIONES, A., “La trasposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, *op. cit.*, p. 97.

⁷¹¹FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico del mediador concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292, 2014.

⁷¹²TIRADO MARTI, I., *Los administradores concursales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 143 y ss.

Como consecuencia de lo expuesto, denotando el difícil encaje que tienen los principios informadores de la mediación en la mediación concursal, la cuestión a plantearse no es el tipo de figura ante la que nos encontramos, sino avanzando más en esta cuestión, si la mediación tiene cabida en el ámbito concursal. Para ello, debemos considerar la problemática en cuanto a su naturaleza jurídica y la quiebra de los principios inspiradores de la mediación, lo que nos hace plantearnos si el legislador quiso realmente introducir la institución de la mediación en el ámbito concursal.

Distinto sería, como manifiesta MARQUÉS⁷¹³, que se hubiera introducido una verdadera mediación como fase previa voluntaria al concurso, de manera que, fracasado el intento de acuerdo, se iniciase el procedimiento concursal de forma ordinaria donde se designase a un administrador concursal distinto del que hubiese actuado como mediador.

Por ello, consideramos que la preocupación del legislador al introducir este mecanismo fue desjudicializar determinados asuntos, concretamente aquéllos de menos volumen y complejidad, en los que el deudor pudiera alcanzar un acuerdo con los acreedores y, con ello, reducir el colapso en los Juzgados de lo mercantil.

En definitiva, independientemente de que la naturaleza jurídica y de funcional práctica de la mediación concursal se encuentra lejos de la mediación, como mecanismo colaborativo de gestión de conflictos que intentamos acercar a la empresa familiar, la mediación concursal puede ser un mecanismo usado en la empresa familiar.

La mediación concursal puede ser una vía de acceso a la mediación de la empresa familiar en situaciones de riesgo y convertirse, como en el resto de los conflictos tratados, en una vía de salvaguarda para la empresa familiar.

En cuanto a las ventajas de la aplicación de la mediación concursal en la empresa familiar, resulta incuestionable que su finalidad primordial es evitar el concurso de acreedores, empero, se nos plantea la duda de si realmente es una figura que haya tenido calado en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, que suele ser la franja empresarial de la empresa familiar. En este sentido, a pesar de la corta trayectoria práctica de la figura,

⁷¹³MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero”, *op.cit.*

el Registro de Expertos en Economía Forense del Consejo General de Economistas⁷¹⁴ analiza las estadísticas concursales del INE y las relaciona con otras variables concursales destacando en su valoración del primer trimestre de 2019 que, al contrario de lo ocurrido en periodos anteriores en los que se incrementaban los concursos de personas físicas, se ha producido un aumento de utilización en empresas de este mecanismo, si bien, se concluye que los datos demuestran que sigue estando en una situación de atonía concursal sin grandes cambios, que evidencia la necesidad de introducir reformas en este sentido.

Por todo ello, ante las múltiples incógnitas que plantea el estudio de la figura de la mediación concursal en referencia a su implantación práctica en la empresa familiar, queda una vez más en el aire la esperada reforma de la ya parcheada LC, con la finalidad de buscar alternativas al problema de la insolvencia en pequeñas y medianas empresas, concretamente de la empresa familiar, que representan un sector importante en nuestro panorama social y económico.

5. Mediación en los conflictos matrimoniales

La progresiva implantación de la mediación tiene especialmente traslado en materia de familia, ámbito del derecho en que ha tenido gran éxito en el ámbito intrajudicial y extrajudicial, planteándose como una mejor opción al procedimiento judicial. En este sentido, se ha venido observado una predisposición de los tribunales de justicia en el uso de la mediación en los conflictos familiares, como mecanismo complementario a la vía judicial, considerando que este mecanismo da mejor respuesta a dichos conflictos que el procedimiento judicial.

A la implantación de la mediación en los procedimientos de familia, debemos sumar la aparición del llamado “*Derecho Colaborativo*”, en el que el abogado colaborativo o cooperativo tiene en relación con la mediación tres grandes áreas de actividad: en primer lugar, evaluar la adecuación del procedimiento de mediación con el diseño y determinación de la forma de desarrollar la mediación que más se ajuste al conflicto; en segundo lugar, asesorar a los clientes y, por último, determinar las actividades para dotar de eficacia el acuerdo adoptado⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Disponible en <https://refor.economistas.es/>; consultado el 15-09-2019.

⁷¹⁵ SOLETO MUÑOZ, H., *El abogado colaborativo*, Madrid, Tecnos, 2017, p. 172.

En línea con lo expuesto, la figura del abogado colaborativo adquiere especialmente relevancia en los procedimientos de familia. El papel del abogado será diferente en los procedimientos de familia frente a los de conflictos económicos; en los primeros, asumirá un rol de protección de la parte, frente al protagonismo que suele lograr en los segundos⁷¹⁶.

Ciertamente, en los conflictos de ruptura de pareja, las partes suelen intervenir desde el inicio al final del procedimiento con sus abogados, sin embargo, en los conflictos patrimoniales que no tienen trascendencia emocional para las partes, no suelen intervenir en todas sus actuaciones⁷¹⁷.

Ante la idoneidad de la mediación para resolver aquellos conflictos derivados de la crisis o ruptura de la relación matrimonial, especialmente, en el ámbito de la empresa familiar, nos planteamos la conveniencia de incluir pactos en las capitulaciones matrimoniales que establezcan la mediación como mecanismo de resolución de los conflictos que surjan durante el matrimonio o su proceso de ruptura.

En este sentido, la conveniencia de incluir estos acuerdos de mediación en el ámbito familiar ha sido reflejada en una destacable recomendación de los Juzgados de Familia de Málaga, en una campaña con el objetivo de difundir la conveniencia de incluir en los convenios reguladores de familia, una cláusula de sometimiento previo a mediación⁷¹⁸.

Sobre esta cuestión, manifiesta RODRÍGUEZ PRIETO⁷¹⁹ que estas cláusulas se encuentran reguladas los artículos 6.2 y 10.2 de la Ley de mediación y en varios preceptos de la LEC, como los artículos 39, 63 y 66, entre otros. De forma que, legalmente se faculta a los cónyuges a que puedan adoptar pactos o acuerdos previos de sometimiento a mediación y así evitar los graves inconvenientes de los procesos contenciosos que se

⁷¹⁶ SOLETO MUÑOZ, H., “El proceso de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3^a ed., p. 304.

⁷¹⁷ *Ídem*.

⁷¹⁸ Puede consultarse en “Mediación es Justicia”, GEMME, 2016, disponible en <https://mediacionesjusticia.com/2016/10/15>, consultado 11-12-19.

⁷¹⁹ RODRÍGUEZ PRIETO, F., “La introducción de cláusulas de mediación en los negocios de familia: una necesidad social”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 70, 2016; disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/arbitraje-y-mediacion/7095-la-introduccion-de-clausulas-demediacion-en-los-negocios-de-familia-una-necesidad-social>, consultado el 11-12-19.

pueden plantear en diversas materias, como en la liquidación del régimen económico matrimonial.

En este sentido, como se ha expuesto *supra*, será conveniente que los denominados pactos prematrimoniales, sean otorgados por la pareja antes de contraer matrimonio para regular los efectos de una eventual crisis matrimonial. En estos pactos se podrán adoptar acuerdos sobre materias disponibles para las partes, como las de carácter patrimonial orientadas a la liquidación del régimen económico matrimonial, así como el pacto de sometimiento a mediación de los conflictos que surjan en los supuestos de crisis o disolución del matrimonio.

De igual forma, dichas prevenciones podrán ser adoptadas en capitulaciones matrimoniales, incorporando una cláusula referente a la utilización de la mediación para tratar los conflictos familiares surgidos en el ámbito matrimonial. Asimismo, los cónyuges podrán adoptar un compromiso de mediación para un conflicto ya existente, si no se hubiera previsto anteriormente.

A la vista del beneficio de la mediación en los procesos matrimoniales, a falta de acuerdo o determinación previa entre las partes, la mediación intrajudicial está prevista en la LEC, en el curso del proceso judicial, pudiendo ser acordada por auto del tribunal, siempre que no sea perjudicial para el interés general o el de tercero o solicitada por las partes en cualquier momento momento previa a dictar sentencia⁷²⁰.

La mediación puede alcanzar en el ámbito de los conflictos matrimoniales un acuerdo total o parcial sobre los conflictos existentes, especialmente, en referencia a aspectos patrimoniales entre cónyuges que se plasmarán en un convenio regulador y podrán ser homologados judicialmente.

En definitiva, en los diferentes escenarios de la empresa familiar en los que surja un conflicto o se genere la necesidad de un consenso, la mediación puede ser el cauce para fomentar un espacio adecuado, en el que todos los miembros de la familia se puedan

⁷²⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación familiar”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op. cit., 3ª ed., p. 585.

expresar con libertad, respeto y equilibrio. De esta forma, en un escenario adecuado a la complejidad del conflicto se podrá abordar la divergencia existente y buscar una solución consensuada, no impuesta desde fuera, que satisfaga las expectativas e intereses de las partes.

Las ventajas de la mediación como sistema de gestión y resolución de conflictos en el ámbito familiar y, especialmente en las crisis matrimoniales, ya han sido puestas de manifiesto a lo largo de este trabajo, destacando que el uso de este método permitirá mantener las relaciones personales y crear una dinámica de comunicación que facilitará la adopción de acuerdos.

Por todo ello, en el ámbito de la empresa familiar, si la familia autogestiona su conflicto con la ayuda del mediador, con ello, se verá impulsado el futuro de la empresa, sin dificultar su marcha los conflictos surgidos y, asimismo, se mantendrán las relaciones familiares. Así, el acuerdo obtenido por la mediación y el convenio regulador cumplirán la misma función, el primero, en el ámbito extrajudicial y, el segundo, en el proceso judicial⁷²¹; de forma que, el acuerdo alcanzado en mediación podrá ser la base para la propuesta de convenio regulador, o viceversa, si es posterior.

⁷²¹ TORRERO MUÑOZ, M., Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y el divorcio, en AA.VV. LLOPIS GINER, J.M. (Coord.), *El contenido del convenio regulador, sus diferentes aspectos*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 49 y ss.

CONCLUSIONES

PRIMERA. – El análisis realizado sobre la conflictividad en la empresa familiar nos ha permitido constatar que el proceso judicial sigue siendo el sistema consagrado para la resolución de conflictos sociales en los que interviene un componente familiar.

Empero, ya superada ampliamente la consideración de que el sistema judicial es la única vía de acceso a la Justicia, en determinados conflictos empresariales, han ido ganando peso métodos como el arbitraje o la mediación, que han pasado de ocupar una función alternativa o complementaria, desplazando a la vía judicial.

La empresa familiar se ha convertido en un gigante de la economía de escala y una figura que ha generado la preocupación de los poderes públicos, que tienden a adoptar medidas para preservarla; todo ello, a fin de conseguir la proyección y continuidad de estas sociedades, que representan el motor de la economía y la estabilidad del empleo.

Ciertamente, la empresa familiar es uno de los pilares esenciales de nuestra economía, a pesar de ello, tiene que hacer frente a muchos retos para su continuidad. Por ende, en la empresa familiar surgirán conflictos específicos, que tienen un componente adicional a los ya derivados de su propia dinámica empresarial, que es la afección de las relaciones familiares.

Las estadísticas nos demuestran que los conflictos de las empresas familiares conllevan que un alto porcentaje de estas empresas no superen la segunda o tercera generación.

Añadido a lo anterior, otro de los inconvenientes ante el que se encuentra la empresa familiar es la imposibilidad de resolver eficazmente sus conflictos a través de la vía judicial, al carecer nuestro ordenamiento de normas adaptadas a su especial idiosincrasia. De forma que, los tribunales resolverán únicamente el asunto planteado, sin tener en cuenta el futuro de la relación familiar. Adicionalmente, acudir a los tribunales generará un aumento la tensión familiar, que repercutirá negativamente en la gestión empresarial.

Teniendo en cuenta todos estos argumentos, en el ámbito de la empresa familiar se van fomentando la utilización los sistemas alternativos de resolución de conflictos. En

este sentido, las vías más potenciadas son el arbitraje y la mediación, con tipologías muy diferentes. En el arbitraje, es un tercero imparcial el que resuelve el litigio con una decisión que obliga a las partes; si bien, en la mediación, el mediador se limita a acercar las posturas entre las partes, para que sean éstas las que pongan fin al conflicto, alcanzando un acuerdo. Por ello, la mediación es especialmente útil en aquellos conflictos en los que hay involucrados sentimientos y se desea mantener las relaciones entre las partes.

Consecuentemente, atendiendo las características de los conflictos surgidos en sede de empresa familiar, consideramos que cumplen con las singularidades propias para ser satisfactoriamente resueltos a través de la mediación, en razón a que necesitan soluciones rápidas, que no bloqueen la empresa durante un largo periodo de tiempo, ni le ocasionen un elevado coste y, especialmente, porque son conflictos que se han de solucionar eficazmente, por el bien de la unidad familiar.

En conclusión, la empresa familiar encuentra en la mediación una oportunidad de resolver rápida y eficazmente los conflictos que obstaculizan su actividad empresarial y afectan a la armonía familiar.

SEGUNDA. - Especialmente remarcable resulta en este trabajo la figura del protocolo familiar, como instrumento característico y específico de la empresa familiar que, desde la práctica empresarial, consideramos esencial para regular las relaciones internas en la sociedad familiar.

Si bien, la implantación de esta figura ha sido muy reducida en nuestro país, evidenciándonos las estadísticas la falta de concienciación de la empresa familiar sobre su conveniencia.

En consecuencia, resulta necesario realizar un llamamiento al otorgamiento del protocolo familiar por la familia empresaria, ensalzando su vertiente de mecanismo preventivo de conflictos.

Para cubrir dicha función, será esencial que la elaboración del protocolo familiar sea un proceso muy meditado y consensuado, en el que se adopten cuantos pactos se puedan perfilar en aras de la prevención de situaciones conflictivas futuras. En efecto, en la evolución de la empresa y la familia surgirán situaciones de riesgo que podrán ser

planificadas, mediante la adopción de los respectivos instrumentos que las regulen. Así, en el protocolo familiar se podrá adoptar pactos referentes a la sucesión empresarial; las relaciones económicas matrimoniales entre los cónyuges empresarios; los pactos prematrimoniales que delimiten patrimonialmente las aportaciones y bienes de los cónyuges, e incluso, que prevean la adjudicación preferente de la empresa familiar al cónyuge empresario, estableciendo los mecanismos de compensación para equilibrar al otro cónyuge.

Pues bien, para alcanzar tales acuerdos, la mediación puede ser un mecanismo de gran utilidad, en razón a que, la elaboración del protocolo familiar no está exenta de dificultades. En efecto, el protocolo familiar es el resultado de un proceso y, al mismo tiempo, es el inicio de una etapa de reflexión; es un proceso complejo, en el que han de intervenir activamente todos los integrantes de la familia empresaria.

De ahí que, el proceso de elaboración del protocolo familiar puede ser especialmente complejo en empresas familiares de gran volumen, por el elevado número de sus integrantes, así como, en las empresas familiares que se encuentran en segunda o tercera generación, que están integradas varias ramas familiares, que forman bandos familiares con intereses y objetivos diversos. En este escenario, la familia empresaria debe invertir recursos materiales y emocionales en la elaboración del protocolo, bajo el convencimiento de que, con este instrumento, se sentarán las bases armónicas para el futuro de la empresa familiar.

Asimismo, consideramos que la familia empresaria se juega mucho en este proceso, en razón a que el protocolo familiar debe legitimar los mecanismos para solventar las diferencias y conflictos que puedan plantearse. La familia empresaria decidirá libremente sobre dicha cuestión en el ejercicio de su capacidad de autorregulación, debiendo decantarse por la vía más adecuada y adaptada a la operativa e idiosincrasia de la familia empresaria y a la especialidad de sus conflictos.

En este sentido, consideramos que la mediación es el mecanismo más idóneo en la empresa familiar y, como tal, debe preverse en el protocolo familiar. Dicha idoneidad deriva de que esta institución atiende los distintos ámbitos del conflicto, analizando tanto su vertiente externa, como su motivo subyacente; cuestiones de máximo interés, que no son abarcadas por ningún otro mecanismo de resolución de conflictos.

Igualmente, hemos destacado en este trabajo la conveniencia de implementar la mediación en la empresa familiar a través de diversos instrumentos documentales que la determinen como mecanismo de gestión y resolución de conflictos. En definitiva, el protocolo familiar y sus instrumentos complementarios abren la vía de la mediación a la empresa familiar, más que como procedimiento en sí, como sentimiento que impregna a la familia de una cultura del consenso y autogestión de sus conflictos.

En referencia a los pactos adoptados sobre la implementación de la mediación en la empresa familiar, consideramos que la cláusula estatutaria deberá tener preferencia frente los llamados pactos parasociales, que únicamente producen efectos entre los firmantes, a diferencia de los estatutos de la sociedad, que vincularán en sus efectos a los socios presentes y futuros, así como, a la propia sociedad.

En este sentido, la confidencialidad del protocolo familiar deberá ceder en favor del carácter vinculante de los estatutos. Si bien, en este punto, podría considerarse que el pacto de determinación de la mediación como mecanismo de gestión y resolución de conflictos entra en confrontación con la voluntariedad, que debe imperar en la elección de dicha vía. Para evitar esa confrontación, el proceso de adopción de dicho acuerdo debe ser consensuado y aceptado por los integrantes de la familia empresaria, tras conocer la institución y valorar su utilidad en el ámbito de la empresa familiar.

En definitiva, nos encontramos ante un instrumento de gran plasticidad que será fundamental como mecanismo preventivo, de gestión y solución de conflictos en la empresa familiar. Su naturaleza y flexibilidad se adapta especialmente a la idiosincrasia de la familia empresaria y afronta los conflictos surgidos en sus diversas dimensiones, con el reforzamiento de las relaciones familiares afectadas, que son el pilar de la continuidad de la empresa familiar.

Por todo ello, consideramos la empresa familiar debe apostar por la mediación, al ser el método que mejor se adapta a los conflictos familiares, en aras de preservar la empresa familiar en su ámbito empresarial y afectivo.

TERCERA. - Como hemos venido exponiendo en este trabajo, hay que destacar la relevancia de la mediación en la empresa familiar desde una dinámica preventiva, integrándola como instrumento de trabajo en los órganos familiares.

En este sentido, cuando surja un conflicto se acudirá al Consejo de Familia, que podrá intervenir directamente o a través de órganos específicos como el Comité de Arbitraje y/o Mediación creado al efecto, siguiendo generalmente un orden consecutivo en el uso de dichos mecanismos o eligiéndolos según la naturaleza del conflicto.

La naturaleza del conflicto debe ser un elemento determinante en la elección del método más adecuado para su tratamiento. De forma que, el arbitraje, en su modalidad de arbitraje de derecho, suele ser la fórmula recogida en los estatutos para la prevención y resolución de conflictos de naturaleza societaria entre socios o miembros del órgano de administración, supuestos en los que las partes no están dispuestas a alcanzar un consenso y optan por una decisión vinculante de un tercero especializado en la materia.

Si bien, cuando el conflicto tiene su origen en malentendidos familiares motivados por la interrelación entre familia y empresa, la mediación se convierte en el método más idóneo, fundamentalmente, porque en el procedimiento de mediación las partes se encuentran en una posición equilibrada y mantienen el control sobre el resultado, teniendo que decidir si apuestan por mantener la relación afectiva o persistir en el conflicto.

En definitiva, la mediación ofrece en la empresa familiar una herramienta que favorecerá una solución rápida, flexible, económica, privada y duradera. Si bien, para ello, será necesario acercar la mediación a la empresa familiar, como trataremos a continuación.

CUARTA. - Como se ha expuesto en este trabajo, entre los métodos alternativos o complementarios de resolución de conflictos en la empresa familiar, consideramos que la mediación es la institución que representa mayores beneficios para las partes involucradas en el conflicto, a pesar de ello, en la actualidad, está poco implantada en la empresa familiar. De ahí que, aunque se va fomentando la práctica de la mediación en la empresa familiar desde muy diversos ámbitos, queda aún un largo camino por recorrer.

Ciertamente, resulta muy positiva la labor que las universidades y escuelas de negocio están desempeñando, tanto en el estudio y fomento de la empresa familiar, como en dar a conocer la mediación.

En línea con lo anterior, la empresa familiar ha pasado a ser una figura de primer nivel en nuestra realidad socioeconómica, a lo que se ha respondido implantando su

estudio en las universidades y escuelas de negocio, con la creación de cátedras específicas de estudio de la empresa familiar, fomentadas por instituciones y asociaciones nacionales y sectoriales. Incuestionablemente, estas plataformas son el caldo de cultivo necesario para el futuro impulso de la mediación en la empresa familiar, en cuanto, como concedores de su dinámica y de sus escollos, reconocen las bondades de la mediación en este ámbito.

Es incuestionable que los futuros profesionales de estas empresas, que están actualmente en formación, serán los grandes impulsores de la mediación, empero, junto a ellos, consideramos especialmente relevante el papel del abogado o asesor de la empresa familiar. En efecto, para que se produzca la apertura de la empresa familiar a la mediación, con carácter previo, se ha de producir un acercamiento de este método al abogado o asesor de la empresa familiar. Para ello, será necesario que dichos asesores estén formados y sepan transmitir a la familia empresaria la relevancia del uso de este método.

La cuestión expuesta no es baladí, en cuanto, requerirá una formación y una nueva orientación en el asesoramiento de estos profesionales, que cuentan con la confianza de los órganos decisorios de la empresa familiar. Por tanto, para que la mediación pueda implantarse en la empresa familiar deberá superar el escollo previo de darse a conocer a los profesionales que asesoran en la empresa familiar, para que tomen conciencia de esta institución, en sus diversas dimensiones y conozcan sus bondades al implantarla en la empresa familiar. De esta manera, su diligente actuación deberá estar orientada a proporcionar el mejor asesoramiento a la empresa familiar sobre los métodos más idóneos para gestionar los conflictos surgidos, sin derivarlos necesariamente a la vía judicial.

El siguiente paso para el impulso de la mediación en la empresa familiar, consideramos va de la mano del fomento efectivo de este instrumento en el ámbito empresarial. En este sentido, más que la publicidad de este mecanismo será necesario su acercamiento a la empresa, mediante la demostración de sus virtudes y ventajas, de forma que inspire la confianza necesaria para recurrir a este método.

En consecuencia, será necesario que la institución de la mediación se gane el respeto de la empresa familiar, transmitiéndole unos estándares de profesionalidad y transparencia que permitan confiar en esta institución y elegirla la mejor opción para determinados conflictos. En línea con lo expuesto, se ha de superar el temor en el uso de

la mediación y ganar confianza en este método que, en definitiva, ofrece las mismas garantías y ejecutividad que la vía judicial.

Por todo ello, los diversos operadores de la empresa familiar deben coordinarse para comenzar a implementar la mediación como método de gestión y resolución de los conflictos y, con ello, transmitir en la empresa familiar una cultura de consenso en la búsqueda de soluciones por sus integrantes.

QUINTA. - Como hemos comentado *supra*, la mediación concursal emergió en una situación económico-social de crisis que, centrada en determinados sectores de la actividad económica española, afectaba a un altísimo porcentaje de pequeñas y medianas empresas que derivaron a una situación de insolvencia. Con esta medida, se trató de buscar un equilibrio entre los intereses de los acreedores y de los deudores que, en situaciones de insolvencia, veían comprometido su patrimonio empresarial y familiar.

En línea con lo anterior, hemos destacado en este trabajo el papel de la empresa familiar en la economía de nuestro país y su actitud colaborativa en la crisis económica que vivió España, en la que la empresa familiar apostó por el mantenimiento del empleo y la reinversión de beneficios.

Pues bien, en estos días estamos viviendo una emergencia sanitaria mundial sin precedentes que nos está poniendo a prueba a todos los niveles y que, irremediablemente, traerá consigo una fuerte recesión económica. Estas desgraciadas circunstancias han sido un llamamiento especial a la solidaridad, especialmente atendido por la empresa familiar.

En efecto, la empresa familiar de todos los ámbitos y tamaños ha puesto de manifiesto nuevamente el espíritu de compromiso con su entorno, colaborando activamente y siendo un apoyo esencial en nuestra economía en estos difíciles momentos y optando por mantener a sus trabajadores, buscando soluciones improvisadas al tsunami económico que se avecina. En esta situación, no podemos dejar de elogiar a la empresa familiar por su respuesta, lo que nos sirve de soporte para recordar la importancia de preservarla. Se avecinan momentos difíciles en los que la mediación puede ser la mejor herramienta para afrontar las múltiples situaciones conflictivas que se van a plantear y, sobre esta base, todos tenemos la obligación de fomentar e impulsar las vías de consenso

y ayuda mutua que puedan salvaguardar nuestra economía. Esta es una labor de todos y una gran oportunidad para la mediación.

En este contexto, será necesario confiar en la mediación y darle la oportunidad de desarrollar sus bondades que, en definitiva, no son otras que las de las personas que intervienen en este procedimiento. La incertidumbre existente depara un oscuro horizonte económico, en el que va a tener especial protagonismo la empresa familiar. Confiamos en que este trabajo pueda servir de apoyo a la continuidad de la empresa familiar que, ayudada por la mediación, será una pieza clave en nuestra recuperación económica.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, Sección Varia, 2013.

AGUIRRE, V., VALERIA BORGEAUD, V., JATE M., “Formas de prevención y resolución de conflictos en las empresas familiares”; disponible en <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/602/1/M-CD3944.pdf>.

ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”; disponible en <http://www.poderjudicial.es>.

ALBALADEJO GARCIA, M. “El arbitraje testamentario”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 1990.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1987.

ALMOGUERA GARCÍA, J., "La Directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 22, mayo 2009.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. “La dinámica del conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3ª ed.

Ídem, *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 1998.

ALONSO DAL MONTE, C., NARANJO HERNÁNDEZ, M.J., “Mediación en empresas familiares”, *Revista de Mediación*, núm. 10, 2012.

AMAT SALAS, J., CORONA RAMON, J. (Eds.), *El protocolo familiar: la experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007.

AMAT SALAS, J., *La continuidad de la empresa familiar*, Barcelona, Gestión 2000, 2000, 2^a ed.

ARBESU RIERA, C., *El Consejo de Familia y su función de gobierno en la empresa*, Navarra, Eunsa, 2017.

ARIZA COLMENAREJO, M. J., “La regulación del arbitraje estatutario”, en DAMIÁN MORENO, J. (Dir.), *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, Madrid, La Ley, 2011.

AROSA DE LA TORRE, B., MASEDA GARCÍA, A., ITURRALDE JAINAGA, T., “Familia empresaria y empresa familiar: estructuras de gobierno”, *Cátedra Empresa Familiar, Universidad del País Vasco*, 2008; disponible en https://www.ehu.eus/documents/2819611/2882007/Familia_empresaria_y_empresa_familiar.pdf.

AVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, Barcelona, Boch, 2008.

AYALA CALVO, J.C., MANZANO GARCÍA, G., “Sucesión en la empresa familiar: algunas claves del éxito”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LVII, núm. 177, 2002.

Ídem, “Empresas familiares exitosas: órganos de gobierno y claridad del rol”, *Esic Market*, núm. 115, 2003.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*”, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

Ídem, “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 25, 2013.

AZNAR GINER, E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 2^a ed.

BAIXAULI GALLEGO, E., *El conflicto empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

BAREA MARTÍNEZ, M.T., “El protocolo familiar”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 1, 2017.

BARONA VILAR S, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente tendencias de futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Ídem, “Arbitraje en el modelo de Justicia español del Siglo XXI”, en AA.VV., GARCÍA ASCENCIOS, F. (Dir.), *Derecho Arbitral*, Arequipa (Perú), Adrus, 2013.

Ídem, “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2007.

Ídem, “Arbitraje, elemento de tutela esencial en el Derecho Procesal”, en MENDOZA DÍAZ, J. (Coord.), *Panorama del Derecho procesal cubano*, Estudios Latinoamericanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Ídem, “Capítulo XIII”, en ZAPATA DE ARBELÁEZ, A, BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.), *El arbitraje interno e Internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Ídem, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “Comentarios al artículo 41”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “El laudo en el Arbitraje de consumo”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 1997, 1997.

Ídem, “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm. 1, 2011.

Ídem, “La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Ídem, “Fomento de las ADRs en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)”, *Revista Sequencia*, núm. 51, 2005.

Ídem, “Incorporación de la mediación civil y comercial en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Coords.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

Ídem, “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. Luces y sombras en Europa”, *InDret*, 2014.

Ídem, “Introducción”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2^a ed.

Ídem, “Justicia Integral y “Access to Justice”. Crisis y evolución del “Paradigma”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

Ídem, “Proceso civil y penal ¿líquido? en el siglo XXI”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Justicia Civil y Penal en la era Global*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

Ídem, “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010.

Ídem, “Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas “Justicia con ojos de mujer” celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010.

Ídem, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

Ídem, *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Ídem, *Nociones y Principios de las ADR (Solución Extrajudicial de Conflictos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Ídem, *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

BARRAL VIÑALS, I., “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 11, 2010.

BARUSH BUSH, R.A. y FOLGER, J.P., *La promesa de la mediación*, Barcelona, Granica, 1996.

BEATO, E., “La empresa familiar. Una sociedad mercantil cerrada”; disponible en <http://www.cecamagan.com/la-empresa-familiar-una-sociedad-mercantil-cerrada/>.

BEAUS CODES, A., “Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVI, 1985.

BELAUSTEGUIGOITA RIUS, I., “La singular dinámica de las empresas familiares en Latinoamérica”; disponible en <http://cedef.itam.mx/sites/default/files/u489/dinamicadelaempresafamilarenlatinoamerica.pdf>.

Ídem, “Principales causas de los conflictos en las empresas familiares”; disponible en <http://cedef.itam.mx/sites/default/files/u489/causasdeconflictoenlaempresafamiliar.pdf>.

Ídem, “La Empresa Familiar: Problemas y Soluciones”; disponible en: <http://cedef.itam.mx/sites/default/files/u489/laempresafamilliarproblemasysoluciones.pdf>.

BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, Bosch, 1993.

BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Eletronica de Direito Processual*, Vol. II, 2008.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003.

BLANCO GARCÍA, A.I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la Institución del Ombudsman*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

BLOHORN-BRENNEUR, B., SOLETO MUÑOZ, H., *La Mediación para todos: la Mediación en el ámbito civil e intrajudicial*, Madrid, Dykinson, 2019.

BOLDÓ RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, en BOLDÓ RODA, C. (Dir.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

BOQUERA MATARREDONA, J., LATORRE CHINER, N., “La Sociedad Privada Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 33, 2009.

BOQUERA MATARREDONA, J. “Comentario al artículo 133, Requisitos subjetivos y unipersonalidad”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa: (comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8^a a 13^a de la LSRL)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003.

Ídem, “Capital y participaciones sociales”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La sociedad limitada nueva empresa: (comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003.

Ídem, “La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los conflictos societarios en las sociedades familiares”, en CAMISÓN C., VICIANO J. (Dirs.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar: Un análisis comparado desde la Economía y el Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

Ídem, *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2008.

Ídem, *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

Ídem, “La dispensa de conflicto de interés a los administradores en sociedades cerradas otorgada por la Junta General”, en EMBID IRUJO, J. M., NIETO CAROL, U. (Dirs.), *Estudios de derecho de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Ídem, “Legitimación para impugnar acuerdos sociales”, en OLAVARRÍA IGLESIA, J., MARTÍ MIRAVALLS, J. (Coords.), *Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

BOSCH CARRERA, A., “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar”, en AMAT SALAS, J. y CORONA RAMON, J. (Eds.), *El protocolo familiar: la experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007.

BRIZ, M.J., FALCA, L., “Los conflictos en la empresa familiar y la mediación como forma de gestionarlos”, *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, núm. 5, 2017.

CABRERA, K., SANTANA, D., “Órganos de gobierno de las empresas familiares”, en INSTITUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR, *Órganos de gobierno y creación de valor en la empresa familiar*, Proyecto de Investigación, Pricewaterhousecoopers, 2002.

CALAVIA MOLINERO , J., *Gobierno y administración de la empresa familiar*, Barcelona, Gráficas Rey, 2017; disponible en http://raed.academy/wp-content/uploads/2017/05/Web_LibroCalavia58.pdf.

CAMISÓN ZORNOZA, C., RÍOS NAVARRO, A., “El protocolo familiar como instrumento de alineamiento de los intereses económicos y jurídicos en la dirección de la empresa familiar”, en CAMISÓN ZORNOZA, C., RÍOS NAVARRO, A. (Dirs.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar, un análisis comparado desde la economía y el derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

Ídem, *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

CARAZO LIEBANA, M. J., *El arbitraje societario*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Las Capitulaciones Matrimoniales*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1992.

CARPI, F., ORTELLS RAMOS, M., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. [Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008], Tomo II*, Valencia, Universitat de Valencia, 2008.

CARRASCO, A. J., SABATER, R.: “Gobierno y organización de la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Madrid, Thomson Reuters, 2009.

CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Las ventajas de los MASC”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3^a ed.

Ídem, “El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del reglamento 980/2013”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3^a ed.

Ídem, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Madrid, Dykinson, 2016.

CASILLAS, J.C., DÍAZ, M. C., VÁZQUEZ, A., *La gestión de la empresa familiar: Conceptos, casos y soluciones*, Madrid, Thomson Paraninfo, 2005.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Mediación familiar”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3ª ed.

CATALÁN CHAMORRO, M. J., *El acceso a la Justicia de los consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Ídem, “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajudicial de conflictos en consumo: ADR y ODR”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

CAYON GALIARDO, A., “La empresa familiar como objeto de protección en nuestro Derecho interno y comparado”, en AA.VV., *La fiscalidad de la empresa familiar*, Madrid, Asociación Española de Asesores Fiscales, núm. 15, 2000.

CERVILLA GARZON, M.D., “Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsión de ruptura en nuestro derecho actual”, en SALARTE, C., CERVILLA GARZON, M.D. (Coord.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

COBAS COBIELLA, M. E., “La empresa familiar en España y el trabajador por cuenta propia en Cuba. Aproximación a su estudio”, en PLAZA PENADÉS, J. (Dir.), *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

COLINA GAREA, R., *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009.

COLLINS J. Y PORRAS J., “Building Your Company’s Vision”, *Harvard Business Review*, 1996.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Conclusión I de las Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006, “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P. (Dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1995.

CORONA RAMON, J.F., “Introducción al análisis de la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad. Continuidad y Tributación*, Vol.6, Barcelona, Boch, 2005.

Ídem, “Introducción a los aspectos legales del protocolo familiar”, en AMAT SALAS, J., CORONA RAMON, J. (Eds.), *El protocolo familiar: la experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007.

Ídem, “Manual de la Empresa Familiar “, en VILLAFANE & ASOCIADOS (Coords.), *La Reputación de la Empresa Familiar*, Madrid, Villafañe & Asociados, 2012.

Ídem, *Manual de la empresa familiar*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005.

Ídem, “Reformas legales en el ámbito de la Empresa familiar: situación actual y perspectivas”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LVII, núm. 177, 2002.

CORONA RAMON, J., MARTÍ PICÓ, N., ROCA JUNYENT, M., “Protocolo familiar”, en CORONA, J. (Ed.), *Manual de la Empresa Familiar*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005.

CORONA RAMON, J., TÉLLEZ ROCA, J., "El protocolo familiar", en CORONA RAMON, J. (Ed.), *Empresa Familiar: aspectos jurídicos y económicos*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2011.

CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista Internacional de Arbitraje*, núm. 6, enero-junio 2007.

Ídem, *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 1977.

CUADRADO IGLESIAS, “Configuración jurídica del llamado “pseudo-usufructo testamentario”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 55, núm. 10, 1971.

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

CUENCA GARCÍA, A., “Comentario al Artículo 139.- Órgano de administración”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa: (comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003.

CUESTA LÓPEZ, J.V., *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en la Sociedad Anónima*, Valencia, Organismo Público Valenciano de Investigación, 2001.

DAVIS, J., TAGIURI, R., “Bivalent Attributes of the Family Firm”, *Family Business Review*, núm. 9, 1996.

DÍAZ GÓMEZ, M. A., DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto Español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 12, 2011.

DÍAZ GÓMEZ, M.A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 12, 2011.

DÍEZ SOTO, C. “El protocolo familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Coords.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Madrid, Thomson Reuters, 2009.

Ídem, “La sucesión en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Madrid, Thomson Reuters, 2009.

Ídem, “La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010.

DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., “El arbitraje”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., *Derecho Procesal Civil – Ejecución forzosa – Procesos especiales*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, 3^a ed.

DÍEZ-PICAZO L., GULLÓN BALLESTEROS A., *Sistema de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, Tecnos, 2012.

DÍEZ PICAZO, L., “La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 96, 1965.

Ídem, “Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, 2^a ed.

DODERO, S., “El secreto de las empresas familiares exitosas”, *El Ateneo*, 2002.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo I, Madrid, Mc Graw Hill, 1996.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar”, *Documentos de Trabajo: Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2009.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en AA.VV., ALONSO UREBA, A. (Coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo I, Madrid, Editorial Cívitas, S.A., 1991.

ECHAIZ MORENO, D., “El protocolo Familiar. La contractualización en las familias empresarias para la gestión de las empresas familiares”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIII, núm. 127, 2010; disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=daniel_echaiz.

EGEA FERNÁNDEZ, J., “Protocolo familiar y pactos sucesorios”, *InDret*, núm. 3, 2007.

EMBED IRUJO, J.M., "Consideraciones generales sobre la Sociedad limitada nueva empresa", en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2003.

Ídem, “Cuestiones tipológicas en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en BONARDELL, R. MEJÍAS, J., NIETO, U. (Coords.), *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Editorial Dykinson S.L., 1994.

ESPLUGUES MOTA, C., “Ámbito de Aplicación”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ªed.

Ídem, “Artículo 34”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “Comentario al artículo 3 de la Ley de Arbitraje”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.

Ídem, “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Ídem, “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”, en BARONA VILAR, S., *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2007.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G., *Mediation in Civil and Commercial Matters in the European Union*, Cambridge, Intersentia, 2012.

ESPLUGUES MOTA, C., VERDERA SERVER, R., “Artículo 9. Del convenio arbitral y sus efectos”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2^aed.

EXTEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas “Justicia con ojos de mujer” celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010.

EXTEBARRÍA ESTANKONA, K.,” Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal”, en ETXEBARRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Ídem, “La mediación familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar”, en EXTEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas “Justicia con ojos de mujer” celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010.

FAJARDO MARTOS, P., *Cooperar como estrategia: mediación de conflictos empresariales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Sección 1^a. De la acción de los derechos del accionista”, en ARROYO, I., EMBID, J.M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2001.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuesto subjetivo y objetivo y su desjudicialización”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014.

Ídem, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.

Ídem, *Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

FERNÁNDEZ GONZALEZ, V., “Las novedades concursales en la Ley de Emprendedores”, *Revista Derecho Mercantil*, en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/ley_de_emprendedores-novedades_concursales-emprendimiento_11_614680011.html.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico del mediador concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292, 2014.

Ídem, “Resolución extrajudicial de conflictos online: Una nueva posibilidad para la defensa del consumidor”, *Práctica de Tribunales*, núm. 68, Sección Estudios, 2010.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El condominio y el usufructo sobre participaciones sociales. Un comentario de los artículos 35 y 36 de la ley de Sociedades Limitadas”, en AA.VV., *Derecho de sociedades : libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

Ídem, “Esquema para la redacción de un protocolo familiar”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 19, 2002.

Ídem, *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

FLORS MATIES, J. et. alt, *El Arbitraje, Obra colectiva “Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

GALEOTE MUÑOZ, M.P., “Los protocolos familiares”, en CAMPUZANO, A.B. (Coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, núm. 14, 2012.

GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., AMAT ISALAS, J.M., *Los secretos de las empresas familiares centenarias*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2003.

GALLO LAGUNA DE RINS, M.A., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en GARRIDO DE PALMA, V. (Dir.), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Madrid, Civitas, 1995.

Ídem, *La empresa familiar*, Barcelona, Ediciones Folio, 1997.

Ídem, *La sucesión en la empresa familiar*, Barcelona, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, 1998.

Ídem, “Arquitectura Motivacional para hacer empresa familiar multigeneracional”, *Tribuna plural: la revista científica*, núm. 9, 2016.

Ídem, “Tipología de las empresas familiares”, *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. VII, núm. 2, 2004.

Ídem, *Protocolo Familiar: Sus resultados*, Bilbao, Fundación Rafael Escolá, 2006.

GALVEZ GORRIZ, C., “Propiedad y gobierno: la empresa familia”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 50, 2002.

GARCÍA COMPANYS, A., “El Protocolo Familiar: La solución jurídica para la empresa familiar”, *Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar*, núm. 5, 2017.

GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid, Dykinson, 2003.

GARCÍA PÉREZ, C., *El arbitraje testamentario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

GARCÍA VILLALUENGA, L., “Artículo 9. Confidencialidad, en AA.VV., GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C. (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus, 2012.

Ídem, “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2010.

GARRIDO DE PALMA, V. M., “Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familiar”, en AA. VV., GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, Madrid, Civitas, 1995.

Ídem, “La familia empresaria ante el Derecho”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., GARRIDO DE PALMA, V. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 4, Barcelona, Bosch, 2005.

Ídem, “La familia empresaria: el cambio generacional en las empresas familiares”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 85, enero-marzo 2013.

Ídem, *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Madrid, Reus, 1985.

GASCO, C., SEGURADO, J.L., QUINTANA, J., “Guía para el buen gobierno de las empresas familiares”, *Instituto de Empresa familiar*, núm. 128, 2005; disponible en <http://www.catedraempresafamiliarlarioja.com/sites/default/files/archivos/guia-buen-gobierno-en-la-empresa-familiar%5B1%5D.pdf>.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E., “El arbitraje testamentario”, en HIERRO ANIBARRO, S., DE MARTÍN MUÑOZ, A. (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

GERSICK, K. E., DAVIS, J. A., HAMPTON, M. M., LANSBERG, I., *Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business*, Boston, Harvard Business School Press, 1997.

GERSICK, K.E., DAVIS, J. A, MCCOLLOM, M. y LANSBERG, I., *Empresas familiares, generación a generación*, México, McGraw-Hill, 1997.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, J., “Riesgo y eficiencia en la empresa familiar”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LVII, núm.177, 2002.

GIMENO, A., BAULENAS, G., COMA-CROS, J., *Modelo empresa familia, soluciones para la familia empresaria*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2009.

GIMENO SANDIG, A., BAULENAS RUVIRETA, G.,” Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española”, en AMAT SALAS, J., CORONA RAMON, J. (Eds.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007.

GINÉS CASTELLET, N., “Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 2011.

GOMÁ LANZÓN, I., “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., GARRIDO PALMA, V., (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 4, Barcelona, Bosch, 2005.

GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret*, núm. 3, 2007.

GONZALEZ DE COSSIO, F., “Arbitraje y Empresa Familiar”; disponible en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20EMPRESA%20FAMILIAR.pdf>.

GONZÁLEZ E., OLIVIE C., “Empresa familiar, emprendimiento e intraemprendimiento”, *EAE Business School*; disponible en http://marketing.eae.es/prensa/SRC_Emprendimiento_EmpresaFamiliar.pdf.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “La continuidad de la empresa familiar”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLIII, 2010.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011.

GORTÁZAR LORENTE, C., “Empresa Familiar: conservación y continuidad, El protocolo familiar”, *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 53, 2001.

Ídem, Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar, en AMAT, J. M. y CORONA, J. F. (Coords.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007.

GOYZUETA RIVERA, S.I., “Modelo de gestión para las empresas familiares con perspectivas de crecimiento y sostenibilidad”, *Perspectivas*, núm. 31, 2013.

GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956.

GUTIÉRREZ SANZ, M.R., “La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa”, en CARPI, F, ORTELLS RAMOS, M., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. [Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008]*, Tomo II, Valencia, Universitat de Valencia, 2008.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., “Aspectos éticos e los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007.

HOYO SIERRA, I.A., “La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006.

JUECES DE LO MERCANTIL DE MADRID, “Conclusiones de la reunión de magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales 11 de octubre de 2013”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, Sección Documentos e informes, 2013.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *La sociedad de gananciales*, Madrid, Civitas, 2011.

LANSBERG, I., “Relaciones entre propiedad y empresa familiar”, *Instituto de Empresa Familiar*, núm. 103, 1999.

LARRONDO LIZARRAGA, J., *El nuevo Derecho sucesorio catalán. Análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2008.

LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Madrid, Marcial Pons, 2007, 6^a ed.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, Comares, 2003.

LE VAN G., *Guía para la supervivencia de la empresa familiar*, Ediciones Deusto, 2003.

LLOPIS GINER, J.M., “La libertad del testador, su facultad de repartir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en REYES LÓPEZ, M.J. (Coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2004.

LÓPEZ DE ARGUMEDO. A, FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M “El acuerdo de mediación”, *Diario La Ley*, núm. 8477, Sección Doctrina, 2015.

FUGARDO ESTIVILL, GARRIDO MELERO M., J.M., GARRIDO PALMA, V. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Barcelona, Bosch, 2005.

MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador-posible administrador-concursal ¿Mediador o negociador mercantil?”, *Práctica de Tribunales*, núm. 109, 2014.

Ídem, “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, núm.7852, 2012.

MARCOS FRANCISCO, D., “La mediación y las nuevas tecnologías”, en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

MARIN BLESA, M.P., “La mediación en la sucesión de la empresa familiar”, *Universidad Internacional de Andalucía*, 2014; disponible en http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2842/0582_Mar%C3%ADn.pdf?sequence=1.

MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, Sección Varias, 2015.

MARTÍN CASTEJÓN, P., “Resolución de conflictos en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et al. (Eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Madrid, Thomson Reuters, 2009.

MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3, 2006.

Ídem, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

Ídem, “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal: estudios y análisis*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011.

Ídem, “Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles” *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, núm. 1, 2014.

Ídem, “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la Justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 23, 2014.

Ídem, “Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33, 2014.

Ídem, “El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de derecho político*, núm. 106, 2019.

Ídem, “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, 2019.

MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M., “La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010.

MARTORELL ZULUETA, P. “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004.

MEDINA, F., MUNDUATE, L., “La naturaleza de la negociación”, en AA.VV. LABRADOR, F. (Dir.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Madrid, Pirámide, 2009, 3^a ed.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho, Editores, S.A., 2009.

MERINO MERCHÁN, J. F., CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho arbitral*, Madrid, Civitas, 2006, 3^a ed.

MILLAN SALAS, F., “La empresa y la sociedad de gananciales”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 1994.

MOLINA MANCHÓN, H., RIENDA GARCÍA, L., “Órganos de gobierno de la empresa familiar (I)”, en CORONA, J. (Ed.), *Manual de la empresa familiar*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005.

MORENO CATENA, V., “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3ª ed.

MORO ALMARAZ, M.J., SANCHEZ CID, I., *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, Colex, 2005.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, núm. 7, 2006.

OLAVARRÍA IGLESIA, J. “Art. 11 bis. Arbitraje estatutario”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ªed.

OLIVENCIA RUIZ, M, “Gobierno corporativo como instrumento al servicio del accionista minoritario”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, núm. 10; disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/el_gobierno_corporativo_como_instrumento_al_servicio_del_accionista._cuadernos_de_derecho_para_ingenieros,_n_10._537.pdf.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., “El fin justifica...La mediación concursal empresarial o profesional: sobre la función y regulación de este mecanismo extrajudicial en el derecho español”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

ORTEMBERG, O. D., *Mediación familiar. Aspectos Jurídicos y Prácticos*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

ORTIZ HERNANDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física, freshstart y mediación concursal. La rehabilitación del deudor”, *Diario La Ley*, núm. 8172, 2013.

Ídem, “La mediación en el ámbito del concurso de acreedores”, *Diario La Ley*, núm. 8020, 2013.

Ídem, “Quiero ser mediador concursal”, en *Lawerpress*; disponible en http://www.lawerpress.com/news/2014_02/1702_14_008.html.

ORTUÑO MUÑOZ, P., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*, 2007.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20, 2008.

OTERO PARGA, M., “La ética del mediador”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3^a ed.

Ídem, “Ventajas e inconvenientes de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007.

OVEJERO BERNAL, A., *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*, Madrid, McGrawHill, 2004.

PALAO MORENO, G, AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (Ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

PALAO MORENO, G., “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto- Ley 5/2012”, *La Ley*, núm. 7847, 2012.

Ídem, “El acceso a la Justicia de los consumidores en la UE”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *Justicia Civil y Penal en la era Global*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

Ídem, “La mediación y su codificación en Europa: Aspectos de Derecho internacional privado”, en BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2014.

PAZ-ARES RODRIGUEZ I., “Previsiones capitulares”, en AA.VV., *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares*, Madrid, Dykinson, 2008.

PEDRAZ PENALVA, E., “El proceso y sus alternativas”, *Cuadernos de Derecho judicial (Ejemplar dedicado a arbitraje, mediación, conciliación)*, núm. 27, 1995.

PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2005.

PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. HIERRO ANIBARRO, S. (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., “La mediación en el marco del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2010.

PÉREZ MARTÍN, A.J., “La problemática de la administración de los bienes de la sociedad postganancial”, en PÉREZ MARTÍN, A.J., *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tratado de Derecho de Familia, Vol. 2, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2009.

PÉREZ MOLINA, A.I., “El modelo de la empresa familiar: Los cuatro pilares fundamentales”, *3C Empresa. Investigación y pensamiento crítico*, Vol. 1, núm. 3, 2012.

PÉREZ MORIONES, A., “La trasposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, en HUALDE, M.T., MESTROT, M. (Coords.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Madrid, La Ley, 2013.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

PORTELA, J.G., “Características de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007.

POVEDA BERNAL, M. I. “Aspectos jurídico-familiares de la empresa familiar”, en NOGALES LOZANO, F. (Coord.), *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Madrid, Fundación EOI, 2007.

POZA, E. J., *Empresas familiares*, México D.F, Cenage Learning Editores, 2011, 3^a ed.

PRATS ALBENTOSA, L., “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 7625, 2011.

Ídem, “La mediación (pre)concurzal” *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 8.264, 2014.

PRIETO DE PAULA CONCA, J., *La Equidad y los juicios de Equidad*, Madrid, Difusión Jurídica, 2011.

PUIG BRUTAU, J.: “Algunas consideraciones sobre la llamada sociedad anónima familiar”, *Revista Jurídica Catalana*, núm. 57, 1958.

PURSALS PUIG, C. (Dir.), *Estudio sobre la profesionalización de la Empresa Familiar*, Barcelona, Instituto de la Empresa Familiar, 2005.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 6, Barcelona, Bosch, 2005.

Ídem, “Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar”, *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, núm.18, 2002.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., PEÑAS MOYANO, M. J., “La empresa familiar como empresa mercantil”, en NOGALES LOZANO, F., *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*, Madrid, Fundación EOI, 2007.

QUINTANA NAVÍO, J., “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares”, *Instituto de Empresa Familiar*, núm. 165, 2012; disponible en <https://www.aref.es/sites/default/files/archivos/guia-practica-para-el-buen-gobierno-de-las-empresas-familiares%5B1%5D.pdf>.

QUIROGA SARDI, G., “Reflexiones sobre el concurso sucesivo y el acuerdo extrajudicial de pagos”, 18 de octubre de 2013, en http://www.lawyerpress.com/news/2013_10/1810_13_004.html, último acceso 27-05-2019.

RAMIREZ PASCUAL, B., *Desafíos de la empresa familiar: La fina línea entre el éxito y la destrucción*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Barcelona, Atelier, 2010, 8ª ed.

REDORTA LORENTE, J., “La justicia del futuro”, *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, 2009.

REYES LÓPEZ, M.J. “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración en la empresa familiar”, en CAMISÓN ZORNOZA, C., RÍOS NAVARRO, A. (Dir.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar, un análisis comparado desde la economía y el derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

ROCA JUNYENT, M., “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 4, Bosch, Barcelona, 2005.

ROCA TRIAS, E., “Crisis matrimonial y arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 6, 2005.

ROCA, M., MARTÍ, N., “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capitulaciones matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en AMAT, J.M., CORONA, J. F., (Coord.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007.

RODRÍGUEZ ALCAIDE, J.J., RODRÍGUEZ ZAPATERO, M., “La singularidad de la empresa familiar: conceptos básicos para llegar a entenderla”, *Universidad de Córdoba*, 2004; disponible en <http://www.catedraprasa.com/wp-content/uploads/2017/10/la-singularidad-empresa-familiar-definitivo.pdf>.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, 2007.

RODRIGUEZ PRIETO, F., “La mediación en las disputas internas de la empresa familiar (II) Su función en la elaboración y desarrollo de los protocolos familiares”, *Hay Derecho*, 2012.

Ídem, “La introducción de cláusulas de mediación en los negocios de familia: una necesidad social”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 70, 2016.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2010.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R.” La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 135, 2014.

RUIZ DE VELASCO DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2007, 3^a ed.

RUIZ, RESTREPO, J., “El conflicto en las empresas familiares: Naturaleza, causas, tipologías y estrategias de solución”, 2015; disponible en: <http://www.ceipa.edu.co/lupa/index.php/lupa/article/view/74/142>.

SAMPEDRO SAMPEDRO, S., “Evolución de la empresa familiar. Estudio de los Herederos Cerámica Sampedro”, *Universidad de la Rioja*, Curso 2015-2016; disponible en https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001268.pdf.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

SÁNCHEZ GIMENO, S., CUESTA LÓPEZ, V., “El gobierno de la sociedad limitada familiar”, en GARRIDO DE PALMA, V. (Dir.), *Estudios sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

SÁNCHEZ MAGRO, A., “Aspectos concursales de la Ley de Emprendedores”, en DÍEZ REVOIRO, E. (Coord.), *Manual de especialización en administración concursal*, Madrid, Fe D´erratas, 2014.

SÁNCHEZ MARÍN, G., CARRASCO HERNÁNDEZ, A. J., “Capital humano en la empresa familiar”, en MONREAL MARTÍNEZ, J. et alt. (Eds.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*, Madrid, Thomson Reuters, 2009.

SÁNCHEZ MARTIN, P. “La mediación en la mente del legislador”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, 2013.

SÁNCHEZ RUIZ, M., “ Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ, M. (Coord.), *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010.

SÁNCHEZ- CRESPO CASANOVA, A.J., “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, *Boletín ICAM*, núm. 27, 3ª Época, 2003.

Ídem, “El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar”, en SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., BELLVER SÁNCHEZ, A., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.M., *La Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y su continuidad*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005.

Ídem, *El protocolo familiar*, Madrid, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, 2009.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., BELLVER SÁNCHEZ, A., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.M., *La Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad*, Bilbao, Ediciones Deusto, 2005.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2016, 2^a ed.

SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson, 1995.

SANJUAN Y MUÑOZ, E., "La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia", *Diario la Ley*, núm. 8230, 2014.

SENES, C.: “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?” *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, enero-marzo 2014.

SERNA GOMEZ, H., SUÁREZ ORTIZ, E., *La empresa familiar. Estrategias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento*, Bogotá, Editorial Temis, 2005.

SERRANO GOMEZ, E., “Los protocolos familiares”, en AA.VV., RAMS ALBESA, J.J. (Coord.) *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Madrid, Dykinson, 2009.

SHARMA, P., CHRISMAN, J.J., CHUA, J.H., “Strategic management of the family business: Past research and future challenges”, *Family Business Review*, núm.10, 1997.

SOLETO H., FANDIÑO, M., *Manual de mediación civil*, Santiago (Chile), Global Affairs Canada, CEJA, 2017.

SOLETO MUÑOZ, H., CARRETERO MORALES, E., “El desarrollo reglamentario de la Ley de Mediación española”, en LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P., *El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Barcelona, Huygens, 2014.

SOLETO MUÑOZ, H., “El procedimiento de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3^a ed.

Ídem, *El abogado colaborativo*, Madrid, Tecnos, 2017.

Ídem, “La mediación concursal, especialidades de la mediación civil y mercantil”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, 2016.

Ídem, “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *Revista eletrônica de Direito Processual*, Vol. III, enero-junio 2009.

Ídem, “Negociación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013, 2ª ed.

Ídem, “El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3ª ed.

Ídem, “La conciliación de los letrados de la administración de justicia”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3ª ed.

Ídem, “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”, *Revista de Mediación*, Vol. 10, núm. 1, 2017.

TAGIURI, R., DAVIS J., “Bivalent Attributes of the Family Firm” *Family Business Review*”, Vol. 9, núm. 2, 1996.

TÀPIES LLORET, J., CEJA BARBA, L., “Los Protocolos Familiares en países de habla hispana: cómo son y para qué se utilizan”, *IESE Cátedra de Empresa Familiar*, Documento de Investigación, DI-931, julio 2011.

TAPIES LLORET, J., “De empresa familiar a familia empresaria”, *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 63, 2005.

Ídem, *Familia empresaria*, Madrid, LID, 2011.

Ídem, “Empresa familiar: el valor de los valores”, *Revista de Antiguos Alumnos IESE*, núm. 3, 2009; disponible en [https://www.iese.edu/es/files/R112.%20AF_Tapies%2002%20\(ly\)_tcm5-29619.pdf/](https://www.iese.edu/es/files/R112.%20AF_Tapies%2002%20(ly)_tcm5-29619.pdf/)

TARUFFO, M., *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

TIRADO MARTI, I., *Los administradores concursales*, Madrid, Civitas, 2005.

TONICELLI, M. B., “Gestión de los conflictos en la empresa familiar: Una mirada hacia el futuro de la empresa”; disponible en <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC106505.pdf>.

TORRERO MUÑOZ, M., Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y el divorcio, en AA.VV. LLOPIS GINER, J.M. (Coord.), *El contenido del convenio regulador, sus diferentes aspectos*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

TUA LÓPEZ, X., “La regulación de los protocolos familiares”, *Noticias Jurídicas*, 2007; disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4254-la-regulacion-de-los-protocolos-familiares/>.

TWINING, W., “Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics”, *Modern Law Review*, 1993.

URBANO CASTRILLO, E. "Deontología judicial: el arquetipo de juez de nuestra época", *Manuales de formación continuada. Éticas del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Granada, Comares, 2014.

VAQUERIZO ALONSO, A., “Artículo 1. Sociedades de capital”, en AA.VV., ROJO FERNANDEZ, A., BELTRAN SANCHEZ, E.M. (Coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Vol. I, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad*, núm. 50, 2013.

VELARDE ARAMAYO, S., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR”, en VELARDE ARAMAYO, S. (Coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, Salamanca, Ratio Legis, 2006.

VELAYOS LLUIS, C., *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

VERDERA SERVER, R. “Comentarios a los 9 y 10 de la Ley de Arbitraje, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2ªed.

VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la empresa familiar”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2000.

Ídem, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 21ª ed.

VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima Europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

VIDAL TEIXIDO, A., LLINAS SALMERON, R., *Guía para el mediador profesional. Caja de herramientas y apuntes específicos sobre mediación mercantil y en la empresa familiar*, Barcelona, Gedisa editorial, 2016.

VILALTA NICUESA, A. E., “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J., POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de

Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2009.

VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Barcelona, Paidós, 2012.

VIOLA DEMESTRE, I., “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, en LAUROBA, E., BARRAL, I., VIOLA, I. (Dir.) *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011.

Ídem, “La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 3, núm. 2, 2012.

Ídem, “La gestión de los conflictos de la familia con negocio (o de la empresa familiar)”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017, 3^a ed.

VIRUAL LEON, M.I., “Los estatutos en la sociedad familiar: límites a la autonomía de la voluntad”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 1, 2017.

YÁÑEZ VIVERO, M.F., Arbitraje y Derecho de Sucesiones: el arbitraje testamentario, en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L. (Dir.), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*, Segunda Parte, Vol. 4, Lima, Estudio Mario Castillo Freyre, 2007; disponible en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol4.pdf>.

ZABALETA DÍAZ, M., “La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, en HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.), *Gobierno Corporativo en Sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011.

ZAPPAL., F., “ Universalismo histórico del arbitraje”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM*; disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>.

OTROS DOCUMENTOS

Barómetro Europeo de la Empresa Familiar, Sexta Edición, 2017, publicado por KPMG; disponible en <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2017/12/barometro-europeo-empresa-familiar-edicion-general.pdf>.

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2008. Disponible en <http://www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf/>.

Encuesta sobre Arbitraje en España; disponible en http://www.rocjunyent.com/content/uploads/informe_rocajunyent_digital.pdf.

Estudio estadísticas concursales del INE por el Registro de Expertos en Economía Forense del Consejo General de Economistas analiza las estadísticas concursales del INE; disponible en <https://refor.economistas.es/>.

Estudio de KPMG sobre Empresa Familiar Excelente , KPMG, “ Un visión de la empresa familiar excelente”, *Instituto De La Empresa Familiar*; disponible en <http://www.iefamiliar.com/upload/documentos/jolsu3siamky9bxl.pdf>.

Estudio L'empresa Familiar a Catalunya, ASSOCIACIÓ CATALANA DE L'EMPRESA FAMILIAR (ASCEF), “L'Empresa Familiar a Catalunya”, *Ascef*, 2017.

Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 2016 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

Informe Cadbury, *Boletín del Instituto de Contabilidad y de Auditoria de Cuentas*, núm. 18, 1994.

Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar; BOCG-S núm. 312, Serie I, de 23 de noviembre de 2001.

INSTITUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR, disponible en <http://www.iefamiliar.com/ief/la-empresa-familiar>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, “Estudio piloto sobre empresas familiares”; disponible en http://www.ine.es/daco/daco42/ice/estudio_piloto_2015.pdf.