



El Protocolo Familiar: La solución jurídica para la empresa familiar

Anna García Companys

Profesora asociada a tiempo parcial en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Lleida

* Correo de contacto: agarcia@dpriv.udl.cat

Recibido 11 de diciembre 2017; Revisado 14 de diciembre 2017; Aceptado 18 de diciembre 2017

Resumen

Las empresas familiares gozan de ventajas y tienen puntos débiles comunes que han sido ampliamente estudiados por la doctrina. Para atender las diferencias de criterio en la toma de decisiones que surgen frecuentemente entre los miembros de la familia en momentos clave de la vida de la empresa, se han creado mecanismos contractuales que protegen a la empresa familiar cuando afloran los conflictos. Este artículo pretende analizar el régimen jurídico aplicable a uno de estos instrumentos desde una perspectiva práctica: el Protocolo Familiar. Analizaremos algunos de los pactos más comunes que se dan en la realidad de las familias empresarias para que mantengan su vocación de continuidad y estabilidad, pese a los relevos generacionales.

Clasificación JEL: K10, K20, K36

Palabras Clave: Empresa Familiar, Protocolo familiar, Pacto parasocial.

1. Introducción: La empresa familiar y su relevancia económica

En España, se estima que el número de empresas familiares asciende a unos 1,1 millones, cerca del 89% del total de empresas; generan un 57,1% del Producto Interior Bruto (PIB) y, aproximadamente, crean el 67% del empleo privado con cerca de 6,58 millones de puestos de trabajo, según el estudio "La empresa Familiar en España (2015)" realizado por el Instituto de la Empresa Familiar.

No obstante, pese a tal relevancia económica y social, no existe ni en el ordenamiento jurídico español ni en el comunitario (si bien constan trabajos preparatorios sobre una propuesta de directiva específica sobre empresa familiar a nivel comunitario) una regulación positiva que desarrolle el concepto de empresa familiar (Roca Junyent, 2005).

Las empresas familiares son tres veces más longevas que las no familiares. El predominio de empresas familiares de primera generación y la abrupta caída en la existencia de empresas de esta naturaleza que hayan conseguido prosperar más allá de la

segunda generación, son indicadores reveladores de su alta tasa de mortalidad y de serios problemas de cambio generacional y directivo (Camisón Zornoza y Ríos Navarro, 2016). Esta longevidad perdura sólo si siguen una serie de estrategias, puesto que adolecen de puntos débiles que provocan, en muchos casos, su liquidación llegada la tercera generación. Tal como afirma Daniel Lorenzo, director de la Cátedra Santander de Empresa Familiar de la Universidad de Cádiz, “*teniendo en cuenta que la vida media de las empresas españolas es de 12 años y que una generación supone 25 o 30 años en la vida de una empresa, una compañía que llegue a la tercera generación tendría al menos 50 años de vida, muy por encima de la media*”.

Valga la redundancia, el Protocolo Familiar es un instrumento propio de la empresa familiar y, por ello, hay que delimitar qué es la empresa familiar puesto que el Derecho privado no ha prestado atención específica a su definición hasta tiempos recientes, residiendo las dificultades en la pluralidad de significados que tienen tanto el término *empresa* como de *familia* (Sánchez, 2010).

En este artículo optamos por el concepto intermedio de empresa familiar seguido por Camisón Zornosa, C. y Ríos Navarro, A. (2016): “*Organización que desarrolla actividades económicas y en la que una o varias personas ligadas por vínculos de parentesco tienen una propiedad suficiente para su control de las decisiones estratégicas en los órganos de gobierno, existiendo además al menos un miembro de la familia que asume funciones ejecutivas.*” En consecuencia, los rasgos característicos de la empresa familiar serían los siguientes: se trata de una empresa, es decir, desarrolla actividades económicas de producción de bienes y servicios; es familiar porque una persona o grupo familiar posee una mayoría del control de capital de la misma y, la familia no sólo contempla la empresa como inversión, sino que se implica directamente en su gestión.

2. Características de las empresas familiares: puntos fuertes y puntos débiles

Tal como hemos apuntado, las empresas familiares comparten, en mayor o menor medida, unas características comunes que diferenciaremos entre ventajas o puntos fuertes y debilidades.

Por un lado, la sociedad familiar goza de las ventajas de tener como sustrato socios que forman parte de la familia. Roca Junyent divide estas ventajas en cuatro tipos (Roca Junyent, 2005):

- (a) **ventajas económicas**, basadas en la separación de la función del accionista y la del gestor;
- (b) **ventajas de gestión**, dado el especial vínculo afectivo al proyecto empresarial, que comporta la optimización de la toma de decisiones;
- (c) ventajas derivadas de la **vocación de continuidad** en la empresa, que genera expectativas de futuro;
- (d) ventajas de **visión a largo plazo**, al no estar sometidas a maximizar su rentabilidad económica en el plazo más breve posible, concentrándose en una estrategia de desarrollo empresarial a largo plazo.

Entre otras, suelen destacarse las siguientes: el compromiso y dedicación de sus miembros; el mayor compromiso social de la empresa; la preocupación por la calidad; la planificación a largo plazo; la fluidez y flexibilidad en la toma de decisiones y la estabilidad de los principios y líneas estratégicas.

También en lo social, las empresas familiares son más consistentes ya que soportan mejor las crisis económicas por su vocación de permanencia, tienden a generar mano de obra intensiva y estable y tienden a realizar inversiones a largo plazo sin la compulsión de ganancias inmediatas (Serna Gómez y Suárez Ortiz, 2005). En este sentido, se señala que las empresas familiares presentan “*activos invisibles*” de los que pueden derivar importantes ventajas competitivas, como son el amor entre sus miembros, el compromiso en la continuidad de la familia, la independencia financiera, la ética del trabajo y la creatividad (Poza, 2007).

Por otro lado, como **puntos débiles**, subrayamos la **confusión** entre familia, propiedad y gestión de la empresa familiar; la **no diferenciación** del patrimonio empresarial y el familiar; la gestión poco eficiente por **falta de profesionalización**; la **falta de adecuación** al crecimiento, de innovación tecnológica y de internacionalización; la no previsión de la **sucesión** de la empresa más allá de la vida del fundador (o el problema también llamado “*dependencia del Top*”) y los problemas de **comunicación** entre los miembros de la empresa familiar unidos por lazos personales.

Todo ello reconduce hacia los tres grandes retos globales que debe afrontar toda empresa familiar (Favier Dubois, 2011):

- (a) la **transición generacional**;
- (b) las **relaciones familia-empresa**; y
- (c) la **profesionalización** de la gestión.

Tal como Broseta apunta en el prólogo del libro “El Protocolo Familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación”, “*cada familia, y por tanto en este caso cada empresa, es un mundo. No existen remedios generales, hay corrientes de pensamiento dispares y hay que continuar profundizando en muchos aspectos, pero debemos comenzar a establecer, (...) pautas que ofrezcan soluciones específicas*”. El mecanismo que ofrece estas soluciones es el Protocolo Familiar (Broseta Dupré, 2016).

3. El Protocolo Familiar: ¿qué es y qué incluye?

Entrando en la esencia del presente artículo, no existe una definición legal de **Protocolo Familiar** más allá de la contenida en el artículo 2 del RD 171/2007, de 9 de febrero que regula la publicidad de los protocolos familiares, en virtud del cual (aunque con el matiz de tener efectos únicamente para el propio real decreto), se entenderá por Protocolo Familiar “*aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guarden vínculos familiares que afectan a 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*”. El RD 107/2007 deja un amplísimo margen al principio de la autonomía de la voluntad y no entra a regular los aspectos subjetivos, objetivos y

formales, para que sean las partes las que perfilen y configuren libremente el documento, adaptándolo a las particulares o necesidades de la concreta sociedad.

Este instrumento ha sido objeto de un profundo estudio dentro del campo de la empresa familiar, encontrándose entre las principales definiciones las de los siguientes autores: *“Un estatus familiar, unas reglas del juego”* (Amat, 2000); *“Una normativa que regula las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa, teniendo como objetivo principal asegurar la continuidad de ésta sin perjudicar la convivencia familiar”* (Herrerros, Calaf y Rovira, 2001); *“un acuerdo marco, firmado entre familiares socios (actuales o previsiblemente futuros) de una misma empresa, que regula la organización y gestión de la misma, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con la finalidad de darles continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares”* (Sánchez-Crespo Casanova y Calero Artero, 2001), o bien, entre muchos otros, *“un documento que contiene la normativa (pautas y recomendaciones) que sirve para regular las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa de la que es propietaria, teniendo como objetivo primordial asegurar la continuidad de ésta y favorecer su desarrollo económico”* (Cuatrecasas, 1997).

El Protocolo Familiar es el documento básico en el que se concreta el alcance de la regulación que se adopte en una empresa familiar. Un documento que además de contener esta normativa por la que se regulan las relaciones personales, profesionales y económicas entre la familia y la empresa y entre éstas y la gerencia, tiene entre sus principales objetivos, preservar la continuidad de la empresa familiar y ayudar a su desarrollo sin descuidarla (Casillas Bueno, Díaz Fernández y Vázquez Sánchez, 2005).

Pese a que coincidimos con todas estas definiciones, creemos que hay que enfatizar que el Protocolo Familiar va más allá de este conjunto de pactos. Entendemos el protocolo, en sentido amplio, como un **proceso de consenso** entre los componentes de la empresa familiar para llegar al acuerdo de determinadas materias, distintas en función de las necesidades específicas de cada empresa y sus peculiaridades. Lo importante no es el soporte formal, sino el proceso de comunicación, debate, negociación y consenso que se despierta entre los miembros de la familia para conseguirlo. De este modo se señala en el trabajo *“Los Protocolos familiares en países de habla hispana, cómo son y para qué se utilizan”* de IESE Cátedra de Empresa familiar, de julio 2011, cuando pone 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. Según los datos obtenidos, este trabajo concluye 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 aspectos en el 86% de los casos, y no se aplica en el 14% de los casos”*.

La mayoría de autores están de acuerdo en la importancia del proceso más allá que el documento en sí, entre otros, Amat indica que *“(…) mucho más importante que el establecimiento del contenido del protocolo es el desarrollo del proceso que permite construir las condiciones para el establecimiento del protocolo y su posterior implantación y adaptación. Este proceso será muy diferente según cual sea la historia y la relación existente entre los miembros de la familia.”* (Amat, 2004). Asimismo, otros

autores defienden que del protocolo importa sobretodo un “proceso” de comunicación intrafamiliar y de reflexión sobre la empresa cuya fuerza como instrumento de cohesión y ordenamiento comienza al momento de su elaboración. Dicho proceso es el que permite a una familia la búsqueda de su propia identidad como empresaria y de los elementos que permiten equilibrar dos realidades tan complejas y tan dinámicas como son la familia y la empresa en aras a la supervivencia de ella (Favier Dubois, 2011).

La autorregulación buscada por el Protocolo Familiar se instrumenta mediante un negocio jurídico complejo o compuesto, estructurado o articulado en dos niveles negociales autónomos, pero vinculados entre sí: **(i)** por una parte, está el negocio principal que es el mismo Protocolo Familiar y que conforma lo que podríamos llamar el negocio “base” o “convenio-marco”. Presenta la naturaleza jurídica del contrato de sociedad y **(ii)** en ejecución del mismo, se han de producir los diversos negocios “satélites” regidos por aquél (Fernández del Pozo, 2008). De hecho, se dice que el protocolo no es todavía una herramienta en sí misma, sino un documento, una caja de herramientas que comprende distintos instrumentos jurídicos, cada uno de los cuales sirve para una cosa determinada y tiene su propia eficacia (Gomá Lanzón, 2005).

Por tanto, el Protocolo Familiar no es (solo) un documento, -que también-. El Protocolo Familiar, en sentido amplio, contiene varios documentos singulares interrelacionados y acordes con lo consensuado en el proceso de consenso familiar. Pese a que debe analizarse la casuística propia de cada empresa familiar, los documentos públicos y privados habituales que suelen crearse (o modificarse, en su caso) a raíz de este procedimiento de consenso familiar serían los siguientes:

- (a) El Protocolo Familiar en sentido estricto como **pacto de socios o parasocial** (también llamado “*shareholders agreement*”). Cabe asimilar (los protocolos familiares) a los *shareholders agreements* de los Estados Unidos y viene a desempeñar en la organización jurídica de la sociedad familiar la misma función que el contrato base de la joint venture (Gortázar, 2007).
- (b) Los **Estatutos Sociales de la empresa**. La mayoría de empresas familiares disponen de unos Estatutos Sociales estándar desde su constitución que replican el mínimo legal dispuesto en la Ley y, por ello, seguro que deberán adaptarse a la nueva situación empresarial familiar.
- (c) El régimen de **capitulaciones matrimoniales** de los miembros de la empresa familiar al objeto de asegurar, en su caso, que el capital de la empresa familiar no se disperse fuera de la línea familiar.

Tal como indica Reyes López, con carácter general, el régimen supletorio es el régimen de gananciales en los territorios regidos por el derecho común, lo que motiva que siga siendo en la actualidad el régimen por el que se encuentran regidos un porcentaje muy elevado de matrimonios (...). En la comunidad catalana, aragonesa, valenciana y balear, el régimen legal de primer grado es el de separación mientras que otros territorios se rigen por un régimen propio de comunidad, como es el previsto en Navarra y Galicia (Reyes López, 2015);

- (d) **Testamentos y/o pactos sucesorios**, con el mismo objetivo que las capitulaciones familiares, pero en este caso, para el supuesto de transmisiones mortis-causa.

En cuanto al **testamento**, es importante que el testador decida previamente la persona que considera más adecuada para dirigir la empresa y nombrarla como tal en su testamento, atribuyéndole una participación que asegure el control del sucesor en la empresa familiar. Si esta designación supone una mayor disposición hereditaria de aquello que normalmente le habría correspondido se puede corregir mediante complementos de legítima, metálico o con otros bienes de la herencia.

Por lo que respecta al **pacto o contrato sucesorio**, su objeto es la institución de un heredero pactado por éste y por el instituyente. En el caso de la empresa familiar se trataría de pactar entre el fundador y el heredero por él elegido, la continuación de la empresa de forma jurídicamente válida, asignándole la condición de heredero y atribuyéndole la propiedad de la empresa. El problema no es económico, porque si con esta institución se perjudica la legítima de los demás herederos forzosos, éstos tendrían derecho a solicitar su complemento con otros bienes de la herencia (Pascual Fernández, 2015).

- (e) **Contratos de trabajo** de los familiares en los que se regulan las condiciones de trabajo y la remuneración a percibir.
- (f) **Donaciones**, en su caso, para implementar la sucesión y entregar acciones/participaciones a la siguiente generación.
- (g) **Modificaciones de los órganos de gobierno**, tanto de los órganos como de su composición. Por ejemplo, puede pactarse la creación de un Consejo de Administración para que estén representadas todas las ramas familiares o bien cambiar a los administradores solidarios actuales por otros miembros de la familia. Como todo, dependerá del caso en que nos encontremos, y/o el otorgamiento de **poderes** para incorporar en las tareas de decisión a la siguiente generación.

El Protocolo Familiar tiene la vocación de resolver problemas y de evitarlos; la continuidad de la empresa familiar no depende exclusivamente – aun cuando ella sea también determinante – de su viabilidad y éxito económico, sino también de la capacidad de sus titulares para encajar las relaciones familiares en un contexto empresarial (Roca Junyent, 2005).

En cuanto a la **publicidad** del Protocolo Familiar, si bien es cierto que en la práctica las empresas familiares no suelen dar publicidad de sus protocolos, no hay que perder de vista que hacerlo (aunque sea en parte) conlleva unas ventajas directas ante los *stakeholders* o grupos de interés (proveedores, clientes, entidades financieras, trabajadores, competidores, etc.) puesto que disponer de uno da un mensaje de permanencia en el mercado e implica mayor rigor, vocación de futuro, estabilidad, etc. Mariño y Busquet, T. indica que, sin perjuicio de que somos conscientes de que la publicidad de un protocolo referido a una empresa de familia enviaría una señal clara y positiva de solvencia, estabilidad y garantía de continuidad de la empresa al mercado, a los proveedores, a los trabajadores de la empresa, a los eventuales socios financieros y a los competidores, cualquier pronunciamiento sobre el tema nos exige un previo y más detenido análisis del contenido de los protocolos familiares (Mariño y Busquet, 2011).

4. Finalidad del Protocolo Familiar y la planificación paralela

El objetivo perseguido en la elaboración del Protocolo Familiar es afrontar y menguar, en la medida de lo posible, los puntos débiles antes comentados. De hecho, los motivos por los que las empresas familiares se sumergen en el Protocolo Familiar son distintos (e infinitos) en función del problema que les lleve a tomar esta decisión. Por ejemplo, no es lo mismo que quien esté interesado en la elaboración del protocolo sea el fundador (normalmente el padre/madre de familia que tiene interés en planificar correctamente la sucesión para asegurar la estabilidad y funcionamiento continuado de la empresa familiar), que el interés que pueda tener uno de los hijos (a quien, en la mayoría de casos, le interesa su parte de herencia a recibir).

Formalizar un Protocolo Familiar aporta unas ventajas sustanciales en cuanto a tranquilidad y confianza en la empresa familiar, puesto que regula qué se debe hacer en las situaciones en las que hay divergencia de opiniones y profesionaliza la gestión (de manera que las separa de las relaciones personales). Asimismo, otra de las funciones importantes que cumple es el apoyo al crecimiento de los miembros de la familia y la gestión de expectativas. Esto es, por una parte, acompañar en el desarrollo profesional de los miembros y, por otra, la empresa tendrá claro qué puede esperar de sus miembros, el grado de compromiso de cada uno y la voluntad de continuidad en el negocio (Camisón Zornoza, y Ríos Navarro, 2016).

Una vez la familia decide sumergirse en el proceso de elaboración del Protocolo Familiar, entramos en el llamado **proceso de planificación paralela**. El principal beneficio de la planificación paralela es que coordina la familia y la empresa para que se apoyen mutuamente en sus necesidades y objetivos en vez de actuar cada una contra los intereses de la otra. Por ejemplo, las estrategias de la empresa tienen que analizarse en el contexto de los valores y las expectativas financieras familiares. Si, por ejemplo, la familia concede un gran valor a la creación de riqueza, una estrategia empresarial de bajos beneficios puede ser inapropiada para satisfacer las aspiraciones familiares (Randel, Carlock y Ward, 2010).

La meta del proceso de planificación paralela pasa por identificar los planes familiares y empresariales que respalden mutuamente las necesidades y metas del otro. Esto se consigue tomando en consideración las estrategias empresariales en el contexto de las expectativas de la familia y la empresa. La meta final del plan de negocio sigue siendo el desarrollo de estrategias que creen valor económico, a largo plazo, para los interesados (Randel, Carlock y Ward, 2010).

A este respecto, si la empresa es familiar, la superposición de esferas empresarial y familiar origina nuevas formas de conflictividad, a las que el derecho privado debe ofrecer una adecuada respuesta. A tal efecto, dos son los instrumentos adecuados en este ámbito: **(i)** la implementación de procesos de planificación estratégica en orden a negociar protocolos familiares y **(ii)** el sometimiento a cláusulas ADR como mecanismos de organización y anticipatorio de los mecanismos de gestión de futuras disputas en el seno de la empresa y de la familia (Luquin, 2017).

5. El Protocolo Familiar en sentido estricto: pacto parasocial, oponibilidad, eficacia jurídica, forma y duración

De conformidad con lo ya comentado, el Protocolo Familiar en sentido estricto no deja de ser un pacto de socios o **pacto parasocial** (*shareholders agreement*), pero con la particularidad de que los socios -o la mayoría- son familiares.

El Tribunal Supremo ha aludido a los pactos parasociales, afirmando que el objetivo de los mismos es que *“los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y en los estatutos”* (Martínez Rosado, 2017).

Como pacto parasocial, es una especie de acuerdo marco entre los componentes de la empresa familiar que regula tanto las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia y la propia empresa así como la gestión y organización de la empresa propia, con la vocación de asegurar la continuidad de la misma. En la práctica sería el documento principal del que *nacen* el resto de documentos, el acuerdo marco del que cuelgan todos los pactos que replicaremos y desarrollaremos en los documentos públicos o privados correspondientes.

En efecto, una vez elaborado, consensuado y suscrito, sus pactos deben trasladarse a diversos instrumentos jurídicos tales como las cláusulas de los estatutos, las prestaciones accesorias, los reglamentos societarios, los acuerdos de accionistas, los testamentos, los contratos de fideicomisos y/o seguros, de modo de ir dando la mayor fuerza jurídica que cada previsión admita (Favier Dubois, 2011). En ocasiones, incluso, no basta solo con el desarrollo en instrumentos públicos o privados distintos al pacto parasocial, puesto que tales pactos han de ser ejecutados por alguno de los miembros de la familia sin que tal ejecución pueda ser instada por los demás firmantes del protocolo. Piénsese, por ejemplo, en la frecuente cláusula en la que uno de los firmantes se obliga a hacer testamento en un determinado sentido (Gomá Lanzón, 2005).

Como es sabido, los pactos parasociales tienen gran incidencia en la organización societaria, por cuanto que, aunque no sean oponibles a la sociedad en la medida que *“lo pactado por los socios no es oponible a la sociedad porque esta, en su condición de persona jurídica, es un tercero respecto a ellos (art. 1.257 Código Civil)”*, sus disposiciones son obligatorias inter-partes. Pese al debate doctrinal, muchos autores defienden el protocolo como una *“ley interna de la empresa familiar, como una carta de navegación para prevenir conflictos”* (Por todos: Llapur, 2011).

En relación a la **oponibilidad o no de los pactos parasociales** a la sociedad, también debemos partir del art. 29 de la Ley Sociedades de Capital que establece que *“los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*. De hecho, lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes lo suscriben (Paz-Ares, 2003). Si bien algunos autores defienden que los pactos parasociales resultan oponibles frente a la sociedad cuando la propia sociedad los conoce o suscribe, otros autores como Paz-Ares entienden que la oponibilidad de los pactos nada tiene que ver con el conocimiento, ni si quiera con el consentimiento de la sociedad. Este último considera que la regla de inoponibilidad queda desactivada cuando la totalidad de los socios firman el pacto

parasocial y los resultados que proporciona el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los que garantiza el ordenamiento contractual (Paz-Ares, 2003).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia dominante entiende que los pactos parasociales obligan a los socios que los concertaron pero, en principio, no a la sociedad, de manera que los acuerdos contraviniendo un pacto parasocial serían válidos a nivel societario sin perjuicio de que, contractualmente, harían incurrir en responsabilidad al socio incumplidor frente a las otras partes del pacto.

Ante esta situación, los operadores reclaman una reforma legal, que no jurisprudencial. La materia es suficientemente compleja como para aconsejar que sea así. De hecho, si una corriente jurisprudencial declarara oponible a la sociedad los pactos suscritos por todos los socios, ello no apaciguaría totalmente el debate. La cuestión exige una mayor profundidad: ¿por qué no pueden ser oponibles también los suscritos por la mayoría? Y en ese caso, ¿qué mayoría la ordinaria o la reforzada para la modificación estatutaria, o –en caso de existir– la estatutariamente reforzada? De permitirse la oponibilidad de los acuerdos de la mayoría, el siguiente paso sería arbitrar un medio de publicidad que asegure su conocimiento por el resto de socios y por la totalidad de los administradores de la sociedad (Juan Gómez, 2015).

Entre otras, como vías estatutarias para extender el *enforcement* societario de los pactos parasociales debemos poner de manifiesto las propuestas de Paz-Ares: **(a)** la sujeción de los futuros socios a los pactos parasociales; **(b)** las sanciones societarias; **(c)** la exclusión de la sociedad del socio incumplidor; y, finalmente, **(d)** la publicidad registral de los pactos parasociales (Paz-Ares, 2005).

En cuanto a la **eficacia jurídica** de sus disposiciones, el Protocolo Familiar en sentido estricto es un contrato heterogéneo que incluye pactos de muy diversa clase, la eficacia de los cuales también será distinta. Hablaríamos de tres clases de pactos en función de su eficacia jurídica:

- (a) Los “**pactos entre caballeros**” son aquellos con fuerza moral y carentes de eficacia legal por lo que su incumplimiento no podría exigirse ante instancia judicial, por ejemplo, los pactos de valores familiares;
- (b) Los “**pactos de carácter contractual**” que crean derechos y obligaciones entre los firmantes, pero no frente a terceros. Su incumplimiento puede originar sanciones y es posible acudir a los tribunales por su incumplimiento. En cuanto a la conveniencia o no de las sanciones, Rosales Matienzo desarrolla la finalidad preventiva y correctiva de las sanciones. La doctrina discute si sancionar o no a un miembro incumplidor del protocolo (que voluntariamente firmó). Como aproximación al tema, aclara que hay que analizar cada caso en concreto y cada familia para decidir si es o no conveniente tal sanción (Rosales Matienzo, 2011).; y
- (c) Los “**pactos institucionales**” o “pactos oponibles a terceros” que serían aquellos que vinculan a los firmantes y a terceros puesto que acceden al Registro Mercantil (por ejemplo, los trasladados a Estatutos Sociales).

En cuanto a la **forma** del protocolo, ésta es libre puesto que impera el principio de libertad de forma de nuestro Derecho contractual, y en particular, de nuestro Derecho de

sociedades. Por lo tanto, no es necesario que se instrumente en escritura pública o que se protocolice mediante acta notarial. En efecto, el contrato de Protocolo Familiar no requiere para su validez sino la concurrencia de los “requisitos esenciales del derecho”, que no son otros que el consentimiento, el objeto u la causa (art. 1261 CC) (Fernández del Pozo, 2008).

Por otra parte, no cabe pactar un Protocolo Familiar con **duración** indefinida sin reconocimiento de derecho de denuncia/separación de sus obligados. En este sentido, Fernández del Pozo indica que por aplicación analógica de lo previsto para la sociedad civil, de no haberse fijado un plazo determinado de duración para el Protocolo Familiar, hay que reconocer el derecho de denuncia con buena fe de los firmantes. En la práctica, se suele establecer un período de duración con prórroga automática, sin perjuicio de su revisión y actualización cuando proceda.

6. Modificación de los Estatutos Sociales a raíz del Protocolo Familiar y las prestaciones accesorias

Por su parte, los **Estatutos Sociales**, como norma interna que regula las relaciones de la sociedad, deberán ser modificados en función de lo consensuado por los miembros de la empresa familiar y se adaptarán, en la medida de lo posible, a lo dispuesto en el pacto parasocial. Pese a esta voluntad, muchos de los pactos previstos en el Protocolo Familiar no podrán trasladarse a Estatutos Sociales puesto que el Registro Mercantil no aceptará su inclusión idéntica por vulneración (o no adecuación) al derecho societario.

No obstante lo anterior, para valorar si lo que incluimos en el Protocolo Familiar es válido o no hay que tener en cuenta los principios del Derecho de obligaciones y no los principios del Derecho societario. Paz-Ares considera que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse con el rasero de la imperatividad propia de derecho de sociedades (...) ha de enjuiciarse única y exclusivamente con el rasero de la imperatividad general del derecho de obligaciones (...). Esto significa que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario (por ej. La prohibición de la unanimidad o de voto plural); solamente lo son si atentan contra valores sustantivos del entero sistema (por ej., la prohibición de pactos leoninos o exigencias de la buena fe) (Paz-Ares, 2003).

No obstante lo anterior, normalmente existirá entre los firmantes del protocolo la voluntad de “supremacía” o “prevalencia” del mismo sobre la sociedad familiar en cuestión (al menos en relación con los socios que sean firmantes del protocolo), que quizás se recoja expresamente en el protocolo mismo, y que reclama la supervivencia jurídica de aquél (Fernández del Pozo, 2008). En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido generosa a la hora de admitir la supremacía del pacto extra-estatutario sobre lo convenido en estatutos (entre otras, STS 15 de julio de 1995 caso Jeltex, S.A., STS 23 de marzo 2001 caso Galaxia Televisión, S.A.).

Por último sobre este apartado, una buena opción puede ser incluir en Estatutos Sociales las **prestaciones accesorias**. Éstas constituyen un instrumento societario para implicar a los miembros de la familia en la empresa social en la forma que se tenga por conveniente. Su régimen jurídico permite extender la aplicación de las normas societarias a las relaciones entre el miembro de la familia y la sociedad familiar. En sentido opuesto, permite a los distintos miembros de la familia asegurarse la vinculación en una forma concreta a la empresa familiar y utilizar los mecanismos societarios para

el caso de que los demás miembros de la familia deseen extinguir tal vinculación (Alfaro Águila-Real, 2005).

7. Análisis Económico del Protocolo Familiar: carácter incompleto del pacto parasocial

El **Análisis Económico del Derecho** es una rama de la economía que aplica la metodología y los postulados de ciertos paradigmas de la ciencia económica al análisis y explicación de la formación, estructura y efectos del sistema jurídico. Los objetivos fundamentales del Análisis Económico del Derecho son pues responder a dos preguntas básicas sobre el sistema jurídico y las normas legales: **(i)** cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos y las organizaciones (principalmente en base a la estructura de incentivos o desincentivos que produce) y **(ii)** si el efecto de la regla es o no socialmente deseable en base a la determinación de sus costes y beneficios. Por ejemplo, las normas legales pueden visualizarse como costes y la sanción que la norma impone como un precio; a partir de aquí podemos valorar el precio de una infracción como el producto de la multa por la probabilidad de ser detectado como infractor (Camisón Zornoza, 2015).

Si bien el Protocolo Familiar desempeña un cometido fundamental al prever en él y tratar de resolver los eventuales conflictos que puedan plantear los eventos previsibles (matrimonios, rupturas, fallecimientos, adopciones, estudios de los hijos, salida de los socios...) que puedan acontecer en la evolución familiar y afectar de algún modo al componente empresarial y a los beneficios y resultados societarios (Luquin, 2017), en la práctica pueden darse situaciones o circunstancias imprevisibles que no se vaticinaron en la elaboración del protocolo. Por ello, y desde un punto de vista de Análisis Económico del Derecho, los protocolos familiares en sentido estricto, si bien tienen la vocación de incorporar todos (o la mayoría) de los posibles conflictos que puedan surgir en el seno de la empresa familiar, son **contratos incompletos**. Es prácticamente imposible que puedan prever todas las situaciones posibles puesto que ello supondría la asunción por la empresa de unos costes de transacción muy elevados (mucho tiempo y dinero).

A este respecto, no existe (ni entendemos tiene sentido que exista) una normativa supletoria a la voluntad de las partes en los protocolos familiares. Cada empresa y cada familia deberán adaptar los pactos a su propia realidad. La conclusión a la que llega Sáez Lacave es clara: los desajustes que el modelo legal corporativo origina en las sociedades cerradas no se corrigen adecuadamente a través de la producción normativa de carácter legal o judicial, sino a través de la reglamentación privada. No es posible reducir la conflictividad societaria a través de un modelo normativo que se ajuste a cada manera de ser societaria, ni tampoco a las contingencias que en cada caso se puedan presentar. La contratación permite consensuar los derechos y deberes de los socios cuando los previstos por la ley no se consideren adecuados (Sáez Lacave, 2009). Esto es, es necesaria la autorregulación vía Protocolo Familiar para adecuarse a la idiosincrasia de cada familia y empresa familiar.

8. Elaboración del Protocolo Familiar: preguntas prácticas

8.1. ¿Quién elabora el Protocolo Familiar?

Su elaboración es una tarea interdisciplinar y creativa que concierne a **profesionales del derecho y de la economía**. De nada sirve firmar un modelo estándar que no se adapte a

la idiosincrasia de cada empresa familiar, puesto que cada empresa tiene sus particularidades y deben plasmarse en un papel las soluciones concretas a los propios conflictos. Por ello, el papel del consultor es clave para que, con la información que la familia le de, sea capaz de encontrar soluciones óptimas.

8.2. ¿Qué implica la elaboración del Protocolo Familiar?

La confección del Protocolo Familiar es un buen momento para la planificación de la sucesión de la empresa con vocación de estabilidad. Así, una familia puede mejorar sus oportunidades de éxito de forma significativa planificando unida su futuro, estableciendo una política clara en las relaciones con la empresa y definiendo las responsabilidades de los miembros de la familia.

En efecto, el proceso de desarrollar un plan estratégico familiar ayuda a las familias a enfocar su empresa como una unidad, en vez de como un grupo de individuos que casualmente están relacionados. Las posibilidades de que se produzcan equívocos se reducen mucho cuando los objetivos y las reglas están claros, y es más fácil cumplir las reglas cuando se llega a ellas por consenso y no por imposición. Una comunicación abierta no sólo mejora las posibilidades de conservar la armonía dentro de la familia, constituye también una base sólida para el plan estratégico del negocio (Leach y Bogod, 2006).

8.3. ¿Quién firma el Protocolo Familiar en sentido estricto?

En cuanto al ámbito subjetivo del protocolo, teniendo en cuenta que el legislador huye intencionadamente de definir qué quiere entenderse por *familiar*, no nos queda más remedio que concluir que, en principio, los interesados son libres de determinar el alcance de las relaciones “*familiares*” contempladas en el protocolo familiar, existan o no vínculos consanguíneos (Fernández del Pozo, 2008).

Desde nuestro punto de vista, el pacto parasocial deberían firmarlo todos los miembros de la empresa familiar (sean o no socios), incluida la propia sociedad. En cuanto a la sociedad, es importante que firme porque los protocolos familiares crean obligaciones y derechos a favor de la sociedad. Por poner un ejemplo, en el supuesto de cláusulas de liquidez o de regulación del derecho de salida de un socio, cabe la posibilidad que la sociedad asuma la obligación de comprar la participación de este socio en el caso que se den una serie de circunstancias.

Por su parte, los demás documentos públicos o privados deberán firmarse por quien competa (p.ej. el testamento, por el testador; las donaciones, por el donante; las modificaciones de Estatutos Sociales, el acuerdo de la junta general, etc.)

8.4. ¿Qué procedimiento seguir para llegar al consenso familiar?

El proceso de elaboración del protocolo, si bien debe adaptarse a la empresa familiar en concreto, suele constar de cinco fases:

- (a) La **fase previa**, cuyo objetivo es que la familia madure la decisión de elaborar o no el protocolo y reflexión acerca de la dinámica de la familia y las circunstancias específicas de cada uno de sus miembros;

- (b) La **fase de diagnóstico**, en la que se analiza la situación familiar y empresarial por el consultor;
- (c) La **fase de desarrollo del protocolo** para consensuar todos los acuerdos debatidos;
- (d) La **fase de implantación** con la redacción y firma de los documentos legales, y;
- (e) La **fase de incorporación** del Protocolo Familiar a la vida de la empresa (reorganizar la empresa en función de lo acordado en el protocolo).

8.5. ¿Cuál es el mejor momento para formalizar un Protocolo Familiar?

Para cumplir su función, el acuerdo debe negociarse en un momento en que impere la calma tanto en el ámbito corporativo como en el familiar. Además, es necesario actualizarlo para contemplar nuevos problemas a los que se pueda enfrentar la compañía y también revisarlo tras los relevos generacionales.

9. Cláusulas típicas a negociar

Tal como hemos mencionado durante este artículo, cada familia tiene su propia historicidad e idiosincrasia, por lo que cada protocolo deberá adaptarse a la misma y no habrá dos protocolos iguales. Entre otros, Quijano González, J. expone que, como regla, el protocolo constituye un “*traje a medida*” para reglar las relaciones entre una familia determinada y una empresa determinada, pudiendo incluso existir en una familia varios protocolos, uno por cada empresa, si la familia es titular de varias y tienen distintas participaciones o estructuras (Quijano González, 2010).

Si bien el elenco de posibles cláusulas integradas en los pactos parasociales es muy amplio, podemos señalar algunos de los temas recurrentes que cada familia deberá resolver a su conveniencia, y es importante no perder de vista que los pactos que se incluyan en el Protocolo Familiar en sentido estricto deberán desarrollarse y complementarse en los documentos públicos y privados que corresponda.

El pacto parasocial del Protocolo Familiar suele tener la siguiente estructura:

(a) Sujetos, antecedentes de la familia, de la empresa y valores familiares

En primer lugar, deben delimitarse los **sujetos** que se consideran en un determinado momento miembros de la familia, los antecedentes familiares importantes, su evolución y valores que se han sustentado. También las declaraciones de principios de la empresa, sus inicios, los hitos más importantes, su evolución... todas estas declaraciones tienen la vocación de transmisión a las siguientes generaciones familiares y constituirán un punto de partida útil y clarificador sirviendo de guía en la interpretación que sea necesaria realizar cuando aparezcan los conflictos (Arecha, 2011).

A esta clase de pactos se les denominan *pactos de tipo axiológico*, que tienen la función de transmitir a las generaciones venideras los principios y valores con los que la empresa fue fundada. Desde esta perspectiva, el protocolo juega un papel relevante para sensibilizar a las generaciones venideras sobre la importancia de la función que el empresario cumple en las modernas sociedades como fuentes de riqueza no sólo para la familia propietaria (Pascual Giménez, 2015). De ahí que algunos autores se refieren al protocolo como un documento educativo (Viera González, 2007).

(b) Pactos organizativos: especial trascendencia de los órganos familiares

En segundo lugar, los pactos organizativos regulan los **órganos societarios** comunes en las sociedades de capital (Junta General y órgano de administración) así como la creación y configuración de nuevos **órganos propios de la familia** (no regulados en la ley) como pueden ser la *Junta o foro Familiar* y la *Asamblea o plenario Familiar*, que tienen carácter meramente político, y el *Consejo de Familia* (que analizaremos en más detalle). A pesar de que la creación de estos últimos sea la libre expresión de la voluntad de la familia propietaria, los órganos familiares no son jerárquicamente superiores a los órganos sociales (Camisón Zornoza, 2015).

Dada su relevancia, entraremos a analizar más profundamente estos órganos familiares.

• **Órganos familiares:**

En primer lugar, la **Junta o foro Familiar** es un foro de debate entre las distintas ramas de la familia empresaria. En ella estaría representada toda la familia (incluyendo menores de edad) y se reuniría periódicamente (p.ej. una vez al año). Tiene un carácter meramente informativo y estaría, en principio, abierta a todos los miembros de la familia.

Por su parte, la **Asamblea o plenario Familiar** tiene sentido cuando la familia involucrada en la propiedad tenga varias generaciones. Se estrecharía más el perímetro familiar y cada empresa decidiría quién formaría parte del mismo (normalmente acuden al Plenario los familiares mayores de edad que puedan tener incluso alguna relación laboral con la empresa, clientes o proveedores familiares, o cabe la posibilidad de limitarlo por ejemplo a los parientes de segundo grado de consanguinidad o afinidad). El objetivo del plenario familiar sería también el de dar información, pero más detallada que la entregada en el foro familiar. Tal como expone Amat, sus objetivos son dobles, por un lado, mantener la armonía, interacción y comunicación entre los miembros de las diferentes familias que se van formando a medida que los hijos y nietos se van casando. Por el otro, tener un órgano que permita centralizar toda la información y formación que se pueda dar tanto a la familia en su conjunto como a los futuros miembros de la compañía, sea como trabajadores o accionistas (Amat, 2000).

Lógicamente, ambos órganos (Junta o foro familiar y Asamblea o plenario familiar) son totalmente voluntarios y tendrán solo sentido en algunas empresas familiares, normalmente las de mayor tamaño. Además, en el caso de decidir su creación deberá regularse la composición, los requisitos para ser miembro, los cargos (presidente, secretario), el funcionamiento, el quórum necesario, los debates, la votación y adopción de acuerdos, la representación y la ejecución de acuerdos, entre otros.

Un tercer órgano que se puede crear (y que tiene más incidencia y sentido en la práctica) es el **Consejo de Familia o Comité Familiar**, del cual formarían parte, por ejemplo, los familiares de la empresa que trabajan en altos puestos directivos junto con los que también trabajan en la empresa y tienen vocación de llegar a estos puestos, y se reunirían periódicamente para discutir tanto problemas actuales como políticas para hacer frente a situaciones futuras que surgen del hecho de que sus familiares participen en una empresa ya sea activamente trabajando en ella (en su dirección o en un puesto no directivo) o en su propiedad como accionistas. Amat lo define como el órgano que regula el funcionamiento de la familia empresaria y, en especial, de las relaciones de la

familia con sus actividades empresariales y extraempresariales ligadas a la empresa y/o al patrimonio familiar (Amat, 2000).

Hay autores que defienden que el Consejo de Familia normalmente se crea cuando la Asamblea familiar llega a una cierta masa crítica y su dimensión no le permite llevar a cabo correctamente sus cometidos. Esto acostumbra a suceder cuando se alcanza la fase de confederación de primos en la que es muy difícil que los miembros de la familia sigan interesándose por ésta y por la empresa. Con una dimensión entre treinta o cuarenta miembros de familia empezará a ser necesario instaurar un Consejo de Familia según la *Guia per al bon govern de l'empresa no cotitzada i familiar. De la direcció unipersonal al consell d'administració*. Pese a esta recomendación, nosotros somos partidarios que su creación puede ser interesante siempre, como órgano único familiar, y que, por el contrario, la creación de la Asamblea o el Plenario familiar tienen más sentido en las empresas de mayor tamaño.

El Consejo familiar puede tener un carácter informal (por ejemplo, la reunión familiar de cada semana o la celebración familiar de Navidad) o más formal. Sin embargo, a medida que la familia tiene un mayor tamaño es necesario establecer formalmente la estructura y funcionamiento. Su formalización permite que los diferentes miembros de la empresa, directamente, cuando el número de familiares es reducido, o a través de sus representantes, puedan participar en la formulación de los planes y normas de funcionamiento que afectan a la familia (Amat, 2000).

Las funciones básicas del Consejo de Familia son las siguientes:

- (a) El mantenimiento y/o desarrollo de una **identidad** como familia empresaria.
- (b) La construcción de **sistemas de cohesión** entre los miembros de la familia y la empresa.
- (c) La **legitimación** de roles de cada miembro de la familia en la empresa.
- (d) La definición de **límites en los ámbitos de decisión y actuación de los órganos societarios**. Este punto es importante porque, por ejemplo, puede establecerse que para que el órgano de administración pueda hacer una inversión, el Consejo de Familia dé su aprobación previa, o bien debe ser simplemente informado, o bien limitarlo a los casos que esta inversión supere una ratio en concreto, etc. (las posibilidades son infinitas). De este modo, el Consejo de Familia vehicula una serie de intereses al órgano de administración, pero, no obstante, quien debe tomar la decisión final empresarial es el órgano de administración. Como ya es sabido, la separación de funciones entre los órganos es primordial para evitar, en la medida de lo posible los llamados “problemas de agencia”.
- (e) El establecimiento de **reglas internas** y la construcción de la estructura societaria.
- (f) Establecer la **política remuneratoria familiar**, analizar situaciones concretas de familiares que quieran entrar en la empresa (siempre en función de lo pactado en el protocolo).
- (g) **Interpretar** el protocolo de forma integradora en *pro* del interés familiar así como todas aquellas competencias que se consideren convenientes.

Pese a las ventajas en la creación de estos nuevos órganos, debe analizarse el caso familiar en concreto y ver si tienen o no sentido. Por ejemplo, en el supuesto de una empresa familiar formada por los padres y dos hijos en la que todos son socios de la empresa, es posible que las competencias que asumiría el Consejo de Familia puedan, en este momento, ser asumidas por la Junta General. De hecho, en muchos pactos parasociales se regula la asunción de competencias propias del órgano de administración por la Junta General o bien se anexa un listado con las decisiones clave tanto del órgano de administración como de la Junta General, las cuales requerirán una mayoría específica de consenso para poder aprobarse.

En el supuesto de considerar conveniente su creación (igual que en la Junta Familiar y la Asamblea Familiar), se deberá decidir la estructura interna del Consejo de Familia, su composición, las funciones de cada miembro (Presidente, Vicepresidente, Secretario, vocales), la convocatoria y forma de las reuniones, el modo de deliberación y aprobación, en su caso, de los acuerdos (por mayoría simple, reforzada, por miembros, voto vinculado a la participación en el capital,...), mecanismos de resolución de bloqueos (p.ej. voto dirimente del Presidente o del miembro con más antigüedad en la empresa), entre otros.

Por otra parte, de tradición anglosajona se ha importado la figura del **mentor familiar**. Sería esa persona que ha trabajado en la empresa durante muchos años (acostumbra a ser el fundador) y cumple una función formativa e instructiva a los jóvenes de la familia que se vayan incorporando a la empresa familiar. Podríamos incluso otorgarle la competencia de resolución de conflictos como una figura parecida a un árbitro.

Por último, si ya es tarea compleja encontrar una estructura institucional competente para el gobierno y la gestión de la empresa, más difícil es tener en cuenta la forma en que se relacionarán con las demás estructuras empresariales. Las dificultades no se limitan a problemas de coordinación multi-orgánica, sino a la elección adecuada de los miembros de cada órgano y el peso de las ramas familiares (Camisón Zornoza, 2015).

- **Órganos societarios:**

El **gobierno corporativo** alude al conjunto de instituciones y normas que definen la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno y gestión de la empresa, la forma en que se relacionan los propietarios entre sí, con otros agentes clave y con demás partes interesadas, con la vista puesta en maximizar la creación de valor y proteger los intereses de los propietarios y de la propia organización (Camisón Zornoza, 2015).

En las sociedades de capital, los órganos societarios son la Junta General y el Órgano de Administración. El protocolo también debe analizar la estructura actual de ambos órganos y modificar, en el caso que se considere conveniente, para adecuarlos al consenso familiar.

Por un lado, en el caso de la **Junta General** de socios o accionistas, la empresa deberá diseñarla de forma que su estructura, organización y desarrollo respeten lo previsto en las leyes. Entre otras, las decisiones básicas para diseñar la Junta General en el protocolo son: el número mínimo de acciones (en su caso) para poder asistir a sus reuniones; la posible alteración de la proporcionalidad entre capital social y derecho de voto; la asistencia de otros familiares que no sean socios; los asuntos que la junta debe obligatoriamente sancionar junto con las competencias que quiere asumir (más allá de

las que legalmente tiene atribuidas); la información que debe proporcionar y las instrucciones que debe impartir al Órgano de Administración (Camisón Zornoza y Ríos Navarro, 2016).

La estructura jurídica de la empresa familiar y por consiguiente, la composición del **órgano de administración** evolucionan a través de la vida de la empresa. La mayoría de las empresas nace ligada a un individuo, el empresario emprendedor, quien en la etapa inicial “inventa” y pone en funcionamiento la empresa. Con el transcurso del tiempo el empresario advierte la necesidad de dotar al negocio de una organización más formal con lo que comienza a formarse una estructura jerárquica y se empieza a vislumbrar la separación entre propiedad y gestión que dejan de concentrarse en una misma persona. Finalmente, en una tercera etapa, coexiste un número elevado de personas implicadas en cada una de las funciones que se cumplen dentro de la empresa (Casillas Bueno y Vázquez Sánchez, 2005).

Por ello, deberá abordarse la adecuación o no del órgano de administración actual (administrador único, solidarios, mancomunados o consejo de administración) y modificarlo, en su caso. Asimismo, para el supuesto de decidir la creación de un consejo de administración, deberá detallarse el modelo de consejo que quiere seguirse, su composición, la elección del presidente, las funciones, responsabilidades, consejeros delegados, funcionamiento, etc.

Vicent Chulià define al Protocolo Familiar como un instrumento de *buen gobierno* de las sociedades familiares para hacer viable la armonización entre los valores y las funciones de dos instituciones básicas de la sociedad, como son la empresa y la familia. Este buen gobierno de las sociedades es una idea fuerza que inspira el movimiento de reformas legales y autoregulatorias (como el Código Olivencia u otros) orientadas a mejorar la organización y el funcionamiento de las empresas y la protección de todos los ciudadanos que tienen intereses en la empresa (incluso los que no tienen derechos en ellas, pues no son *shareholders* – socios – sino *stakeholders*: trabajadores, consumidores, comunidad en general) (...) (Vicent Chulià, 2004).

Por último, debemos enfatizar que la estructura de gobierno corporativo de una empresa familiar no puede abordarse con modelos estandarizados, porque no existen dos familias ni dos empresas familiares iguales, y porque las dinámicas en ambos frentes pesan decisivamente en la configuración óptima de los órganos y procesos del sistema de gobierno y gestión (Quintana, 2012.)

(c) Pactos económicos:

- ***Acceso de la familia a la empresa***

Como estipulaciones económicas o empresariales se suele pactar, entre otras, **el acceso de la familia a la empresa** para ponderar los requisitos formativos o la experiencia que se les exigirá (por ejemplo, que hayan estado dos años trabajando en una empresa externa o que tengan un master en la universidad x). Hay que tener presente que, en función de estos requisitos, se estará vetando la entrada a algunos de los futuros miembros. Por ello, debería añadirse siempre una cláusula final en la que, pese a los requisitos establecidos, el Consejo de Familia (o la Junta General, en su caso) dará instrucciones a la gestión para que entre una persona en concreto, aunque no cumpla todos los requisitos establecidos.

- **Relaciones laborales**

Sin perjuicio de su posterior plasmación en los contratos de trabajo que corresponda, deberán regularse las **relaciones laborales de los miembros de la empresa familiar**: los cargos que ocupan, criterios de remuneración, la posibilidad de que entren a trabajar familiares únicamente altos directivos, mecanismos de evaluación de los puestos de trabajo (internos o externos), etc.

- **Régimen de transmisión de participaciones o acciones**

Como pactos relativos al capital comunes en la mayoría de protocolos familiares está la regulación del **régimen de transmisión de participaciones o acciones**, tanto inter vivos como mortis-causa. Si bien es cierto que la Ley de Sociedades de Capital (LSC) lo regula en sus arts. 106 a 112 en el caso de SL y 120 a 125 en las SA, los Estatutos Sociales (y el Protocolo Familiar como veremos) pueden modificar este régimen legal. Ahondaremos más en este aspecto dada su relevancia en la empresa familiar.

Vicent Chuliá, F. señala que sólo las limitaciones legales y estatutarias (y no las convencionales como sería la prevista en el Protocolo Familiar) son oponibles por la sociedad a terceros adquirentes. No obstante, la doctrina no es unánime al determinar las consecuencias de la inobservancia de una restricción estatutaria a la transmisión. Parte de la misma considera que la transmisión sería válida frente a todos menos frente a la sociedad y hay autores que entienden que la transmisión no tendría lugar en tanto que el que transmitió no tendría poder.

Como es sabido, lo característico de las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad es que, aunque son un pacto contractual, su inclusión en los Estatutos Sociales les dota de la eficacia *erga omnes* típica de un derecho real superando así el problema de la eficacia relativa de los contratos. Si los socios originales han incluido tales restricciones en los Estatutos Sociales es porque consideran que eso aumenta el valor de las participaciones sociales. Si es así, la venta por parte de uno de los socios incumpliendo tal restricción produce una externalidad sobre los demás socios, en cuanto que la misma afecta –negativamente– al valor de sus participaciones. Esta externalidad se elimina si se requiere el consentimiento de los demás socios para la venta –autorización– o se les atribuye un derecho de adquisición preferente frente al tercero (Alfaro Águila-Real, 2005).

Si bien hay que trasladar a Estatutos Sociales las restricciones o limitaciones que hayamos pactado en el protocolo, este último, como pacto parasocial “*da mucho juego*”. Podemos incluir cláusulas como las siguientes y trasladarlas posteriormente a Estatutos Sociales (en su integridad o parcialmente, en función del criterio de cada Registro Mercantil):

- El ejercicio del **derecho de adquisición preferente de los socios familiares**. El artículo 107 LSC prevé en transmisiones *inter vivos* un derecho de adquisición preferente de los socios de las participaciones, que no consta como tal en las sociedades anónimas. No obstante, teniendo en cuenta la posibilidad legal de modificar este régimen, es bueno establecer un procedimiento más adecuado al caso en concreto. Este derecho de adquisición preferente es básico para asegurar que el capital no traspasará fuera de la línea familiar (consanguínea, si se quiere).;

- La **prohibición de transmitir las acciones/participaciones** a personas que se encuentren fuera de la familia propietaria, la obligatoriedad de que cualquier transmisión de acciones/participaciones sea aprobada por la Junta General (Broseta Pont, 1984). No obstante, se deberá tener en cuenta el caso en concreto porque el hecho de mantener las acciones/participaciones sólo entre familiares, puede provocar la pérdida de opciones importantes de crecimiento e incluso de supervivencia de la propia empresa, por ello, el Protocolo Familiar debería ser flexible ante tal situación.
 - La posible ampliación del **abanico de transmisiones** que la LSC considera “libres” en el art. 107 LSC en el caso de SL (“*Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley.*”), incluyendo, por ejemplo a las empresas de las que forme parte el socio transmitente.
 - La posible creación de un **periodo de lock-up** o de bloqueo inicial en el que no pueda transmitirse el capital durante un período de tiempo;
 - Las famosas cláusulas de **tag-along o derecho de adhesión** (también conocidos como *piggyback rights*) que partirían de la máxima de “*si tú vendes, yo vendo igual que tú*”. Los *tag-along rights* son generalmente utilizados por las minorías para aprovechar la maximización de valor por la transmisión del control de la sociedad por parte del socio mayoritario. En este supuesto, el socio minoritario tendría la opción de sumarse a la transmisión en las mismas condiciones que el socio mayoritario (mismo precio y forma de pago). Estos pactos otorgan a uno de los socios el derecho de adherirse a la venta que realiza otro socio a un tercero, y lo habitual es que se pacten en el seno de un acuerdo parasocial, en este caso en el protocolo de familia, junto con cualesquiera otros acuerdos adoptados al regular las relaciones de los socios firmantes. Un pacto típico de *tag-along* sería: “*el socio A. Hernández goza de un derecho de acompañar al socio B. Hernández en cualquier venta de su participación en la sociedad, autorizándole a vender al mismo adquirente un porcentaje de sus participaciones en la sociedad equivalente al porcentaje de sus participaciones vendido por el socio B. Hernández, en los mismos términos y condiciones.*” (Sáez Lacave y Bermejo, 2007).
 - En contraposición al anterior, los **Drag-along rights o el derecho de arrastre** protegen al mayoritario en el caso de venta de acciones o participaciones a terceros. Estas cláusulas son generalmente impuestas por estos socios mayoritarios, para asegurarse que la minoría no será obstáculo para una eventual venta de su participación mayoritaria cuando el comprador desea adquirir la totalidad del capital social de la empresa familiar.
- **Derecho de salida o separación de los socios**

Por otro lado, uno de los temas más conflictivos en la práctica es la regulación del **derecho de salida o separación de los socios**, también llamada “política de liquidez”. Aquí es importante definir:

- Las **situaciones** en las que el socio tiene derecho de separación de la sociedad más allá de las dispuestas en los arts. 346 y ss. LSC sobre separación de socios.
- El **procedimiento** a seguir por el socio saliente y la sociedad (comunicación al administrador, plazos, etc.).
- La **valoración** o el mecanismo de valoración de las acciones/participaciones (si se establece el modo concreto de valoración, si se hará por peritaje, por doble peritaje, etc.).

Puede acordarse o bien que los miembros de la empresa familiar encarguen la valuación a un “tercero” (un asesor financiero, un banco de inversión, un árbitro, un tribunal judicial, etc.) o bien que los propios miembros acuerden un método automático a ser instrumentado de forma interna, el cual no requerirá de la contratación de un tercero. Es necesario incorporar la valuación de la empresa familiar como uno de los temas esenciales para su sostenibilidad jurídica, en forma preventiva o ex ante (G. Papa, 2011).

- La obligación (o no) de compra por parte de la **empresa** en autocartera.
- Los **plazos** de pago, etc.

- **Distribución de dividendos**

Como última cláusula económica, debe pactarse la **distribución o no de dividendos**. Hay que regular si se acuerda un porcentaje mínimo de distribución en el caso que haya beneficios distribuibles, así como si hay un período de prohibición de distribuir dividendos. Esta cláusula será trascendente para aquellos socios familiares que no trabajen en la empresa puesto que la percepción de dividendos será la única fuente de ingresos por parte de la empresa para ellos.

(d) Otros pactos:

Por último, se suelen incluir **cláusulas de interpretación y revisión del protocolo** tal como indica Favier Dubois, E. “*constituye un acuerdo marco que debe prever su revisión y actualización*”.

En principio, como ocurre con la sociedad civil, el contrato de Protocolo Familiar sólo podrá ser modificado con el consentimiento de todos los firmantes y por unanimidad (art. 1702 CC). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina que se ocupa de la sociedad civil admite un pacto de mayorías para la modificación. (Por todos: De Eizaguirre, J. M., 2001).

Asimismo se pactarán los **mecanismos de resolución de conflictos**. Nos referimos aquí a las cláusulas ADR (*alternative dispute resolution* o medios alternativos de resolución de conflictos, negociación asistida, el arbitraje, el e-arbitraje y la mediación) y, por último, deberá acordarse la **ley aplicable** a las controversias.

10. Conclusiones

Teniendo en cuenta que las empresas familiares tienen unas características comunes, puntos fuertes y puntos débiles y que estos últimos pueden acortar la vida de este tipo de negocios por generar conflictos en el cambio generacional, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. El Protocolo Familiar es un instrumento jurídico heterogéneo que toda empresa familiar debería formalizar para prever los conflictos y asegurar su perdurabilidad.
2. La importancia del Protocolo Familiar está en el consenso entre los miembros de la familia, más allá de los documentos públicos y privados que surjan del mismo.
3. El Protocolo Familiar, en sentido estricto, 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 societarios, etc.).
4. Desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho, los pactos parasociales del Protocolo Familiar son contratos incompletos, por cuanto si bien tienen vocación de prever todas las situaciones conflictivas posibles, siempre habrá situaciones imprevisibles. No obstante, no tendría sentido una regulación sustantiva supletoria del Protocolo Familiar, puesto que cada empresa deberá adaptarlo a su idiosincrasia propia y no caben remedios generales.
5. La elaboración del Protocolo Familiar implica una planificación paralela entre familia y empresa, para que sus propósitos vayan unidos.
6. Existen algunas situaciones que deben tratarse en todo proceso de consenso y formalizarse en el Protocolo Familiar. Nos referimos a unas cláusulas típicas que lo integran y que se deberán adaptar a la empresa en concreto.
7. Los pactos organizativos constan de los órganos societarios y familiares que conforman la empresa familiar. En función de las necesidades propias deberían crearse estos últimos órganos familiares.
8. En cuanto a los pactos económicos, son los que, en la mayoría de casos, dan más problemas en la práctica puesto que los miembros de la empresa familiar tienen intereses contradictorios al respecto.
9. Por último, cada empresa es un mundo y debe llevarse a cabo el Protocolo Familiar por consultores expertos que ayuden a confeccionar este “traje a medida”.

Referencias:

- Amat, J.M. (2000). “La continuidad de la empresa familiar.” Ed. Gestión 2000, S.A. Barcelona, pp. 110-134.
- Albet, J. CIDEM - Generalitat de Catalunya (2005) “Guia per al bon govern de l’empresa no cotitzada i familiar. De la direcció unipersonal al consell d’administració.” CIDEM, Barcelona, pp. 194

- Alfaro Águila-Real, J. (2005). “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *Indret* 4/2005, Barcelona, pp. 2-19.
- Arecha, M. (2011) “Esquema general del protocolo”, en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhoc, Buenos Aires, pp. 209.
- Broseta Dupré, M. (2016). Prólogo en Camisón Zornoza, C. y Ríos Navarro, A. (aut) “El protocolo familiar: Metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación” Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Broseta Pont, M. (1984). “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones”, *Tecnos*, Barcelona, pp. 50.
- Camisón Zornoza, C. (2015). “Reflexiones sobre la conveniencia entre derecho y economía: el caso de la empresa familiar”. En Camisón Zornoza, C. Viciano Pastor, J. (dirs.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar. Un análisis comparado desde la economía y el derecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 13-43.
- Camisón Zornoza, C. y Ríos Navarro, A. (2016). “El protocolo familiar: Metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación” Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 2-250.
- Casillas Bueno, J.C., Díaz Fernández, C., y Vázquez Sánchez, A. (2005). “La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones.” Ed. Thomson, Madrid, pp.134-148.
- Casillas Bueno, J. C. y Vázquez Sánchez, A. (2005) “Órganos de gobierno de la empresa familiar (II)” en *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, pp. 253.
- Cuatrecasas, E. (1997). “Organización de la empresa familiar: el protocolo familiar”. Publicación de Adegí: La Empresa Familiar.
- De Eizaguirre, J. M, (2001). “Derecho de sociedades”, Civitas, Madrid. pp. 144 y ss.
- Favier Dubois, M. (2011) “El protocolo de la empresa familiar. Aspectos generales, finalidades y valor legal” en Favier Dubois, M. (coord.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*, Ed. Adhoc, Buenos Aires, pp. 29-57.
- Fernández del Pozo, L. (2008). “El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral” *Cuadernos Civitas*, Ed. Aranzadi, pp. 43, 48; 71-75.
- G. Papa, R. (2011) “Valuación de participaciones sociales en la empresa familiar. Análisis de su problemática y estructuración jurídica dentro del protocolo” en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhoc, Buenos Aires, pp. 493 y ss.
- Gomá Lanzón, I. (2005). “El protocolo familiar” en Garrido Melero, M. y Fugardo Estivill, J.M. (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Ed. Bosch, Barcelona pp. 23-61. pp.669 y ss.
- Gortázar, C. (2007). “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en Amat, J.M. y Corona, Juan F. (edit.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*. Ed. Deusto, Barcelona, pp.196.
- Herreros, J; Calaf, X. y Rovira, A. (2001). “Manual de la empresa familiar” Cinco Días, Madrid.

- Instituto de la Empresa Familiar y Red de Cátedras de Empresa Familiar (2016), “La Empresa Familiar en España (2015)”, IEF, pp. 33-44.
- Juan Gómez, M.C. (2015). “Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?” *La Ley* 4608/2015, pp. 6-8.
- Leach, P. y Bogod, T. (2006) “Claves de la empresa familiar”. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, pp.104.
- Llapur R. (2011). “El papel del asesor en los conflictos de la empresa familiar” en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhoc, Buenos Aires, pp. 179.
- Luquin, R. (2017). “Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.11/2017 parte Doctrina, BIB 2017\43284, pp.1-19.
- Mariño y Busquet, T. (2011) “Esbozo sobre publicidad del protocolo familiar” en Favier Dubois, M. (coord.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*, Ed. Adhoc, Buenos Aires, pp. 98-115.
- Martínez Rosado, J. (2017). “Los pactos parasociales”, Marcial Pons, Madrid, pp. 25 y ss.
- Pascual Fernández Gimeno, J. (2015). “La empresa familiar y el derecho de sucesiones.” En Camisón, C. Viciano, J. (dirs.), *Dirección, organización del trabajo y propiedad de la empresa familiar*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 229.
- Paz-Ares, C. (2003). “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 5/2003, pp. 36-41.
- Paz-Ares, C. (2005). “Los pactos parasociales. Su eficacia” en Garrido Melero, M. y Fugardo Estivill, J.M. (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Ed. Bosch, Barcelona, pp. 23-61; 745 y ss.
- Poza, E. (2007). “Ventajas competitivas de la interacción entre la familia y la empresa en la empresa familiar”, en Amat, J.M., y Corona, J. *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Ed. Deusto, Barcelona, pp. 40.
- Quintana, J. (2012). “Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares.” Instituto de la Empresa Familiar, Documento 165. www.iefamiliar.com
- Quijano González, J. (2010) en “El protocolo de las empresas familiares” en Calcaterra-Krasnow (dirs.) *Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo familiar*. La Ley, Buenos Aires, pp. 563.
- Randel S., Carlock, J. y Ward, L. (2003) “La planificación estratégica de la empresa familiar”, Deusto, Bilbao, pp. 36-46.
- Randel S., Carlock, J. y Ward, L. (2010) “La excelencia de la empresa familiar. El proceso de planificación para la empresa y la familia”, Deusto, Barcelona, pp. 57-79.
- Reyes López, M.J. (2015) “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración en la empresa familiar” en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 199 y ss.

- Roca Junyent, M. (2005). “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario” en Garrido Melero, M. y Fugardo Estivill, J.M. (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Ed. Bosch, Barcelona, pp. 23-61.
- Rosales Matienzo, R.N. (2011). “El régimen de sanciones familiares, patrimoniales y societarias” en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhoc, Buenos Aires, pp. 557 y ss.
- Sáez Lacave, M.I. y Bermejo G, N. (2007). “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad”. *Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, pp. 3 y ss.
- Sáez Lacave, M.I. (2009) “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces” en *Indret 3/2009*, Barcelona, pp. 4-12.
- Sánchez-Crespo Casanova, A.J. y Calero Artero, J.K. (2001). “La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento.” Comares, Granada.
- Serna Gómez, H. y Suárez Ortiz, E. (2005) “La empresa familiar. Estrategias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento”. Temis, Bogotá, pp. 33.
- Tàpies, J. y Ceja, L. (2011) “Los protocolos familiares en países de habla hispana: como son y para que se utilizan.” IESE Business School. Universidad de Navarra , pp. 17.
- Vicent Chulià, F. (2004). “Introducción” y “Recapitulación” en *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, Navarra, pp. 17,18 y 231.
- Viera González, A. J. (2007). “Protocolo familiar, ¿un problema de política legislativa?” *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Ed. Marcial Pons, Vol. 3, pp. 1695.