

# La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral\*

ANA SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES

*Profesora Asociada Doctora de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco*

**RESUMEN:** El Protocolo Familiar es un instrumento jurídico que pretende ordenar las relaciones entre Empresa y Familia, evitando que ambas esferas se confundan y, sobre todo, constituye una herramienta que permite diseñar el correcto relevo generacional en la sucesión de la empresa familiar. Dicho objetivo se consigue a través de los instrumentos de desarrollo del Protocolo tales como las Capitulaciones Matrimoniales, el Testamento o los Pactos Sucesorios. El trabajo analiza, por un lado, la regulación de estos instrumentos en el Código Civil y, por otro, se centra en su régimen especial contemplado por el Derecho Civil Vasco. El trabajo aborda también su reciente normativa de Publicidad Registral derivada del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero. Con esta normativa, en la que por vez primera se otorga cobertura legal al concepto de Protocolo Familiar, se les dota de publicidad y transparencia frente a terceros.

**VOCES:** Sucesión en la Empresa Familiar. Instrumentos de Desarrollo del Protocolo Familiar. Derecho Civil Común. Derecho Civil Vasco. Publicidad del Protocolo Familiar

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA
- II. CONCEPTO DEL PROTOCOLO FAMILIAR
- III. CLASIFICACIÓN DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES
- IV. LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR EN DERECHO CIVIL COMÚN Y EN DERECHO CIVIL VASCO
  1. Instrumentos jurídicos de desarrollo del protocolo de carácter familiar: capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial
    - 1.1. Derecho Civil Común
    - 1.2. Derecho Civil de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava
  2. Instrumentos jurídicos de desarrollo del protocolo de carácter sucesorio
    - 2.1. Derecho Civil Común
    - 2.2. Derecho civil de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava: Institutos que favorecen la transmisión mortis causa de la empresa familiar
- V. LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR
  1. Valoración de sus aspectos fundamentales
  2. Análisis de la normativa

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La empresa familiar vuelve a estar de plena actualidad. Buena muestra de ello es la entrada en vigor, el 5 de abril de 2007, del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Una norma más que, sumada a otras de carácter civil (artículo 1056 del Código Civil), societario (artículos 40 y 42 bis de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) y fiscal (artículos 4.8. de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio y 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con sus variantes autonómicas) viene a

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+I, SEJ2004-05319/JURI del Ministerio de Educación y Ciencia dirigido por el Catedrático de Derecho Civil D. Jacinto Gil Rodríguez

consolidar el estatuto jurídico por el que actualmente se rigen las sociedades cuyo capital pertenece a personas unidas por vínculos familiares.

Ello es consecuencia de una doble realidad. Por un lado, el reconocimiento general de la empresa familiar como un elemento esencial de la estructura económica de los países desarrollados y, por otro, de las especialísimas circunstancias que definen y caracterizan a la empresa familiar y que van a condicionar su desarrollo, evolución y permanencia.

En la práctica, el carácter familiar de una empresa se manifiesta<sup>1</sup>:

a) En la titularidad del capital social: la totalidad o la mayoría de las acciones pertenecen a la familia, que controla la actividad empresarial.

b) En la organización del poder: alguno o varios miembros de la familia dedican todo su tiempo, o una parte importante del mismo, a trabajar en la empresa familiar.

c) En la voluntad de continuidad: incorporación a la empresa familiar de miembros de la generación siguiente a la del fundador, como evidencia de la intención de transmitir la empresa a las generaciones venideras, y prolongar en el tiempo dicha vinculación entre empresa y familia.

Precisamente, uno de los principales problemas característicos de la empresa familiar con el que ha de enfrentarse su fundador es el de la planificación de su sucesión.

La ruptura de la unidad entre la propiedad de las acciones y el ejercicio del poder y del control, representado por el empresario fundador, y su dispersión entre sus sucesores, con la consiguiente disparidad de intereses, opiniones, actitudes y, evidentemente, capacidades, pueden resultar nocivos para la empresa familiar.

El conseguir la máxima concentración de la propiedad de la empresa familiar entre los sucesores realmente interesados ha de ser una de las directrices que debe presidir la política de sucesión de la empresa familiar.

En este ámbito es donde debería encontrar protagonismo el Derecho Civil y el Protocolo Familiar en relación con el mismo.

Sin embargo, la realidad hasta ahora constatada demuestra que si bien la mayoría de empresarios muestran una preparación y un alto nivel de exigencia al recabar asesoramiento en cuestiones tributarias, laborales o mercantiles que les afectan personalmente o a la empresa que dirigen, no ocurre lo mismo con el derecho de familia y el derecho sucesorio, a pesar de que un divorcio o un testamento (o ausencia de él) mal concebido puede ser más perjudicial para la conservación de un patrimonio empresarial que, por ejemplo, una deficiente planificación fiscal.

En este sentido el Protocolo Familiar se presenta como el marco adecuado para incardinar en él las cuestiones familiares y sucesorias que pueden provocar situaciones de riesgo y sus vías de solución.

## II. CONCEPTO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Partiendo de un concepto amplio de Protocolo Familiar, por su contenido y por su forma puede definirse el mismo como 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 o contrato parasocial complejo (basado en el principio de autonomía de la libertad de pactos) que contempla los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular<sup>2</sup>.

1. Vid. BALLESTER COLOMER, J. E., *El Protocolo Familiar, en El nuevo derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Pamplona, 2006, pgs. 194 y 195.

2. En este sentido puede verse la definición de RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., y AGUSTIN TORRES, C., en «La Empresa Familiar y el Derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios», *Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid*, núm. 12, mayo 1999, pg. 42.

En la clasificación de los negocios jurídicos, el Protocolo Familiar pertenece generalmente a la categoría de los negocios patrimoniales mixtos<sup>3</sup>, que incluyen disposiciones de naturaleza personal o familiar, por ejemplo, relativas al contenido de las capitulaciones matrimoniales o de las disposiciones testamentarias de los miembros de la familia.

En cualquier caso, el conjunto de la organización jurídica de la Sociedad Familiar suele constituir un paquete de negocios jurídicos, unificados bajo el negocio plurilateral del Protocolo Familiar. En este sentido puede hablarse del Protocolo como un negocio jurídico que por sí mismo es incompleto. Necesita del otorgamiento de otros negocios jurídicos o instrumentos que lo desarrollen con la finalidad de hacer cumplir lo establecido en el mismo como base (Estatutos, Capitulaciones Matrimoniales, Testamento...)<sup>4</sup>.

### III. CLASIFICACIÓN DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES

En función de los distintos grados de obligatoriedad que puede presentar el protocolo familiar, cabe considerar tres tipos de protocolo<sup>5</sup>:

a) El Pacto entre caballeros. En él únicamente se recogen una serie de declaraciones de intención, principios y valores, que sólo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral;

b) El Protocolo contractual. Auténtico negocio jurídico multilateral, en documento público o privado, que contempla una serie de derechos y deberes para los firmantes, por el que quedan vinculados jurídicamente, estableciéndose en su caso las cautelas, garantías o sanciones que se consideren oportunas para el caso de incumplimiento (alcance obligacional puramente interno, con fuerza obligacional entre las partes<sup>6</sup>);

c) El Protocolo institucional. Además de tener fuerza obligatoria entre los que lo firman, puede oponerse frente a terceros siendo inscribible en un Registro público. Ello ocurre con las estipulaciones que se publican mediante su incorporación a estatutos sociales de la sociedad o sociedades que se inscriben en el Registro Mercantil<sup>7</sup>.

No obstante lo anterior, es preciso advertir que existen pocos Protocolos puros de uno u otro grupo, sino que generalmente coexisten cláusulas de diverso contenido: meros principios morales asumidos por la familia, pactos contractuales vinculantes y pactos con trascendencia frente a terceros inscribibles en el Registro Mercantil (Estatutos corporativos)<sup>8</sup>. Habrá que estar en todo caso a su redacción para mantener el carácter obligatorio-vinculante o no de las referidas cláusulas («se debe» frente a «se puede» o «se recomienda»)<sup>9</sup>.

3. Vid. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., vol. 1º, Madrid, 1996, pg.74. Lo define como instrumento complejo FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., en «Protocolo Familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», *Revista de derecho de sociedades*, vol. 19, 2002, pg. 91.
4. Ponen de relieve la necesidad, en cuanto al protocolo, de otorgar documentos jurídicos que lo desarrollen, RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., y AGUSTÍN TORRES, C., «La Empresa Familiar y el Derecho civil&mlr;» cit. pg. 43; y, más recientemente, ROCA JUVENT, M., y MARTÍ, N., «Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capítulos matrimoniales y modificaciones estatutarias», en *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, 2007, pgs. 218 y ss.; y GORTÁZAR, C., «Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar», en *El Protocolo Familiar*, Barcelona, 2007, pgs. 198 y 199.
5. Vid. GORTÁZAR LORENTE, C., «Empresa Familiar: conservación y continuidad. El protocolo familiar», *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 53, 2001, pg. 51.
6. En este sentido se manifiesta de forma clara el artículo 1255 del Código Civil al establecer que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». En consecuencia, 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 la legalidad. Lo acordado por la familia en el protocolo familiar será válido en la medida en que no contradiga las leyes.
7. Vid. VICENT CHULIÁ, F., «La organización jurídica de la sociedad familiar», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2000-1, núm. 5, pg. 38.
8. Vid. RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., y AGUSTÍN TORRES, C., «La Empresa Familiar y el Derecho civil&mlr;» cit., pg. 42.
9. Así, en el ámbito relativo a la fuerza jurídica entre las partes firmantes del protocolo, deben señalarse dos planos distintos, uno primero relativo a los aspectos que inciden en cuestiones societarias o civiles, en que debe entenderse como contrato entre partes con plena eficacia jurídica siempre que, como ha sido anteriormente indicado, respete la legalidad vigente y se acompañe de una revisión de los documentos que regulen estas cuestiones. Y el segundo plano, el relativo a cuestiones más relacionadas con la gestión de la empresa y con aspectos que inciden en el ámbito

A este régimen de publicidad hay que añadir el resultante del ya mencionado Real Decreto de 9 de febrero de 2007, regulador de la publicidad de los protocolos familiares en torno al Registro Mercantil, a que nos referiremos más adelante.

Constituye un denominador común a estos pactos el control de acceso a la propiedad de la empresa familiar y su limitación a extraños. A través de los mismos, todos los miembros de la Familia se comprometen a seguir una política de transmisión de las participaciones de la Empresa Familiar, *inter vivos* o *mortis causa*, basada en la idea de parentesco por consanguinidad o adopción con el fundador de la empresa, admitiéndose en determinados casos las transmisiones a favor de cónyuges.

Así, en conexión con la idea expresada anteriormente, y en lo relativo al contenido estatutario típico de la sociedad familiar, es frecuente encontrar restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales, derechos de adquisición preferente de los socios de la sociedad familiar respecto de las acciones o participaciones de la sociedad, y prohibiciones de transmisión a extraños a la familia<sup>10</sup>.

#### IV. LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR EN DERECHO CIVIL COMÚN Y EN DERECHO CIVIL VASCO<sup>11</sup>

##### 1. Instrumentos jurídicos de desarrollo del protocolo de carácter familiar: capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial

###### 1.1. Derecho Civil Común

En este punto es fundamental articular medidas preventivas indispensables para evitar la dispersión en la titularidad de la empresa familiar y el acceso a la misma de personas extrañas al núcleo familiar (esto es, cónyuge ajeno a la familia empresaria).

afectivo de la familia (como la jubilación de los miembros familiares, la función posterior de los mismos o la entrada de nuevos miembros familiares en la gestión de la empresa), en el que sería aplicable la cultura o educación de empresa familiar y la voluntad que la misma conlleva de querer cumplir los pactos establecidos, y que otorga aquí al protocolo familiar de una cierta fuerza moral (vid. ROCA JUNYENT, M., y MARTÍ, N., «Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capítulos matrimoniales y modificaciones estatutarias», en *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, 2007, pgs. 215 a 217).

Los instrumentos para dotar de fuerza vinculante los pactos contenidos en el protocolo son diversos: en primer lugar, pueden derivar de la propia naturaleza contractual de pacto (art. 1258 CC: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley») o se pueden lograr con el establecimiento de acciones o participaciones sociales con prestaciones accesorias, es decir, diferentes de las aportaciones de capital, vinculadas, por ejemplo, al cumplimiento del protocolo familiar (art. 36 LSA y arts. 22 y ss. LSRL).

A este respecto, vid. EGEA FERNÁNDEZ, J. E., «Protocolo familiar y pactos sucesorios», *InDret*, julio 2007, pg. 8 (<http://www.indret.com/>).

10. En este sentido, vid. VICENT CHULIÀ, F., «Organización jurídica de la sociedad familiar» cit., pg. 43; y ROCA JUNYENT, M. y MARTÍ, M. «Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar» cit., pg. 219.

11. En lo relativo al Derecho Civil Vasco, la Comunidad Autónoma Vasca asumió las competencias legislativas previstas constitucionalmente en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española («las Comunidades autónomas pueden alcanzar competencias para conservar, modificar o desarrollar su derecho civil foral o especial, allí donde exista») a través del artículo 10.5 de su Estatuto de Autonomía, introduciendo dos novedades: en primer lugar, la competencia legislativa recae no solamente sobre el derecho escrito, sino también sobre el consuetudinario, lo que permite ordenar las costumbres civiles que se conservaban, principalmente en Guipúzcoa, en sentido muchas veces contrario al establecido en la legislación común y, en segundo lugar, se permitía a la Comunidad autónoma fijar el ámbito territorial de vigencia del derecho foral e, indirectamente, del Derecho Común.

En ejercicio de estas competencias, el Parlamento Vasco, en virtud de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, recogió las instituciones vigentes en dicho territorio histórico, articulando el texto en un título preliminar y tres libros de dimensión desigual, uno para Vizcaya, otro para Álava y el tercero, constituido por un único artículo, destinado a Guipúzcoa.

Como continuación en el ejercicio de esta competencia legislativa se sitúa la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa. En ella se desarrollan legislativamente las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío que hasta ese momento simplemente se declaraban vigentes por el artículo 147, único integrante del Libro III dedicado al Fuero Civil de Guipúzcoa.

Ciertamente, de no pactarse el régimen de separación<sup>12</sup>, cabría que, disuelta la sociedad de gananciales, al cónyuge viudo, separado o divorciado se le adjudicase parte de las acciones o participaciones de la empresa familiar que, de este modo, saldrían de la esfera de control de la familia, con el consiguiente peligro para el mantenimiento del carácter familiar de la empresa. De este modo, los capítulos matrimoniales han pasado a ser el instrumento para establecer las estipulaciones o pactos lícitos (personales o patrimoniales) que se consideren convenientes en caso de la realidad familiar, incluso por causa de una ruptura matrimonial.

En este ámbito, la principal recomendación del protocolo familiar dirigida a los miembros de la empresa familiar es pactar la separación de bienes con sus cónyuges (la solución más sencilla) o bien, atendiendo al artículo 1315 del Código Civil, puesto que los consortes tienen libertad para pactar el régimen económico que más se adecúe a su concreta situación personal y patrimonial, podrían pactar una especie de comunidad de gananciales modificada, en la que serían de aplicación la mayor parte de los preceptos relativos a dicho régimen económico, con exclusión de los que permitieren atribuir derechos respecto de la empresa familiar al cónyuge ajeno a la familia empresaria<sup>13</sup>.

De este modo, la esencia de la ganancialidad, que es el participar en los rendimientos económicos del otro cónyuge, se mantiene, pero compatibilizándola con las bases o principios que, respecto del mantenimiento en el seno de la familia de las acciones o participaciones de la empresa, se contengan en el protocolo familiar. Es por ello que se afirma que el protocolo familiar puede tener incidencia en los regímenes económicos de los miembros de la familia empresaria<sup>14</sup>.

Esto en lo que respecta a los territorios de derecho civil común (arts. 1315 y 1316 CC: sociedad de gananciales como régimen legal supletorio de primer grado). Respecto de los territorios con derecho civil propio habrá de estarse, naturalmente, a lo que disponga su correspondiente legislación especial.

## 1.2. Derecho Civil de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava

En el caso concreto de **Vizcaya** (en su parte aforada<sup>15</sup>), y también en Llodio y Aramaio<sup>16</sup>, el régimen de comunicación foral como régimen legal supletorio de primer grado (en defecto de pacto en capitulaciones) se encuentra establecido en el artículo 94 de la ley 3/1992, de 1 de julio, del derecho civil foral del País Vasco (en adelante LDCFPV) en los siguientes casos: si las dos personas contrayentes son vizcaínos aforados (aforado: vecindad en territorio aforado- art. 12

12. Que los regímenes comunitarios, en concreto el de sociedad de gananciales, pueden conllevar grandes problemas en situaciones de crisis matrimoniales o en supuestos de sucesión al fallecimiento de uno de los cónyuges es constatado por MARTORELL ZUBIETA, P., «Empresa Familiar y Regímenes Comunitarios», en la *Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*, monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2004, pgs. 88 a 94.  
Asimismo, que constituye una tendencia actual muy arraigada, en orden a evitar esos problemas, el pactar con anterioridad a la celebración del matrimonio del empresario el régimen de separación, lo advierte REYES LÓPEZ, M., «La economía del matrimonio y empresa familiar», en la *Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*, monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2004, pgs. 124 y 125.
13. Alguna sugerencia sobre modificación parcial de la sociedad de gananciales para favorecer la continuidad de la empresa familiar nos la ofrece BORRELL GARCÍA, J., «Capitulaciones matrimoniales y Empresa Familiar», en la *Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*, monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2004, pgs. 27 a 30.
14. Desde el punto de vista del Derecho Civil, la patente incidencia, olvidada hasta hace poco, del Protocolo en el régimen económico matrimonial y en la herencia de las personas que forman parte de la empresa familiar, es desarrollada, entre otros, por BADENAS CARPIO, J. M., «Notas sobre el significado jurídico del Protocolo Familiar», *Actualidad Civil*, núm. 21, mayo 2001, pgs. 787 y ss.; y SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J. y CALERO ARTERO, J. F., *La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento desde el punto de vista familiar, civil-matrimonial y sucesorio-, societario y fiscal*, Granada, 2000, pgs. 34 y ss.
15. Cfr. Art. 5 LDCFPV: «Este Fuero, como legislación civil propia del Territorio Histórico de Vizcaya, rige en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana».  
Cfr. Art. 6 LDCFPV: «Con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio Histórico de Vizcaya, con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao».
16. Cfr. Art. 146 LDCFPV: «1. En los municipios de Llodio y Aramaio rige el Fuero de Vizcaya, salvo los preceptos que se refieren a la determinación del ámbito territorial de aplicación específica para el Territorio Histórico de Vizcaya.  
2. La vecindad civil determinará la aplicación del Fuero de Vizcaya en los municipios de Llodio y Aramaio».

LDCFPV<sup>17</sup>); a falta de esa vecindad civil común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en la Tierra Llana; y, por último, a falta de dicha residencia común, si se han casado en la Tierra Llana.

Dicho régimen presenta todavía mayores dificultades para la sucesión en la empresa familiar que el de gananciales porque durante el matrimonio todos los bienes de los cónyuges, incluidas las acciones o participaciones sociales pertenecientes a uno de ellos (a diferencia del régimen de gananciales donde lo que se tiene antes del matrimonio es y continuará siendo privativo durante toda la vida del matrimonio) se hacen comunes y pertenecen a la comunidad conyugal (art. 95 LDCFPV).

Si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges (o declaración de fallecimiento) con hijos, la comunidad se convierte en universal (se consolida-art. 104 LDCFPV<sup>18</sup>) y continúa entre el cónyuge viudo y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto hasta la división y adjudicación de todos los bienes: liquidación de la comunidad universal. No hay comunicación en los casos de separación, nulidad y divorcio.

Cada una de estas dos partes (cónyuge viudo e hijos) tiene derecho a la mitad de los bienes comunicados. La parte de los hijos se distribuirá entre ellos según la voluntad del premuerto, si hizo testamento o nombró comisario, y en partes iguales si no lo hizo. La comunicación continúa hasta que tenga lugar la adjudicación y división de los bienes.

En **Guipúzcoa**, por su parte, no se establece especialidad alguna por lo que se refiere al régimen económico matrimonial que incida en la sucesión de la empresa familiar, por lo que habrá que estar a lo señalado para el derecho civil común.

Lo mismo puede decirse respecto a **Álava**.

## 2. Instrumentos jurídicos de desarrollo del protocolo de carácter sucesorio

### 2.1. Derecho Civil Común

#### 2.1.1. Testamento del Empresario

En esta sede las recomendaciones del protocolo se dirigen, en orden a evitar la fragmentación de la empresa y a favorecer la continuidad de la misma en el seno familiar, a intentar la transmisión de toda la empresa a un sólo hijo (el que consideren con mayores aptitudes y cualidades para continuar con la empresa familiar) y compensar al resto de descendientes con otros activos o dinero.

Así es como la ejecución del protocolo implicará la redacción de los testamentos del emprendedor y, en su caso, de su cónyuge (si están casados en régimen de gananciales y como tal le corresponde la mitad de las acciones) de modo que permitan asegurar, de la manera descrita, la mejor sucesión en el patrimonio empresarial.

En ocasiones la herencia del empresario constará, además de los derechos sobre la empresa familiar, de elementos patrimoniales de diversa naturaleza, de suerte que, sin perjudicar la legítima de sus herederos forzosos, el testador podrá disponer *mortis causa* de aquellos derechos sobre la empresa familiar de manera adecuada a las prescripciones del protocolo.

Máxime si se tiene en cuenta que los herederos forzosos del familiar empresario serán habitualmente sus hijos; esto es, otros miembros de la familia empresaria. Por tanto, el respetar la cuota legitimaria de los hijos y seguir las pautas del protocolo familiar vendrá a ser una misma cosa. En

17. Cfr. Art. 12 LDCFPV: «A los efectos de este Fuero Civil, son vizcaínos quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Vizcaya.

Aforado o infanzón es quien tenga su vecindad civil en territorio aforado».

18. Acerca de la consolidación de la comunicación foral de bienes vid. MARTIN OSANTE, L.C., *El régimen económico matrimonial en el derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*. Madrid, 1996, pgs. 724 a 749.

aquello en lo que el testador podría separarse del protocolo familiar, en perjuicio de los otros miembros de su familia, sería en la porción de libre disposición que reste.

Respecto del tercio o porción de libre disposición que corresponda, el protocolo podrá imponer que respecto de los mismos no quepa atribuir en forma de herencia ni de legado acciones, participaciones u otros derechos relacionados con la empresa familiar, a fin de preservar el citado carácter de la empresa, a personas que no formen parte del grupo familiar<sup>19</sup>.

El problema muchas veces reside en que la mayoría o la totalidad del patrimonio familiar se concentra en la empresa, lo que imposibilita la transmisión indivisa del patrimonio familiar a uno sólo de los descendientes sin que la legítima del resto quede vulnerada.

En efecto, en el régimen del Código Civil, la concepción de la legítima como cuota que ha de ser satisfecha ineluctiblemente con bienes relictos (la legítima como *pars bonorum*-art. 806 CC) conduce a la inevitable desintegración de la empresa familiar cuando ésta representa el valor principal del caudal hereditario.

En estos supuestos, en los que no hay bienes suficientes para satisfacer el derecho de los legitimarios con independencia de la explotación familiar, se impone la necesidad de proceder a su desmembración para hacer efectivas las cuotas que les corresponden.

Esta situación se ha visto mejorada a raíz de la ley 7/2003, de 1 de abril, de creación de la sociedad limitada de la nueva empresa, por la que se modifica la ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, que ha introducido una interesante modificación del segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil cara a la conservación de la empresa familiar por medio de la regulación de su transmisión *mortis causa* al permitir que el testador legue a su voluntad toda su participación en el capital social de la empresa familiar en la que tenga el control, disponiendo el pago en metálico de la legítima a los legitimarios y, en el supuesto de que no exista metálico, el pago de la legítima se puede producir con efectivo extrahereditario.

El testador, asimismo, tiene la facultad de fijar un plazo de hasta 5 años desde su fallecimiento para dicho pago<sup>20</sup>.

Junto con la posibilidad que le concede el artículo 1056 del Código Civil, el testador puede ejercer un control aún más férreo sobre la titularidad de la empresa familiar para después de su fallecimiento a través de la institución de un heredero en segundo o ulterior término (fideicomisa-

19. Vid. BADENAS CARPIO, J. M., «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar» cit., pg. 789.

20. Acerca de la facultad conferida al testador por el artículo 1056. párr. 2 CC puede verse LLOPIS GINER, J. M., «La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en la *Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales*, monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2004, pgs. 51 a 69; esp. pgs. 59 a 63.

En el referido trabajo se ponen de manifiesto las diferencias con la redacción anterior del precepto, mereciendo especial atención las consideraciones relativas a sus elementos subjetivos y objetivo.

Si se estudia el precepto en sus elementos subjetivos puede hablarse de la existencia de tres grupos de personas: 1. Las que ostentan la legitimación activa de las facultades concedidas por el art. 1056.2; 2. Las que pueden ser beneficiarias del ejercicio de esas facultades; y 3. Las personas cuyo derecho no puede ser vulnerado por ese ejercicio.

Respecto del primer grupo de personas, tras la reforma ha desaparecido el término «padre» que ha sido sustituido por el de «testador», con lo que evidentemente se amplía el supuesto y se acoge lo que constituía el sentir mayoritario de la doctrina que interpretaba el precepto.

En cuanto al segundo grupo, quién puede ser el beneficiario, se ha visto ampliado con la reforma del término «padre», ya que este término utilizado por el precepto limitaba tanto el sujeto activo como el pasivo al exigir esa relación parental en ambas partes.

En relación al tercer grupo de personas cuyo derecho no puede ser vulnerado, el texto modificado ya no se refiere a los demás hijos, sino a los demás interesados, por lo que también el segundo grupo de personas se ha visto ampliado. Los «demás interesados» a quienes ha de pagarse su legítima serían cualquiera de los legitimarios a que se refiere el artículo 807 del Código Civil; esto es, a los demás descendientes a quienes no se le ha asignado la empresa, al ascendiente o ascendientes que, siendo legitimarios, mantengan su derecho sobre el patrimonio hereditario y también el cónyuge viudo.

El elemento objetivo estaba constituido antes de la reforma por la «explotación agrícola, industrial o fabril», mientras que el texto actual habla de «explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas». Una vez más, la reforma recoge lo que ya en su día había dicho la doctrina a favor de la amplia interpretación del precepto, considerándolo extensible a cualquier explotación, inclusive un paquete mayoritario de acciones que de hecho conllevará el dominio de la empresa.

rio), obligándole al heredero en primer término (fiduciario) a que conserve y transmita al fideicomisario la participación en la empresa familiar adquirida *mortis causa*.

De este modo, la sustitución fideicomisaria puede ser un mecanismo adecuado para la transmisión intergeneracional de la empresa familiar (art. 781 del Código Civil) siempre y cuando ésta se incluya dentro del tercio de mejora o libre disposición, pues no cabe sustitución sobre la legítima, y si recae sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrá hacerse a favor de los descendientes (art. 782 CC).

También se apunta como posibilidad para el mantenimiento de la empresa familiar el que la herencia se mantenga indivisa. Esto es, una prohibición testamentaria de pedir la partición de la empresa en virtud de la norma contenida en el artículo 1051 del Código Civil. Sin embargo ésta no es una solución definitiva puesto que el plazo de prohibición no puede ser ilimitado y mientras subsiste se dan los problemas propios del régimen de comunidad como el requisito de la unanimidad para determinados acuerdos, lo que significaría un entorpecimiento para la actividad de la empresa.

Sobre este punto se admite el posible acuerdo entre los herederos de mantener en indivisión la herencia por el plazo máximo de 10 años (ex. art. 400 parr. 2 CC).

El empresario también puede utilizar en su testamento la facultad de mejorar en su herencia a alguno de sus hijos o nietos respecto de los demás, utilizando para ello el tercio de mejora y, en su caso, el de libre disposición (arts. 823 y ss. del Código Civil)<sup>21</sup>. De este modo es posible establecer en testamento una mejora a favor de cualquiera de los herederos que podrá materializarse, por ejemplo, en participaciones en la empresa familiar<sup>22</sup>.

En este ámbito merece especial mención la fiducia sucesoria o heredamiento de confianza<sup>23</sup> ejercida por el cónyuge viudo contemplada en el artículo 831 del Código Civil según redacción vigente tras la reforma del mismo operada en virtud de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de los discapacitados<sup>24</sup>.

En virtud de la referida ley se regula más exhaustivamente esta figura y en cierto modo se amplían las potestades concedidas en testamento al progenitor supérstite (en la redacción anterior se requería previa existencia de matrimonio) 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 por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». No obstante, su núcleo esencial se mantiene, pues la antigua norma también concedía al viudo o

21. En el caso de la empresa mercantil, se plantea la cuestión de si es exigible, en su caso, la obligación de que el mejorado en la empresa continúe el ejercicio de la misma. Así, ante disposiciones como ésta: «Es mi deseo mejorar a mi hijo en mi empresa, a cuyo levantamiento él mismo ha colaborado, para que la continúe en la misma línea que hasta ahora ha conocido»; si, muerto el padre, el hijo vendiera la empresa, ¿habría de entenderse incumplida una condición impuesta por el testador al mejorado que pudiera suponer la revocación de la mejora? En opinión de PALAZÓN GARRIDO, M. L. (*La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, 2003 pgs. 220 y 221), no es muy probable. A lo sumo tal expresión constituiría un modo, por aplicación del art. 797 CC, pudiendo pedirse su cumplimiento por los otros legitimarios o interesados.

Para que pudiera revocarse la mejora sería preciso disposición explícita por parte del testador en el sentido de configurar la continuación de la actividad empresarial como condición de aquella, al ser de aplicación las normas establecidas por el Código para la institución condicional (arts. 790 y ss. del Código Civil).

22. A esta facultad de mejorar a tener en cuenta por el empresario se refieren SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., y CALERO ARTERO, J. F., «La empresa familiar...» cit., pgs. 42 y 43; y GORTÁZAR LORENTE, C., «Empresa Familiar: conservación y continuidad» cit., pg. 51.

23. La fiducia sucesoria es un negocio, como lo es toda fiducia, basada en la confianza que una persona tiene en otra y en la que deposita la misma, para que en su nombre ejecute o realice uno o varios negocios jurídicos, bien en vida, o para después de su fallecimiento, como ocurre aquí, siendo esa persona el cónyuge viudo del que ordena la fiducia.

De la herencia de confianza y su concepto se ocupa CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid, 1996, pgs. 3 a 20.

Más recientemente, alude a la fiducia sucesoria CERDÁ GIMENO, J., «De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la Empresa Familiar», *RJN*, núm. 62, 2007, pgs. 89 a 143.

24. A las novedades incluidas por esta reforma se refiere SIERRA PÉREZ, I., «La fiducia sucesoria en derecho común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2007, núm. 19, pgs. 89 a 123; esp. pgs. 92 y 93.



viuda el poder de «distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes».

La introducción en el Código Civil de la fiducia sucesoria, propia de los derechos forales, lo mismo que el testamento por comisario como figura afín, se hizo pensando en que cumpliera la misma finalidad que en éstos; esto es, básicamente, mantener sin dividir dentro de la familia una explotación agrícola o industrial o un establecimiento mercantil, así como fortalecer la posición del fiduciario, ya que el saber los hijos que su padre o madre viudos pueden variar sustancialmente las previsiones sucesorias del premuerto, puede condicionar el comportamiento personal de cada uno de ellos<sup>25</sup>.

Por tanto, aunque la *occassio legis* que ha dado lugar a la reforma del artículo 831 sea la de permitir a un padre o a una madre, después de fallecer su cónyuge, favorecer a aquellos hijos que, por tener una discapacidad, necesiten mayores recursos para su subsistencia, puede emplearse con otros fines y muy especialmente para favorecer al propio fiduciario.

### 2.1.2. Sucesión Paccionada

Para asegurar la permanencia de la empresa familiar, el empresario puede planificar su sucesión además de por la vía testamentaria, por la contractual o paccionada. Los pactos con trascendencia sucesoria tienen diverso alcance según los otorgantes estén sujetos al Código Civil o algún derecho foral que los permita. En el primer caso, la sucesión por la vía contractual o paccionada es de muy limitada aplicación ya que se encuentran prohibidos por regla general por el artículo 1271.

Como pactos con trascendencia sucesoria en caso de sujeción al Código Civil, los cónyuges pueden disponer, en capitulaciones matrimoniales, de la facultad de mejorar en su herencia y en un tercio de sus bienes a alguno de sus hijos o descendientes respecto a los demás.

Asimismo, los futuros cónyuges podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones matrimoniales bienes futuros para el caso de fallecimiento de uno de ellos dentro de la porción legalmente disponible.

Ciertamente, los artículos 826 y 827 del Código Civil declaran la validez de la promesa de mejorar o no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, mientras que el art. 1341 permite donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros en capitulaciones sólo para el caso de muerte<sup>26</sup>.

Este tipo de pactos admitidos, con larga tradición, en los ordenamientos forales, pueden ser útiles (dada su esencial irrevocabilidad) en supuestos de crisis matrimoniales en los que los cónyuges quieran asegurarse que los hijos comunes recibirán después del fallecimiento de cada uno de ellos la titularidad de determinados bienes, como la titularidad de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar<sup>27</sup>.

25. La Ley de Derecho Civil del País Vasco indica, entre otros, como fundamentos de la regulación del testamento por comisario, el reforzamiento de la posición jurídica del cónyuge comisario y el deseo de evitar desmembraciones y divisiones irracionales del patrimonio familiar. Ya la RDGRN de 16 de junio de 1965 advirtió que la fiducia «fortalece la posición del cónyuge supérstite frente a los hijos, máxime en los casos en que carece de bienes propios o de la facultad de disponer *mortis causa* por la irrevocabilidad del anterior testamento mancomunado».

26. Acerca de la compleja naturaleza de este tipo de pactos, puede verse mi trabajo FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Granada, 2006, pgs. 197 a 213. Tras una exposición detallada y debatida de las diferentes posturas acerca de esta cuestión, en dichas páginas califico, a modo de conclusión, a la donación matrimonial de bienes futuros como *inter vivos* porque, aun aplazando la transmisión de la propiedad a la muerte del donante, por su naturaleza contractual se declara irrevocable y válida de presente, y tal validez representa un efecto actual. Por recaer sobre bienes futuros, reviste la cualidad de un pacto sucesorio, constituyendo así una excepción a lo dispuesto en los arts. 635 y 1271 del Código Civil.

27. En efecto, en nuestros derechos forales, es hecho bien conocido la larga tradición de la que ha gozado siempre la sucesión contractual. Estos pactos obedecen por lo general, como dice LACRUZ, al deseo de mantener unido el patrimonio de la familia y a la necesidad de obtener un colaborador cuando el jefe de dicha familia envejecía. La forma de asegurarse la colaboración de uno de los hijos es garantizarle para el futuro, precisamente con ocasión de contraer matrimonio y en capitulaciones matrimoniales, la titularidad de los bienes a cuya conservación y aumento va a ayudar. Ello tiene lugar mediante la institución contractual, sea con estas palabras, sea llamándola donación universal de bienes presentes y futuros para después de la muerte del donante (vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho*

Se ha llegado a decir que el recurso a los protocolos surge de la clara insuficiencia del testamento para regular la sucesión de la empresa ya que, dado su carácter esencialmente revocable, no otorga ninguna clase de seguridad a los herederos que, en principio, están llamados a trabajar en la empresa y a continuarla a la muerte del empresario<sup>28</sup>.

Eso es lo que ha llevado a que en el protocolo a menudo se estipulen cláusulas, al estilo de un pacto sucesorio encubierto, con las que sus firmantes se obligan a otorgar testamento en un determinado sentido (o a no otorgarlo) o a no revocar el ya otorgado. Este tipo de cláusulas presenta importantes problemas de validez en los territorios de derecho común que con carácter general no admiten los pactos sucesorios (salvo las excepciones indicadas de la promesa de mejorar y de la donación matrimonial de bienes futuros en capitulaciones matrimoniales)<sup>29</sup>.

En todo caso, y cualquiera que sea el tenor de tales pactos, es obvio que cualquier disposición testamentaria que los incumpliese sería totalmente válida y eficaz, tanto en Derecho Común, en el que los pactos sucesorios están expresamente prohibidos por el artículo 1271.1 CC, como en Derecho foral, ya que en Navarra, País Vasco, Baleares y Aragón los pactos sucesorios deben ser formalizados en escritura pública y en Cataluña deben serlo en capitulaciones matrimoniales que precisan también de la escritura pública como forma *ad solemnitatem*.

Otra cuestión sería la de si el incumplimiento de la obligación asumida en el protocolo familiar tendría alguna eficacia jurídica en el ámbito interno de los firmantes del mismo.

A favor de esta eficacia jurídica, aunque limitada, se ha dicho que estos pactos se pueden configurar como obligaciones de hacer (o de no hacer) y que pueden ser previstas las consecuencias de su incumplimiento por medio de cláusulas indemnizatorias y penales. En este caso, el testamento contrario a lo pactado en el protocolo sería válido y eficaz, pero el incumplimiento provocaría consecuencias jurídicas que tienden a sancionar al infractor.

Sin embargo, la cuestión no está tan clara. Para dilucidarla es necesario determinar si el hacer testamento o el testar de una cierta manera puede ser objeto de una obligación jurídica. Se trataría de aclarar si la voluntad del testador se puede constituir de manera lícita en el objeto de un contrato.

La respuesta ha de ser negativa. La posibilidad de testar está configurada en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo especialmente protegido, que no puede ser objeto de renuncia, pacto o limitación. Si el Código considera nulas cualesquiera restricciones a la libertad de testar, incluso las autoimpuestas por el propio testador (art. 737 CC), con más motivo deben rechazarse las restricciones impuestas por pacto con un tercero<sup>30</sup>.

A esta conclusión es obligado llegar si se advierte que el derecho de testar es una manifestación de la libertad civil individual básica del sistema jurídico de todos los derechos civiles españoles y del reconocimiento constitucional a la propiedad privada, no pudiéndose admitir más restricciones a la libertad de disposición por causa de muerte que aquellas establecidas específicamente por la ley como, por ejemplo, las legítimas o las limitaciones a la posibilidad de establecer sustituciones fideicomisarias.

Por tanto, todo testamento es esencialmente revocable y tal característica esencial no puede limitarse ni por el propio testador ni, por supuesto, por un tercero. También es personalísimo, sin

*Civil, V, Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Barcelona, 1981, pgs. 387 y ss.).

28. Vid. GONZÁLEZ BOU, E., «Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa», en GARRIDO MELERO, M., y FUGARDO ESTIVILL, J. M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. II, Barcelona, 2005, pg. 758.

29. Vid. EGEA FERNÁNDEZ, J. E., «Protocolo familiar y pactos sucesorios» cit., pg. 7.

30. Así lo señala HUERTA TROLEZ, A., «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2004, pgs. 101 y 102.

perjuicio de las instituciones fiduciarias propias de los derechos forales antes referidas, por lo que no puede dejarse su redacción al arbitrio de terceras personas<sup>31</sup>.

Por tanto, del mismo modo que se ha afirmado que la inclusión en el protocolo familiar de pactos sobre el testamento de los socios familiares es jurídicamente irrelevante, también lo es las eventuales sanciones o consecuencias que se prevean en caso de incumplimiento.

Su valor, en absoluto despreciable, se circunscribe lo psicológico y a lo docente, se enmarca en aquello que se ha denominado «cultura empresarial-familiar».

## 2.2. *Derecho civil de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava: Institutos que favorecen la transmisión mortis causa de la empresa familiar*

A diferencia del derecho común, en derecho foral **vizcaíno** es posible establecer en capitulaciones matrimoniales disposiciones más amplias de contenido sucesorio y proceder a la institución contractual de heredero o a otro tipo de pactos sucesorios.

Por ejemplo, vía libre disposición el cónyuge viudo podría atribuir acciones de la empresa a personas extrañas al grupo familiar. En este sentido el protocolo podrá imponer que respecto de la parte de libre disposición que corresponda, no quepa atribuir en forma de herencia ni de legado acciones, participaciones u otros derechos relacionados con la empresa familiar, a fin de preservar el citado carácter de la empresa, a personas que no formen parte del grupo familiar. Ello se conseguiría mediante la sucesión paccionada.

La sucesión paccionada en derecho vizcaíno junto a una mayor flexibilidad respecto a la distribución de la cuantía de la legítima que en el Código Civil (los 4/5 pueden distribuirse libremente entre los sucesores, pudiendo recaer la totalidad de la misma en uno de ellos e incluso verse favorecido también con el 1/5 de libre disposición: arts. 54 y 55 LDCFPV<sup>32</sup>), pueden favorecer la continuidad de la Empresa Familiar y su transmisión a un solo hijo si ésta es la voluntad del causante puesto que nada le obliga a ello si tenemos en cuenta que para la Empresa Familiar constituida en sociedad no juega la troncalidad<sup>33</sup>, con lo que existe el riesgo de que las acciones queden fuera de la línea familiar empresarial.

En **Álava**, por su parte, la libertad de disposición de los bienes es total. Así se deriva del art. 134 LDCFPV, cuyo apartado primero dispone que los que ostentaren la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren. En su apartado segundo se especifica que se entenderá por herederos forzosos los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil.

En **Guipúzcoa**, el testamento mancomunado y la ordenación por comisario son aplicables, además de al caserío, al resto del patrimonio (arts. 172.1 y 164.1 Ley 3/1999, de 26 de noviembre); mientras que en **Vizcaya**, como una extensión del ámbito personal del Fuero, los vizcaínos no aforados también podrán testar mancomunadamente (art. 13 LDCFPV).

31. En opinión de GONZÁLEZ BOU, E., «Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa» cit., pg. 759, a la misma conclusión deberíamos llegar al estudiar aquellos pactos de los protocolos familiares que obligan a los firmantes a pactar un determinado régimen económico matrimonial (normalmente, como se ha señalado, el de separación de bienes) ya que también forman parte de la libertad individual y familiar del individuo, tal como sucede con los testamentos.

32. Cfr. Art. 54 LDCFPV: «El testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o elegir a uno sólo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.

Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de la sucesión.

Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente. En otro caso, la preterición no intencional dará derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido».

Cfr. Art. 55 LDCFPV: «La legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador.

El quinto restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo».

33. Acerca de la troncalidad en derecho vizcaíno puede verse GALICIA AIZPURUA, G., *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el derecho de Vizcaya*, Madrid, 2002.

Ello conlleva más opciones y por tanto un régimen más amplio y beneficioso en orden a la sucesión de la Empresa Familiar que el establecido en el Código Civil que no contempla dichos instrumentos. Seguidamente pasaremos a ver cada uno de ellos.

### 2.2.1. *Testamento Mancomunado*

Fórmula contemplada en los ordenamientos vizcaíno y guipuzcoano y prohibida por el Código Civil en su artículo 669<sup>34</sup>.

En el caso de **Guipúzcoa**, mediante el testamento mancomunado los cónyuges podrán ordenar la sucesión en el caserío a través de un solo instrumento, en el que además podrán disponer del resto de sus bienes (art. 172.1 de la ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa).

Es así como mediante el testamento mancomunado se facilita la transmisión de la empresa familiar de forma indivisa, evitando los problemas particionales que pudiera acarrear la sociedad de gananciales. Ello se consigue mediante su irrevocabilidad una vez fallecido uno de los consortes (art. 177 ley 3/1999).

Podrán testar mancomunadamente aquellos matrimonios en los que al menos uno de los consortes reuniera las condiciones que exige el presente Fuero para su aplicación (art. 172.2 ley 3/1999). Nos encontramos ante una remisión a lo dispuesto en los artículos 149 y 150, que se ocupan del ámbito personal y funcional del Fuero<sup>35</sup>.

Por tanto, si uno de los cónyuges reúne la condición de guipuzcoano y se trata de su sucesión, de la que forma parte un caserío, será factible dicho testamento mancomunado para ordenar la sucesión de la empresa familiar, aunque el otro sea de Derecho común (donde se encuentra prohibido por el Código Civil) o pertenezca a un Derecho foral o especial diferente.

Asimismo, de conformidad al art. 49 LDCFPV relativo al Fuero Civil de **Vizcaya**, los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad.

También los vizcaínos no aforados podrán testar mancomunadamente para ordenar la transmisión mortis causa de la Empresa Familiar, con arreglo a las disposiciones de este Fuero (art. 13 LDCFPV).

### 2.2.2. *La Ordenación por Comisario*

En el artículo 164.1 de la ley 3/1999, de 26 de noviembre, relativa al Fuero Civil de **Guipúzcoa**, se establece que el causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos. Este encargo podrá comprender también el resto de su patrimonio.

En cuanto al sujeto que puede ser designado comisario, la ley señala que solamente podrá serlo el cónyuge, limitando por tanto la elección al causante y revistiendo a la institución de un carácter familiar.

La utilización de esta figura, al igual que el testamento mancomunado, tiene carácter potestativo para el causante guipuzcoano y constituye un medio interesante para resolver situaciones en las cuales no se tiene la decisión de quién será el sucesor en la Empresa Familiar, generalmente por la juventud de los hijos, además de que refuerza la posición del cónyuge viudo frente a los herederos.

34. Cfr. art. 669 CC: «No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero».

35. Señala el artículo 149 (ámbito personal) que «A los efectos del presente Fuero Civil, son guipuzcoanos quienes hayan ganado vecindad civil en el territorio histórico de Guipúzcoa», vecindad que se obtiene según la regulación contenida en el Código Civil al efecto.

En cuanto al ámbito funcional (artículo 150), se determina que «aquellos guipuzcoanos que sean titulares de un caserío sito en el territorio histórico de Guipúzcoa podrán servirse de los instrumentos que disciplina el presente Fuero civil en orden a su transmisión, sin perjuicio de lo que, en relación al testamento mancomunado, establece el apartado 2 del artículo 172».

A diferencia del derecho vizcaíno, en el Fuero Civil de **Guipúzcoa** no se utiliza la expresión «testamento por comisario» sino la de «ordenación por comisario». Ello se debe a que realmente la sucesión puede deferirse sin que intervenga el fenómeno testamentario.

En **Vizcaya**, el testamento por comisario puede definirse como el otorgado por una persona (comisario) en nombre de otra ya fallecida (comitente) en virtud del poder que ésta le confirió.

A diferencia del derecho de Guipúzcoa, en Vizcaya cualquier persona puede ser designada comisario (artículo 32 LDCFPV<sup>36</sup>), aunque la costumbre es designar comisario al cónyuge. A esta designación entre cónyuges se le denomina «alkar-poderoso» (artículo 33 LDCFPV<sup>37</sup>).

Si el viudo es comisario, los derechos de los hijos en la empresa familiar dependerán de su decisión, por lo que su posición en la comunidad es absolutamente dominante<sup>38</sup>. Además, salvo disposición en contrario del testador, mientras no haga uso del poder testatorio, tendrá el usufructo del caudal (art.105 LDCFPV)<sup>39</sup>.

El fortalecimiento de la posición del cónyuge comisario ante los hijos deriva de la ya aludida flexibilidad respecto a la distribución de la cuantía de la legítima (los 4/5 pueden distribuirse libremente entre los sucesores, pudiendo recaer la totalidad de la misma en uno de ellos e incluso verse favorecido también con el 1/5 de libre disposición: arts. 54 y 55 LDCFPV).

Además, los vizcaínos no aforados también podrán ordenar por comisario la sucesión en la empresa familiar con arreglo a las disposiciones de este Fuero (art. 13 LDCFPV).

En el caso de **Álava**, si se constituye usufructo poderoso a favor del cónyuge viudo, institución que presenta evidentes analogías con el testamento por comisario (salvo la ausencia, en Álava, de designación legal de plazo al cónyuge para el ejercicio del poder), además del contenido propio del usufructo, el viudo usufructuario podrá adjudicar bienes concretos, que podrán ser todos los bienes, lo que facilita la transmisión indivisa de la empresa familiar sin necesidad de pagar complementos de legítimas al resto de los hermanos, puesto que la libertad de testar es total<sup>40</sup>.

### 2.2.3. Pactos Sucesorios

Al igual que las dos opciones anteriores, los pactos sucesorios no son admitidos con carácter general por el Código Civil, pero sí, como ya se refirió anteriormente, por los ordenamientos civiles autonómicos.

Este tipo de pactos, dada su esencial irrevocabilidad, presenta la ventaja apuntada de su utilidad en supuestos de crisis matrimoniales en los que los cónyuges quieran asegurarse que los hijos comunes recibirán después del fallecimiento de cada uno de ellos la titularidad de determinados bienes como es el caso de la titularidad de las acciones o participaciones sociales.

36. Cfr. Art. 32 LDCFPV: «El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos».

37. Cfr. Art. 33 LDCFPV: «El nombramiento del comisario habrá de hacerse en testamento ante Notario. Los cónyuges, antes o después del matrimonio, podrán además nombrarse recíprocamente comisario en la escritura de capitulaciones o pacto sucesorio. A esta designación entre cónyuges se le denomina *alkar poderoso*».

38. El fortalecimiento de la posición del cónyuge comisario ante los hijos deriva de una mayor flexibilidad respecto a la distribución de la cuantía de la legítima que en el Código Civil (los 4/5 pueden distribuirse libremente entre los sucesores, pudiendo recaer la totalidad de la misma en uno de ellos e incluso verse favorecido también con el 1/5 de libre disposición: arts. 54 y 55 LDCFPV). A ello se aludirá más adelante cuando se aborde la sucesión *mortis causa* en el derecho vizcaíno.

39. Cfr. Art. 105 LDCFPV: «Si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo, salvo disposición contraria del testador, será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal, en tanto no medie aceptación de la herencia por los sucesores designados.

Salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo, designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio tendrá además el usufructo del caudal, sin obligación de prestar fianza».

40. Cfr. art. 140 LDCFPV: «el usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito, inter vivos o mortis causa, de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo».

Añade el art. 141 LDCFPV que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ejercicio de la libertad de testar, el constituyente del usufructo estará facultado para señalar las personas entre las cuales el usufructuario poderoso pueda designar al o a los destinatarios de los bienes, así como para ampliar, restringir o concretar su contenido».

En **Guipúzcoa** se deben ceñir al caserío y sus pertenecidos y no pueden abarcar el resto del patrimonio (art. 179 ley 3/1999). Por tanto, no son instrumentos que puedan utilizarse para garantizar la adecuada sucesión de la empresa familiar en desarrollo de un protocolo familiar previsto a tales efectos.

En **Vizcaya** sí son admitidos los pactos sucesorios para todos los bienes de los otorgantes, incluida la empresa familiar, formalizados en capitulaciones matrimoniales o pacto otorgado en escritura pública (art. 74 LDCFPV).

La designación de sucesor en bienes por pacto sucesorio puede ser con transmisión de presente (art. 77 LDCFPV) o con eficacia *post mortem* (art. 78 LDCFPV). Lo mismo se dispone para Guipúzcoa en el art. 180 de la ley 3/1999, de 26 de noviembre<sup>41</sup>.

## V. LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR

### 1. Valoración de sus aspectos fundamentales

La nueva regulación de la publicidad de los Protocolos Familiares se ha llevado a cabo mediante Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, cuya entrada en vigor es del 5 de abril de ese mismo año (en adelante RDPPF).

La cuestión de la publicidad y Registro de los protocolos familiares se plantea legislativamente, y por primera vez, en la Disposición final segunda de la ley 7/2003, de 1 de abril, de creación de la sociedad limitada de la nueva empresa, por la que se modifica la ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada. En su apartado 3 se dispone 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.

Esta disposición final establece, en primer lugar, la regulación de las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares. En segundo lugar, habla del acceso al Registro Mercantil y, en su caso, se establecerán las condiciones, forma y requisitos para (&mladr;) el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción.

La cuestión se plantea, por tanto, en dos ámbitos distintos: la publicidad o toma de razón de los protocolos familiares y el acceso al Registro Mercantil de aquellas escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción<sup>42</sup>.

Esta nueva competencia de dar publicidad a los protocolos familiares otorgada al Registro Mercantil está amparada por el artículo 16.2 del Código de Comercio que establece que corresponderá al Registro Mercantil la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes.

En el mismo se ha optado por un régimen de publicidad voluntario<sup>43</sup>, algo que se considera un acierto del legislador y por otra parte lógico si tenemos en cuenta que la mayor parte del contenido de un Protocolo tiene carácter sensible y confidencial, lo que hace que mantener su conocimiento privado y sólo entre los firmantes sea razonable, recomendable y, en muchos casos, del todo necesario.

No hay que olvidar que un Protocolo contiene tanto disposiciones de naturaleza estrictamente empresarial, como las bases de gestión e inversión futura de la empresa. Asimismo contiene disposiciones de naturaleza jurídico-familiar, ya que detalla los mecanismos para conservar la propiedad

41. Para un estudio más detenido de la eficacia de los pactos sucesorios en Vizcaya, puede verse ASPIRI, I., *Los pactos sucesorios en el derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994, pgs. 578 y ss.; e IMAZ ZUBIAUR, L., *La sucesión paccionada en el derecho vasco*, Madrid, 2006, pgs. 418 y ss.

42. Vid. BOSCH CARRERA, A., «Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar», en *El Protocolo Familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, 2007, pgs. 233 y ss.

43. Cfr. Art. 2.3 RDPPF: «La Publicidad del protocolo siempre tiene carácter voluntario para la sociedad».

mayoritaria de la familia, el relevo generacional en la gestión, regula el régimen económico-matrimonial de sus miembros, se planifican disposiciones testamentarias o donaciones, se regula el acceso de los familiares a la empresa familiar como gestores o trabajadores, sus retribuciones, etcétera.

Tal y como se verá a continuación, la nueva norma permite a las familias que lo deseen elegir entre tres niveles de publicidad registral (de menos a más): la mera mención de que el Protocolo existe, sin entrar en su contenido; el depósito de todo su contenido o parte de él con ocasión de la presentación de las cuentas anuales; y la inscripción por medio de escritura pública de los acuerdos sociales que incluyan cláusulas en ejecución del Protocolo.

Hasta ahora los protocolos familiares rara vez se hacían públicos, excepto cuando algunas de sus disposiciones se incorporaban a los estatutos de la compañía y, por tanto, debían inscribirse en el Registro Mercantil. Ello suponía que únicamente tuvieran la validez ya referida de los pactos entre partes (que es ley entre ellas), pero ahora tendrán además publicidad y transparencia frente a terceros.

Precisamente, la importancia de la normativa radica en la posibilidad de dotar de transparencia a estos acuerdos y en el efecto que esa publicidad tendrá en el mercado. En una primera valoración de esta normativa realizada por expertos del Instituto de la Empresa Familiar, se atribuyen dos grandes valores o utilidades a la posibilidad legal de inscribir el Protocolo. Una es interna, para la familia, y radica en el hecho de que refuerza el valor de este instrumento, lo hace más serio y más relevante para la familia. La otra es externa, hacia el mercado: los grupos de interés van a valorar positivamente la presencia de un pacto de este tipo, aunque sólo sea a través de la publicidad mínima.

El texto que ha elaborado el Ejecutivo afectará únicamente a las empresas familiares no cotizadas (que son la gran mayoría), puesto que las familiares anónimas cotizadas se rigen por las normas de transparencia contenidas en la regulación del mercado de valores y de sociedades anónimas.

Para las empresas familiares, el Real Decreto tiene otro valor añadido: el de regular por primera vez en un texto legal un instrumento que llevan años utilizando. Al margen de la publicidad, lo importante de esta normativa es que por primera vez se da cobertura legal al concepto de Protocolo.

Así, en este Real Decreto se define de forma descriptiva limitada el concepto de Protocolo Familiar (art. 2 RDPPF) 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.

## **2. Análisis de la normativa**

De forma resumida, se pasa a continuación a comentar y analizar los aspectos más destacados del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares:

1. Objeto de publicidad. Es objeto de publicidad el Protocolo Familiar y no cualesquiera otra clase de pactos parasociales.

Además, sólo se puede publicar el Protocolo Familiar de una sociedad no cotizada. De esta forma nos encontramos actualmente con que las sociedades no cotizadas pueden voluntariamente publicar sus protocolos familiares, pero no un pacto parasocial «ordinario», mientras que las sociedades cotizadas, en virtud del artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores, se hallan obligadas a publicar sus pactos parasociales (pero sólo en el caso de que se refieran a la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones) pero no pueden publicar su Protocolo Familiar. A la vista de este panorama, quizás

es el momento de plantearse la necesidad de «ensanchar» nuestras normas de derecho societario, permitiendo la inclusión en los estatutos de lo que hoy son pactos válidos y eficaces inter partes<sup>44</sup>.

2. Acceso del Protocolo Familiar al Registro Mercantil. Dicho acceso se puede realizar a través de las siguientes formas:

a) Constancia en la hoja registral de la sociedad, probablemente como nota al margen, de la existencia del Protocolo Familiar sin hacer referencia alguna a su contenido. Este Protocolo debe ser identificado y si constare en escritura pública se indicará el Notario, lugar, fecha y número de Protocolo. Estamos ante un supuesto de Publicidad Noticia. No vincula a terceros (art. 5 RDPPF<sup>45</sup>).

b) Depósito del Protocolo Familiar junto con las cuentas anuales del ejercicio. Al depositar las cuentas anuales, el órgano de administración puede incluir, como documento a depositar, una copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el Protocolo. Estamos aquí también ante un supuesto de Publicidad Noticia. No vincula a terceros (art. 6 RDPPF<sup>46</sup>).

En la medida en que el depósito del Protocolo es potestativo para la sociedad, su omisión no conllevará para la compañía las sanciones establecidas para el incumplimiento de la obligación de depósito de las cuentas anuales (art. 378 RRM).

En lo relativo a la finalidad perseguida por esta herramienta, el documento presentado debe ser relevante sólo a los efectos de buen gobierno de la sociedad familiar.

El término técnico de «publicidad-noticia» común a las dos formas de publicidad anteriormente indicadas trata de explicar una categoría de eficacia «menor» o menos intensa de la publicidad registral que la que caracteriza la eficacia registral habitual. La publicidad predispuesta por el legislador para esos casos y hechos registrables no supone que se revista a lo publicado del carácter de «verdad oficial» (eficacia declarativa ordinaria).

Esto es, lo publicado bajo ese régimen no se beneficia de los efectos propios de la publicidad material (principios de legitimación, oponibilidad, tracto sucesivo) como eficacia característica de los registros jurídicos frente a los registros administrativos, sino tan sólo de la «mera publicidad».

La publicidad registral funciona entonces como un simple mecanismo de «noticia legal» o de cognoscibilidad legal de lo publicado por los terceros; cognoscibilidad legal que se asegura a través de los instrumentos y con los requisitos previstos de publicidad «formal» del Registro Mercantil.

Según la Exposición de Motivos de este Real Decreto regulador de la publicidad de los Protocolos Familiares, la única forma de publicidad que tiene consecuencias sustantivas, es la inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del Protocolo Familiar que producirá un efecto de publicidad material y no de publicidad noticia.

c) Inscripción de aquellos acuerdos sociales adoptados en ejecución de un Protocolo Familiar. En este caso se trata de acuerdos sociales inscribibles cuya única especialidad es que los mismos se han adoptado en ejecución de un Protocolo Familiar. Estamos ante un supuesto de Publicidad Material y, por tanto, oponible a terceros (art. 7 RDPPF<sup>47</sup>).

Esta forma de publicidad supone que al solicitar la inscripción de un acuerdo social inscribible conforme a la legalidad vigente, se puede mencionar, si la sociedad así lo desea, que el mismo se ha adoptado en ejecución de un Protocolo Familiar. En este caso, la escritura pública que incorpora el

44. Vid. ZANDÚJAR SANTOS, J. J., «La Publicidad de los Protocolos Familiares», 2007, en <http://www.togas.biz/>.

45. Cfr. Art. 5.1 RDPPF: «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».

46. Cfr. Art. 6 RDPPF: «El órgano de administración, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador».

47. Cfr. Art. 7 RDPPF: «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».



acuerdo en cuestión, pasa a denominarse «escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales en ejecución del Protocolo».

A ella se refiere el artículo 7 del Real Decreto bajo la rúbrica de «Inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del Protocolo Familiar».

No se trata tanto de publicar registralmente el Protocolo Familiar en sí mismo considerado, sino de inscribir en la hoja abierta a las sociedades mercantiles familiares a las que el Protocolo afecte, las oportunas cláusulas estatutarias inscribibles resultantes de los títulos que documentan los negocios societarios adoptados en su ejecución, tales como las escrituras públicas de modificación estatutaria<sup>48</sup> (en este último caso, por ejemplo, ex. art. 123 RRM una cláusula que restrinja la transmisibilidad de acciones o una cláusula que reconozca derecho de adquisición preferente a favor de los accionistas evitar la incorporación de extraños a la Empresa Familiar en ejecución de lo previsto en el Protocolo).

El precepto requiere que el Protocolo esté publicado. En la medida en que la norma nada específica, este requisito se considerará cumplido cuando la publicación se haya hecho a través de la página web o de su depósito en el registro mercantil<sup>49</sup>.

Si el Protocolo familiar como tal no tiene acceso al Registro Mercantil, tampoco tienen acceso al mismo los instrumentos jurídicos de desarrollo del Protocolo Familiar (capitulaciones, testamento). Para estos últimos, aunque con una publicidad de eficacia limitada, están el Registro Civil (capitulaciones matrimoniales) o el Registro de Últimas Voluntades (testamento y pactos sucesorios).

En lo relativo a las capitulaciones matrimoniales, a petición de persona interesada y, por tanto, con carácter voluntario, puede hacerse constar al margen de la inscripción de matrimonio, mediante asiento de indicación, la existencia de los pactos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal (arts. 1333 y 1346 CC y 77 y 266 LRC). La publicidad que se obtiene con la indicación se circunscribe a la existencia de la capitulación ante o postmatrimonial pero no alcanza a su contenido que queda fuera del Registro Civil<sup>50</sup>.

Por su parte, al Registro General de Actos de Última Voluntad, además de los testamentos, tienen acceso los pactos sucesorios contenidos en el Protocolo Familiar. Aunque su eficacia es limitada, es un Registro creado en 1885 cuya llevanza por la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia le dota de total garantía.

Se regula por el anexo II al Reglamento Notarial. Su artículo 2 señala el ámbito material. En el Registro General de Actos de Última Voluntad se toma razón (el contenido queda fuera) de los testamentos y en general de actos de última voluntad<sup>51</sup>, entre los que se citan expresamente las donaciones mortis causa.

El acceso en vida del testador, disponente o donante al Registro General de Actos de Última voluntad está muy limitado. Según el artículo 5. 2 sólo podrán expedirse certificaciones de lo que resulte del Registro General cuando las soliciten los mismos otorgantes, acreditando su personalidad o mandatario con poder especial otorgado ante notario.

En realidad, la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 4 de mayo de 2005 publicada en el Boletín Oficial del Estado de 6 de julio de 2005, ya se mostraba partidaria de que en el amplio margen que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada da a la auto-

48. Así lo advierte FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Navarra, 2008, pg. 172.

49. Vid. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, 2007, pg. 1154.

50. Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Condiciones de la Persona», en *Manual de Derecho Civil, t. I, Introducción y Derecho de la persona* (PUIG FERRIOL, LI., GETE ALONSO Y CALERA, M. C., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J.), 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pg. 151.

51. Tradicionalmente se ha tomado razón de los capítulos matrimoniales con contenido sucesorio (vid. BOSCH CARRERA, A., «Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar» cit., en *El Protocolo Familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, 2007, pgs. 247 y 248).

mía privada, y mientras la sociedad mantenga la caracterización de empresa familiar, se pudiesen incluir normas en los Estatutos Sociales con la finalidad de conservación de la empresa y patrimonio familiares inscribibles en el Registro mercantil. Por tanto, se ha especificado lo que ya se puso de manifiesto pero ahora amparado en un Real Decreto<sup>52</sup>.

Los efectos de esta publicidad vinculante frente a terceros se irán viendo caso por caso pero, a título ejemplificativo y por ser un supuesto común, si uno de los socios familiares vulnera la prohibición impuesta en el Protocolo de transmisión a extraños de acciones o participaciones sociales, a ese tercer adquirente no le será reconocida su condición de socio.

Además de las anteriores formas de publicidad registral, el Protocolo Familiar se puede «colgar» en el sitio web de la sociedad, siempre que el dominio o dirección de internet conste en el registro mercantil de conformidad con el art. 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio (art. 4 RDPPF).

Esta última modalidad de publicidad puede calificarse de privada, a diferencia de las anteriores que gozan de carácter oficial. Con su inserción en el Real Decreto únicamente se declara posible una práctica que ya era lícita con anterioridad a la entrada en vigor<sup>53</sup>.

La publicación puede ir referida a todo o a sólo una parte de las cláusulas del documento y su utilización no excluye el acceso al Registro Mercantil.

3. Órgano competente para solicitar la publicación del Protocolo familiar. Éste es uno de los puntos peor tratados en el RDPPF. Así, la responsabilidad de la publicación del Protocolo Familiar recae sobre el órgano de administración, quien deberá tomar la decisión «en atención al interés social» (art. 3.1 RDPPF) aunque para ello deberá contar con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos sean incluidos en el Protocolo. Quizás, en atención al carácter íntimo o confidencial de algunas de las cláusulas del Protocolo (régimenes económico-matrimoniales, cuestiones sucesorias, etc.), habría sido más acorde con la naturaleza del documento atribuir la facultad u obligación de publicar el Protocolo, mediante el oportuno apoderamiento, a uno de sus firmantes.

Ahora bien, la publicación del Protocolo en la web de la sociedad o en el Registro Mercantil, deberá ajustarse en todo caso a la normativa que sobre protección de datos personales establece la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

52. La relevancia de esta Disposición final de la Ley 7/2003 radica en que se contiene, por vez primera, una mención legal expresa a los protocolos familiares. Esta mención es producto de la preocupación del legislador que a su vez se hace eco de lo que las estadísticas nos muestran con insistencia: el 65% de las empresas españolas tienen una estructura de propiedad familiar y únicamente el 35% pasan de la primera a la segunda generación y menos del 13% alcanzan la tercera generación. Así se pone de relieve en un estudio realizado por GALLO, M. Á., «La sucesión de la empresa familiar», *Colección Estudios e Informes*, núm. 12, Servicios jurídicos de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, 1998, pg. 11.

Tal y como constata GORTAZAR LORENTE, C., «Derecho y Empresa Familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo», en *XIII Jornades de Dret Civil Català de Tossa de Mar*, 2004, en <http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm>, se han diagnosticado muchos problemas que afectan a la Empresa Familiar (delimitación del patrimonio empresarial y familiar; falta de profesionalización en la gestión e incorporación de los miembros de la familia; búsqueda de capital para crecer sin diluir el control familiar; existencia de conflictos por necesidad de liquidez, etc.) pero, sin duda, el mayor reto que se presenta es el de garantizar la continuidad y sucesión de la empresa familiar. Esta preocupación se remonta al año 2001, a la Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, a instancia de una moción del mismo, para que se emitiera un Informe que recogiera aquellas materias que en la compleja realidad de la Empresa Familiar pudieran ser objeto de una regulación específica. El informe propuso varias recomendaciones que se centraban en la figura del protocolo familiar como herramienta indicada para abordar la solución de los complejos problemas de la empresa familiar en España y, especialmente, el fortalecimiento de su supervivencia generacional.

En dicho informe se propuso, entre otras conclusiones, las siguientes: (i) Recomendar que por parte de las Administraciones Públicas se adopten políticas de información y comunicación para el desarrollo y mejora de la gestión en las empresas familiares; (ii) Recomendar a las empresas familiares la formalización de un Protocolo familiar, al considerarlo el instrumento más adecuado para regular la problemática de las empresas familiares.

Como corolario a todo ello se sitúa la nueva norma relativa a la publicidad del protocolo familiar como instrumento destinado a asegurar la conservación y continuidad de la empresa familiar. Su regulación se construye en torno al Registro mercantil como institución llamada a dotar de transparencia a las empresas mercantiles en general y a las empresas familiares en particular desde el momento en que la adquisición de su personalidad jurídica depende de su escritura de constitución en dicho Registro.

53. En este sentido, vid. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «El protocolo familiar y su publicidad» cit., *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, 2007, pg. 1150.

4. Calificación registral. El papel del registrador en esta materia se considera que va a ser limitado a los acuerdos sociales objeto de inscripción adoptados en ejecución de un Protocolo Familiar serán objeto de calificación registral en los términos previstos en los artículos 18 del Código Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y ello a pesar de que el artículo 6 RDPPF preceptúe la calificación del Protocolo cuando se presente a depósito junto con las cuentas anuales. Parece que esta última calificación se extenderá únicamente a comprobar la legalidad de la forma extrínseca del documento y la legitimación de quien solicita la publicación.

5. Efectos de la publicidad del Protocolo Familiar. Tal y como se ha adelantado, en los casos previstos en las letras a) y b) del punto 2 anterior se está en presencia de una simple publicidad-noticia. Sólo los acuerdos inscribibles en virtud de un Protocolo Familiar gozarán de la fe pública registral.

6. Modificaciones del Reglamento del Registro Mercantil (RRM). Finalmente, el RDPPF aprovecha para actualizar el RRM, permitiendo expresamente la inscripción de determinadas cláusulas estatutarias elaboradas por abogados y notarios, y que ya eran admitidas registralmente. Los artículos del RRM que resultan modificados se detallan a continuación:

6.1. Arts. 114.2 y 175.2, aplicables respectivamente a sociedades anónimas y limitadas<sup>54</sup>:

Se especifican cuáles pueden ser los pactos que, sin oponerse a las leyes y sin contradecir los principios configuradores de las sociedades anónimas y limitadas, se pueden incluir en la escritura y reflejar en la inscripción. Estos pactos, aunque consten inscritos, está claro que su eficacia la despliegan exclusivamente entre los que los suscriban y sus causahabientes, y son los siguientes:

—Cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en el Protocolo Familiar objeto de publicación; de manera que, ahora, para los Protocolos Familiares, aunque no para el resto de pactos parasociales, se evita la necesidad de tener que contemplar su cumplimiento como una prestación accesoria.

— Pactos unánimes sobre la forma de determinar el valor razonable de acciones o participaciones en las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*. Ésta es una cláusula que, bien diseñada, puede salvaguardar los intereses de los socios minoritarios.

— El pacto de sumisión a arbitraje. No constituye ninguna novedad, aunque quizás sí lo sea su admisibilidad legal, ya apuntada en alguna Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado.

— Pacto de obligación de venta conjunta por los socios de partes sociales de sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable.

En realidad, por lo que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada, este pacto ya era inscribible al amparo del artículo 188.3 RRM. No es más que una variante de las conocidas como cláusulas de salida conjunta de una sociedad de forma voluntaria u obligatoria.

— La existencia de comités consultivos (en concreto, se está pensando en el Consejo de Familia) es una posibilidad que, en realidad, podía ya contemplarse bajo el ámbito del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005, siempre que se detallase perfectamente el régimen de funcionamiento de dichos comités.

El Consejo de Familia está integrado por los cabezas de rama Familiar acompañados de otro miembro de la familia en quien concurren determinados requisitos y tiene por finalidad, además de asegurar la buena convivencia familiar (coordinando las relaciones entre la Familia Empresaria y la Empresa Familiar), la aplicación de los principios y normas contenidas en el Protocolo Familiar,

54. Entre lo más reciente, estas modificaciones al RRM son objeto de estudio por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Navarra, 2008, pgs. 119 a 144.

velando por su cumplimiento con el mayor consenso posible. Asimismo debe proponer la modificación y adaptación de las mismas<sup>55</sup>.

6.2. Arts. 124.2 y 185.3 d). Aplicable a sociedades anónimas y limitadas respectivamente<sup>56</sup>.

Se establece la posibilidad de que los estatutos creen un comité consultivo independiente del órgano de administración y representación de la sociedad.

En estos casos debe determinarse en estatutos si la competencia para su nombramiento y revocación es del órgano 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; sus concretas competencias que sólo pueden ser informativas y consultivas, así como su denominación a la que se le puede añadir el término «familiar».

Igualmente puede incluirse en estatutos la posibilidad de existencia de cargos honoríficos con su sistema de retribución.

6.3. Art. 186.5. Sólo aplicable a sociedades limitadas, en materia de representación en Junta general.

Como contrapunto de que la asistencia personal del representado a la Junta implica la revocación de la representación conferida, se establece la posibilidad de establecer lo contrario en los estatutos de la sociedad. Es un pacto que puede ser de gran utilidad en sociedades familiares ya que evita que determinados socios que hayan conferido una representación, sea en documento público o por escrito especial para una Junta, por cualquier circunstancia decidan asistir a la reunión provocando la revocación automática de la representación conferida. Lo normal es que esa representación se confiera por los hijos a favor de sus padres.

6.4. Art. 187.1. Dictado para las limitadas aunque pueda ser también aplicable a las sociedades anónimas.

Se aclara, aunque no hubiera sido estrictamente necesario, que las prestaciones accesorias pueden tener un contenido económico y que pueden consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer. Igualmente se establece la posibilidad de establecer garantías para su cumplimiento. Es decir, que además de la sanción legal que lleva el incumplimiento de la prestación accesoria, como es la exclusión de la sociedad, se puede prever que el obligado a cumplirlas las garantice con cualquiera de las formas de garantía personal o real que ofrece el ordenamiento jurídico.

6.5. Art. 188. 5 (nuevo). Para las sociedades limitadas.

Permite que en los estatutos se establezca la posibilidad de que el ejercicio de los derechos de socio corresponda al titular de las participaciones o, en su caso, a sus causahabientes. Igualmente los estatutos pueden prever la designación de un representante para el ejercicio de los derechos de socio constante la comunidad hereditaria, siempre de acuerdo con el título sucesorio. Es un pacto también muy interesante desde el punto de vista de los protocolos familiares pues puede solucionar los problemas que se plantean en la disolución de la sociedad de gananciales sin liquidar y en la misma situación que se da en la comunidad hereditaria o en la situación de herencia yacente. Aunque es un precepto dictado para la sociedad limitada, parece no haber inconveniente en su utilización en una sociedad anónima familiar.

55. La función que cumple el Consejo de Familia en relación al Protocolo Familiar es constatada por AMAT, M., «Modelos de protocolos familiares: presentación de un ejemplo de un protocolo legal», en *El protocolo Familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, 2007, pg. 258; y VICENT CHULIÀ, F., «Organización jurídica de la sociedad familiar» cit., pg. 41.

56. De la modificación relativa a la posibilidad de crear mediante pacto estatutario comités consultivos y cargos honoríficos se ocupa FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral* cit., pgs. 150 a 155.