

PREPARACIÓN DE LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

*Discurso leído el 19 de noviembre de 2010
en el acto de recepción como Académico por el*
EXCMO. SR. D. BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA

y contestación del
EXCMO. SR. D. RAFAEL RIVAS TORRALBA



MURCIA

2010

PREPARACIÓN DE LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

PREPARACIÓN DE LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

*Discurso leído el 19 de noviembre de 2010
en el acto de recepción como Académico por el*
EXCMO. SR. D. BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA

y contestación del
EXCMO. SR. D. RAFAEL RIVAS TORRALBA



MURCIA

2010

Bartolomé Nieto García
Rafael Rivas Torralba
Dep. Legal: MU-1760-2010
Imprime: FG Graf - fggraf@gmail.com
Printed in Spain - Impreso en España

PREPARACIÓN DE LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

SUMARIO

1. DELIMITACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.....	11
2. METOLOGÍA EXPOSITIVA.....	12
3. LA ESTRUCTURACIÓN DEL PATRIMONIO DEL EMPRESARIO.....	14
3.1. Las capitulaciones matrimoniales.....	14
3.2. Organización de la propiedad de la empresa	19
3.2.1. Las Comunidades de Bienes	19
3.2.2. Las formas societarias	25
3.2.2.1. Sociedad Regular Colectiva	26
3.2.2.2. Sociedad Comanditaria simple y por acciones....	28
3.2.2.3. Las sociedades de capital	30
4. LA ESTRUCTURACIÓN DE LA EMPRESA. EL BUEN GOBIERNO DE LA EMPRESA FAMILIAR.....	31
4.1. El interés de la familia. El Protocolo Familiar	32
4.1.1. Concepto	32
4.1.2. Naturaleza Jurídica.....	32
4.1.3. Contenido.....	36
4.1.4. Vías de instrumentación	39
4.1.5. Publicidad del protocolo familiar.....	43
4.2. El interés de la propiedad en la Empresa familiar. La Junta General de socios.....	47
4.2.1. Configuración del derecho de voto	48
4.2.2. Pactos relativos a la adopción de determinados tipos de acuerdos.....	49
4.2.3. Pactos relativos a la transmisión de acciones o partici- paciones sociales	51

4.2.3.1.	Transmisiones inter vivos.....	52
i.	Régimen de autorización previa.....	53
ii.	Derecho de adquisición preferente	53
iii.	Pactos de reversión.....	57
iv.	Pactos de homogeneización o equilibrio.....	59
v.	Pactos de venta conjunta	59
4.2.3.2.	Transmisiones mortis causa	61
4.2.3.3.	Transmisión forzosa	63
4.2.4.	Previsiones estatutarias relativas a los aumentos de capital social	65
4.3.	El interés de la propia empresa. El órgano de administración.	69
4.3.1.	Designación y separación de administradores.....	70
4.3.2.	Aplicación a la sociedad limitada del sistema proporcional.....	72
4.3.3.	Coordinación propiedad-gestión. Los Comités consultivos.....	75
5.	LA ESTRUCTURACIÓN DE LA SUCESIÓN DEL EMPRESARIO..	79
5.1.	Relevo generacional en vida del empresario.....	79
5.1.1.	Donaciones mortis causa	80
5.1.2.	Contrato de alimentos	81
5.2.	Relevo generacional para después de la muerte	81
5.2.1.	El patrimonio del discapacitado	81
5.2.2.	El testamento del empresario.....	84
5.2.2.1.	La promesa de mejorar. El art. 826 CC	84
5.2.2.2.	Disposición mortis causa de bienes gananciales...	85
5.2.2.3.	Previsiones a adoptar cuando entre los llamados a la sucesión existen menores o incapacitados.....	86
5.2.2.3.1.	Asimilación a la figura del trust por medio de los negocios fiduciarios. Soluciones que ofrece nuestro Derecho.....	89
5.2.2.3.2.	El art. 831 CC	94
5.2.2.3.3.	Flexibilización de la sucesión forzosa a favor del discapacitado por la Ley 41/2003	97
6.	CONCLUSIONES.....	97

Excmo. Sr. Presidente
Excmos. e Ilmos. Sres.
Señoras y señores

Naturalmente mis primeras palabras con ocasión del acto en el que soy recibido en esta Academia, han de ser de agradecimiento.

Agradecimiento, en primer lugar, a los Sres. Académicos por acogerme en su Casa. Soy consciente de que tal decisión descansa más en su generosidad que en mis méritos y, empleando la fórmula habitual en los instrumentos notariales para las transmisiones lucrativas, la “acepto agradecido”. Supone para mí una gran satisfacción formar parte de esta Corporación cuyos miembros actuales y pasados han sido punto de referencia en mi formación profesional.

Agradecimiento para mis profesores de nuestra vieja y querida Facultad de Derecho quienes, siendo casi un adolescente, supieron transmitirme la sensibilidad necesaria para leer el art. 1004 del Código Civil sin ver en él un mero plazo en que el heredero no podía ser requerido para que manifestase si acepta o repudia la herencia, sino el reconocimiento del derecho del hijo a llorar la muerte de su padre sin ser molestado con formalidades legales, comprendiendo así que el Derecho y, en especial, el Derecho Privado, no es sólo un conjunto de normas artificiales o artificiosas, sino –cosa que con frecuencia olvida el legislador actual- la expresión de la cultura jurídica de un pueblo; concepción que llena de sentido la definición del Profesor DE CASTRO de Derecho Civil como “el que determina de modo general el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia, dentro de la total organización jurídica”.

Y mi agradecimiento también a mi maestro, José Tomás Bernal-Quirós, quien poniendo a mi disposición su tiempo, conocimientos y afecto –que él sabe correspondido-, me enseñó el oficio al que he dedicado ya la mayor parte de mi vida.

Mi discurso versará sobre la “Preparación de la sucesión en la empresa familiar”. Está inspirado en una prospección efectuada en 2004 por UNILCO, del que resulta que un 50% de las empresas familiares existentes en España no tienen ningún plan de sucesión, el 55% de las encuestadas no tiene normas sobre disposiciones testamentarias y el 54% de ellas no las tiene sobre los regímenes económico matrimoniales; y en un informe de 2005 elaborado por el Instituto de Empresa Familiar español, coordinado por CARLOS PURSALS, según el cual un tercio de las empresas familiares de la Unión Europea se tendrán que traspasar a la siguiente generación en un plazo de diez años.

Mi intención es hacer una reflexión que, a modo de vista panorámica dada la extensión del tema, ponga de manifiesto la utilidad de diversos instrumentos que nuestro Ordenamiento ofrece para conseguir la conservación de la empresa familiar y lo que se ha dado en llamar su “buen gobierno”.

PREPARACIÓN DE LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

1. DELIMITACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

No define nuestro Ordenamiento el concepto de “empresa familiar”, y ni siquiera el de “empresa”, pese a que aquella es objeto de tratamiento específico en algunas normas fundamentalmente de carácter fiscal.

Prescindiendo de cuestiones doctrinales, entenderemos por “**empresa**”, con el Profesor ALONSO ESPINOSA -que aúna la doctrina de las SSTs 4 diciembre 1933 y 17 diciembre 1960- *“ el conjunto interrelacionado de elementos personales, materiales, inmateriales y relaciones, organizado por el empresario en función del ejercicio de su actividad empresarial, que se objetiva y obtiene un valor económico superior a la suma de los elementos que lo integran”*. Y la empresa es “**familiar**” según la generalidad de la doctrina, cuando en ella concurren estas tres notas: 1) la propiedad de la empresa pertenece a un individuo o grupo familiar, entendiendo por “familia” en sentido amplio el conjunto de personas entre las que existen relaciones de matrimonio o parentesco a las que la ley atribuye efectos jurídicos; 2) este ostenta el gobierno y dirección de la misma; y 3) tiene el propósito de mantener su unidad en el futuro asegurando su transmisión *“mortis causa”*.

El concepto de empresa familiar no es, pues, equiparable al de “**pequeña y mediana empresa**”, las PYMEs, que atiende a parámetros no jurídicos sino económicos, aunque, por lo general, estas son empresas familiares. El RD 1515/2007, dictado al amparo de la DF 1ª de la Ley 16/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas,

considera como tales aquellas que durante dos ejercicios consecutivos reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las tres circunstancias que previene su art. 2.

Así entendido el concepto, dicen GERSICK -citado por GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL- que **en el mundo** entre el 65 y el 80 por ciento de las empresas son familiares y el 40% de las empresas más importantes pertenecen o están regidas por un grupo familiar. Según un estudio de 2005 de **Alexander Hughes España**, en la **Unión Europea** el 75% de las empresas son familiares, entre ellas 25 de las 100 empresas más importantes, y representan el 65% del PIB y del empleo europeo, y en **España**, entre el 75 y el 80 por ciento del total de las empresas son familiares, producen el 70% del PIB, realizan el 59% de las explotaciones y emplean al 75% de la población activa".- Esta importancia social y económica ha motivado un régimen fiscal específico, la creación en 1992 del Instituto del a Empresa Familiar y varias Cátedras universitarias y que el IX Congreso Notarial de 2005 se celebre bajo el lema "*El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación y transmisión*", que culminó con la publicación de una obra de consulta imprescindible por constituir, quizá, el trabajo doctrinal más importante publicado en nuestro país sobre la materia.

Ciertamente el último elemento diferenciador –propósito de mantener la unidad en la sucesión "*mortis causa*"- es discutido por quienes estudian la figura desde el punto de vista de su tratamiento fiscal, con lo que necesariamente han de objetivarla. Así PÉREZ-FADÓN, para quien los criterios subjetivos no son constatables y, además, la idea de permanencia es propia de todas las empresas que no se han constituido para realizar actividades concretas, de tal modo que lo considera carácter no definitivo para calificarlas en cuanto que no significa otra cosa que una mera vocación o deseo de que permanezcan en poder de la misma familia o grupo familiar gracias al relevo generacional.- No obstante y desde un punto de vista jurídico privado, este elemento diferenciador es decisorio, y sobre el versará mi exposición, por cuanto que en unión de los demás justifica la adopción de una medidas especiales en orden a la estructuración de la empresa, la fijación de su régimen de gobierno y la previsión de su sucesión.

2. METODOLOGÍA EXPOSITIVA

Pese a su denominación de "familiar" es lo cierto que esta empresa puede estar constituida con forma social o como empresario individual, sin que esta

última estructura desvirtúe su carácter familiar, ya porque los bienes sean gananciales, ya porque los administre el cónyuge no propietario o sean propiedad de otros parientes junto con el administrador.

Así centrada la cuestión, a efectos sistemáticos, dada la ubicación física de esta Academia, limitaré mi exposición al régimen de Derecho Común y partiré del supuesto más sencillo de que la empresa pertenezca a una sola persona física. Las soluciones que aportemos entonces para el relevo generacional, ya en forma de comunidad ya en forma de estructuración societaria, serán perfectamente transponibles a situaciones iniciales más complejas en que sean estas las posiciones de partida.

Podemos afirmar sin riesgo de error que la adecuada previsión de la sucesión de la empresa familiar implica la previa estructuración de tres elementos esenciales cuales son el patrimonio del empresario, la propia empresa y la sucesión de aquel, y que nuestro Ordenamiento ofrece los instrumentos adecuados para la consecución de dichas finalidades, a saber:

- La estructuración del patrimonio del empresario se logra con la regulación de su régimen económico matrimonial por medio de las capitulaciones matrimoniales, y de su propiedad, esto es, la adopción de la previa decisión de atribuir la propiedad de la empresa directamente al empresario o a una persona jurídica, empresario social, de la que aquel sea el titular de sus acciones o participaciones sociales con elección de la correspondiente fórmula societaria.
- La estructuración de la empresa resultará en su caso de la autorregulación de la comunidad que devendrá del relevo generacional –normas civiles- o de la sociedad constituida –derecho societario-, conectando entre sí los intereses en concurrencia: los de la familia empresaria, los de la propiedad de la empresa y los de la propia empresa. Los intereses de la familia quedan encomendados al Protocolo Familiar, los de la propiedad a la regulación de la Junta General de la sociedad, y los de la propia empresa a la de su órgano de administración.
- Y, claro está, la regulación de la sucesión resultará del testamento del empresario. A propósito de este último, omitiré toda referencia al testamento particional y a la posibilidad contemplada en el párrafo segundo del art. 1056 CC de atribuir la propiedad de la empresa a uno solo de los herederos forzosos, que queda obligado a pagar su parte a los demás -pseudoe excepción del párrafo segundo del art.1271 CC- en cuanto que fue tratado

brillantemente por el Presidente de esta Corporación, Dr. Reverte, en su discurso de ingreso en la misma, cuyas conclusiones asumo expresamente.

La utilización de estos instrumentos legales ha de hacerse en conjunto, de modo totalizador y con visión uniforme, a efectos de conseguir la conexión de todos los citados intereses en juego en relación con los valores y filosofía de la familia empresaria.

3. ESTRUCTURACIÓN DEL PATRIMONIO DEL EMPRESARIO

Como dije los instrumentos legales para la estructuración del patrimonio el empresario son las capitulaciones matrimoniales y las normas autorreguladoras de Derecho civil y Societario que resultasen aplicables una vez adoptada la previa decisión de ajustar la propiedad de la empresa al régimen de propiedad ordinaria o de sociedad.

3.1. Las capitulaciones matrimoniales

Como dice BORREL GARCÍA en relación con la empresa familiar las capitulaciones matrimoniales no son sólo un instrumento para optar entre los conocidos regímenes económico matrimoniales, sino que permiten la posibilidad de pactar unos nuevos o alterar el régimen de los establecidos, lo que exige profundizar en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

A.- En el caso de que el régimen económico matrimonial sea el de **separación de bienes** y la empresa familiar perteneciese por cuotas a los cónyuges, sin perjuicio del ulterior análisis que luego efectuaré sobre la idoneidad de la comunidad, debe advertirse con carácter previo que, según declaró la R. 21 enero 2006, si bien el régimen de separación está basado en la comunidad romana no se identifica con ella, pues presenta características específicas derivadas de las circunstancias personales de los titulares (que suponen la sujeción de los bienes a una afectación especial y el establecimiento de limitaciones especiales a su disposición) que no se dan en la comunidad ordinaria. Y añade la R. 25 de marzo de 1993 que caso de comunidad sobre un patrimonio o conjunto de bienes con disposiciones específicas que los regulan, son estas de aplicación preferente a las normas que regulan el condominio ordinario.

Así si un cónyuge hubiese administrado la empresa propiedad del otro, tendrá las obligaciones propias de todo mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos –art. 1439 CC– salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio.

En este caso, dice MONTÉS, el cónyuge administrador no propietario tendrá el carácter de mandatario revocable, salvo que se haya pactado en capitulaciones matrimoniales la administración por un cónyuge de los bienes del otro no como un mandato sino como una norma de régimen económico matrimonial, en cuyo caso la modificación de dicho régimen escapa de la revocación del mandato (art. 1733 CC) para sujetarse a las normas de la modificación del régimen económico matrimonial (art. 1325 CC).

En el supuesto de que se haya atribuido como norma de régimen económico matrimonial a un cónyuge la administración de los bienes del otro, conforme al art.1319 CC –según el mismo autor– de las deudas contraídas responderán frente a terceros solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge; pero a efectos internos podrá pactarse en capítulos un régimen especial y, en su defecto, la imputación se hará proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos (art. 1438) si las obligaciones se han contraído para el sostenimiento de las cargas del matrimonio.

B.- Para el caso de que el régimen sea el de **gananciales:**

B.1.- debemos plantearnos, como presupuesto para su estructuración y sucesión, el carácter ganancial de la empresa. Es fundamental a este respecto el n° 5 del art. 1347 CC que califica de gananciales: *«Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354»*. Como ha señalado la jurisprudencia, se califica como privativa o ganancial a la empresa, a la universitas y no a cada uno de los elementos que pueden componerla, con un criterio progresivo que se introduce en la reforma de 1981. La calificación de ganancial se refiere al conjunto y no cada uno de los elementos que lo integran y, por tanto, la ganancialidad de la empresa no implica que los diferentes elementos pierdan el régimen jurídico que les corresponda. Esto es, es compatible la titularidad ganancial de la empresa con las titularidades

gananciales o privativas de cada uno de los elementos que la componen.

Dos son, pues, los requisitos que califican la empresa como ganancial: su constitución con posterioridad al matrimonio y su dotación con cargo a bienes comunes. Y ello incluso en el supuesto –señala la doctrina– de que el empresario ejerza el comercio con la oposición expresa del otro cónyuge a efectos de que no queden obligados a las resultas los bienes gananciales distintos de los que enumera el art. 6 Cco. El caso de que las aportaciones sean en parte comunes y en parte privativas determina la aplicación, conforme al art. 1354 CC, de un régimen de proindivisión en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Como declara la STS 20 noviembre 2000, si la empresa se ha constituido con anterioridad a la celebración del matrimonio, no podrá ser calificada como ganancial, sin perjuicio de que surja un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales o del patrimonio privativo del cónyuge no fundador por las aportaciones después efectuadas con el alcance que determina el art. 1359 CC. Sin embargo, para las constituidas después del matrimonio, dice IGLESIA MONJE, es difícil concebir la existencia de una empresa enteramente privativa, pues la aportación de trabajo por parte de uno de los cónyuges debe ser considerada como capital común (párrafo 2º del artículo citado por analogía), lo que determinaría la aplicación del régimen de proindivisión del art.1354.

Si quiera debemos recordar que, si bien la generalidad de la doctrina (RIVERA FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, SIERRA GIL DE LA CUESTA, TORRALBA SORIANO, etc.) considera que el art. 1347.5 es aplicable a las empresas mercantiles y no a las sociedades, por el contrario, la jurisprudencia es vacilante con relación a las sociedades mercantiles: así las SSTs 18 septiembre y 18 noviembre 1999, y 30 de abril de 2001 entienden que este artículo se aplica sólo a las empresas individuales y no a las sociedades con personalidad jurídica, y varias sentencias de AP a propósito de la relación de este artículo con los arts. 1.3e) ET, 7.2 LGSS y Disposición Adicional 27ª de esta última (SAP Granada 21 marzo 2004, SAP Castellón 27 diciembre 2000, SAP Toledo 27 junio 1996, etc.) estiman que el precepto puede aplicarse también a las sociedades anónima y limitada.

Aún en esta última posición, para el caso de que se pretenda evitar el parcial carácter de ganancial de la empresa constituida con posterioridad al matrimonio aportando bienes privativos –con todas las dificultades que la acre-

ditación de tal carácter comporta- y a la que el cónyuge aportante va a aplicar su esfuerzo, debería optarse por una de estas dos soluciones:

- en cuanto que el art. 1359 se refiere al empresario individual y no al social, la constitución de una sociedad unipersonal del cónyuge empresario, con lo que las acciones/participaciones tendrían el mismo carácter y, a efectos de clarificar las relaciones de la empresa con la sociedad de gananciales, establecer el régimen retributivo de la aportación de trabajo, rendimiento que tendría carácter ganancial, pero sin afectar al plusvalor que dicha aportación de trabajo aporta la patrimonio empresarial,
- o mediante el pacto capitular, admitido por la doctrina (BORRELL GARCÍA) de que la empresa privativa mantenga este carácter, no obstante la aportación de industria por el cónyuge titular, sin perjuicio del reembolso entre masas. Según este autor sería válido, incluso, el pacto por el que la sociedad de gananciales no fuese acreedora de dicho plusvalor lo que evitaría su descapitalización al tiempo de la liquidación.

B.2.- Centrada en estos términos la ganancialidad de la empresa familiar, las capitulaciones matrimoniales, conforme al art. 1315 CC, además de fijar un régimen económico matrimonial, pueden contener *“cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*, previsión que permite, además de regular la gestión de determinados bienes gananciales, predeterminar la liquidación de la sociedad conyugal en orden a la empresa y su adjudicación al cónyuge empresario.

En orden a la gestión de los gananciales, la regla de cogestión del art. 1375 CC, puede alterarse en capítulos atribuyendo la de la empresa familiar sólo a uno de los cónyuges. En mi opinión, este pacto es sólo de relativa utilidad: la dificultad de probar que tales bienes están incluidos en la empresa en vía no jurisdiccional, implicará en todo caso respecto de la disposición y gravamen de inmuebles la necesidad del consentimiento del otro cónyuge, pues frente al régimen del art. 6 Cco., es doctrina conocida la necesidad de la aplicación de las normas comunes sobre administración y disposición de inmuebles gananciales en orden a la calificación registral.

De mayor interés resultará la atribución indistinta a cada cónyuge de la gestión, lo que es posible –como indican DÍEZ PICAZO Y GULLÓN- siempre que no desequilibre la igualdad entre ambos esposos. Por tanto, no sería po-

sible encomendar la gestión general a uno sólo de los cónyuges ni establecer la mancomunidad, pero si, como señala GIMÉNEZ DUART, los pactos capitulares que establezcan la solidaridad y la exclusividad que atribuya derechos semejantes a ambos cónyuges.

En el caso de que no se haya hecho uso de la posibilidad de predeterminar la liquidación de la sociedad conyugal en orden a la empresa y su adjudicación al cónyuge empresario, el art. 1.406.2º CC establece que *“cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde alcance: 2ª. La explotación económica que gestione efectivamente.”* Previsión legal introducida por la Ley 7/2003, que sustituye la antigua redacción de *“la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo”* que había introducido la ley de mayo de 1981, lo que implica, como señala HUERTA TROLEZ, que se prescinde de la actividad concreta de la explotación, así como de su estructura jurídica, de tal modo que la norma sería aplicable también a las acciones o participaciones sociales, aunque el titular no ejerza el control de la sociedad, pues el derecho de predetracción corresponde al titular que, aunque no ejerza el control, *“gestione efectivamente”* la empresa. No es preciso, por tanto, que sea administrador único o solidario, basta con que sea administrador mancomunado, consejero, mero factor notorio e, incluso, apoderado.

B.3.- Un supuesto especial es el relativo al derecho de suscripción preferente cuando la empresa familiar haya adoptado la forma de sociedad mercantil y las acciones o participaciones correspondan privativamente a uno sólo de los cónyuges.

Si se enajena el derecho de suscripción preferente por aplicación del art. 1346.3 el precio obtenido será privativo, pero ¿qué ocurre respecto de las acciones o participaciones adquiridas en ejercicio del derecho de suscripción preferente? Estima TORRALBA SORIANO que el derecho de suscripción preferente nunca es un fruto y por tanto no puede ser considerado ganancial, sino privativo. En consecuencia, no bastará con que las acciones o participaciones se suscriban con dinero ganancial (art. 1347.3) para que tengan tal carácter, sino que debe haberse adquirido con dinero ganancial el derecho de suscribir al cónyuge titular.

C.- Respecto del régimen de participación, introducido como régimen supletorio de segundo grado por la reforma de 1981, en el que cada cónyuge

retiene la administración y disposición de los bienes propios con derecho a participar en las ganancias comunes al tiempo de la disolución del matrimonio, es lo cierto que, pese a las ventajas que ofrece, no ha tenido prácticamente ninguna aceptación en la práctica, quizá por las dificultades que ofrece en orden a la valoración al tiempo de la liquidación.

En consecuencia, creo que podemos afirmar que el régimen económico matrimonial más recomendable para el caso del empresario que contrae matrimonio es el de separación de bienes si la empresa se constituye con fondos propios después de la celebración del matrimonio. En cuanto a las constituidas con anterioridad y en atención a la reinversión de beneficios de carácter ganancial, también el de separación sería el régimen recomendable a efectos de evitar la descapitalización de la empresa para satisfacer derechos de crédito a favor de la sociedad ganancial al tiempo de la liquidación de la misma, salvo que, en régimen de gananciales, se otorgasen los pactos capitulares a los que he hecho referencia.

3.2. Organización de la propiedad de la empresa

El empresario debe optar por sujetar la previsible situación que resultará del relevo generacional a un régimen de comunidad ordinaria o de derecho societario.

3.2.1.- Las comunidades de bienes

Para el caso de que sean varios los familiares titulares de la empresa familiar o los beneficiarios de la atribución de la empresa familiar en la sucesión, surge, en principio, una comunidad de bienes, en cuanto que – como determina BELTRÁN DE HEREDIA- se daría una sola relación jurídica entre una pluralidad simultánea de sujetos con titularidades de contenido cualitativo idénticas sobre un bien indivisible “*ab initio*” en sentido jurídico.

Recordemos que la empresa puede ser objeto unitario de derecho, con independencia de los diversos elementos que la componen, aunque, como apunta ALONSO ESPINOSA, el contraste entre la voluntad que considera la empresa como bloque unitario y la falta de consideración de la misma como objeto de propiedad único por parte de nuestro Ordenamiento y la imposibilidad de que la voluntad privada pueda crear nuevos derechos reales, determine que a la transmisión de la empresa deben seguir los diferentes modos de transmisión específicos de cada uno de los elementos que la componen,

cuestión menor en el marco que examinamos en cuanto, en su mayor parte, referido a la sucesión *“mortis causa”*. Por ello, siguiendo a este autor, el objeto de la transmisión sucesoria será la empresa y no los elementos individuales que la integran, “siempre que los transmitidos tengan suficiencia para permitir la continuidad de la actividad con el mismo o singular grado de eficiencia en su entorno competitivo (STS 23 de febrero 1994 y 23 de enero de 1995)”

Estas comunidades de bienes -C.B. como son conocidas- proliferan en la actualidad en la vida mercantil por razón de la facilidad de su constitución (no precisan escritura pública, si no se aportan bienes inmuebles, ni precisan de su inscripción en el Registro Mercantil) y porque no quedan sometidas al riguroso régimen legal del empresario en cuanto a la publicidad de sus cuentas y su riguroso régimen legal.

Pero, ¿cuál es la verdadera naturaleza jurídica de estas comunidades de bienes que realizan actividades empresariales careciendo de personalidad jurídica? Aunque ALBALADEJO considera que comunidad y sociedad son dos formas de organizarse utilizable cualquiera de ellas a elección de los interesados, con regulación y consecuencias distintas según la que escojan y *“que hay comunidad cuando las partes no es sólo que llamen comunidad a lo que realmente es una sociedad, sino que con ánimo de comunidad reúnen bienes, agrupándose en su titularidad las personas, porque por su verdadera voluntad erigen la figura como comunidad y no como sociedad”*, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia se muestra contraria a considerar a estas formas de explotación empresarial como verdaderas comunidades de bienes.

Ciertamente son reconocidas como tales por el Ordenamiento jurídico ya como empresarios –art, 1, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores-, ya como sujetos pasivos de los impuestos que así lo dispongan –art.33 LGT-, además de otras referencias legislativas, que justifican algún autor como PALOMEQUE distinguiendo entre “personalidad” y “subjetividad” y considerando que *“para ser sujeto de derecho basta con que el ente sea punto de referencia o centro de imputaciones de situaciones o relaciones jurídicas”*, pero, como dice PAZARES, *“estas asimilaciones de comunidades societarias que explotan una empresa bajo una razón unificada en el tráfico y que han obtenido carta de naturaleza en el Derecho Fiscal o Laboral sólo para evitar el fraude fiscal y laboral, constituyen un “monstruo jurídico” que ha de desterrarse de la praxis negocial”*, y la laboralista DESDENTADO DAROCA llega a afirmar que estas comunidades de bienes *“no son una forma lícita de organizar la actividad empresarial”*.

Doctrina mayoritaria y jurisprudencia estiman que estas C.B. no son verdaderas comunidades, sino sociedades civiles o mercantiles, según sea su objeto civil o mercantil, y en el caso de que sean mercantiles, sociedades irregulares.

Nuestro TS en reiteradas ocasiones (por todas SSTs 13 Novbre 1995 y 24 de julio 1993) ha manifestado en esta cuestión que los contratos no dependen de la denominación que las partes le den, sino de su verdadera naturaleza, y que debe rechazarse el régimen de comunidad e imponerse el régimen societario.

En la doctrina SEGURA ZURBANO dice que “la calificación de un ente no es comunidad o sociedad, según lo pretendan la voluntad de los interesados, sino según sea la realidad de las cosas, y que en este sentido habrá que estar al riesgo creado y ánimo de lucro pretendido en reciprocidad, a la *affectio societatis* a ello correspondiente, en la que el origen accidental o no será muy demostrativo de su existencia, y a la existencia consecuente de una finalidad conservativa o empresarial”. CÁMARA ÁLVAREZ considera sociedades de hecho a aquellas comunidades constituidas para la mejor conservación o explotación de una empresa familiar.. Y VALPUESTA GASTAMINZA califica de sociedades irregulares a todos aquellos supuestos de Comunidades de Bienes que realizan una actividad mercantil . **Desde aquí debe ya pues afirmarse que la comunidad de empresa surgida a resultas de la sucesión del empresario sólo será verdadera comunidad en tanto se realicen actos meramente conservativos en espera de la partición**

Sentado que las CB que realizan actividad mercantil son respecto de los terceros con quienes contratan sociedades irregulares, su régimen jurídico, como señala el último autor citado, se caracteriza frente a estos por la inoponibilidad frente a terceros de los pactos contrarios a normas dispositivas, su tratamiento como sociedad colectiva y la consideración de la sociedad irregular como persona jurídica, si bien “con un grado de personificación jurídica menos perfecto propio de las sociedades personalistas”.

En definitiva, respecto de terceros su régimen jurídico aplicable (art. 39 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de Capital, en adelante TR) será, si el objeto es mercantil, el régimen de la sociedad colectiva (arts. 125 y ss Cco.), esto es responsabilidad de los socios personal, ilimitada, solidaria y subsidiaria (art. 127 Cco.), y, si su objeto es civil, supuesto poco probable en una empresa, conforme al art. 1698 CC responsabilidad personal e ilimitada de los socios, pero mancomunada en vez de solidaria.

Respecto de las partes, pocas son las ventajas, aparte de la facilidad de su constitución, que ofrece desde el punto de vista interno esta forma de organización. Así:

1º.- Cualquier comunero puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común (art. 400 CC y 40 TR, si bien, si sólo lo insta algún partícipe, la disolución puede ser parcial sólo respecto del mismo (STS 20 junio 2002).-

En cuanto a la posibilidad del condueño de exigir la división de la cosa común en cualquier momento, la jurisprudencia (SSTS 11 marzo 1988, 3 enero 1992 y 14 noviembre 1997) ha matizado para el caso de que la cosa común sea una empresa o negocio, es incontestable la existencia de una sociedad civil irregular. Las relaciones internas se rigen por la normativa sobre comunidad de bienes del CC y son preferentes los pactos celebrados por los socios en el marco de las normas dispositivas, pero esto no es tan claro en lo que se refiere a la disolución de la sociedad irregular: el primer párrafo del art. 400 es perfectamente aplicable (ningún copropietario está obligado a permanecer en la indivisión), pero su segundo inciso, el momento en que la división debe cesar, sólo es irrefutable en el caso de que haya no más que una o unas cosas comunes, pero no en el caso de que se trate de un negocio familiar, en que concurren un activo heterogéneo (bienes inmuebles, maquinaria, utensilios, mercaderías, créditos, etc.) y un pasivo (deudas del negocio), y para conocer cuál sea el haber partible entre los socios es absolutamente imprescindible llevar a cabo su previa liquidación, liquidación que, si se trata de una sociedad civil, ha de llevarse a cabo conforme a las reglas de partición de herencia, a las que se refiere no sólo el art. 1708 CC, sino también el art. 406 CC; y, añadimos, si se trata de una sociedad mercantil, conforme a las normas de la sociedad colectiva, de acuerdo a los arts. 225 y 235 Cco., según los cuales el socio que pide la disolución no podrá oponerse a que se concluyan del modo más conveniente a los intereses comunes las negociaciones pendientes, y mientras no se terminen no se procederá a la división de los bienes y efectos de la compañía, cuya entrega no podrá efectuarse mientras no se hallen extinguidas todas las deudas sociales, o se haya depositado su importe, si la entrega no pudiese verificarse de presente.

Por otra parte entiendo que el ejercicio del derecho a que se disuelva el negocio familiar debe sujetarse a las reglas de la buena fe (así lo confirma la STS 4 julio 2003) por exigirlo así, no sólo el art. 7 CC, sino también los arts. 1705 y

1706 CC y 224 Cco, aclarando tales preceptos que existe mala fe cuando el que lo solicita pretende apropiarse para sí solo del beneficio que debía ser común (art.1706CC) o cuando pretenda obtener un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía (art. 224 Cco), y que se entiende hecha la petición en tiempo inoportuno cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución.

2º- Por otra parte, son escasas las posibilidades de autorregulación.

SEGURA ZURBANO en la determinación entre lo imperativo y lo dispositivo de la regulación legal del régimen de comunidad, estima que la regulación voluntaria sólo puede afectar:

- a la regulación del uso y goce en los términos del art. 394 y 399 CC, sin que ello pueda afectar a la participación en beneficios, que conforme al art. 393 viene determinada por la proporción de las respectivas cuotas.
- a la administración de la cosa común estableciendo un sistema de administración y regulando el nombramiento y facultades del administrador externo. Con este autor entendemos que será precisa la unanimidad para acordar el sistema de representación, pero bastará la mera mayoría para la determinación de la persona concreta del administrador, y
- en cuanto a la división de la cosa común, o extinción de la comunidad, en un doble ámbito, a saber: estableciendo normas sobre la indivisión en el marco del art.400 CC y estableciendo normas para la forma de realizar la división conforme al art. 402 CC

Respecto del pacto de indivisión, el art. 400 CC establece que no podrá exceder de diez años y que este plazo podrá prorrogarse por nueva convención, que – según doctrina- no podrá exceder de diez años, sin que parezcan posibles prórrogas indefinidas cada vez que transcurra este período temporal, pues eso supondría una contradicción con la naturaleza de la comunidad romana, que es considerada antieconómica y temporal.

Además del pacto, puede excluirse la división por acto unilateral del donante o del testador conforme a lo dispuesto en el art. 1051 CC, discutiéndose en este supuesto si rige o no el plazo máximo de diez años.

Las SSTs 12 de diciembre de 1958 y 21 diciembre 2000 estimaron que sólo existen los límites del art. 1051 CC y que el testador está en su derecho a fijar

la indivisión en tanto se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa. Entiendo con RIVAS MARTÍNEZ que la facultad de ordenar la indivisión ha de ser interpretada restrictivamente y que su único límite es que no puede ser ejercitada de manera arbitraria y caprichosa, sino por un interés económico y familiar semejante al que fundamenta el párrafo segundo del art. 1056, por lo que sin límite temporal sería válido establecer la prohibición mientras esté vivo el cónyuge viudo o no alcance determinada edad un hijo menor.

En relación con la sucesión forzosa y la intangibilidad de la legítima tal pacto en lo que a la legítima estricta se refiere sería nulo por infringir el art. 813. En cuanto a la mejora, la STS 12 diciembre 1956 aceptó la validez de la cláusula que ordenaba la indivisión “mientras viva mi mujer” con sanción de pérdida del tercio de mejora al hijo que reclamase su legítima.

Pero, además, hay que tener en cuenta que, no obstante la prohibición de dividir, existen determinados eventos que la hacen posible:

- para la indivisión impuesta por el testador, conforme al art. 1051,2º, la división tendrá lugar por alguna de las causas por las que se extingue el contrato de sociedad. Habrá que estar a las reglas del art. 1700 CC, que plantea problemas al trasladarlo al art. 1051, especialmente la causa 3ª: “*por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el art. 1699.*”

Respecto de la muerte está atemperado por el art. 1704 y sería válida la disposición de que pese a la muerte de uno de los herederos, continúe la prohibición mientras conserve su sentido atendida la finalidad perseguida por la misma..

En cuanto al caso de que por los acreedores particulares de un heredero se pida el embargo y remate de la parte de este en el fondo social, la prohibición deja de ser efectiva y cualquiera de los herederos restantes puede pedir la partición.

- para la indivisión convencional, puede aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* y, por analogía, el art. 1707 CC, que autoriza a pedir la disolución del contrato de sociedad de intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales u otro semejante, a juicio de los Tribunales.

En cuanto a la modalización de la liquidación o modo de efectuarse la partición, la R. DGRN de 1 abril 1981 admitió que con transcendencia real se pactase la forma en que debía ser satisfecha la cuota de cada condueño al tiempo de la liquidación.

Pero, además, hay que tener en cuenta que junto a la indivisibilidad material, existe la indivisibilidad jurídica por resultar esta inservible para el uso al que se le destina, por su anormal desmerecimiento si se produce la indivisión o por la originación de un gasto considerable para los partícipes (STS 25 enero 1993) en cuyo concepto creo que sin dificultad puede encuadrarse la empresa familiar, por lo que con miras a su liquidación, puede pactarse su carácter indivisible porque de hacerlo resultaría inservible para el uso al que se destina. Así estimó la validez del pacto como indivisible con referencia a la configuración de una finca, al amparo del art. 401.1 CC, la R. 3 de septiembre de 1982.

Ello determinaría la aplicación del art. 404 CC y la venta de la empresa para el caso de que no se acordase que se adjudicase a uno o varios de los condueños que paguen su parte a los demás. Sería válido el pacto que determinase con carácter previo la forma de determinar el valor de la empresa para tal supuesto

Y 3º.- Desde el punto de vista registral, la C.B. no puede acceder al Registro Mercantil por carecer de personalidad jurídica ni tampoco sus miembros, pues no tienen la consideración de comerciantes al no actuar en nombre propio, presupuesto imprescindibles para que se les pueda atribuir la cualidad de comerciante. En consecuencia, conforme al art. 19 Cco. No podrán pedir la inscripción de ningún documento en el Registro ni aprovecharse de sus efectos legales.-

3.2.2. *Fórmulas societarias*

Coincido con RODRÍGUEZ ARTIGAS en entender que no es precisa la creación legal de un nuevo tipo societario para articular la sociedad familiar, y no sólo por la falta de tipología de la misma, pues podemos encontrar los caracteres definitorios de la misma que señalabas al comienzo, tanto en PYMES como en sociedades anónimas cotizadas en Mercados Secundarios. Por otra parte, como dice VICENT CHULIÁ, es posible establecer el régimen de la sociedad familiar en cualquiera de los tipos sociales existentes sin necesidad de desvirtuarlos, añadiendo en su regulación y en la medida que

lo permiten sus leyes reguladoras, las previsiones estatutarias a que luego haré referencia.-

Ciertamente podrán existir circunstancias muy concretas que aconsejen para la estructuración de la empresa familiar como persona jurídica la configuración de una SAT, de una Sociedad Laboral e, incluso, de una Cooperativa, pero para la generalidad de los casos, será suficiente con que examinemos la adecuación de las fórmulas habituales societarias: colectivas, comanditarias, limitadas y anónimas.

3.2.2.1. Sociedad regular colectiva

Esta forma social, además de adolecer del inconveniente de la responsabilidad ilimitada del socio, es considerada por algún autor, en una interpretación conjunta de los arts. 143 y 222 Cco. como inadecuada para la estructuración de la empresa familiar, en cuanto que, al ser preciso el consentimiento de todos los socios para la transmisión tanto *inter vivos* como *mortis causa*, impide la entrada de nuevos socios, aunque tengan vínculo de parentesco con el socio transmitente.

Sin embargo, en lo relativo con la transmisión *inter vivos* de la cualidad de socio, doctrina y jurisprudencia señalan la posibilidad de que el contrato social supla la unanimidad del consentimiento por una mera mayoría e, incluso, por la atribución de este consentimiento sólo a determinados socios, que a tal fin se entenderían apoderados por los demás en el contrato social, como señala GARRIDO CHAMORRO, en cuanto que tales pactos no perjudican el interés de terceros, que es lo que motiva los límites a la autonomía de la voluntad, pudiendo dicho pacto tener carácter general o estar concretado a los supuestos en que el adquirente sea cónyuge, ascendiente o descendiente de alguno de los ya existentes.

En cambio, en la transmisión *mortis causa* de la cualidad de socio, el imperativo art. 222 Cco. establece la disolución de la sociedad, salvo que el contrato de constitución prevea la continuación entre los sobrevivientes o con el herederos del fallecido. Para el caso de que se prevea la continuación con los sobrevivientes, se entregará a los herederos del fallecido el importe de su participación en la sociedad, al cuya determinación luego me referiré. En el supuesto de continuidad con el heredero, el autor citado hace dos acertadas precisiones: a) los herederos responderán de las deudas del causante por razón de su ilimitada responsabilidad de las deudas sociales sólo con los bienes de la herencia, si aceptan a beneficio de inventario, pero con todos sus bienes, aunque de tal modo hubie-

ren aceptado, si asumen la cualidad de socio y b) en cuanto al usufructo vital, este no se extiende a la cualidad de socio, sino sólo a los beneficios y cuota de liquidación, pero la cualidad de socio reside en el nudo propietario quien, como tal, puede adoptar decisiones contrarias al interés del usufructuario.- Claro está que estos inconvenientes pueden soslayarse sobre la base de crear previamente una sociedad limitada con el capital social mínimo, que asuma el carácter de socio colectivo, con lo que se restringiría el importe de su ilimitada responsabilidad y sobre cuyas participaciones recaería la atribución de propiedad que resulta del fenómeno sucesorio, pero no vemos ninguna ventaja que justifique esta complicada configuración de la empresa familiar.

A los efectos de asegurar el capital humano, imprescindible para asegurar la continuidad de cualquier empresa, en ambas formas de transmisión, el pacto puede modalizarse exigiendo que los socios cumplan determinados requisitos o que realicen determinadas prestaciones para la sociedad. Para el caso de que los requisitos no se cumplan, la transmisión será imposible, y caso de que no se realicen las prestaciones, después de la admisión del nuevo socio, se podrá proceder a la separación del mismo, previa resolución judicial, compensándole de su participación en la sociedad conforme al art. 218 Cco.

Es de especial interés destacar a efectos de una de las fórmulas a que luego haré referencia, que, a diferencia de las sociedades anónimas o limitadas, en las que la participación en la sociedad se determina por el “valor razonable” de las participaciones/acciones sociales, que no es simplemente la valoración conforme a balance, tratándose de una sociedad colectiva la participación social se determina por la referencia al balance, no de situación, sino de liquidación, esto es, se contrae a los Fondos Propios, sin tener en cuenta el Fondo de Comercio, que hace referencia a un aspecto dinámico.

Una vez examinadas estas posibilidades de configuración, debo indicar, sin embargo, que en mis más de diez años de experiencia como registrador mercantil de esta provincia no he tenido ocasión de inscribir la constitución de una sociedad colectiva. No obstante, en una interesante conferencia impartida en el 2006 por el suizo CHARLES PICTET, miembro de una prestigiosa empresa familiar actualmente a cargo de la octava generación, este atribuye la permanencia durante más de 200 años de su empresa familiar al hecho de que está configurada como sociedad colectiva en la que se impone a sus socios, al tiempo de la jubilación, la separación forzosa percibiendo el importe de su cuota sólo con referencia a la partida de Fondos Propios, de tal

modo que el Fondo de Comercio pertenece a la propia sociedad, y exigiendo el consentimiento de los restantes socios para la admisión de uno nuevo, que puede ser o no extraño a la familia. Esto asegura, a su juicio, el compromiso y la corresponsabilidad de los socios y su preparación profesional, requisitos imprescindibles, dice, para la rentabilidad que es la única forma de asegurar la continuidad.

3.2.2.2. Sociedad comanditaria

Es una fórmula híbrida entre las sociedades personalistas y las de capital. En ellas concurren junto con los socios colectivos, cuya responsabilidad y participación en la gestión social hemos examinado, los comanditarios, que simplemente aportan capital. Como es conocido existen dos tipos: la comanditaria simple y la comanditaria por acciones.-

En la **comanditaria simple**, la responsabilidad del socio comanditario frente a los acreedores sociales se contrae a las cantidades aportadas o debidas aportar (art. Art.148 Cco.) y frente a ellos, dice CÁMARA, los acreedores tienen acción directa para reclamar que completen su aportación, sin perjuicio de la posibilidad de una acción subrogatoria en nombre de la sociedad para reclamar la aportación insatisfecha.- Y ello sin perjuicio de su equiparación a la responsabilidad de los colectivos para el caso de que haya consentido la inclusión de su nombre en la denominación social (art.145 Cco.) y, según el mismo autor, en el caso de que hubiese asumido la gestión habitual de intereses de la sociedad, por la misma razón que se le impone la equiparación de responsabilidad en la creación de la falsa apariencia que resulta de la inclusión de su nombre en la denominación social.

El comanditario queda excluido de la gestión y representación de la sociedad, que conforme al art. 148 Cco compete exclusivamente a los socios colectivos, pero en la vida interna social podrá intervenir en las juntas de socios, aunque su voto, según CÁMARA no se computará cuando se trate de nombramiento o separación de administradores por serle ajena la gestión social, aunque GARRIDO CHAMORRO considera discutible esta exclusión, pues no supone intervención en la ejecución de la gestión y posibilita la participación del comanditario en la vida social.

La adopción de acuerdos en junta exige dos mayorías: la de socios colectivos, que habrá de ser unánime en caso de modificaciones estructurales o admisión de nuevos socios, y la de los comanditarios, cuyo régimen de adop-

ción de acuerdos deberá determinarse en la escritura de constitución (art.210 RRM), admitiendo la doctrina el pacto por el cual los socios comanditarios puedan vetar los acuerdos de los colectivos siempre que el acuerdo de ellos se obtenga por mayoría cualificada.

La ventaja que este tipo social ofrece frente a la sociedad colectiva es la financiación ajena a la gestión, pero adolece de sus inconvenientes por la responsabilidad ilimitada de los colectivos, así como el de que la posibilidad de transmitir la cualidad de socio comanditario depende de los términos en que esté redactado el contrato social. Por otra parte, la financiación aportada por el comanditario queda excluida de su ámbito de influencia, al quedar este completamente excluido de la gestión social.-

Las mismas consideraciones son aplicables a **la sociedad comanditaria por acciones** –arts. 14 y 252 TR que deroga los arts. 151 a 157 CCo.- en que todo el capital social está dividido en acciones, una, al menos, de las cuales ha de pertenecer a un socio colectivo, a quienes se encomienda en exclusiva la gestión social bajo un régimen de responsabilidad ilimitada, rigiéndose estas sociedades por las normas de las Sociedades Anónimas, en lo que no contradigan las disposiciones específicas del Código de Comercio.

Este tipo de sociedades, como señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, tuvo su auge histórico en la Francia del siglo XIX, en la que por recelo a las sociedades que limitaban la responsabilidad de los socios, se exigía la autorización administrativa para constituir sociedades anónimas, y ulteriormente en la Alemania nazi en cuanto que se consideró una figura adecuada desde una ideología que consideraba que su régimen de gestión y responsabilidad era ajustado a la filosofía del “Führerprinzip”.

Aunque algún autor recomienda esta forma social para determinados tipos de sociedades como las deportivas (GÓMEZ CALERO) o las empresas públicas (VERGÉZ SÁNCHEZ), en mi opinión no son adecuadas para la empresa familiar, y no sólo por lo inadecuado de la responsabilidad ilimitada del socio colectivo, pues esta podría obviarse sobre la base de la previa constitución de una sociedad limitada de capital mínimo que ostentase dicha cualidad y, que por aplicación del artículo 143 del RRM designase una persona física para representarla como administrador, persona física que no incurriría en la extensión de responsabilidad, pues no actuaría como administrador, sino como persona por él designada para ejercer el cargo, sino porque, además, como advierte FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, en nuestro país la Ley de

Adaptación de Sociedades Mercantiles de 1989 equipara estas sociedades plenamente a la Sociedad Anónima, *“de forma que el juego de las normas de ius cogens que integran la disciplina orgánica de esta última deja ciertamente poco espacio para la flexibilidad que pide el tráfico”*.

He de señalar, por otra parte, que en el Registro Mercantil de Murcia sólo tenemos inscrita una sociedad con esta forma social y ello, creo, por la razón de estar íntegramente participada por una sociedad extranjera cuya ley fiscal le atribuye determinados beneficios por razón de esta forma social.-

3.2.2.3. Sociedades de capital

Las consideraciones anteriores nos llevan a afirmar como más adecuado para el régimen de estructuración de empresa familiar el de **las sociedades de capital**, anónima o limitada, según sus diferencias de régimen legal, que expondré a continuación con relación a los extremos que condicionan lo que se ha venido en llamar *“El buen gobierno de la empresa familiar”*.-

Sólo indicar ahora que frente al carácter puramente capitalista de la sociedad anónima, que aconsejaría esta fórmula para sociedades cotizadas o que acuden a captación de capitales ajenos, parece más adecuado, con carácter general, el modelo de sociedad limitada, en el que el elemento personal es más relevante, y que ha resultado facilitado por la supresión por la Ley 19/1989 de Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades de los límites al número de socios y al máximo de capital social.

Ciertamente en la regulación de las sociedades limitadas existían inconvenientes al régimen de la sociedad familiar; inconvenientes que puso de manifiesto la Comisión Interministerial encargada de la redacción del Anteproyecto de la que luego fue la Ley 7/2003 de Sociedad Limitada Nueva Empresa y que, en esencia, eran:

- la necesidad de mejorar la financiación de la sociedad limitada sin atribuir derechos políticos a los financiadores, dado el carácter cerrado de la misma,
- y en atención a que en la empresas familiares la mayoría de los recursos de la familia se invierten en la propia empresa, se produce una descapitalización de los socios, que impide que estos puedan adquirir las participaciones que algún socio pretende transmitir a un tercero, mientras que sí podría hacerlo la propia sociedad. Si bien, al menos en sede de limitadas, este derecho, dado el carácter imperativo de la regulación de la formación

de la autocartera (art. 140.2 TR), es subsidiario del de los socios, de tal modo que la sociedad sólo podrá ejercerlo para el caso de que ningún socio desee adquirir las participaciones sociales, y sin que sea válida la cláusula estatutaria que anteponga el derecho preferente de la propia sociedad.

La citada Ley 7/2003 trata de resolver parcialmente tales problemas reformando la Ley de Limitadas en el sentido de permitir las participaciones sin voto y facilitar la formación de autocartera de la sociedad, si quiera no atendió a la recomendación de que las sociedades limitadas pudiesen emitir obligaciones entendiendo que ello exigiría una tutela del capital social como ocurre en las sociedades anónimas inexistentes en este tipo de sociedades.

4. ESTRUCTURACIÓN DE LA EMPRESA.- EL BUEN GOBIERNO DE LA EMPRESA FAMILIAR.-

Decidido el tipo societario a adoptar conforme a las consideraciones anteriores, es preciso tener siempre presente que en la empresa familiar confluyen tres elementos: la familia, la propiedad y la empresa.

La tutela o interés de los mismos se atribuye:

- los de la familia al Consejo de familia o a la Asamblea familiar
- los de la propiedad a la junta general de socios
- los de la empresa a su órgano de administración

En un estudio efectuado en 2005 y dirigido por el Instituto de Estudios Financieros y la Escuela de Negocios de la Universidad de Navarra, advirtiendo que no existen modelos predefinidos para la estructuración de los órganos de gobierno de la empresa y de la familia, se parte del principio de que cualquier pauta de buen gobierno debe relacionar entre sí estos tres elementos evitando interferencias en los mismos, de tal modo que no se trasladen los desacuerdos familiares a la junta o al órgano de administración, sin perjuicio de que los mismos estén debidamente representados en estos.- O sea, a los órganos familiares competará la dirección y la política para la familia, asesorando a la junta en cuanto a los candidatos al Consejo de Administración y determinando la condiciones de la incorporación de los miembros de la familia a la empresa o, incluso, su no incorporación, y al órgano de administración, la dirección y la política para la empresa.

Con arreglo a este esquema conceptual distinguiré las previsiones a adoptar en relación con la tutela de tales intereses y de los órganos encargados de atenderlos.

4.1. El interés de la familia. El protocolo familiar

4.1.1. Concepto

Según la dimensión de la empresa y el número de generaciones incorporadas a ella, la tutela de los intereses familiares se desenvuelve por medio de mecanismos regulares o irregulares (reuniones periódicas de los miembros de la familia). Los regulares serían el Consejo de Familia o la Asamblea familiar, que no son excluyentes, pues, si en empresas en las que se ha producido poco relevo familiar, el primero puede sustituir a la segunda, es conveniente que estén diferenciados en la medida en que la familia crece, siendo el Consejo nombrado por la Asamblea familiar. Su regulación debe confiarse a un PROTOCOLO FAMILIAR, que es el documento en que se regulan las relaciones familia-empresa.

El art. 2 del Real decreto 171/2007, que regula la publicidad de los protocolos familiares, lo define como *“aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de 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”*.

La referencia a “terceros no socios con los que guarden vínculos familiares” se refiere, según FERNÁNDEZ DEL POZO, a los familiares no socios que trabajen en la empresa quedando excluidos del ámbito subjetivo los familiares no socios que no presten sus servicios en ella. Según el mismo autor habría que admitir también como firmantes del protocolo a los terceros socios no miembros de la familia, en la medida en que estos pueden formar parte también del órgano de administración, cuyo control no debe ser perdido por la familia.

4.1.2. Naturaleza Jurídica.-

La primera cuestión que hemos de plantearnos a efectos de determinar el marco de libertad para la configuración del protocolo es la relativa a su naturaleza jurídica.

El Protocolo familiar tiene su origen en EEUU, donde, aunque propiamente no puede hablarse de la existencia de un Derecho de Sociedades, pues este varía en función del Estado en concreto, se caracteriza -dice GARRIDO DE PALMA- por ser el modelo de sociedad flexible y eminentemente dispositivo: Al tiempo de su constitución se exigen pocos requisitos en el título constitutivo, que se complementa después con unos documentos que contemplan lo que se precisa para su funcionamiento ordinario a modo de reglamento ordinario, que no es objeto de publicidad y cuya modificación puede hacerse, a veces, por el órgano de administración o por este en unión de la Junta.- Dentro de este régimen dispositivo se han consagrado contenidos tipos de protocolos que se trasponen al derecho continental.

La Ponencia constituida por el Senado sobre la problemática de la empresa familiar, cuyas conclusiones fueron aprobadas por la Comisión de Hacienda en 2001, recomienda *“la formalización por parte de las empresas familiares de un protocolo familiar como acuerdo que delimite el marco de desarrollo, las reglas de actuación y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros”*.

Y la Dirección General Política de la PYME publicó en 2003 la *“Guía para la pequeña y mediana empresa familiar”* en la que lo configura *“como un acuerdo marco entre los miembros de la familia que regula: a) las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia que ostentan la condición de socios y la propia empresa; y b) la gestión y organización de la empresa. Todo ello con el fin de asegurar la continuidad de la empresa de manera eficaz”*.

Se trataría, pues, de un *“acuerdo marco”*, que por influencia anglo - norteamericana, como dice GOMÁ LANZÓN, tiene *“una pretensión totalizadora, en cuanto aparentemente busca ser un instrumento específico para abordar de manera unitaria y simultánea todos los problemas de una determinada empresa familiar”*. VICENT CHULIÁ lo configura 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. Y HUERTA TROLEZ destaca que gran parte de su valor -en absoluto despreciable- se circunscribe a lo psicológico y a lo docente de la familia, enmarcándose en lo que se llama *“cultura empresarial-familiar”*.-

Cada vez destaca más la idea de mero compromiso moral, instrumento educativo de la familia o proceso de comunicación interfamiliar. Así FERNÁNDEZ-TRESGUERRES entiende que se convierte en un instrumento de

“dirección empresarial”, que implica un proceso de elaboración y fija unas bases que van más allá que los propios instrumentos jurídicos que lo conforman. Y ello es así porque, como indica SIMÓ SANTOJA, hay en la familia un campo regulado por el Derecho y otro regulado por normas no jurídicas de organización, que incluso pueden ser *contra legem*, y en este campo de fricción entre lo jurídico y lo no jurídico se encuentran muchas de las particularidades de la empresa familiar.

Pero, como decía GONZÁLEZ PALOMINO, “en Derecho lo que no son efectos, son músicas celestiales” y, por ello, y sin perjuicio del evidente interés y compromiso moral que suponen los acuerdos sobre cuestiones ya excluidas de la autonomía de la voluntad, ya de la propia voluntad de quienes suscriben el pacto, es lo cierto que, si se pretende que el protocolo familiar sea un instrumento útil de configuración de la empresa familiar, necesariamente ha de ser vinculante, o por lo menos, quienes lo suscriben deben saber discriminar en su contenido lo que es meramente compromiso moral de lo que comporta verdadero convenio jurídico.

El protocolo tendrá un contenido contractual cuando, además de darse los requisitos que determina el art. 1261 CC, se mueve dentro de los límites que establece el art. 1255 del mismo Código.

En la medida que sea posible, este contenido contractual debe reducirse buscando una oponibilidad institucional. El contrato como tal no será oponible a terceros, esto es la propia sociedad, los socios que no lo firmaron ni los terceros, ya sean inversores o acreedores, aunque ciertamente hay un supuesto excepcional en que un contrato suscrito por la totalidad de los socios equivale a un acuerdo de junta, por lo que la sociedad no puede considerarse ajena al pacto y queda obligada al mismo, aún en el caso de que no vaya acompañado de la correspondiente modificación estatutaria: es lo que se ha llamado *derogación singular de los estatutos por el pacto parasocial*. Así lo defiende la doctrina con diferentes matizaciones.

Para FERNÁNDEZ DEL POZO los acuerdos adoptados en contra de un pacto suscrito por la totalidad de los socios sería anulable ex art. 204 TR (antes art.115 LSA) como si se tratara de una infracción de estatutos o reglamentos de régimen interior.

PAZ-ARES considera tal infracción igualmente anulable, pero no por razón de estimar que tal pacto es una regla interpretativa de los estatutos sociales, ya que tales pactos no son siempre un instrumento de interpretación,

sino un cuerpo de reglas que se han establecido deliberadamente al margen del orden estatutario. En su opinión, su violación es una infracción fiduciaria. Cualquier acuerdo que implique una violación de un acuerdo suscrito por todos los socios revela una desconsideración de sus intereses –una forma de deslealtad o infidelidad- y en esa medida resulta contrario al interés social, pues por definición beneficia a los socios que lo incumplen frente a los que reclaman su cumplimiento.

Así parece entenderlo también las SSTS de 24 de septiembre de 1987 y 10 de febrero de 1992, aunque el Alto Tribunal matiza su postura después en otras resoluciones. Así las SSTS de 10 de diciembre de 2008, 2, 5 y 6 de marzo de 2009, aclaran las anteriores en el sentido de que la citada de 1987 estimó la impugnación del acuerdo social por violación del art. 14 de los Estatutos sociales vigentes a la fecha en que se adoptó el acuerdo, “con independencia de que discurra acerca de los pactos existentes entre los socios al respecto... y aplique la doctrina del levantamiento del velo”, y la de 10 de febrero de 1992 estimó la impugnación del acuerdo por lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios (que es una de las causas de impugnación recogidas en los arts. 204 TR) al haber sido aquel acordado con intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho.

Por tanto, deberá buscarse la posibilidad de incluir su la mayor parte de su contenido en los estatutos sociales por medio de los mecanismos institucionales, esto es, los pactos sociales. Expresamente debemos advertir a la vista de la jurisprudencia últimamente citada la necesidad de que los estatutos reflejen en este aspecto fielmente lo convenido en el pacto parasocial, pues la voluntad de la junta que acuerda su contenido es preferente al pacto parasocial que justifica dicho acuerdo.

Por último, será un mero compromiso moral con referencia a aquellos pactos que, sin perjuicio de su labor educativa o influencia psicológica, han de ser calificados de ineficaces, como son los pactos incluidos en el protocolo relativos al testamento y al régimen económico matrimonial de los socios familiares, a efectos de que sus cónyuges no puedan acceder a la propiedad de la empresa.

Tales pactos no sólo serían ineficaces, sino que –coincido con HUERTA- ni siquiera pueden configurarse como prestaciones de hacer cuyo incumplimiento pueda ser previsto por cláusulas indemnizatorias o penales. Efectivamente, la obligación de testar en determinado sentido sería contrario al carácter personalísimo del testamento (art. 670) y vulneraría la prohibición de la sucesión

contractual (art. 1271.2); y la obligación de contraer matrimonio con sujeción al régimen de separación de bienes –además de lo discutible que sería si tal materia puede ser objeto de contrato conforme al art. 1271.1 CC- es lo cierto que su incumplimiento sólo sería imputable a la otra parte contrayente y, por tanto, no generaría responsabilidad en el incumplidor.

4.1.3. Contenido

En base a lo anterior podemos pasar a examinar cuál debería ser el contenido del protocolo familiar, advirtiendo previamente que no es conveniente estandarizar su contenido que debe ser uno para cada familia de acuerdo con la historia de la empresa y los valores y la cultura de la propia familia, ya que de ellos depende el compromiso de la familia con la empresa y su valoración más allá del mero concepto patrimonial.

Como primera premisa debemos huir de la corriente “americanizante” caracterizada como dije por un régimen más flexible en derecho societario que el nuestro, de tal modo que en la confección del protocolo familiar la primera cuestión es determinar el grado de compromiso que se pretende.

Ciertamente puede ser de utilidad –de hecho lo es- recoger en el mismo, como digo, los valores y la cultura de la familia empresaria, así como un código ético que regule las relaciones entre los miembros de la familia y de esta con los empleados, proveedores y clientes, pero siempre en el conocimiento de que tales pactos, al igual que ocurre, como antes indiqué, con las recomendaciones relativas al régimen económico matrimonial a adoptar por los familiares al tiempo de contraer matrimonio o directrices para sus disposiciones testamentarias, no son más que **pactos entre caballeros** sin fuerza vinculante alguna.

De otra parte estarían los **pactos parasociales** de eficacia contractual entre los suscriptores, configurados como obligaciones de dar, hacer o no hacer, a los que en mi opinión deberían circunscribirse exclusivamente los que no sean susceptibles de integrar prestaciones accesorias susceptibles de ser recogidas en los estatutos sociales, en los amplios términos que se pronuncia el art. 187 RRM en la redacción dada por el RD 171/2007, cuyo contenido “*podrá ser económico o en general cualquier obligación de dar, hacer y no hacer, así como el carácter gratuito o retribuido de las mismas o, en su caso, las garantías previstas en su cumplimiento*”. Con vista en la jurisprudencia antes citada, sin desconocer la relevancia de lo que todos los socios de una sociedad puedan acordar en documento privado, no se puede desconocer lo que con toda claridad establece

el párrafo segundo del art. 7.1 LSA: “los pactos que permanezcan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”.

Por último estarían, los **pactos susceptibles de carácter institucional**, esto es, susceptibles de integrar el contenido de los estatutos sociales, de tal modo que su oponibilidad trasciende de los meros firmantes para aplicarse también a terceros, entre los que se encuentra la propia sociedad. A estos últimos se refieren los nuevos arts.124.2 y 175.2 RRM en la redacción dada por el RD que comento. A ellos me referiré posteriormente a propósito de la determinación de la tutela de la propiedad de la empresa mediante la regulación del funcionamiento de la junta general de socios y de la configuración de los órganos de gobierno.- Estos pactos susceptibles de eficacia institucional no por ello deben dejar de ser reflejados en el Protocolo, pues mientras que los estatutos podrán modificarse con la mayoría legal o estatutaria precisa, los pactos protocolares en la medida que tienen un contenido contractual precisan de la unanimidad y su incumplimiento dará lugar a las medidas indemnizatorias pactadas.

Dicho lo anterior, los pactos habituales o recomendables que suelen incluirse en la redacción del protocolo, siguiendo a DELGADO TRUYOLS, son los siguientes:

- **Introducción:** El protocolo familiar suele comenzar con una radiografía descriptiva de la empresa familiar y de la familia propietaria: su origen, evolución y perspectivas, las causas que motivan la firma del protocolo y los efectos que se pretenden conseguir.
- **Código Familiar:** A continuación suelen recogerse los valores que han inspirado desde su fundación a la familia y a la empresa y que, por medio del protocolo, quieren transmitirse a generaciones futuras.
- **Ámbito de aplicación:** Se trata de determinar con claridad qué grado familiar y qué negocios familiares quedarán sujetos a él, y qué parte de la familia o del negocio quedarán excluidos de las prescripciones del protocolo, si es el caso.
- **Diseño de la empresa familiar:** Siendo la finalidad del protocolo la reorganización de la empresa familiar, debe determinarse las razones que aconsejan una específica forma de organización, de la configuración del órgano de administración y de los pactos sobre transmisión de acciones o participaciones a efectos de mantener el equilibrio familiar. Así como, desde un punto de vista negativo, las previsiones sobre cuando la empresa dejará de ser familiar, ya sea por problemas familiares o empresariales.

- **La familia empresaria: órganos familiares.**- Un apartado importante es el de determinación de los órganos familiares –Asamblea familiar y/o Consejo de familia-, tanto deliberantes como decisorios o ejecutivos, dotándoles de una regulación completa, composición, funciones, reuniones, adopción y ejecución de acuerdos. Claro está que esté apartado cobra especial importancia respecto de aquellos órganos familiares que no puedan ser objeto de regulación en los estatutos.
- **El trabajo en la empresa familiar:** Es de gran importancia regular los aspectos laborales, de manera que se clarifique la incorporación, promoción, retribuciones, normas de jubilación y de resolución de conflictos de los miembros de la familia dentro de la empresa familiar. Esto es, el “plan de carrera” de gran importancia para evitar problemas familiares futuros.
- Y, por último, **instrumentos de revisión, garantía y ejecución**, estipulando una sumisión al arbitraje, casos en los que procederá la revisión del protocolo –en cuanto que este conceptualmente nunca es un documento cerrado, pues tiene permanentemente que adaptarse a las circunstancias de la familia y de la empresa- e indemnizaciones para el caso de incumplimiento. Este apartado puede reducirse mediante la incorporación a los estatutos de los pactos sociales para su acceso al Registro Mercantil después de la reforma operada por el RD 171 / 2007.-

En relación específica con el arbitraje el RD 171 / 2007 recoge lo que ya era práctica usual en los estatutos societarios, sobre todo a partir de la STS 18 abril 1998 para las sociedades anónimas, permitiendo incorporar a estos “*c) el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de estos con la sociedad o sus órganos*”.- Por tanto, no será precisa su inclusión en el Protocolo Familiar, si tal pacto está recogido en los estatutos sociales, ya que el objeto de tal instrumento no es regular las relaciones familiares “*per se*”, si no en relación con la empresa, por lo que todos los conflictos entre socios que pudiese contemplar, son conflictos empresariales.

Respecto de esta cuestión sólo dos precisiones:

a) La inversión de la regla contenida en la Ley 36/1988, en el sentido de que el arbitraje se consideraba de equidad si no se pactaba expresamente lo contrario, ahora con la nueva Ley 60/2003, su art. 34 da preferencia al arbitraje

de derecho en defecto de acuerdo de las partes, por ser ésta la orientación dada en la legislación comparada y en los tratados internacionales, de tal modo que los árbitros sólo podrán usar la equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. Y aquí cobra especial referencia lo que hasta ahora hemos venido llamando “pacto entre caballeros” o simplemente “cultura familiar”, que constituirá un elemento indispensable de interpretación en arbitraje de equidad expresamente previsto para la solución de los problemas sometidos a arbitraje, y a la que expresamente deberá referirse el pacto estatutario .

Para el caso de que lo sometido a arbitraje fuese una impugnación de acuerdos sociales, como advierte BERCOVITZ, el arbitraje deberá ser siempre de derecho, no de equidad, pues, además de la necesidad de aplicar las normas de carácter imperativo de impugnación de acuerdos sociales y las normas estatutarias o dispositivas aplicables, “se afectaría gravísimamente a la seguridad jurídica de los socios que tienen derecho a esperar que las impugnaciones de los acuerdos sociales se resuelvan por las normas que rigen la vida de la sociedad y la adopción de los acuerdos”. Si quiera, a mi juicio, esta prevención posiblemente no sea aplicable a las sociedades familiares, al menos a aquellas en las que no existan terceros legitimados para impugnar los acuerdos sociales que no sean miembros de la familia, pues todos ellos han suscrito y asumido los valores culturales a los que la equidad hace referencia.

b) Las materias que pueden confiarse a arbitraje, dentro del amplio marco que confiere el art. 2 de la Ley especial, son los conflictos entre los socios y de estos con la empresa y sus órganos en sentido amplio, incluso la determinación del valor de las acciones a efectos de su adquisición como declaró la R. 5 diciembre 1988 . No pueden, sin embargo, encomendarse a arbitraje la solución de las controversias que surjan dentro de los órganos sociales (junta, consejo de administración o administradores mancomunados), para resolver sus empates. Como declaró la R. 27 abril 1989, con referencia al consejo de administración, los consejeros no actúan sus propios derechos o intereses ni tratan de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas.

4.1.4 Vías de instrumentación

La cuestión ahora es determinan de qué vías dispone el empresario para imponer un determinado protocolo a sus sucesores en el relevo generacional. A tal efecto distinguiré:

a.- La solución más sencilla sería la transmisión en vida de alguna participación en el capital social a las personas llamadas al relevo generacional, que suscriben con el empresario el protocolo por él redactado.

b.- Sin atribución patrimonial de parte de la empresa, ¿cabe la posibilidad de que el empresario suscriba con sus hijos un protocolo familiar? El párrafo segundo del art. 1271 CC en la redacción dada por la Ley 7/2003, dice *“sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056”*

Señala GARRIDO DE PALMA que en el informe del Ministerio de Economía, a continuación de *“conforme a lo dispuesto en el art. 1056”* se indicaba *“en el marco de los Protocolos Familiares”* y si bien no prosperó en la redacción final, *“arroja luz acerca de la ratio legal, así como advierte de lo dubitativo de la postura del poder legislativo”*. GONZÁLEZ MENESES estima que *“posiblemente el art. 1271 contempla el alcance vinculante de acuerdos en vida del causante que no supongan reparto de bienes, sino criterios o pautas sobre su futuro reparto, en el marco quizá de un Protocolo Familiar”*, y RIVAS MARTINEZ considera que en la expresión *“y otras disposiciones particionales”* pueden tener cabida posibles acuerdos que en vida del causante puedan realizarse sobre la Empresa, entre los interesados en ella, pero estos acuerdos no pueden implicar reparto de bienes con efecto contractual mortis causa, sino sólo pueden fijar criterios o pautas sobre un futuro reparto en el marco de lo que se llama un protocolo familiar.

Coincido con la opinión de estos autores, señalando a mayor abundamiento los siguientes argumentos:

En la tramitación parlamentaria de la Ley 7/2003, el Grupo Popular en el Senado planteó una enmienda al art. 1271 CC por la que, a continuación de *“otras disposiciones particionales”* se incluía no *“en el marco de los protocolos familiares”* -como se decía en el borrador del Gobierno (que no se había incluido en el Proyecto de Ley)-, sino *“en orden a la sucesión de la empresa familiar”*. La Ponencia aprobó por mayoría la enmienda *“con correcciones técnicas y de sistemática”*, proponiendo el texto que fue definitivamente aprobado después por el Congreso, y en su informe se decía *“por último se introducen transforma-*

ciones en la legislación civil vigente en aquellos preceptos en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones societarias, empresa individual, etc...”

Además, desde 1915 la jurisprudencia ha entendido el art. 1271.2 CC (por todas, STS 22 julio 1997) que este precepto se refiere únicamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el art. 659 CC se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, exiostentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante. En consecuencia no sería aplicable a aquellos actos que no contienen ninguna operación divisoria de los bienes, sino una previsión en cuanto a las reglas de funcionamiento.

c.- En cuanto a su imposición por vía testamentaria, si el empresario careciese de herederos forzosos o la cuantía de la herencia fuere tal que el importe de la empresa cupiese dentro del tercio de libre disposición, no existiría ningún inconveniente en que la institución de heredero se hiciese al amparo del art. 791 CC sujeta a la condición de la aceptación por el heredero del protocolo redactado por el causante.

Caso de existir herederos forzosos y ante la imposibilidad ex art. 813 CC de gravar con condición la legítima, cabría imputar a la mejora lo que excediese del tercio de libre disposición (art. 828 CC), siempre que en la imputación a dicho tercio, el incumplimiento de la condición determinase la atribución de la mejora a otro descendiente (art.823), con lo que bastaría con que ninguno de ellos lo aceptase para que la condición resultare ineficaz.

d.- Otra posibilidad que discute la doctrina es la de que el causante, al tiempo de constituir bajo forma social la empresa, estableciese la prestación accesoria vinculada a todas o a algunas de las acciones o participaciones de que el socio asuma el cumplimiento del protocolo por él redactado.-

Esta fórmula con anterioridad al RD 171 / 2007 no era recomendada inicialmente por indeterminación, toda vez que se hacía referencia a un documento que no gozaba de publicidad alguna. En la actualidad este escollo ha desapa-

recido ante el régimen de publicidad establecido y que luego examinaremos. La cuestión radica en determinar si dentro del amplio campo en que puede configurarse la prestación accesoria, como obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, puede incluirse la que examinamos, ya que, de admitir esta posibilidad, su control sería fácil para el resto de los socios en la medida en que el actual art. 88.1 TR (antes art. 65 LSA y 24 LSL), exige la autorización –ya de la junta ya de los administradores, según el tipo societario- de la sociedad para la transmisión de las acciones o participaciones a ellas sometidas.

La cuestión no es clara. Mientras que para PAZ-ARES no hay dudas de que se puede configurar como prestación accesoria el cumplimiento, en general, de los pactos parasociales, e incluso admite que se pueda penalizar desde el punto de vista societario su incumplimiento, previéndolo así en los estatutos sociales, otros autores entienden que la prestación accesoria debe siempre estar concebida “en interés de la sociedad”. Para GOMA LANZÓN es una verdadera obligación social, sin perjuicio de su origen contractual, y para PÉREZ SANZ “es un deber frente a la sociedad y no frente a los demás socios y tiene por fundamento causas o motivos de orden estrictamente , y es lo cierto, añadimos, que aunque el protocolo es un instrumento de buen gobierno, no está configurado en interés exclusivo de la empresa, sino también de la familia.

Sin embargo, después del RD citado, parece más atendible la consideración de la admisión de este pacto, pues en la reforma que se hace de los arts. 114 y 175 para las sociedades anónimas y limitadas, respectivamente, se prevé la inscripción de los pactos y condiciones que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no sean contrarios a los principios configuradores del sistema, así como “*las cláusulas penales –entre las que podrían incluirse la exclusión del socio que no acepte el protocolo familiar o la denegación de la autorización de la adquisición para el caso de su no aceptación- en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en un protocolo familiar publicado en la forma establecida en los arts. 6 y 7 del RD por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*”.

De esta misma opinión es también FERNÁNDEZ DEL POZO, que concluye la necesidad de la publicidad legal del protocolo familiar como “condición inexcusable” de su oponibilidad a terceros, a cuya publicidad queda supeditada la admisibilidad del pacto estatutario de la prestación accesoria.

4.1.5. Publicidad del protocolo familiar

La doctrina notarial (GARRIDO DE PALMA y GOMA LANZÓN) se ha manifestado tanto en contra del depósito del protocolo en el Registro Mercantil, estimando que quiebra la discreción y reserva característica de los pactos de familia, como de su inscripción, en cuanto que, además de no aportar, en su opinión, ninguna ventaja práctica, era perturbadora y productora de inseguridad jurídica conflictiva.

Sin embargo, la Disposición Final 2ª de la Ley 7/2003 dispuso 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”*. El Gobierno cumplió el encargo legislativo mediante el Real decreto 171/2007, que regula la publicidad de los protocolos familiares excluyendo las sociedades anónimas cotizadas, lo que justifica el propio Real Decreto diciendo que estas encontrarían su marco legislativo en la Ley 26/2003, que reforma la Ley del Mercado de Valores y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

Aunque el régimen de las sociedades cotizadas escapa de los límites de esta reflexión, la configuración que de la publicidad y transparencia hace la Ley de Mercado de Valores después de esta Ley, que está inspirada en el Informe Aldama, que, a su vez, contaba con las recomendaciones del Código de Buen Gobierno de la Comisión Olivencia, en lo que aquí nos interesa está constituido fundamentalmente por *“el régimen y la publicidad de los pactos parasociales y otros pactos que afecten a la sociedad cotizada”*, objeto de regulación en el derogado artículo 112 LMV, hoy el actual Capítulo VIII del Título XIV del TR, que deroga parcialmente el Título X de la LMV.

Define el artículo 518 TR *“los pactos parasociales”* con criterio restrictivo como *“aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas”* y aclara el art. 522 TR, al decir *“lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a los pactos parasociales entre socios o miembros de una entidad que ejerza el control sobre una sociedad cotizada”*.

Respecto de tales pactos se impone la necesaria comunicación a la CNMV y a la propia sociedad, y una vez efectuadas tales comunicaciones, el documento en que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil

en que la sociedad esté inscrita, publicidad de eficacia constitutiva (art. 521 TR), salvo que se dispense de ella cuando pueda originar un grave daño a la sociedad, la propia Comisión mediante resolución motivada (art. 523 TR).

Creo, por tanto, suficientemente justificada la exclusión que hace el Real Decreto de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades cotizadas, pues, sin forzar la letra de la Ley, debemos entender que dentro de la expresión “*los miembros de una entidad*”, que emplea el art. 522 TR citado, puedan incluirse los miembros de la familia que ejerce el control sobre la sociedad, con lo que, en definitiva, se consagra también para estas sociedades la publicidad del protocolo familiar.

Antes de examinar el régimen de publicidad que ofrece el RD que comentamos, debemos hacer una distinción previa entre lo que tradicionalmente se ha denominado publicidad noticia y publicidad efecto.

La publicidad noticia se caracteriza porque los datos que se publican no están amparados por los principios configuradores del sistema de un registro jurídico, esto es, los principios de legitimación y fe pública registral. Su eficacia se limita a dar a conocer simplemente la existencia del contenido de los documentos publicados o depositados en el Registro. Se trataría de los supuestos del depósito de las cuentas anuales o de los documentos que contengan determinados pactos parasociales de sociedades cotizadas o sociedades dominantes cotizadas.

La publicidad efecto -que, como digo, es la propia de un registro jurídico y la razón de ser de su existencia- es la que permite que los derechos que acceden al Registro queden amparados por los principios antes citados una vez efectuada la publicación de su inscripción en el BORME.

En principio parece adecuado pensar que a la empresa le interesaría que quedasen excluidos de la publicidad registral los aspectos que afecten al ámbito íntimo de los miembros de la familia, y que el resto del protocolo estuviese amparado por los principios de un Registro jurídico para hacerlo oponible en los términos antes mencionados, y no sólo por razones de buena imagen de la empresa, buenas prácticas societarias o política de transparencia empresarial.

Pues bien, pese a que las conclusiones del informe elaborado por la Comisión designada por el Senado en la tramitación parlamentaria de la Ley 7/2003 -y que dio lugar a la redacción de su D.F. 2^a- recomendaba la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del protocolo familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros, es lo cierto que el de-

sarrollo reglamentario que hace el RD 171/2007 es decepcionante y su único mérito radica en las modificaciones que introduce en su Disposición Final de determinados preceptos del Reglamento del Registro Mercantil a efectos de recoger la inscripción de aspectos sustantivos de la empresa familiar.

El RD establece –frente al régimen general de obligatoriedad de la inscripción de los empresarios sociales- la voluntariedad de la publicidad del protocolo familiar y tres vías de publicidad del mismo con eficacia diversa. Todo ello sobre la base de la unicidad del protocolo familiar, de tal modo que podrán existir varios protocolos, -lo que incluso será aconsejable en empresas en que por haberse producido varios relevos generacionales, existan diversos grupos familiares, de tal modo que cada uno de ellos haya convenido su propio protocolo- pero sólo se permite la publicidad de uno de ellos. En esa situación de varios grupos familiares, el protocolo publicable sería el convenido por todos ellos.

Hay que tener en cuenta, que en la actualidad y después de la derogación efectuada por el art. 4 apartado 3 de la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información del art. 9 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico, se ha derogado la constancia registral de la página web de la sociedad, en la que conforme al art. 4 del RD se podía acordar la publicación del protocolo familiar, de tal modo que se podrá publicar en dicha página web pero no cabe la posibilidad de relacionar la misma en el Registro.-

Con carácter previo debo advertir que, a mi juicio, no sería inconveniente para lograr la publicidad registral del protocolo por los medios que establece el RD el hecho de que la sociedad sea unipersonal, en atención en primer lugar a la vocación de proyección de futuro de la propia sociedad en la que la circunstancia de la unipersonalidad puede desaparecer, siendo precisamente uno de los presupuestos para la transmisión de las participaciones sociales la aceptación del protocolo, ya como requisito para la autorización o como prestación accesoria y, además, en consideración a la limitación de los medios de calificación del registrador, toda vez que al no ser objeto de inscripción la transmisión de participaciones sociales, la constatación registral de la unipersonalidad, de la pluripersonalidad sobrevenida o del cambio de socio único no es requisito constitutivo de la transmisión, por lo que, aunque la sociedad aparezca registralmente como unipersonal, puede perfectamente haber dejado de serlo.

De las tres vías de publicidad que se contemplan, dos serían de mero efecto publicidad noticia y es en ellas en las que curiosamente se vuelca la casi totalidad del contenido de la norma reglamentaria:

- Su art. 5 regula *la constancia a instancias del órgano de administración en la hoja abierta a la sociedad de la mera 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 a tal efecto deberá indicarse expresamente por razón de la modificación legislativa antes expresada que excluye la mera expresión de la página web de la sociedad de la hoja abierta a la misma.*

Si el protocolo familiar se hubiere formalizado en documento público notarial, se indicará en la inscripción el notario autorizante, lugar, fecha y número de protocolo notarial del mismo- referencia que nos parece absolutamente innecesaria, teniendo en cuenta que su contenido queda vedado a conocimiento de terceros ajenos por razón del secreto del protocolo- En ningún caso podrá ser exigida por el registrador la presentación del mismo ni será objeto de calificación su contenido, sin perjuicio de que el registrador deberá comprobar que es accesible en el sitio a que se refiere el apartado anterior y que no existe ningún otro protocolo anterior, salvo que sea modificación o sustitución de este y así lo haga constar el órgano de administración.

- otra vía la regula el art. 6 diciendo *“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.”*

Ni se alcanza a comprender la necesidad de que el protocolo conste en escritura o acta de protocolización de documento privado, pues con las cuentas –también a efectos de mera transparencia y de buen gobierno- se presenta un mera certificación con firmas legitimadas o con firma electrónica reconocida del acuerdo aprobatorio de las mismas y de la distribución de resultado, y es engañosa la referencia a la calificación del registrador, pues –fuera de comprobar el cumplimiento de los requisitos formales, de ser un único protocolo, de

su carácter de tal y de la solicitud de su depósito por el órgano de administración- entiendo que no puede afectar a la validez de su contenido, ya que su mero depósito en el Registro no se hace para que surta los efectos propios de su publicidad.

A la verdadera publicidad del protocolo familiar se refiere su art. 7. *“Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública”*. Se trata de un precepto que no añade nada nuevo, salvo la indicación de que el acuerdo se ha adoptado en cumplimiento de un protocolo familiar, en cuanto que se refiere a la inscripción de los acuerdos sociales inscribibles, referencia que, por otra parte, debe considerarse inútil dada la doctrina jurisprudencial de 2008 y 2009 antes citada..

En conclusión, el desarrollo reglamentario de la DF 2ª de la Ley 3/2007 debe ser juzgado desfavorablemente. No cumple en absoluto las expectativas que tal DF despertó en atención al contenido de la Enmienda parlamentaria y prueba de ello es la escasísima incidencia de su efectividad. Al día de la fecha, salvo error u omisión, no ha sido objeto de publicidad por ninguna de las vías que el RD establece ningún protocolo familiar en el Registro de esta provincia y, según mis noticias, en los restantes la aplicación del RD ha sido puramente testimonial.

4.2. El interés de la propiedad en la Empresa familiar. La junta general de socios

Como decíamos el segundo de los intereses que gravitan en la configuración de la empresa familiar es el correspondiente a la propiedad de la misma, cuya tutela corresponde a la junta general de socios.-

Los estatutos pueden, dentro de cierto margen, regular los derechos políticos de voto, con objeto de conseguir, no obstante la igualdad de participación en el capital social, un mayor poder en la toma de decisiones a favor del fundador o de algún descendiente o grupo familiar o, por el contrario, la cohesión interna de la familia en la toma de decisiones de la junta, pese a la desigual participación en el capital social de sus distintos miembros .

Del propio modo, a los efectos de lograr el adecuado equilibrio entre los intereses concurrentes en el empresa familiar, los estatutos deben contener previsiones tendentes a regular los regímenes de adopción de determinados

tipos de acuerdos y de regulación de la transmisión de acciones o participaciones sociales con objeto de evitar que la propiedad de la empresa escape de la familia.-

4.2.1. Configuración del derecho de voto

Me refiero bajo esté epígrafe a las participaciones de voto plural y a la limitación del número de votos a emitir por un socio.

1.- En cuanto a las participaciones con voto plural, a diferencia de las sociedades anónimas, en las que es imposible atribuir más de un voto a una acción o atribuir el mismo número de votos a acciones que no representan la misma participación en el capital social, dado el tenor de los arts. 96.2 y 188.2 TR que prohíbe *“la creación de acciones... que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto, - aunque cierto es, sin embargo, que se permite la creación de acciones sin voto (arts. 98 y 55 TR) lo que implica un privilegio para las restantes, si bien con un propósito distinto del que ahora examinamos- en sede de sociedades limitadas, la Ley de 1995 modificó el régimen de la del 53 admitiendo la desigualdad de las participaciones (actual art. 94.1 TR) y expresamente reconoce las participaciones de voto plural su art. 188.1 TR al decir “salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto”.*

Como decíamos este puede ser un mecanismo para que el fundador o alguno de sus descendientes pueda ejercer un control en la junta y, por tanto, en la propiedad de la empresa superior a su participación en el capital social. Ahora bien, ¿cuál es el límite a esta atribución estatutaria de voto plural? o, dicho de otra forma, ¿cuántos votos pueden atribuirse a una sola participación? El único límite viene determinado, a nuestro juicio, por el principio configurador de la sociedad limitada de que los acuerdos deben adoptarse por mayoría, y, por tanto, sólo son rechazables aquellas atribuciones de voto que atribuyen al titular de la participación un derecho de veto en la adopción de acuerdos sociales.

2.- Cuestión distinta es cuando, en lugar de querer asegurar una posición preferente a determinado tipo de participaciones, se desea aumentar la cohesión interna entre los socios, tratando de evitar que el que ostente una mayoría en el capital social pueda imponer su criterio a los demás.

En sede de anónimas la cuestión está resuelta en el art. 188.3 TR, cuando dispone que los estatutos *también podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un accionista o sociedades pertenecientes al mismo grupo*. Se trata de una previsión estatutaria que es compatible con el principio rector regulador de la sociedad anónima de la proporcionalidad entre el derecho de voto y la participación en el capital social, pues adviértase que la restricción se impone al accionista o sociedades del mismo grupo, al número máximo de votos de que estos pueden disponer cualquiera que sea su número de acciones, pero no a la acción, de tal modo que enajenadas las acciones que superan el número de votos máximo permitido, estas atribuirán a sus nuevos propietarios el derecho de voto ordinario.

Esta solución no es igualmente aplicable a las sociedades limitadas, pues cuando el art. 188.1TR dice *“salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación atribuye a su titular un voto”*, la expresión *“salvo disposición contraria”* no autoriza, art. 179.1 TR, a exigir un número mínimo de participaciones para poder votar y, según la mejor doctrina, a imponer el principio de un socio un voto o a limitar el número de votos de que puede disponer un socio. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, la cohesión entre los socios con independencia de la participación en el capital se puede conseguir por el mecanismo que autoriza el art. 200.2TR cuando establece *“asimismo, los estatutos podrán exigir, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto de un determinado número de socios.”*

4.2.2. Pactos relativos a la adopción de determinados tipos de acuerdos

En sede de **sociedades anónimas** el régimen de adopción de acuerdos está contenido en los arts. 193, 194 y 201 TR. Distinguen tales preceptos entre un quórum de constitución y un quórum deliberativo. Para acuerdos ordinarios el de constitución es un 25% en primera convocatoria y cualquiera que sea el número de accionistas presentes en segunda, y para los supuestos especiales que determina el art.194, el 50% en primera y el 25% en segunda. El quórum deliberativo es mayoría de los presentes o representados, si bien en segunda convocatoria para asuntos especiales –por imperativo del art. 40 de la 2ª Directiva comunitaria-, cuando los presentes o representados supongan menos del 50% del capital suscrito con derecho a voto, deberán votar a favor del acuerdo accionistas que representen al menos los 2/3 del capital presente o representado en la junta (art.201.2 TR).

No corresponde aquí el estudio del régimen de adopción de acuerdos, sino el examen de las posibilidades que estos artículos nos ofrecen. El art. 193.1 TR permite que los estatutos fijen un quórum constitutivo superior tanto en primera como en segunda convocatoria, siempre que sea inferior el exigido para la segunda que para la primera, y el art. 194.3 TR permite que los estatutos eleven los quórum y mayorías previstas en los apartados anteriores. Ciertamente la única mayoría que previene los apartados anteriores es la exigida por la 2ª Directiva antes citada, pero el art. 201.3 TR (recogiendo el parecer unánime de la doctrina) admite que se eleve la mayoría necesaria para la adopción de cualquier tipo de acuerdo.

Los límites a este margen de configuración estatutaria serían:

- no puede establecerse que en primera convocatoria concurra la totalidad del capital social, pues eso equivaldría a conceder de un derecho de veto a cualquier accionista, ni tampoco que voten a favor del acuerdo la totalidad de los accionistas presentes, pues como declaró la R. 15 abril 1991, aunque no se impone el voto de todos los socios, sino sólo el de los asistentes, se atribuiría igualmente a cada uno de ellos un derecho de veto que es contrario al régimen de adopción de acuerdos por mayoría principio configurador del régimen de organización y funcionamiento de la sociedad anónima.
- La R. 13 enero 1994 admitió que, tratándose de acciones nominativas, se permitiese que, además de incrementar el quórum legal de constitución, se exigiese la presencia de un determinado número de socios en consideración a: la existencia de sociedades anónimas personalistas, y la admisión de las prestaciones accesorias y de las restricciones al régimen de transmisión de acciones. En este caso, para el caso de que se hubiese optado por incrementar el quórum legal de constitución, también tendría que ser inferior el número de accionistas presentes en segunda convocatoria que en primera. Sin embargo la mayoría de la doctrina es contraria a esta tesis en base al régimen que consagran los artículos y a la posibilidad de los socios de optar por la sociedad limitada en la que es más acusado el carácter personalista.

Tratándose de **sociedades limitadas**, conforme al art. 198 TR, los acuerdos se adoptan por mayoría de votos válidamente emitidos que representen, al

menos, un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. El art. 199 TR establece para determinados acuerdos la necesidad de que voten a favor de los mismos, según los casos, más de la mitad o al menos 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social.-

También para las sociedades limitadas el art. 200 TR establece -con las excepciones que señala- que *“para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos superior al establecido por la Ley, sin llegar a la unanimidad. Asimismo, los estatutos podrán exigir, además de la proporción legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios....”*. El antiguo art. 53 LSL señalaba sus propios límites: el respeto a los antiguos arts. 68 y 69 (separación de administradores y ejercicio de acción social de responsabilidad) –ratificado por los actuales arts. 223.2 y 238.1 TR-, a los que hay que añadir el acuerdo de disolución del art. 364 TR (R. 4 mayo 2005), y sin que se pueda llegar a la unanimidad, pues ello implicaría, como se indicó para las anónimas, la atribución de un derecho de veto contrario al principio mayoritario.

La posibilidad que admite de que, junto a la mayoría legal o estatutariamente exigible, se exija el voto de un determinado número de socios, es interpretada por la doctrina no sólo en sentido cumulativo (que, además, de una mayoría de capital se dé el de una mayoría de socios), sino como permisivo de una serie de combinaciones, como la de que la mayoría necesaria esté formada por un determinado número de socios. Es claro que lo que no se puede exigir es que vote a favor del acuerdo un determinado socio, pues como hemos repetido en otras hipótesis sería un derecho de veto contrario al principio mayoritario.-

Con referencia a ambos tipos de sociedades, indicar que no puede preverse que en caso de empate en las votaciones, decida el voto de calidad del presidente de la junta, posibilidad que si se admite en el seno del consejo de administración, pues ello sería contrario a la configuración de la junta como órgano representativo del capital social.

4.2.3. Pactos relativos a la transmisión de acciones o participaciones sociales

Los principios generales que establecen el marco en que pueden estructurarse los pactos relativos a la restricción a la transmisibilidad de las acciones o participaciones aparecen recogidos en los arts. 120 a 125 TR para las anón-

nimas y 107 a 112 para las sociedades limitadas. Conforme a los citados preceptos legales distinguiremos entre transmisiones intervivos, mortis causa y forzosas, con la previa advertencia de la que la Ley no ha recogido al respecto las peculiaridades de la empresa familiar, cuya especial regulación dentro del marco legal queda confiada a la autonomía de la voluntad.

Por cuanto que el objeto de tales pactos es evitar la ingerencia de extraños a la familia en la propiedad de la empresa, es usual que los estatutos comiencen definiendo lo que a sus efectos se entiende por “Familia” que, por lo general, aparece integrada por el fundador y sus descendientes en línea directa, así como los cónyuges de dichos descendientes no separados judicialmente o de hecho. A efectos de mantener el equilibrio de intereses en sucesivos relevos generacionales, se define también los conceptos de “Grupo o Rama Familiar” en número coincidente con el de los hijos del fundador que a tales efectos actúan como “cabezas de rama familiar”, declarando beneficiarios de las restricciones a que luego me referiré con carácter preferente al “grupo familiar” frente al resto de la “familia” respecto de las transmisiones de acciones o participaciones sociales correspondientes a cada uno de ellos.

4.2.3.1. Transmisiones inter vivos

Respecto de las transmisiones *inter vivos*, los límites esenciales a la autonomía de la voluntad en materia de regulación estatutaria son para las sociedades anónimas: la necesidad de que las acciones sean nominativas, que los pactos no hagan prácticamente intransmisible la acción (aunque el art. 123.4 RRM permite que se prohíban durante los dos años siguientes a la constitución de la sociedad o –por aplicación analógica del art.108.4 TR- desde la escritura de ejecución de aumento de capital para las acciones resultantes de la misma) y la necesidad, cuando se someta la transmisión de acciones a una autorización, de que los estatutos reglen los supuestos en que esta puede denegarse; y para las sociedades limitadas las siguientes prohibiciones: la de que las cláusulas hagan prácticamente libre la transmisión de participaciones sociales –a cuyo efecto, y a falta de previsión estatutaria, la Ley fija un régimen regulador-, la de aquellas que impongan al socio la obligación de transmitir un número distinto de las participaciones que ofrece en venta, y la admisión de las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria sólo para el caso de que los estatutos reconozcan a los socios el derecho de separación en cualquier momento, aunque se admite la prohibición de transmitir durante cinco años desde la constitución o, para aquellas participaciones procedentes

de una ampliación de capital social, desde la fecha del otorgamiento de la escritura de su ejecución.-

Pues bien, en este marco las posibilidades que permite la configuración voluntaria de restricciones son tres: régimen de autorización previa, de regulación de un derecho de preferente adquisición o de reversión al seno familiar por pérdida de la cualidad de familiar del socio.

i.- La autorización previa, que, como hemos visto, exige para anónimas la expresión de las causas que permite denegarla y para las limitadas el reconocimiento del derecho de separación del socio en cualquier momento; autorización que compete, salvo previsión estatutaria en contra, al órgano de administración.

Al objeto de evitar las rencillas familiares que la denegación de tal autorización comporta, es conveniente sustituir el régimen de autorización por la previsión de las circunstancias que ha de reunir el adquirente –transmisiones libres- o la exclusión anticipada de quienes no las reúnan, lo que, en definitiva, implica un régimen de autorización vinculante y preestablecido.-

En todo caso hay que tener en cuenta que la autorización para la transmisión no es una facultad arbitraria, de tal modo que ha de ejercitarse –como declara la R. 17 mayo 1993-con arreglo a los usos, buena fe y prohibición del abuso de derecho, por lo que no escapa al control judicial la determinación de si tal decisión resulta justificada por el interés social.-

ii.- La regulación estatutaria del derecho de adquisición preferente es la más frecuente. Se puede configurar a favor de la propia sociedad, de los socios o de un tercero. En el caso de existencia de “grupos familiares”, como antes indicaba, es perfectamente lícito establecer un derecho preferente a favor de los miembros del mismo grupo familiar para la transmisión de acciones o participaciones propiedad de uno de sus integrantes, y subsidiariamente respecto de aquellas en que no se hubiese ejercitado tal derecho, a favor de los restantes miembros de la familia.

Antes de entrar en el examen de las distintas posibilidades de pactos estatutarios, quisiera destacar el esfuerzo del legislador, materializado en la reforma de la Ley de Sociedades Limitadas por las disposiciones adicionales de la Ley 7/2003 de Sociedad Limitada Nueva Empresa, de evitar conflictos entre los socios que puedan derivarse del control de la sociedad, permitiendo para

las sociedades limitadas un régimen más flexible en materia de adquisición de participaciones propias con objeto de evitar la entrada en la sociedad de personas ajenas a la familia o imponiendo la descapitalización de la sociedad.-

Con anterioridad a esta reforma la única posibilidad que existía para evitar la ingerencia de extraños, caso de que los restantes socios o terceros que hubiesen recibido el “placet” sociales no pudiesen adquirir las participaciones ofrecidas en venta o para mantener el equilibrio entre los distintos grupos familiares, cuando no todos estuviesen en condiciones de adquirirlas en proporción a su participación en el capital social, era la de que la sociedad las adquirirse para ser inmediatamente amortizadas, lo que inevitablemente conducía a la descapitalización de la misma, y –en algunos supuestos- inmediatamente enajenadas solución poco compatible con el carácter familiar de la sociedad. La Ley 7/2003 evitó este fatal desenlace ampliando los supuestos de formación de autocartera (se añadió el actual apartado d) del art. 140 TR y, en consecuencia, un nuevo párrafo –el actual art.107.2.c, párrafo segundo- y la modificación del antiguo art. 32 en los términos del actual art. 110.2 TR), de tal modo que la sociedad tuviese no sólo la posibilidad, sino también el derecho -como dice RODRÍGUEZ ARTIGAS- de adquirir sus propias participaciones tanto en los supuestos hasta ese momento legalmente establecidos como en cualquier supuesto de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, si no hubiere socios con derecho de adquisición preferente que quisiesen adquirirlas o no fuese posible su adquisición por todos los grupos familiares en proporción a sus respectivas participaciones.

Para evitar lo prolijo de su configuración y funcionamiento sirva como guía la que del mismo hace, a falta de previsión estatutaria el art. 107 TR para las sociedades limitadas, al que me remito, con las siguientes precisiones:

1. No es conveniente regular un derecho de tanteo (adquirir “por el tanto”) o de retracto (subrogarse en lugar de quien adquiere por compra o dación en pago), pues, si bien, esto simplificaría la cuestión, surge el peligro de que quien se propone transmitir incrementemente maliciosamente el el precio previsto para la venta en su comunicación a los restantes socios a efectos de disuadirlos del ejercicio de tales derechos.-

2. El mecanismo más adecuado es la previsión estatutaria de un verdadero derecho de adquisición preferente por el verdadero valor –“valor razonable”

dice la Ley- de las acciones o participaciones transmitidas. Y esta previsión estatutaria puede, a su vez, configurarse de dos maneras según reconozca al socio el derecho o no de desistir de la venta para el caso de que no le convenga la determinación del valor de su participación efectuada por el mecanismo establecido.-

El derecho a percibir “el valor razonable” está explícitamente reconocido por el art. 123 RRM para las anónimas y 107 TR para las limitadas.

¿Qué entiende el legislador por “valor razonable”? El art. 38 bis.2 del Cco., redactado por la Ley 16/2007, dice *“con carácter general, el valor razonable se calculará con referencia a un valor de mercado fiable. En aquellos elementos para los que no pueda determinarse un valor de mercado fiable, el valor razonable se obtendrá mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración con los requisitos que reglamentariamente se determinen. Los elementos que no puedan valorarse de manera fiable de acuerdo con lo establecido en el párrafo precedente, se valorarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado f) del art. 38”* .-

Es abundantísima la jurisprudencia y resoluciones de la DGRN que se han pronunciado respecto de esta determinación en los términos que paso a resumir:

- Para la determinación del “valor razonable”, no es válido atender al valor según balance, pues, como declara la R. 27 de abril 1.990, se trata de un valor contable distinto al valor real en cuanto que en él no tienen relevancia ciertos elementos inmateriales como la clientela, las expectativas y, en general, el fondo de comercio, a los que añade la R. 15 de noviembre de 1991 la actualización de valores de algunas partidas. Sin embargo, como declara la R. 20 de agosto de 1993, si es válido utilizar el valor teórico contable como precio mínimo, pues sólo se fija un mínimo y no un precio determinado por el balance.

Con carácter general son rechazables las cláusulas que a efectos de determinar el verdadero valor excluyen determinadas partidas o elementos de ponderación que impiden que el fijado no sea el razonable; y han de ser redactadas con extrema cautela las que tratan de establecerlo en base a parámetros financieros que desconocen las exigencias señaladas.

En opinión aislada, que no comparto, FERNÁNDEZ DEL POZO admite que el socio pueda renunciar anticipadamente en los estatutos –a modo del

art. 16 LSP- a su derecho a percibir el valor razonable aceptando el sistema de determinación que estos establezcan, con los únicos límites del art. 1255 y 1691 CC.

- Es usual que dicha determinación se encomiende a un auditor. Para el caso de que sea la propia sociedad la beneficiaria de la adquisición, por razón de los art. 1256 y 1.449 CC, el auditor que determine dicho valor ha de ser distinto del de la sociedad, nombrado al efecto por los administradores de esta (para las limitadas art. 107 TR, aplicable a mi juicio por analogía a las anónimas).

La R. 1 de diciembre de 2003 declaró que no existía inconveniente en que lo sea el auditor de la sociedad cuando el derecho de adquisición preferente lo sea sólo a favor de los socios, pero si cuando lo es en favor de la sociedad, pues se daría la incompatibilidad del art. 8-f de la ley de auditoria. Ciertamente esta admisión del auditor designado por los administradores, evidentemente designados por la mayoría, puede producir recelos en el minoritario que se propone transmitir. Frente al criterio de la DGRN, el TS en sentencia de 25 de septiembre de 1996 rechazó que la determinación del valor lo hiciera el auditor designado por la junta, pues el minoritario no puede intervenir en la elección de la persona encargada de hacerlo. El Centro Directivo confía en la independencia e imparcialidad del auditor designado, sin perjuicio del derecho del socio minoritario a impugnar el acuerdo de su nombramiento de darse los presupuestos legales.

Tratándose de sociedades anónimas es válido el pacto de que el auditor sea designado por el registrador mercantil a petición de cualquier interesado, si así lo prevén los estatutos (art. 123.4 RRM).- Plantea dudas la licitud del pacto estatutario en sede de limitadas de que fije el valor el auditor de cuentas designado por el registrador mercantil, dado que el art. 16 Cco. sólo reconoce a este funcionario las facultades expresamente establecidas por las leyes. Ante el silencio legal su validez sería discutible tratándose de otro tipo de sociedades. No obstante, en el Registro Mercantil de esta provincia, después de vacilaciones iniciales, somos partidarios de la aplicación analógica del supuesto y ello porque, como dice MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “la ausencia de flexibilidad encaja mal con los vientos que recorren el nuevo derecho de sociedades. En las más recientes tendencias, inspiradas en los cambios que se están produciendo en la teoría económica de la empresa, la libertad contractual está penetrando

y redimensionando los problemas tradicionales de las mismas sociedades anónimas; por eso se hace difícil entender la oposición a estas tendencias en el campo de las limitadas donde ni siquiera concurren especiales exigencias de tutela de los terceros”.

Por su parte, el RD171/2007 en la modificación que hace de los arts. 114 y 175 RRM permite tanto para las sociedades anónimas como para las limitadas la inscripción del *“establecimiento por pacto unánime entre los socios de los criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones/participaciones previstos para las transmisiones inter vivos o mortis causa, -añadiendo para las limitadas- “..o bien para la concurrencia de obligación de transmitir de conformidad con el art. 188.3 de este Reglamento”* con clara referencia al pacto de arrastre a que luego me referiré.

iii.- **Pactos de reversión** cuando el socio pierde la cualidad de familiar o cuando el socio persona jurídica deja de estar gestionado por el grupo familiar.

Hemos examinado hasta ahora los mecanismos tendentes a impedir la transmisión de participaciones o acciones a una persona extraña a la familia, pero es necesario que los estatutos prevean también la posibilidad en que sin darse una transmisión, el socio pierda la cualidad de familiar.

Me refiero a los supuestos en que uno de los socios familiares, titular con carácter ganancial de su participación en la sociedad, pierde tal condición en caso de liquidación por pactar un nuevo régimen en capitulaciones matrimoniales o a resultas de una separación judicial o divorcio, al ser adjudicadas sus acciones/participaciones al cónyuge que no es familia de los restantes socios, o también al caso en que un socio, admitido en la sociedad por ser cónyuge de un familiar, pierde esta cualidad por separación o divorcio.- Las soluciones deben ser distintas para cada uno de las dos hipótesis planteadas.

En el caso de que la participación social se adjudique al socio no familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales, con independencia de los esfuerzos doctrinales tendentes a afirmar ya el carácter privativo de las acciones o participaciones del cónyuge titular, sin perjuicio del derecho de crédito de la sociedad conyugal para el caso de que hubiesen sido adquiridas con fondos comunes (PERDICES) ya la distinción entre la titularidad *“ad extra”* de la participación, de carácter privativo, y la atribución real de la participación *“ad intra”*, su carácter ganancial (GIMÉNEZ DUART), lo cierto es que la juris-

prudencia (SSTS 17 abril 1967 y 4 julio 1988, y la resolución DGRN 20 mayo 1987) afirma plenamente su carácter ganancial y, por tanto, la cotitularidad de ambos cónyuges.

De ello deriva que la adjudicación a resultas de la liquidación de gananciales que estudiamos, no tendría carácter de transmisión y, por tanto, no le serían aplicables las normas generales restrictivas de transmisión a un no socio, lo que hace necesario la previsión estatutaria precisa que determinase una venta forzosa a favor de los otros socios o de la sociedad de la participación así transmitida a un no familiar.

En el otro caso que contemplamos -socio familiar que pierde el carácter de tal- no existiría inconveniente, tratándose de una sociedad limitada, en configurar tal hipótesis como una cláusula estatutaria de exclusión que permitiese amortizar sus participaciones con reducción de capital. Pero esta configuración no es posible en una sociedad anónima e, incluso, en una limitada puede ser engorrosa si es precisa la intervención judicial por ser el socio excluido titular de más del 25% del capital social.

Por ello, más que su configuración como causa de exclusión, es conveniente prever para tales supuestos un derecho de rescate a favor de los otros socios o de la propia sociedad, que, además de ser más ágil, posibilita evitar la necesidad de reducir capital social mediante la formación de autocartera, especialmente favorecida para sociedades limitadas por la reforma de la Ley 7/2003.

Para el caso de que los socios de la sociedad familiar sean personas jurídicas, integradas a su vez por grupos familiares, y a efectos de controlar que el control sobre tales personas jurídicas radica en el grupo familiar, es conveniente introducir como prestación accesorio para tales casos el que el socio persona jurídica comunique a la sociedad la composición de su capital, de tal modo que se puedan aplicar las cláusulas de recuperación, imponiendo la venta forzosa a los demás socios o a la propia sociedad, cuando se produzca la efectiva pérdida de control por parte de la sociedad.

En este supuesto de socio persona jurídica, los pactos de adquisición preferente serán también aplicables en los casos de fusión y escisión, salvo que se tratase de sociedades del mismo grupo que las fusionadas o escindidas y así estuviese expresamente previsto en los estatutos. En los casos de disoluciones con liquidación no hay duda de la aplicación de los pactos de preferente adquisición previstos en los estatutos de la empresa familiar en caso de adjudicación de las acciones o participaciones a acreedores en pago de deudas e,

incluso, en el caso de adjudicación en pago de su cuota a socios de las disueltas que no formen parte de la familia.

En todos estos casos, como es natural, el ejercicio de ese derecho de reversión lo es con respeto del derecho del socio transmitente a obtener el valor razonable de las participaciones transmitidas en los términos que antes apunté.

iv.- Me referiré por último a dos tipos de pactos de naturaleza distinta: el relativo a los pactos de equidistribución del plusvalor social en caso de ventas parciales, y el consistente, cuando son varias las sociedades integradas en el mismo grupo sin que se haya constituido un holding, en que la venta de las acciones o participaciones de una sociedad impongan la obligación de transmitir la participación en las sociedades restantes.

iv.1.- Pactos tendentes a conseguir la equidistribución del plusvalor social en el caso de transmisión: Derechos de acompañamiento (*tag-along*) y de arrastre (*drag-along*).-Son pactos que, como indican SÁEZ LACAVE y BERMEJO GUTIERREZ, tienen por objeto evitar el oportunismo que surge en caso de ventas ineficientes para el valor conjunto de la sociedad o para combatir el riesgo de expropiación de ventas eficientes o productivas.- La venta sería ineficiente, por ejemplo, cuando es inoportuno vender (v.g. no están todavía amortizadas las inversiones realizadas) o cuando, siendo oportuno, al no hacerlo de forma conjunta se corre el riesgo de quien lo hace aumente su ganancia en perjuicio de quien no lo hace, y en el caso de ventas eficientes se corre el riesgo de que, valorada una sociedad en menos de lo que podrá ser su precio en caso de gestión eficiente, un socio minoritario rehúse vender al tercero que tiene convenida la adquisición de la participación mayoritaria de la sociedad que le dará el control de la misma para aplicar esa gestión eficiente, aprovechándose así del plusvalor que de la misma resulta y, por tanto, consiguiendo la disminución del precio del mayoritario.

Pues bien, estos riesgos se evitan mediante los pactos indicados: Por el pacto de acompañamiento se da al minoritario la oportunidad de vender su participación en la sociedad en caso de cambio en la persona que ejerce el control de la misma y a participar en la venta consiguiendo entre todos los socios el verdadero plusvalor de la sociedad. Por el de arrastre el mayoritario tendría el derecho a exigir que el minoritario venda consiguiendo ambos el verdadero plusvalor social.

Tales pactos, pues, trascienden de la sociedad familiar, pero es lo usual su inclusión en los estatutos de tales tipos de sociedades a efectos de homologar la posición de todos los socios en el devenir social.

No hay dudas de la admisión de la validez del pacto de arrastre en sede de sociedades limitadas a la vista del art. 188.3 RRM, que declara inscribibles en el Registro Mercantil *“las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos”*. Más discutible sería su admisión tratándose de sociedades anónimas, aunque se inclina por ella la mayoría de la doctrina.

Respecto del pacto de acompañamiento, aunque algún sector doctrinal defiende su admisión en nuestro Derecho, ya directamente ya mediante mecanismos indirectos -cómo su configuración como causa de denegar la autorización para transmitir caso de que el socio que se propone vender no hay incluido la participación de sus consocios en la oferta de venta-, nuestra opinión es contraria a la misma en los casos en que vulnera los art. 123.5 RRM para las sociedades anónimas y el art. 108.2 TR para sociedades limitadas, que declaran la nulidad de las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir un número de acciones o participaciones distinto al de las ofrecidas.- En el Registro Mercantil de Murcia sólo inscribimos este derecho de arrastre, pues, en los casos en que la oferta de compra del tercero se refiera no sólo a las acciones/participaciones del socio que se propone transmitir, sino también las de aquellos que deseen acompañarlo, o cuando la sociedad se obliga a adquirir las participaciones/acciones que habría de descontar de la venta inicial del proponente, ya para su inclusión en autocartera, ya para su amortización con reducción de capital.

Lo antes dicho es predicable, claro está, caso de que se hubiese optado por la solución de incorporar estas pactos a los estatutos sociales. Su validez no ofrece dudas para el caso de que se tratase de un pacto parasocial, si quiera en caso de incumplimiento, este no sería oponible a la sociedad y sólo podría exigirse al socio incumplidor la indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, debe valorarse la conveniencia de incluirlo o no como norma estatutaria, pues de hacerlo, será modificable por mera mayoría en junta y no precisará de unanimidad, como ocurriría si de pacto parasocial se tratase, además de implicar una restricción a la facultad de los socios de disponer libremente de sus acciones o participaciones sociales.

iv.2.- Para terminar este apartado señalaremos que la Disposición Final 1ª del RD171/2007 da una nueva redacción al apartado 2 de los arts.114 y 175 para las sociedades anónimas y limitadas, respectivamente, añadiendo en sus apartados d de idéntico contenido la previsión de la inscripción de los pactos y condiciones que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima o limitada de ...d)los pactos que establezcan la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entres sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a la consolidación contable.

Desaparecen, por tanto, las dudas sobre la validez del pacto estatutario que impone al socio la obligación de transmitir junto con las acciones o participaciones de una sociedad, las que le pertenecen de otras sociedades que están integradas en el mismo grupo, que tradicionalmente se configuraban como una prestación accesorias.-

Resulta así innecesario ya constituir un holding –aunque esta figura sigue manteniendo sus indudables ventajas fiscales- en el que la propiedad de todas las sociedades del mismo grupo pertenezca a la sociedad matriz, que es la que se configura como empresa familiar, ya acudir al imperfecto marco de los pactos parasociales.

4.2.3.2. Transmisiones mortis causa

Con relación a las transmisiones mortis causa, a diferencia de lo indicado para las transmisiones *inter vivos* no cabe la posibilidad de acudir al mecanismo de la autorización previa, pues por aplicación de los arts. 661 y 882 CC el heredero o legatario adquiere la posición jurídica de su causante y ello ni siquiera el por indirecto mecanismo de establecer prestaciones accesorias, como que el titular tenga determinado título profesional, pues de no ostentarlo, conforme al art. 88.1 TR, la transmisibilidad quedaría condicionada, salvo disposición contraria de los estatutos, a la autorización de la junta o de los administradores, según se trate de anónimas o limitadas respectivamente, y conforme al párrafo segundo del mismo artículo “por el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias por causas involuntarias no se perderá la condición de socio, salvo disposición contraria de los estatutos”. Esto obligaría a configurarlo para las limitadas como causa de exclusión (arts. 347 y 350 TR), lo que determina el derecho a percibir el reembolso del valor razonable de las participaciones sociales (art. 356 TR).

En relación a las prestaciones accesorias con ocasión del tema que examinamos, hace PERDICES una interesantísima consideración: para el caso de que de todos los herederos sólo uno reuniese la cualidad necesaria para su cumplimiento, por razón del previo consentimiento a la previsión estatutaria prestado por el causante, la adjudicación debería efectuarse a favor del mismo como si de una partición efectuada por el mismo testador al amparo del artículo 1056 CC se tratase.

Por tanto, caso de los dos tipos de sociedades, la configuración como prestación accesorias nos reconduciría necesariamente a los otros mecanismos que paso a exponer.

Dos son, pues, las soluciones que nos restan en el caso de la transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones sociales: el de establecer un derecho de rescate o reversión a favor de los restantes socios, la sociedad o, incluso, un tercero, y el de prever estatutariamente la amortización de las acciones o participaciones del socio fallecido o su automática adquisición por los sobrevivientes. No considero, por tanto, la desmedida solución, que también sería posible al amparo del art. 28 TR (antiguos 12.3 LSL y 10 LSA) de pactar la disolución de la sociedad caso de fallecimiento de uno de los socios, pues ello iría en contra del principio de conservación de la empresa familiar que tratamos de facilitar.

1.- Con relación al derecho de rescate, configurado de modo similar por las leyes reguladoras de los tipos sociales que examinamos (art.124 para sociedades anónimas y sólo para el caso de acciones nominativas y 110 para limitadas), supone dos requisitos:

- el primero, su previa previsión estatutaria con un plazo máximo para su ejercicio de tres meses en el caso de sociedades limitadas. Comparto con PERDICES la opinión de la conveniencia de la previsión estatutaria incluso en los supuestos en que, por concurrencia de prestaciones accesorias, pudiese derivarse tácitamente la existencia de este derecho de rescate caso de que resultase imposible el cumplimiento por los herederos de las mismas, sobre todo en sede de limitadas, pues, de no existir previsión estatutaria, su incumplimiento no sería causa de exclusión y, de haberlo pactado, caso de ser la participación superior al 25% del capital social, se precisaría de la intervención judicial.

- y también el derecho de los herederos o legatarios del fallecido a percibir el valor razonable de las acciones o participaciones (que ha de ser satisfecho en caso de limitadas al contado, admitiéndose mayor libertad estatutaria en caso de anónimas); valor razonable que será determinado en el caso de sociedades anónimas por el auditor de cuentas, distinto del auditor de la sociedad, que a petición de cualquiera de los interesados nombren los administradores de esta, y, en el caso de sociedades limitadas, por el registrador mercantil del domicilio social a petición de la sociedad o de los titulares de las participaciones que han de ser valoradas.

2.- Los otros mecanismos de rescate que señala la doctrina, como antes anunciaba, son los de la amortización de las acciones o participaciones caso de fallecimiento del socio y el de la transmisión automática de las mismas a los restantes socios –lo que al decir de PERDICES implica una transmisión *inter vivos* que ha de surtir efectos después de la muerte del causante dando lugar a una transmisión automática sustraída de la disposición de los socios, en ambos supuestos con el correlativo derecho de los herederos o legatarios del fallecido a percibir su valor razonable.

Respecto de la amortización por fallecimiento, no soy partidario de considerarlo, como hace PERDICES, como una configuración vitalicia de la acción o participación, pues, a mi juicio, esto presenta dos inconvenientes: a) la configuración vitalicia exigiría la previa determinación estatutaria de la persona a quien está vinculada, lo que podría soslayarse entendiendo que la vinculación personal resulta determinada en cada momento en que la junta autoriza la transmisión entre vivos; y b) caso de que, no obstante la configuración vitalicia, los socios conviniesen en la conveniencia de la continuidad del sucesor, sería preciso para ello el consentimiento unánime. Por ello estimo más conveniente configurarlo como un supuesto estatutario de reducción automática de capital, lo que en la hipótesis antes indicada determinaría que fuese suficiente el consentimiento de la mayoría necesaria para la modificación de estatutos.

4.2.3.3. Transmisión forzosa

Para terminar este apartado y a propósito de **las transmisiones forzosas**, previamente debo advertir que me refiero exclusivamente a las transmisiones resultado de un procedimiento de ejecución judicial o administrativo. Si la transmisión, como advierte RECALDE CASTELLS, fuese resultado de una sentencia judicial o laudo arbitral condenando a un socio a vender sus ac-

ciones o participaciones, el régimen aplicable sería el indicado anteriormente para las transmisiones entre vivos.

En esta materia el régimen adoptado por las leyes reguladoras de las sociedades anónimas y limitadas es muy distinto.

En la sociedad anónima, el art. 125 TR, después de regular las transmisiones mortis causa en los términos que acabamos de examinar, establece que se aplicará el mismo régimen cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución. Se establece, por tanto, una adjudicación a favor del rematante sujeta a la condición resolutoria de la adquisición por la sociedad, los socios o un tercero conforme a una previsión estatutaria que es precisa en todo caso.

La genérica remisión al párrafo primero *“el mismo régimen se aplicará...”* debe entenderse con limitaciones, pues es lo razonable pensar que el precio que ha de ser entregado al rematante no es el valor razonable de la acción sino el del remate con los gastos como prevé el art. 109 TR para las limitadas.

Tratándose de sociedades limitadas, el artículo citado prevé la suspensión de la adjudicación o remate y su notificación a la sociedad para ejercicio por los socios de un derecho de adquisición preferente. La configuración de este derecho a favor de los restantes socios es legal, mientras que su configuración a favor de la sociedad o de terceros por ella propuestos exige previsión estatutaria. Y el importe a entregar, como dije, al adjudicatario es el del remate más los gastos.

Afirma PERDICES la validez del pacto estatutario que prevea la amortización de las participaciones en caso de embargo de las mismas en cuanto que tal pacto favorece a los socios y al propio acreedor que se ve así a salvo de los avatares de la subasta, y le reconoce el derecho a percibir el valor razonable de la participación. En mi opinión, tal solución es igualmente predicable respecto de la sociedad anónima por razón de la remisión que el art. 125 TR 64 hace al anterior y la admisibilidad del pacto de amortización que hemos defendido con ocasión de las transmisiones mortis causa.

No creo, sin embargo, que sea admisible en ningún caso el pacto estatutario que prevea para el caso de embargo de acciones o participaciones su transmisión a favor de la sociedad, de los socios o de un tercero con la posibilidad por parte de estos de liberarlas del embargo entregando al acreedor a su valor razonable, pues, sin perjuicio de que podría gozar de alguna de las ventajas que antes apuntaba, es lo cierto que se trataría de transmisión de bie-

nes embargados que, conforme a las leyes procesales, sólo pueden liberarse satisfaciendo la deuda asegurada.

Para terminar, es lo cierto que el tipo de pacto estatutarios en todos los supuestos que hemos examinado, impone la necesidad del desembolso preciso para satisfacer al socio que deja de serlo –o al acreedor adjudicatario– el valor razonable de su participación en la sociedad. Con objeto de evitar que la mejor fortuna de una de las ramas familiares pueda, en perjuicio de las demás, incrementar su cuota de dominio en la empresa, para sociedades familiares en las que ya se hubiese producido el relevo de una o varias generaciones, podría pactarse en los estatutos destinar parte de los beneficios sociales a la creación de una reserva voluntaria, que pudiese hacer frente a tales adquisiciones con destino a la formación de autocartera de acuerdo con los artículos 144 TR para anónimas y 140 TR para limitadas. Estas adquisiciones tendrán que ser acordadas por la junta general y obligarán a la sociedad a constituir en su pasivo una reserva por acciones o participaciones propias por el importe de las mismas sin disminuir el capital o las reservas legales o estatutariamente indisponibles (arts.148,c para anónimas y 142.2 TR para limitadas).-

4.2.4. Previsiones estatutarias relativas a los aumentos de capital social

En caso de aumento de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones, tanto para SA como SL, los socios tienen derecho a suscribir las nuevas en un número proporcional a su actual participación en el capital social. Este es un derecho fundamental del socio, de tal modo que con base en el art. 29.4 de la Segunda Directiva, no puede ser limitado o suprimido por los estatutos o por la escritura de constitución. Así resulta del art. 96.2 TR para sociedades anónimas y 96.3 TR para limitadas, según los cuales no es válida la creación de acciones o participaciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre su valor nominal y el derecho de suscripción preferente, (el TR ha ido más lejos que el texto legal, pues la derogada LSL no mencionaba la posibilidad de que los estatutos regulen esta materia de manera distinta a como aparecía en la Ley). La razón de ser de tal configuración radica en la necesidad de mantener la posición del socio ya en lo relativo a su porcentaje de participación en el capital social ya en lo concerniente a su intervención en la adopción de acuerdos sociales mediante el ejercicio del derecho de voto.

Este rigor legal está pensando en las sociedades puramente capitalistas, pero nos obliga a una consideración especial para el caso de que el aumento

de capital se acuerde con cargo a reservas libres en el supuesto de que en los estatutos sociales se hubiese configurado de manera diversa el derecho del socio a participar en los beneficios sociales. Piénsese en el caso de acciones privilegiadas en las que el privilegio consistiese en percibir unos dividendos superiores a su participación en el capital social o participaciones sociales que atribuyan un especial derecho a percibir los beneficios sociales, posibilidades perfectamente admisibles al amparo de los arts. 95.1 TR. Es claro que, teniendo en cuenta que las reservas libres son beneficios no repartidos en el ejercicio en que han sido generados, la atribución de las mismas a los socios en forma de acciones o participaciones sociales en estricta proporcionalidad con el nominal su participación, altera su derecho a percibir los beneficios que efectivamente les hubiesen correspondido.

En consecuencia estimo que esta modalidad de aumento de capital precisará en la adopción del correspondiente acuerdo además de los requisitos ordinarios, la mayoría especial de las acciones pertenecientes a la clase afectada (art. 293 TR para anónimas) o en consentimiento expreso de los titulares de participaciones sociales que atribuyan un derecho especial a los beneficios (art. 292 para limitadas), ya que el derecho al reparto de los beneficios sociales ha de ser conforme a los estatutos o disposiciones legales y escapa a la soberanía de la junta general.

Es esta, pues, una especial consideración que se habrá de adoptar en el acuerdo de aplicación del remanente en la aprobación de las cuentas sociales a la hora de asignar parte del mismo a reservas, cuando, en atención a la configuración estatutaria del derecho a los beneficios, en la empresa familiar no se hubiese seguido la estricta regla de proporcionalidad del nominal en cuanto a los mismos.

El derecho a que me refiero es perfectamente transmisible. En sede de SA su transmisibilidad está sujeta a las mismas restricciones que las acciones de las que deriva (art. 306.2 TR) y respecto de las SL, el párrafo primero de dicho artículo autoriza la transmisión voluntaria del derecho de preferencia por actos inter vivos a favor de las personas que, conforme a esta Ley o, en su caso, a los estatutos de la sociedad, puedan adquirir libremente las participaciones sociales, y añade *“Los estatutos podrán además reconocer la posibilidad de la transmisión a otras personas, sometiéndola al mismo sistema y condiciones previstos para la transmisión inter vivos de las participaciones sociales, con modificación, en su caso, de los plazos establecidos en dicho sistema”*.

Resulta, por tanto, evidente la conveniencia y la aplicabilidad de las prevenciones estatutarias que antes examinábamos a propósito de las restricciones a la transmisión de acciones o participaciones sociales a personas extrañas a la familia.

Este derecho de suscripción preferente puede ser excluido total o parcialmente para cada caso concreto por acuerdo de la junta general por interesar así a los intereses de la sociedad, que en un momento determinado puede precisar de la entrada de extraños. La exclusión ha de serlo *“en interés de la sociedad”* y por ello será perfectamente impugnabile el acuerdo de exclusión que no responda a tal parámetro. Así resulta del art. 308 TR, precisando el acuerdo de las mayorías cualificadas que establecen los arts. 194.1 TR para anónimas y 199.1 TR para limitadas en la redacción dada por la Ley 3/2009. Lo que pone de nuevo de manifiesto la importancia de reforzar dichas mayorías en los estatutos sociales en orden a evitar la entrada de extraños a la familia en el sociedad, de tal modo que aquella sólo sea posible en caso de una sustancial acuerdo mayoritario de los diversos grupos familiares.

Tratándose de una sociedad cerrada como es la empresa familiar, debemos centrar nuestro estudio, una vez establecidos estos principios generales, en lo que se ha venido en llamar *“la segunda vuelta”*, esto es, el destino de las acciones o participaciones que no hubiesen sido cubiertas por los socios en ejercicio de su derecho de suscripción preferente.

La primera cuestión a plantearnos sería la validez del pacto estatutario de que las acciones o participaciones que no hubiesen sido suscritas por el socio perteneciente a un determinado grupo familiar, sean ofrecidas a los otros miembros de dicho grupo familiar con carácter preferente a los restantes socios. La respuesta ha de ser positiva: así está expresamente previsto para las SL en el art. 307.1 TR al decir *“salvo que los estatutos dispongan otra cosa..”* y la misma solución habrá que mantener para las anónimas si tenemos en cuenta que el fundamento del derecho es el mantener la posición del socio en el capital y organización de la sociedad, posición que ya ha quedado perfectamente salvaguardada en primera vuelta con la atribución del derecho proporcional.

El otro tema sería el ofrecimiento a terceros por el órgano de administración de las acciones o participaciones que no hubiesen quedado cubiertas por los socios.

Pues bien, ante esta situación legal, tratándose de sociedades anónimas, la STS de 30 de octubre de 1975 consideró que el fundamento del derecho de suscripción preferente no es impedir la entrada de extraños a la sociedad, sino mantener la

participación de cada socio en el capital y la organización de la sociedad, lo que queda satisfecho por la atribución del derecho a suscribir un porcentaje proporcional al valor nominal de las acciones que posea. En consecuencia, el órgano de administración a efectos de evitar las consecuencias funestas que derivarían de una suscripción incompleta, queda en libertad de ofrecer libremente las acciones no suscritas en esa primera y única vuelta a terceros, admitiendo la generalidad de la doctrina la posibilidad de regulación estatutaria en otro sentido.

Caso de sociedades limitadas, y en atención a no ser una sociedad puramente capitalista, el art. 307 TR impone una segunda vuelta legal: *“salvo que los estatutos dispongan otra cosa, las participaciones no asumidas en el ejercicio del derecho establecido en este artículo serán ofrecidas por el órgano de administración a los socios que lo hubieren ejercitado, para su asunción y desembolso durante un plazo no superior a quince días desde la conclusión del señalado para la asunción preferente. Si hubiere varios socios interesados en asumir las participaciones ofrecidas, estas se adjudicarán en proporción a las que cada uno de ellos a tuviere en la sociedad...”*. Hasta aquí, tratamiento legal conforme con la especial naturaleza de la sociedad limitada, pero añade *“...Durante los quince días siguientes a la finalización del plazo anterior, el órgano de administración podrá adjudicar las participaciones no asumidas a personas extrañas a la sociedad”*.

En mi opinión el régimen legal en cuanto a esta última posibilidad no está justificado en un tipo de sociedad en que la personalidad del socio es relevante. Máxime si tenemos en cuenta el distinto régimen legal para el caso de la suscripción incompleta en ambos tipos de sociedades.

Mientras que en las sociedades anónimas, conforme al art. 311 TR, cuando el aumento de capital no se suscriba íntegramente en el plazo fijado, sólo para el caso de que así se haya previsto expresamente en el acuerdo, el aumento se efectuará en la cuantía efectivamente suscrita, debiendo los administradores, en otro caso, proceder a la devolución o la consignación de las cantidades aportadas en la forma legal al quedar sin efecto el aumento acordado; por el contrario, tratándose de sociedades limitadas, conforme al art. 310 TR, el régimen es el contrario: salvo que el acuerdo hubiese previsto que el aumento quedará sin efecto en caso de desembolso incompleto, el capital quedará aumentado en la cuantía desembolsada.

Por ello estimo que la posibilidad de que el órgano de administración pueda ofrecer a terceros las participaciones no cubiertas en primera y segunda vuelta, debía haber sido objeto de previsión estatutaria y no legal.

En base a lo dicho resulta evidente que en el ámbito de las sociedades familiares, si adoptan la forma de anónimas, los estatutos deben excluir la posibilidad del órgano de administración de ofrecer a terceros las acciones no cubiertas en el ejercicio de suscripción preferente, salvo acuerdo en contra que deberá ser adoptado con las mayorías reforzadas que los estatutos prevean para evitar la entrada de extraños a la familia, conscientes los socios de que ello comportará la ineficacia del aumento acordado para el supuesto de suscripción incompleta, hipótesis que deberá contemplarse al tiempo de la adopción del mismo.

Para el caso de que se trate de sociedad limitada y al amparo de la libertad estatutaria que confiere el art. 307 TR, deberá preverse en la segunda vuelta, como dije, el derecho preferente de los restantes miembros del grupo familiar en cuanto a las participaciones no suscritas, y la no posibilidad del órgano de administración de ofrecer las no cubiertas a terceros, salvo autorización expresa en base a acuerdo obtenido con mayoría reforzada.

4.3. El interés de la propia empresa.- El órgano de administración

El interés de la empresa familiar está encomendado a su órgano de administración.- Tanto si de sociedad anónima como limitada se trate, la estructura de dicho órgano puede ser administrador único, administradores mancomunados o solidarios y consejo de administración (aunque no podrá adoptarse esta forma de organización si se trata de sociedad limitada Nueva empresa), con las siguientes y fundamentales diferencias:

- La duración del cargo será siempre la estatutaria, pero tratándose de sociedades anónimas no podrá exceder de seis años, mientras que en las sociedades limitadas puede ser indefinida (art. 221 TR).
- El número de administradores mancomunados puede ser ilimitado para las limitadas, pero no podrá exceder de dos para las anónimas, pues en otro caso debe constituirse Consejo de administración (art. 210 TR).
- La organización del consejo de administración a falta de previsión estatutaria, tratándose de sociedades anónimas, será la fijada por la Ley, sin perjuicio, salvo previsión estatutaria en contra, que el propio consejo pueda regular su funcionamiento, pero en caso de limitadas los estatutos deberán determinar necesariamente las reglas de su funcionamiento (art. 245 TR), lo que implica la necesidad de fijar las reglas de su convocatoria, constitución y régimen de adopción de acuerdos, y

- Por último, mientras que los estatutos de la sociedad anónima han de precisar exactamente la estructura del órgano de administración, de tal modo que el cambio de estructura implica necesariamente la modificación de estatutos con los requisitos que ello comporta, tratándose de sociedades limitadas los estatutos pueden prever el sistema alternativo, atribuyendo a la junta general la posibilidad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria (arts 23, 201 TR y 185.2 RRM).-

El órgano de Administración de una empresa familiar tiene un compromiso más amplio que el de una empresa normal, pues debe gobernar, no sólo la interrelación empresa-propiedad, sino también la de estos dos elementos con la familia.- Mientras que en primera generación, se puede encomendar a un administrador único, conforme se va produciendo el relevo generacional se debería configurar como administradores mancomunados y, en su mayor complejidad, Consejo de Administración.

Centraré mi atención en tres cuestiones que estimo fundamentales: previsiones estatutarias sobre capacidad para ser administrador y mayorías necesarias para su nombramiento y cese; posibilidad de aplicar a las sociedades limitadas el régimen de designación proporcional y los comités consultivos.-

4.3.1. Designación y Separación de administradores

La regla general es que la designación de los administradores compete a la junta general (art. 160 TR) y su separación puede ser acordada por ella en cualquier momento, aunque no conste en el orden del día (arts. 223 TR) y, consecuentemente, un nuevo nombramiento a efectos de no dejar acéfala a la sociedad. Examinaré a continuación la validez de los pactos estatutarios relativos a las personas que pueden ser nombradas y a las mayorías necesarias para su nombramiento y separación.

1.- Salvo que los estatutos dispongan lo contrario, no se precisa ser socio para ostentar la cualidad de administrador (art. 212.2 TR), y son válidos los pactos estatutarios que limiten la facultad de elección de la junta general a personas que reúnan ciertas condiciones como edad, experiencia profesional, antigüedad en la empresa, etc. Por tanto, los estatutos deberán adaptarse en este extremo a las previsiones del protocolo familiar relativas a la carrera profesional de los miembros de la familia.

Estimo que no sería válida la previsión de que sólo pudiesen ser administradores los miembros de una determinada familia, aunque este efecto pueda conseguirse en la sociedad familiar por vía indirecta de la exigencia de participación en el capital social por encima de determinado porcentaje. Como declaró la R. 18 junio 1980 con referencia a una cláusula estatutaria de una sociedad anónima según la cual la mitad de los miembros del consejo deberían ser socios de determinada mercantil y la mitad restante de otra, aún cuando se pueden establecer con carácter objetivo circunstancias que delimitan el condicionamiento para poder ser administrador, ello no autoriza el reducir la posibilidad de que puedan ser elegidos para tal cargo únicamente determinadas personas, ya que si así ocurriera, se vulneraría entre otros, el derecho de las minorías a designar sus vocales con arreglo al art. 71.2 LSA (hoy 243 TR) e, incluso, podrían producirse situaciones anómalas que impedirían el ejercicio por la junta de la facultad de separación establecida en el art. 75 (en la actualidad 223 TR).

Estos límites estatutarios a la libre elección por la junta pueden ser tanto positivos, así los enumerados, como negativos, pues al respecto sólo es imperativo lo dispuesto en el art. 213 TR. La R. 8 julio 1999 no admitió el pacto estatutario por el que no podían ser administradores los socios que hubiesen adquirido sus participaciones en procedimiento de apremio ni quienes promuevan contra un socio un procedimiento o reclamación, por entender que tal pacto era contrario al orden público en cuanto que supone coartar el ejercicio legítimo de un derecho -la actuación del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC- y produce efectos frente a terceros en cuanto que determina una minoración en el valor de los bienes a realizar, en cuanto que se adquirente quedaría excluido, a diferencia de los demás socios, de formar parte del órgano de administración.-

2.- En cuanto a los pactos relativos a la adopción de los acuerdos de nombramiento y separación es preciso distinguir ambos supuestos.

El nombramiento se adopta por las mayorías ordinarias de los arts. 201 y 198 TR, pero no existe inconveniente en que los estatutos sociales establezcan una mayoría especial sin llegar a la unanimidad. Así lo declara expresamente el art. 191 RRM para las limitadas aplicable, a mi juicio, igualmente a las anónimas. Podría para las limitadas al amparo del art. 200.2 TR exigirse incluso el voto favorable de un determinado número de socios.

El régimen es distinto sin embargo en cuanto a la separación de los administradores nombrados.

Tratándose de sociedades limitadas, el art. 223.2 TR limita la libertad estatutaria en el sentido de que no puede exigirse una mayoría superior a los 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, mayoría que será necesariamente la del art. 198 TR, según el art. 238, cuando el cese se produzca a consecuencia de la aprobación del acuerdo de exigencia de responsabilidad social.

En sede de anónimas, la STS 31 de mayo 1957 declaró la nulidad de las cláusulas que establezcan una mayoría especial para el acuerdo de destitución, por ser contrarias al principio de libre revocabilidad del administrador. En el anterior TR de la Ley de sociedades anónimas el art. 134.1, coincidente con el actual art. 238 TR, a efectos de acción social de responsabilidad establece que los estatutos no podrán exigir una mayoría distinta de la prevista en el art. 93 para la adopción del acuerdo. Pero, como advierte SÁNCHEZ CALERO, estas limitaciones se refieren a la “mayoría deliberativa”, pero no al “quórum constitutivo”, de tal modo que si se han elevado en los estatutos los quórum del art. 193 TR, sería absurdo que a la separación de administradores no se le aplicase el quórum de constitución de los acuerdos ordinarios. Distinto sería, y en este sentido la cláusula estatutaria debe considerarse nula, exigir para la válida constitución de la junta que ha de tratar la separación, el quórum constitutivo extraordinario del art. 194 TR, pues ello podría impedir la constitución de la junta que de tal forma no podría libremente revocar a los administradores.

No serían, por último, válidas las disposiciones estatutarias que exigiesen para el cese de los administradores la existencia de una justa causa, pues ello sería contrario al principio de libertad de la junta, ni –como dice el autor citado– la cláusula que exigiera que la junta general motivara el acuerdo de cese, pues, además de que puede ser contraria a los propios intereses del administrador cesado y de que limita la libertad de la junta, puede ser motivo de amplia litigiosidad como ocurre en los países en que se admite la libre revocación pero con derecho del administrador a ser indemnizado caso de no existir justa causa.

4.3.2. Aplicación a la sociedad limitada del sistema proporcional

Para el caso de que se haya optado por un consejo de administración en sede de anónimas (arts. 243 y 244 TR) procede el nombramiento de consejeros

por el sistema proporcional y por cooptación (este último provisional para los cargos vacantes en tanto no se celebre junta).

El sistema proporcional, que introdujo la LSA 1951 y que tiene su precedente en la Ley de 24 de noviembre de 1939 de “Ordenación y defensa de la industria y la producción nacional”, posibilita que los socios puedan voluntariamente agrupar sus acciones hasta constituir una cifra de capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del consejo, para designar así los consejeros que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. Está regulado en actualmente en el art. 243 TR y desarrollado por el RD. 821/1991 y se concreta a la provisión de vacantes o en previsión de ellas.

Constituye un instrumento de extraordinario interés en el seno de la sociedad familiar cualquiera que sea su tamaño. Así en las pequeñas sociedades todos los socios pueden aspirar por agrupación con otros afines a ser representados en el consejo y en las sociedades mayores, en que varios grupos luchan por el poder, es un procedimiento para la representación de las minorías en el seno del Consejo. Es, además, adecuado, en cuanto que en la sociedad familiar no se produce la ruptura entre propiedad y gestión. Sin embargo ha tenido escasa eficacia en las sociedades abiertas en que el interés de la minoría ha podido ser burlado por la mayoría que ante una vacante puede optar por reducir el número de vocalías en el consejo o modificar la estructura del órgano de administración, posturas admitidas en su día por la jurisprudencia. Después volveremos sobre esta cuestión.-

Tratándose de sociedades limitadas, el art. 191 RRM establece que no se admitirá el nombramiento de administradores por dichos sistemas. Pero en la actualidad es objeto de discusión la admisión del sistema de designación proporcional para las sociedades limitadas, cuya admisibilidad sería de extraordinaria importancia para las sociedades familiares.

Mientras que con la primitiva Ley de 1953, ante el silencio legal, la R. 17 marzo 1995 había admitido la representación proporcional en limitadas, la R. 15 septiembre 2008 declara que en la S.L. no es admisible una disposición estatutaria creando una clase de participaciones a las que se atribuye en su conjunto, cualquiera que sea, en cualquier momento, su número, valor nominal y capital social de la compañía, el derecho a elegir un miembro del órgano de administración, cuando éste sea pluripersonal, pues ello supondría una vinculación forzosa e indefinida entre los titulares de dicha clase de participa-

ciones y alteraría el principio legal de adopción de acuerdos por mayoría en la junta. Añade la resolución que el legislador no ha considerado conveniente reconocer a los socios minoritarios el derecho de representación proporcional en el órgano colegiado de administración, decisión que, como expresa la Exposición de Motivos de dicha Ley se justifica por el deseo de evitar que «el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad». Y no puede esto interpretarse en el sentido de que el propósito del legislador sea crear un marco más rígido para la sociedad limitada que para la anónima, sino que, como el sistema proporcional puede resultar problemático en la práctica y convertirse en generador de innumerables conflictos sociales, en sede de limitadas análogo resultado puede conseguirse mediante el uso estatutario del sistema de voto plural, el cual puede servir para modalizar el principio puramente mayoritario que a tal efecto establece como básico, pero no inderogable, la Ley.

En el mismo sentido se manifiesta de modo uniforme la doctrina y las sentencias de las AP de Barcelona de 3 de julio de 2000 y de Santa Cruz de 27 de mayo 2002 y 16 junio 2003.

Sin embargo, la STS 6 marzo 2009 admite la validez del pacto estatutario que establece este sistema para una sociedad limitada de carácter familiar, en base fundamentalmente a los siguientes argumentos: a) el silencio de la Ley 2/1995 no tiene el significado de una prohibición (aunque debe recordarse aquí que la Ley no guarda silencio, sino que proscribía el sistema proporcional en su Exposición de Motivos); b) el sistema proporcional no priva a la junta general de su competencia para el nombramiento de administradores; c) no resulta contrario al principio de igualdad de los derechos vinculados a las participaciones, dada la desigualdad de la que, de hecho, parten las minorías en la designación de los consejeros; y d) la rotundidad del art. 191 RRM no puede ser determinante, dado el principio de jerarquía normativa, y porque, además, dicha norma puede ser interpretada –como hace la DGRN– como meramente excluyente de la aplicación supletoria del régimen de representación proporcional propio de las anónimas.-

De admitir esta última orientación, sería necesario que los estatutos precisasen, como dice la resolución de 1995 citada, su adecuado desarrollo, a saber: “determinación de las vacantes a las que se puede aplicar, momento de la agrupación de participaciones, tiempo por el que se mantiene, identificación

y modo de constatar qué participaciones son las agrupadas, posibilidad de nombramiento de suplentes, exclusión del derecho de cooptación, etc.”

Como decía antes, en las sociedades abiertas este sistema ha sido objeto de escaso interés en cuanto que, cuando la minoría ha pretendido usar de la facultad legal, la mayoría acuerda modificar los estatutos sociales reduciendo el número de vocalías -con lo que aumenta el cociente- o cambiar la estructura del órgano de administración, lo que se ha considerado lícito por la jurisprudencia (SSTS 20 abril 1969 y 29 noviembre 1969). Sin embargo, entiendo con SÁNCHEZ CALE-RO que esta doctrina debe ser revisada después de la reforma de 1989, que ha consagrado una mayor tutela de las minorías. Así resultaría para las sociedades anónimas de una interpretación amplia, entre otros, del art. 293.1 TR que establece para las modificaciones estatutarias que perjudiquen los derechos de una clase de acciones, además de los requisitos del art. 285 TR, que tal modificación haya sido acordada también por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, y en este caso, según el autor citado, que medie el consentimiento de todos los titulares de acciones agrupadas que hubiesen ejercitado el derecho que les confiere la Ley, y para las sociedades limitadas del art. 292 TR.

En todo caso, es preciso recordar que para el cese de todos los consejeros, cualquiera que sea el sistema de su designación, la competencia es de la junta y no de los socios que agrupados los hubieren designado (SSTS 2 julio 2008 y RR 14 diciembre 2004 y 12 enero 2005).

Para terminar esta cuestión señalar que, cualquiera que sea el tipo de sociedad, el sistema de designación proporcional no será aplicable a estructuras de administración distintas del órgano colegiado, esto es, del consejo de administración. Es decir, no puede preverse para la designación de administradores mancomunados ni solidarios.

4.3.3. Coordinación propiedad-gestión. Los comités consultivos

He defendido hasta ahora la necesidad de que no existan interferencias entre los órganos encargados de la tutela de los tres intereses que concurren en la empresa familiar. Evitar interferencias no puede ignorar la necesidad de lograr entre ellos la necesaria conexión, pues la experiencia demuestra que son los conflictos familia-gestión los que inciden en el fracaso de la empresa familiar e impiden su continuidad.

El ámbito de actuación del órgano encargado de la tutela de la propiedad -Junta General- y de la empresa -órgano de administración- está perfecta-

mente determinado por las disposiciones vigentes, cuyo contenido puede ser transpuesto sin dificultad alguna a esta modalidad de empresa.

Sin embargo, es lo cierto que la configuración que tiene el legislador del empresario social -de la sociedad mercantil- no se adapta totalmente a la realidad, pues con independencia de su forma social, aquella demuestra que no existe un solo tipo de sociedad, sino varios. A efectos de su estructura interna no es lo mismo una sociedad limitada normal o abierta que una sociedad limitada familiar, ni una sociedad limitada independiente coincide en sus valores empresariales con otra que forma parte de un grupo de sociedades.

La competencia de la junta está perfectamente determinada en el art. 166 TR. Pero por razón de la diversidad de tipos de sociedad a que hacía referencia, en algunos supuestos puede ser conveniente que los estatutos sociales aumenten los asuntos propios de la junta, siempre que no mermen las competencias atribuidas por la Ley a otros órganos o a los socios, posibilidad que contempla el propio apartado i) del artículo citado.

Más precisa es la norma legal en relación con las atribuciones del órgano de administración. A él compete la gestión de los intereses sociales y la representación de la sociedad, cuyo ámbito definen los arts. 209 y 234 TR en términos coincidentes: *"todos los concernientes al objeto social"*. De ahí que tales preceptos, junto con otros del RRM, prohíban incluir en la inscripción cualquier restricción a las facultades del órgano de administración, salvo -aclara la DGRN- que conste su carácter exclusivamente interno, y en ese sentido han de ser también entendidas las normas estatutarias que al amparo del art. 161 TR para las sociedades limitadas sometan a autorización de la junta *"la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión"*. Del propio modo no sería válida una cláusula estatutaria que ampliase las facultades del órgano de administración en merma de las de la junta.

Claro está que la junta general, como representante de la propiedad, puede impartir instrucciones al administrador, gestor de dicha propiedad, pero este no está obligado a seguirlas, aún a riesgo de poder ser cesado, pues estas instrucciones no le eximen de responsabilidad (art. 236.2 TR).

De lo que no se ocupa la Ley, y es de especial importancia en el tipo de sociedad que examinamos, es de la relación de la familia con estos órganos. Es fácil visualizar la relación de la familia con la junta general, en cuanto que esta está integrada por miembros de aquella, que previamente habrán determinado su posición a través de los órganos constituidos al efecto en el Protocolo

Familiar, pero más compleja es la cuestión en lo referente a la relación de la familia con el órgano de administración.

La gestión de la empresa ha de efectuarse con profesionalidad, que es la que puede asegurar la rentabilidad y competitividad, base de la permanencia. Por tanto, deben evitarse ingerencias de la familia en los órganos de administración de la empresa. La familia ha de dirimir sus controversias en el seno de la Asamblea o Consejo Familiar regulado por el protocolo, pero no trasladarlas al órgano de administración.

En un “Estudio sobre debilidad de la empresa familiar” efectuado en 2006 por Departamento de Investigación de Edelman se aprecia en la encuesta realizada entre 156 líderes de opinión, que el 74’30% de los encuestados destacan el carácter poco profesional de la gestión en la empresa familiar y en el 98’7% de los casos la apreciación de que la empresa está sujeta a los problemas familiares.

La solución a esta cuestión está en la profesionalización de los gestores, a la que antes he hecho referencia a propósito de los pactos estatutarios relativos a la capacidad para ser administrador, y a la necesidad de acudir a gestores externos.

En principio, esta profesionalización se puede dar en el órgano de administración o en los cargos ejecutivos o de dirección.

Como resulta de un estudio dirigido en 2005 por Carlos PURSALS, el 88’24% de las empresas familiares consultadas tenían como órgano de administración un Consejo, que estaba integrado en el 40’02% de los casos sólo por miembros de la familia, en el 6’66% sólo por miembros profesionales, y con composición mixta el 53’32% restante. Ahora bien esta composición del órgano de administración no coincide con la composición de los efectivos Comités de Dirección de la empresa, pues frente al 40’02% de los casos en que el consejo estaba integrado sólo por miembros de la familia, el Comité de Dirección sólo en el 7’14% de los casos está integrado por miembros de la familia propietaria, mientras que en el 28’57% de los casos están integrados por ejecutivos no familiares.

La comparación de estos datos estadísticos nos deben llevar a meditar sobre dónde radica el centro de gravedad del liderazgo en la empresa familiar en nuestro país, sobre todo después de haberse producido sucesivos relevos generacionales, que son los que determinan que el órgano de administración sea un Consejo. Es claro que el marco ideal sería un líder familiar que también lo fuese empresarial y es igualmente patente la necesidad de un protocolo

familiar que determine los valores familiares que han de ser trasladados al ámbito empresarial al objeto de hacer coincidir ese liderazgo.

Creo muy interesante y ajustada a un análisis de la realidad la opinión del Catedrático de Economía CASADO que considera que el liderazgo no tiene por qué ser una pirámide en la que el líder está en el vértice y los liderados la base, sino que el líder que viene de abajo está más en contacto con la realidad y, por tanto, tiene mejores condiciones para gestionar el cambio. Se trata de considerar al líder un servidor de los demás. “La concepción del líder servidor –dice- es la que debe tener el líder del grupo familiar. Si se quiere liderar con un mando jerárquico, como en el mundo empresarial, se está abocado al fracaso”. De ello deriva la evidente necesidad de los “consejeros independientes” y de la profesionalización del órgano de administración.

Y de ello resulta la necesidad de un órgano de comunicación, que traslade al liderazgo empresarial los deseos de la familia e informe a esta de la marcha y necesidades reales de la empresa. En este sentido la DF 1ª del RD171/2007 modifica en idénticos términos los arts. 124.2 para SA y 185.3 para SL, al decir:

“Además los estatutos podrán crear un comité consultivo.

Deberá determinarse en los estatutos sociales si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo así como su específica denominación, en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término “familiar”.”

El precepto nos merece una crítica muy favorable. No sólo por lo oportuno de su contenido, que atiende a la propia realidad, sino también por la precisión del mismo, que deja escasa labor para el intérprete. Para dotarle de total aplicación, sólo se me ocurren las siguientes precisiones:

- el término “funcionamiento” precisará de la determinación de su convocatoria y constitución.
- la referencia a “retribución” creo que debe completarse con todas las precisiones que respecto de la misma se fijan para los administradores, sin que exista razón alguna que impida la aplicación de cualquiera de los sistemas previstos para estos, y

- sus competencias, que como se indican son sólo consultivas o informativas, no pueden en ningún caso suponer restricciones al ámbito de actuación del órgano de administración, si quiera este podrá incurrir en responsabilidad por los daños que origine a la sociedad desconociendo tales recomendaciones.

Y para el caso de empresas en las que se hayan producido menos relevos generacionales, de tal modo que fuese absolutamente ficticio e innecesario la figura del comité, los preceptos citados añaden :*"También podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo"*. El precepto no puede ser más explícito: invita a visualizar la empresa en la que el fundador ha sido ya sustituido por la primera generación. En ella el fundador, como administrador honorífico, asistirá a los consejos y realizará la doble labor que los párrafos anteriores asignan al comité: la consultiva e informativa. La previsión estatutaria de su retribución invita a imaginar el complemento de la pensión de jubilación y la lógica participación en los beneficios de la empresa que ha creado.

5. ESTRUCTURACIÓN DE LA SUCESIÓN DEL EMPRESARIO: SU TESTAMENTO

La primera decisión que debe adoptar al respecto el empresario es la de si el relevo generacional debe producirse durante su vida o para después de su muerte.

5.1. Relevo generacional en vida del empresario

Para este supuesto son válidos cualesquiera negocios jurídicos de atribución patrimonial, que no precisan de especial comentario, salvo en lo concerniente al supuesto, al que luego me referiré, de que entre los favorecidos hubiere algún mejor o incapaz, siquiera es de interés una consideración relativa a las donaciones *mortis causa* y al contrato de alimentos. En todo caso, en los supuestos de transmisión de presente, es aconsejable acudir a la posibilidad antes referida introducida por la DF 1ª del RD171/2007, que modifica en idénticos términos los arts. 124.2 para SA y 185.3 para SL, regulando la persistencia

en la empresa del fundador con un cargo estatutario honorífico debidamente retribuido.

5.1.1. *Donaciones mortis causa.*-

El art. 620 CC dispone que “*las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el título de la sucesión testamentaria*”. Se exigen, por tanto, las formas y formalidades testamentarias (SSTS 25 julio 1996, 12 marzo 2004 y 20 noviembre 2007) tanto para la validez y eficacia de las donaciones *mortis causa* como para su revocación. Ello implica -O’CALLAGHAN- que para disponer de los bienes para después de la muerte, no tiene una persona más que el testamento y que el CC ha eliminado las donaciones *mortis causa*.

Ante tal rigor legal es preciso fijar los caracteres de la donación *mortis causa*. Es especialmente gráfica la R.21 enero 1991, que declara “para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia 19 junio y 29 octubre de 1956, 27 marzo 1957, 7 enero 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante: la muerte de éste tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de *conditio juris* de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado). En cambio, hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, sólo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. Como ya decía Antonio Gómez para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa “te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte”, “te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida”. Cabe, pues, donación entre vivos no solo cuando se confiere la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra (cfr. artículo 640 del Código Civil) sino también cuando el donante de la nuda propiedad retiene para si el usufructo (cfr. artículos 492 y 634 y Sentencia 7 junio 1960); o cuando el donante confiere el usufructo a otra persona pero sólo para después de la muerte del donante

mismo que queda como primer usufructuario. Y, en general, cabe estipular combinaciones parecidas siempre que haya intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que sólo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente”.

Sentada esta doctrina, podemos afirmar la validez de la donación con reserva de usufructo conjunto o sucesivo para después de la muerte, que respecto de bienes gananciales aparece permitida por la resolución de 1991 citada y en relación a bienes privativos estaría amparada por los arts. 429 y 640 CC. Del propio modo sería admisible, a mi juicio, el pacto de acrecimiento entre cónyuges respecto de la empresa, ya por considerarlo una regulación de la comunidad al amparo de la autonomía de la voluntad –tesis de VALLET- ya por estimar que se trata de una recíproca donación de presente, supeditada en cuanto a su plena eficacia al fallecimiento del donante. Por último sería igualmente admisible la donación con aplazamiento de la entrega al fallecimiento del donante.

5.1.2. Contrato de alimentos

Otra posibilidad, al amparo de la reforma del CC operada por la Ley 41/2003, sería la transmisión a la nueva generación de la empresa a cambio de un contrato de alimentos, por el que el alimentista se obliga, conforme al art. 1791 CC a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo al cedente, en los términos que establece el nuevo Título XII del Libro IV del Código.

5.2. Relevos generacional para después de la muerte

5.2.1. El patrimonio del discapacitado

Para el supuesto de que decidiera que el relevo generacional se plantea para después de su muerte, es conveniente prever la regulación de la situación que resultare de la declaración de incapacidad o la discapacitación del empresario individual en uso de las posibilidades que configura la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad.-

Con carácter general el art. 1732 CC en la redacción dada por esta Ley en su párrafo segundo dispone “El mandato se extinguirá, también, por la incapa-

citación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.” Por tanto, el otorgamiento de un poder en tales términos podrá resolver la situación entre la incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este y la apertura de su sucesión.

Otra posibilidad es la figura del **patrimonio protegido de las personas con discapacidad**, que crea esta Ley configurándola como una masa patrimonial sin personalidad jurídica, que se separa del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, y que a modo de patrimonio de destino se vincula directa e inmediatamente a la satisfacción e las necesidades vitales de una persona con discapacidad, quedando sujeto a un régimen de administración y supervisión específico.

Para el caso de que la empresa (o las acciones o participaciones del empresario social) fuesen privativas de su titular, el art. 3.1 de la Ley citada dispone que *“podrán constituir un patrimonio protegido: a) la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente”*. Obviamente también podrá hacerlo el empresario para el caso de que alcance un grado de discapacidad de los que determina su art. 2.2, que operará como verdadera *condictio iuris*. Con carácter más amplio así lo contempla el párrafo segundo del art.223 CC al disponer que *“cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”*, que puesto en relación con el art. 236.1º CC, permite concretar tal medida a los bienes que integran la empresa y su gestión.

En el supuesto de que *la empresa fuese ganancial*, el art. 223 CC antes citado permite que ambos cónyuges adopten previsiones para el caso de ser alguno de ellos o ambos incapacitados judicialmente. En su defecto, y para el supuesto de que uno de los cónyuges hubiese alcanzado un grado de discapacidad de los previstos legalmente, distinguiremos que dicha discapacidad implique o no la restricción de la capacidad de obrar.

Para el caso de que el discapacitado, por haber sido judicialmente declarado incapaz, haya quedado sujeto a tutela, esta corresponderá –a falta de persona específicamente designada por el tutelado- al cónyuge que conviva con el mismo según el art. 234.2º CC.

No plantea dudas la posibilidad del cónyuge-tutor de constituir como patrimonio protegido la empresa privativa del incapaz conforme al art. 3.1.b de la Ley 41/2003 y ello sin necesidad de recabar autorización judicial alguna por considerar la Ley, como es natural, que dicho acto de constitución es siempre ventajoso para el incapaz. Pero siendo la empresa ganancial mayores son las dificultades por razón de la atribución patrimonial a favor del incapaz de los derechos que como ganancial corresponden sobre la empresa al cónyuge tutor, lo que precisa de un título jurídico adecuado previo.

El art.2.3 de la Ley 41/2003 permite a cualquier persona con interés legítimo *“solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para este fin”* y no existe razón alguna para hacer de peor condición al cónyuge tutor. Aunque, conforme a la doctrina de la R. 25 noviembre 2004 el acto atributivo del cónyuge tutor no se refiere a la porción que le corresponde en la empresa como ganancial, sino a la total empresa, dada la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común, debido a que tanto este como la condición de comunero es inseparable de la de cónyuge.

El problema *ex art. 625 CC* se plantea en la necesidad de la aceptación de la atribución patrimonial gratuita y ello porque el art. 221.2 CC prohíbe al tutor representar al tutelado en caso de conflicto de intereses y el 299.1º prevé el nombramiento de un defensor judicial en tal supuesto. La referencia a que la solicitud se dirija a *“padres, tutores o curadores”* no puede entenderse como alternativa en caso de simultaneidad de los mismos, pues *“los padres”* deben quedar restringidos a los casos de incapaz menor de edad o sujeto a patria potestad prorrogada y, por tanto, no podrá recabarse su aceptación para el supuesto de que la tutela se haya atribuido al cónyuge del incapaz. No obstante, la necesidad del nombramiento de un defensor judicial podría quizá verse obviada por economía procesal con la alternativa que ofrece el párrafo segundo de este apartado 2 de solicitar directamente del juez la autorización, aunque esta está prevista legalmente sólo para el caso de que los llamados a aceptar la constitución del patrimonio se negasen a ello. De admitirse esta posibilidad, es claro que mediaría *“justa causa”* para no privar al tutor de la administración del patrimonio protegido.

En el supuesto de que la discapacidad del cónyuge no sea merecedora de la declaración de incapacidad, bastará con su consentimiento si conserva la

capacidad de obrar suficiente, y en este caso, será el propio beneficiario quien fijará las normas de administración del patrimonio protegido en el documento público de constitución, conforme al art.5.1 de la ley especial que así lo dispone “*cualquiera que sea la procedencia de los bienes o derechos que lo integren*”, dando preferencia al acto constitutivo frente al acto dotacional.

En todo caso no veo ningún inconveniente en que el cónyuge del discapacitado y en cuanto a la atribución de sus derechos por la ganancialidad de la empresa, prevea el destino que haya de darse a estos para el caso de que se extinga el patrimonio especial por concurrencia de cualquiera de las causas que determina el art. 6 de la ley especial. Así resultaría del art. 641 CC y de la aplicación analógica del art. 4 de la ley, si quiera por razón de lo dispuesto en el último inciso del primer párrafo del número 2 de este artículo –“*estas aportaciones... no podrán someterse a término*”- no es posible tal reversión en tanto no se extinga el patrimonio protegido. En cualquier caso y en cuanto que se trata de un acto de atribución a título gratuito, al fallecimiento del donante y para el caso de apreciarse inoficiosidad, se estará a lo dispuesto en los arts. 636 y 654 y ss. CC.

5.2.2. El testamento del empresario

Proscrita la sucesión contractual por el Código Civil, el único instrumento que permite al empresario ordenar su sucesión es su testamento como acto personalísimo por el que dispone de sus bienes para después de su muerte con respecto a los límites derivados del régimen de sucesión forzosa.

5.2.2.1. La promesa de mejorar. Art. 826 CC

Antes de entrar a examinar las particulares que puede ofrecer el testamento del empresario familiar, haré una referencia a la promesa de mejorar que el art. 826 CC declara válida si está hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, estableciendo la ineficacia de cualquier disposición contraria a tal promesa.

En la actualidad parte de la doctrina considera inadecuado el régimen de sucesión forzosa establecido por nuestro Código estimando que responde a una circunstancia histórica determinada en la que los hijos contribuían a la creación y fomento de la riqueza familiar con su esfuerzo, en contraprestación del cual recibían la seguridad de percibir parte de la herencia por su condición de herederos forzosos salvo que incurriesen en causa de desheredación.

En la empresa familiar, si todos los hijos trabajan en ella, el sistema sucesorio de Derecho Común resulta adecuado, pero es posible que sólo uno o algunos de ellos apliquen su esfuerzo a la empresa familiar, mientras los restantes siguen vocaciones profesionales muy diversas. A esta situación responde adecuadamente el régimen del artículo al que hacemos referencia.

5.2.2.2. Disposición de bienes gananciales

Sentada la posibilidad del carácter ganancial de la empresa es preciso realizar algunas consideraciones sobre la disposición **mortis causa** de los bienes gananciales.

Cuando el art. 1379 CC declara que *“cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales”* no se refiere, como señala PRETEL SERRANO- a la disposición de concretos bienes gananciales, sino a la disposición testamentaria de la unidad conceptual que los gananciales comportan.

Respecto de la atribución por vía de legado de un concreto bien ganancial el TS en SS 11 mayo 2000 y 14 julio 2008 dice que no puede ser considerado como legado de cosa ajena y, por tanto, como señala la STS 26 abril 1977 no procede la aplicación del art. 864 CC, sino la del art. 1380 que proclama *“la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.”* Precepto que es aplicable por analogía, según la STS 11 mayo 2000, no sólo al legado del bien que ostentase la condición de ganancial al tiempo del fallecimiento del testador, sino al que integrase la comunidad ganancial ya disuelta y pendiente de liquidación con anterioridad a su fallecimiento.

Entiendo que el contador partidor, que por razón de su cargo está facultado para liquidar la sociedad de gananciales con el cónyuge supérstite, no puede al tiempo de efectuarla adjudicar al viudo el bien ganancial legado, pues con ello imposibilitaría el cumplimiento de la voluntad testamentaria, siendo preciso el consentimiento de los herederos (RDGRN 19 marzo 1986).

En el caso de atribución de un concreto bien ganancial por vía de partición efectuada por el testador en pago de una cuota hereditaria reconocida, no se aplica el art. 1380 CC, pero el resultado es el mismo pues al permanecer invariable el valor de la herencia con independencia del resultado de la sociedad de gananciales, el favorecido percibirá el valor del concreto bien, caso de que se hubiese adjudicado al supérstite.

De todo lo anterior resulta la evidente necesidad de que, al no admitirse en derecho común el testamento mancomunado, los cónyuges se pongan de acuerdo en orden a la disposición *mortis causa* de la empresa ganancial.

5.2.2.3. Previsiones a adoptar cuando entre las personas llamadas al relevo generacional existen menores o incapacitados

5.2.2.3.1. Asimilación a la figura del trust por medio de los negocios jurídicos fiduciarios. Soluciones que ofrece nuestro Derecho

En derecho angloamericano la cuestión se resuelve con la figura del trust. El empresario nombra un heredero que administra la empresa y entrega sus rentas a los beneficiarios, a los que revertirá los bienes una vez desaparecida la circunstancia que motivó su nombramiento. Pero el trust es una figura desconocida en nuestro Ordenamiento. El art. 2 del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 lo define diciendo “*«A los efectos del presente Convenio, el término “trust” se refiere a las relaciones jurídicas creadas —por actos inter vivos o mortis causa— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado.*”

El trust posee las características siguientes: a) los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee; b) el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee; c) el trustee tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga».

No nos detendremos en el *Trust for sale*, conforme al cual, a falta de trust testamentario, el Derecho anglosajón impone en la sucesión intestada por ministerio de la ley un *executor* nombrado judicialmente, quien como propietario fiduciario actúa en interés del cónyuge supérstite y de los hijos menores, procediendo a liquidar las deudas de la masa hereditaria y distribuir los bienes entre los herederos. La herencia no pasa directamente a los herederos, sino a través de este procedimiento que se denomina “*probate*”. Nos centraremos, con CASTELLANOS RUIZ, en el trust testamentario y el trust inter vivos con disposiciones sucesorias.

El trust testamentario es un acto *mortis causa* por el que el testador (*setlor*) organiza su sucesión atribuyendo la propiedad de todo o parte de sus bienes a un fiduciario (*trustee*) para que los administre a favor de uno o más beneficiarios (*cestius que trust*). Hay un “desdoblamiento de propiedad”: la formal

se atribuye al fiduciario y la material a los beneficiarios una vez muerto el fundador.

El **trust inter vivos** se crea mediante un acto unilateral por el que se transmite la propiedad al trustee para que desempeñe sus funciones conforme al contenido del acto constitutivo, **y puede contener disposiciones mortis causa** si contiene previsiones para la determinación de los beneficiarios una vez fallecido el constituyente o si persiste tras la muerte del constituyente. Dice la autora citada que mediante él se trata de administrar un patrimonio familiar durante un largo período de tiempo, al menos dos generaciones, para que produzca efectos con relación a los hijos y nietos del constituyente y supone una verdadera alternativa funcional al testamento.

Así centrada la figura, que como dije es desconocida en nuestro derecho, se trata de estudiar si los mismos efectos pueden conseguirse mediante la figura del **negocio fiduciario** -cuya validez aunque no esté reconocido expresamente en nuestro Código Civil ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia en base al art. 1255- o **la fiducia sucesoria**.

La STS 2 diciembre 1996 define **el negocio fiduciario** como *“el consistente en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista”*. De entre las diversas figuras de negocio fiduciario conocidas, nos referimos ahora a la llamada **“fiducia de gestión”** en sus dos modalidades de **fiducia de mera gestión**, que define MATEO Y VILLA cuando el objeto de la misma no es desprenderse de los bienes que forman parte del patrimonio fiduciario sino conservarlos retransmitiéndolos al beneficiario y obteniendo, hasta que tenga lugar dicha transmisión el mayor beneficio posible, y **la fiducia de inversión**, en la que el fiduciario queda facultado para enajenar los bienes dados en fiducia durante su gestión para obtener el máximo beneficio.

Conforme a lo dicho hasta ahora las diferencias entre el trust angloamericano y el negocio fiduciario europeo continental son claras: En el trust hay tres personas: constituyente, *trustee* y beneficiarios. No existe relación alguna entre el primero y los últimos, y el constituyente no tiene ningún derecho real frente al *trustee*, que tiene todo el poder para tomar decisiones sobre los bienes cedidos. Los beneficiarios, sin embargo, disponen de acción frente al fiduciario para reivindicar los bienes indebidamente transferidos y recupe-

rar el beneficio económico que procuraban a través de la constitución de un *constructive trust*. Los bienes no se integran en el patrimonio del *trustee* y, por tanto, ni constituyen garantía frente a sus acreedores personales ni integran su herencia.

En el negocio fiduciario hay dos personas: el fiduciante y el fiduciario, pues el beneficiario no ostenta acciones contra ninguno de ellos. Nuestro jurisprudencia, se separa de la fiducia pura –que se sigue manteniendo en Bélgica, Italia, Francia, Países Bajos y Suiza- desde las SSTs 19 de mayo y 2 de junio de 1982, evidenciando, como puso de manifiesto don JERÓNIMO GONZÁLEZ en 1928, el desplazamiento de la fiducia romana a la fiducia germánica, y abandonando la teoría del doble efecto que elaboró CASTÁN. El fiduciante retiene la propiedad material y, por tanto, el poder de decisión, mientras que el fiduciario adquiere una titularidad meramente formal (STS5 diciembre 2005), que le faculta para utilizar el bien adquirido con la finalidad que se pactó, con la obligación de devolverlos al fiduciante o a un tercero una vez cumplido la finalidad prevista. En definitiva, para la doctrina moderna el negocio fiduciario no produce más efectos que la propia de un contrato de mandato. En este sentido la STS 6 julio 1992 considera no inscribible en el Registro de la Propiedad el negocio fiduciario “cum creditore” y la de 7 de mayo de 1991 considera que la venta en garantía de deuda no puede servir de base a una tercería de dominio, aunque si a una de mejor derecho.

La STS 19 junio 1997 vuelve a considerar el negocio fiduciario como un convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes: uno real, de transmisión plena del dominio, eficaz erga omnes; otro obligacional, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado. En esa línea no comparten la opinión de la propiedad desdoblada PANTALEÓN PRIETO, para quien considerar que el negocio fiduciario transmite una propiedad “relativa” –a efectos sólo externos-es un “absurdo jurídico” ni MATEO Y VILLA que considera que el fiduciario se convierte en verdadero propietario a todos los efectos, aunque con un dominio condicionado temporal y teleológicamente. “Por tanto-dice – el recurso al desdoblamiento de la propiedad resulta innecesario, además de inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico”.

En lo que aquí nos interesa, es decir la integración o no en el patrimonio del fiduciario de los bienes frente a terceros, es muy importante la STS 17 septiembre 2003, que señala que, *si bien el negocio fiduciario no transmite al fiduciario más*

que una titularidad formal, a efectos de terceros de buena fe la transmisión es real, por lo que les sería inoponible el pacto fiduciario no conocido. La posibilidad de la oponibilidad del pacto de fiducia a terceros que lo conocen no puede entenderse – posibilidad tradicionalmente rechazada por doctrina y jurisprudencia- como la admisión de dos posibles patrimonios en una misma persona: el personal, que conforme al art. 1911 CC responde de sus deudas personales, y el fiduciario que responde de las deudas de los bienes dados en fiducia, sino simplemente como el resultado de la aplicación de las reglas de la buena fe. La existencia de dos patrimonios en la misma persona sólo sería posible previa declaración legal o si la ley admitiese un patrimonio con personalidad, lo que precisaría de un régimen de publicidad especial, que, si bien para PARDO NUÑEZ no precisaría de la inscripción en ningún registro público, siendo suficiente su notoriedad, para GÓMEZ GALLIGO exigiría la creación de un registro *ad hoc*, y para MATEO Y VILLA sería suficiente el actual art. 2.3 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo la DGRN, rechazando la tradicional teoría del doble efecto real y personal de los negocios fiduciarios, reiteradamente y sin prejuzgar el tipo de titularidad real que ha originado el negocio fiduciario, pero distinta en todo caso y limitadora de la titularidad real que sigue permaneciendo en el transmitente (resoluciones de 30 junio 1987 y 5 junio 1991) no permite la inscripción de las ventas en garantía al entender que no se cumple el principio de especialidad al no determinarse la naturaleza y extensión de la titularidad que adquiere el fiduciario. Y del propio modo consideramos que no sería inscribible la fiducia de gestión por aplicación del art. 20 LH que declara la innecesariedad de inscribir a favor del mandatario, albacea o demás personas que actúen como órganos de representación voluntaria.

Con relación a la **fiducia sucesoria**, en el ámbito inmobiliario, con el art. 2.3 Ley Hipotecaria permite la inscripción de *“los actos por lo que se adjudiquen a alguien bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en un objeto determinado”*, y posibilita la inscripción de las sustituciones fideicomisarias (herencia fiduciaria de los arts. 781 y ss CC), figura que no responde a la necesidad que planteamos, y de la fiducia testamentaria, prohibida por el Código Civil (art. 785), pero permitida por la legislación de Cataluña y Navarra .

Entiende FERNÁNDEZ DEL POZO que en Derecho común también son admisibles las figuras del fideicomiso puro y del heredero administrador. En el fideicomiso puro (v.g. instituyo heredero fiduciario a X sujeto a la restitución

ción de mi herencia a mi nieto cuando nazca, sin facultad de goce o disfrute de bienes) el fiduciario sólo es portador de una titularidad fiduciaria, existiendo una sola liberalidad (la que tiene el fideicomisario beneficiario). El fiduciario no sería más que un *heres formal* o un ejecutor testamentario.

La figura del “heredero administrador” tiene su precedente en el Digesto (la testadora instituye heredero a X en interés de su hija menor de edad, en calidad de administrador de la herencia, preferible al tutor, con la obligación de restituirla con todos sus frutos al día designado) y sería posible a través de la generosa recepción que hace el Código Civil de la institución *sub modo*.

Así configuradas estas instituciones entiendo que no tendrían acceso al Registro de la Propiedad las titularidades meramente formales que atribuyen. Como dice PAU PEDRÓN, con referencia a la adjudicación para pago de deudas como mero mandato para satisfacerlas, pero perfectamente transponible a la cuestión que examinamos, la interpretación de la doctrina moderna de mera titularidad fiduciaria sería admisible a lo sumo en la redacción primitiva de la Ley Hipotecaria, en la que todavía no se había consagrado la doctrina de la innecesariedad de la inscripción a favor del mandatario, albaceas o demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación voluntaria, recogida después de la reforma de 1909 en el art. 20 LH, pero que considerar que el negocio fiduciario no conlleva la transmisión de la propiedad, implicaría que se le vedase el acceso al Registro.

No contradice lo anterior la doctrina de las resoluciones de 30 enero 2003, 20 septiembre 2005 y 10 de septiembre de 2009 que permiten la inscripción a favor de la sindicatura de la quiebra, ni la de 28 de enero de 1987 que autoriza la inscripción a favor de la Comisión de acreedores de una suspensión de pagos la cesión de un bien para pago de deudas del suspenso, pues como ellas mismas señalan “*la probable existencia de un elevado número de acreedores cesionarios, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, el carácter en mano común de las titularidades ostentadas por los acreedores, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores, han de hacer posible la práctica de inscripciones transitorias de mero puente, a favor de estas colectividades imperfectamente determinadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento, y sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral*”.

Por ello ni el negocio fiduciario ni la fiducia sucesoria puede desempeñar en nuestro Derecho la función del trust ni pueden considerarse instituciones

equivalentes, pues como afirma CASTELLANOS RUIZ *“una cosa es que una institución extranjera cumpla una función similar a una institución recogida por el ordenamiento jurídico español a que se trate de una institución extranjera que despliega una función que ninguna institución española persigue”*.

¿Qué soluciones ofrece entonces nuestro Derecho a la cuestión que planteamos? Además de las antes indicadas introducidas por la Ley 41/2003 de constitución del patrimonio protegido del discapacitado, las siguientes:

1.- En el caso de que el favorecido sea **un menor de edad o un incapaz sujeto a patria potestad prorrogada**, que vaya a continuar sujeto a la misma tras el fallecimiento del empresario por supervivencia de su otro progenitor, y se quiera excluir de la administración de los padres los bienes atribuidos que integran la empresa, en aras a obtener una mayor profesionalidad en la gestión de este patrimonio el art. 164.1 CC excluye de la administración paterna de los bienes de los menores a *“los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y el destino de sus frutos.”*. En la expresión *“por título gratuito”* hay que entender comprendidos los procedentes de herencia, donación o legado, y en cuanto a ellos habrá que estar a las disposiciones del donante o testador, siquiera la amplia expresión *“se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y el destino de sus frutos”* ha de ser interpretada en términos concurrentes con los intereses del menor. En este sentido la resolución de la DGRN de 1 de abril de 1993 en relación a un supuesto en que el testador había dispuesto que el administrador nombrado declaró *“que si no sólo los tutores sino también los padres mismos están sujetos en la enajenación de bienes inmuebles a la necesidad de la previa autorización judicial, habrá que entender que también los están aquellos que hacen sus veces por disposición del testador, y que como los primeros asumen funciones tuitivas a las que es inherente un poder representativo sujeto a un régimen diferente de la representación voluntaria”*.

En este caso hay absoluta libertad en la elección de la persona que ha de administrar los bienes heredados por el menor, lo que favorece la profesionalidad de la gestión, pues los únicos límites que señala la doctrina (SANCHO REBULLIDA) es la imposibilidad de encomendar la administración al propio hijo menor de 16 años (por aplicación del nº 3 del mismo artículo) o, al menos, al hijo notablemente inmaduro para administrar.-

Ahora bien, cuando el menor sea heredero forzoso, ¿deberá el testador al encomendar la administración de todos o parte de los bienes que le adjudique a un tercero respetar el régimen de intangibilidad de la legítima conforme al at. 813 CC?

La STS 16 abril 1998 en un caso en que el testador instituye herederos a sus hijos legitimarios excluyendo de la administración de los bienes percibidos por estos a su madre, primera esposa del causante, que atribuye a otros parientes hasta que aquellos cumplan los 23 años de edad, aunque la validez de la cláusula no era el objeto de la litis, la dio por supuesta, centrándose exclusivamente en la obligación de los administradores de rendir cuentas.

La resolución de 1 de abril de 1993 antes citada no entró en la cuestión: la cláusula estaba inscrita y no era objeto de controversia en el recurso. Simplemente apuntó *“no discute la nota de calificación –y no va a ser ahora cuestionado si el testador puede, excluyendo a los padres, designar a una de las legitimarias administradora de los bienes con los que mejora a dos hijas nietas menores; quizá por entender el registrador que la cláusula, dados sus términos, no quebranta el principio de intangibilidad de la legítima”*.

En mi opinión, el uso por el testador de esta facultad no perjudica al legítimo menor de edad, ni desde el punto de vista cuantitativo (párrafo primero del art.813) ni desde el cualitativo, pues, aunque el párrafo segundo del precepto debe ser interpretado en un sentido amplio como prohibitivo de “cualquier carga, restricción o limitación, de naturaleza personal o real que restrinja el pleno disfrute o disponibilidad de lo que por legítima corresponda al legítimo” (O’CALLAGHAN MUÑOZ), es lo cierto que el menor no tiene la posibilidad de administrar ni disponer por sí y simplemente se procede a la sustitución de la persona por la ley llamada a ese menester, que es ajeno a la legítima.

2.- En el caso de que **el favorecido por la disposición pase a estar sujeto a tutela**, ya por su minoría de edad ya por incapacitación, a resultas de la extinción de la patria potestad del disponente cuando acaezca su fallecimiento, la solución la ofrecen los arts. 223 y 236 del Código Civil.

Según el primero los padres podrán designar tutor en testamento o documento público notarial. Dado que el testamento es un acto personalísimo y no se admite en derecho común el mancomunado, de optar por estar vía, deberán ponerse previamente de acuerdo, pues en caso de nombramiento de per-

sonas distintas, pues en otro caso –y de no ser compatibles los nombramientos– conforme al art. 224 decidirá el juez mediante decisión motivada.- Caso de que opten por la designación del tutor en escritura pública, si procederá su designación conjunta.-

Además, debe tenerse en cuenta que cabe la posibilidad de la designación de un tutor sólo para que represente al menor o incapaz en los bines que integran la empresa, lo que facilita la profesionalidad del gestor, en cuanto que el art. 236.1 prevé que *“la tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.”*

Para el caso de que el empresario que prevé su sucesión a favor en todo o en parte de un menor incapaz sujeto a tutela no sea padre del mismo el art. 227 contiene una norma similar a la del art. 164.1 antes examinado. Dice el precepto que *“el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.”* En cuanto a la interpretación de la expresión *“a título gratuito”* al igual que señalábamos comprende los supuestos de herencia, donación o legado.-

Ahora bien, en todo caso las expresiones *“u ordenar cualquier disposición sobre las personas o bienes de sus hijos menores o incapacitados”* que emplea el art. 223 y *“podrá establecer las reglas de administración de los mismos”* del art. 227 han de ser interpretadas en el sentido de que tales disposiciones tienen el límite de la intervención y control del juez con las que tendrán que ser compatibles. Como dice SERRANO ALONSO, los órganos que designen no suprimen la función fiscalizadora del Ministerio Fiscal o la del juez, ni las decisiones sobre la persona y bienes del tutelado dejan sin efecto las que la ley atribuye al tutor o al juez.

3.- Para el caso de que el **incapaz esté sujeto a curatela**, vale lo dicho respecto de la tutela, ex artículo 291 CC, para complementar la capacidad del sujeto a la misma en los casos en que lo determine la sentencia de incapacitación.

Para los tres supuestos examinados, hay que tener en cuenta –y este es un argumento más que aconseja la adopción de forma societaria- que la realiza-

ción de actos de disposición sobre bienes inmuebles que integren la empresa (y ello aunque su objeto social sea la promoción inmobiliaria) se rigen por las normas generales del Código Civil y precisan, por ello, de autorización judicial, lo que constituye una grave inconveniente para la dinámica de la actividad empresarial. Como señaló la resolución de 20 de marzo de 1986, aunque se califique como acto comercial la venta de inmuebles por una empresa inmobiliaria, tal calificación sería puramente teórica ante la ausencia de regulación en el Código de Comercio, por lo que han de aplicarse las leyes especiales sobre adquisición y transmisión de bienes inmuebles, y, por otra parte, la apreciación de que la venta constituye un acto de comercio a que viene dedicándose su autor es un dato de hecho que escapa de la calificación registral, que sólo puede apoyarse en lo que resulta del título presentado y en el contenido del Registro.-

Por último, otro instrumento adecuado para la cuestión que planteamos, aunque su utilización trasciende la misma, es la establecida por el art. 831 CC. A cuyo examen paso.

5.2.2.3.2. El art. 831 CC

Este precepto, objeto de nueva redacción por la Ley 41/2003 de protección de discapacitados, ofrece también un instrumento adecuado para resolver el problema que planteamos.-

No corresponde aquí el estudio en profundidad del precepto, sino el examen de las posibilidades que ofrece. Dispone en esencia, después de haberse sentado el principio general en el art. 830 que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro :

- la posibilidad de que un cónyuge en su testamento pueda delegar en el otro, a favor de los hijos y descendientes comunes: a) la facultad de mejorar, incluso con cargo al tercio de libre disposición, o b) realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título, o c) realizar particiones, incluidas las bienes de la sociedad conyugal disuelta y pendiente e liquidación, con lo que el viudo queda facultado para realizar por sí solo la liquidación de la sociedad conyugal.
- la facultad conferida deberá respetar: 1) las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de estos, que podrán ser satisfechas incluso con bienes pertenecientes

sólo al cónyuge que ejerce las facultades; y 2) el régimen de las legítimas y las disposiciones del causante respecto del legitimario del causante que no sea descendiente común.

- deberá ejercitarse por el cónyuge favorecido por la delegación para el caso de que no se le haya señalado plazo o facultado para hacerlo por vía testamentaria, en el plazo de dos años a contar desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes. Y cesarán sus facultades si el viudo pasa a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga, o tenido algún hijo no común, salvo disposición en contra.
- en tanto se ejercita, el viudo tendrá la administración de los bienes sobre los que penden las facultades y, caso de concurrir con hijos del causante no comunes, tendrá poderes de los hijos comunes para actuar por cuenta de estos en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones a favor del descendiente no común.
- lo antes indicado, será igualmente aplicable si las personas con descendientes comunes no estén casadas entre sí.

El precepto es de evidente utilidad, y de ahí su reforma por la Ley 41 / 2003, para resolver las situaciones de las familias con hijos menores, incapacitados o con especiales necesidades, pero además –como advierte LACRUZ BERDEJO– es un adecuado instrumento con relación a la sucesión de la empresa familiar para retrasar el relevo generacional cuando al fallecimiento del empresario los hijos menores no han revelado todavía sus aptitudes o vocación para el desempeño del trabajo, asignando al viudo la posibilidad de escoger al sucesor. El supérstite se convierte así en un verdadero fiduciario, cuyas facultades son mucho más amplias que las de un mero contador-partidor. Para el caso de que la empresa sea ganancial, y dado el carácter personalísimo del testamento, es necesaria esta recíproca previsión sucesoria en el testamento de ambos cónyuges.

El viudo podrá ejercitar la facultad encomendada en cualquier acto *inter vivos* y , si estuviese autorizado, *mortis causa* . En cuanto a los primeros tendrán una naturaleza propia, distinta de cualquier forma jurídica (donación o atribución), en cuanto que lo encomendado es la facultad de “mejorar o atribuir”.

Discute la doctrina si esta atribución *inter vivos* es un acto unilateral del mejorante o bilateral, que exige la intervención del mejorado. Dado el carác-

ter sucesorio y la imputación de los bienes así transmitidos a la herencia del causante y no a acto de liberalidad del mejorante, me inclino, sin merma de la necesidad de la aceptación de cualquier disposición sucesoria, por su consideración de acto unilateral y, por tanto, de la posibilidad de su revocación en tanto no se haya notificado al mejorante la aceptación del mejorado.

En tanto la atribución no se ejercita, los bienes están incluidos en la comunidad hereditaria y los herederos son titulares de una cuota indefinida e indeterminada. Su administración corresponde al supérstite y respecto de la facultad de disposición de bienes concretos estimo con LACRUZ BERDEJO y GARRIDO DE PALMA que es posible si concurren todos los hijos comunes, que son los únicos y posibles beneficiarios. No creo que sea aplicable la doctrina de la R. 11 de marzo de 1929 en la que para un supuesto de fiducia aragonesa declaró el Centro Directivo *"la facultad conferida (al mejorante) no es un derecho real transmisible a terceras personas; y la expectativa correspondiente a los hijos entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho real transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compraventa como vendedores de las fincas que con el tiempo, y mediante la declaración del cónyuge supérstite, les han de pertenecer"*, pues el tercero no puede verse afectado por la distribución que haga el viudo, sin perjuicio de la incidencia que esto pueda tener en la atribución del precio .

Si el viudo no hubiese ejercitado la facultad conferida, los bienes serán objeto de partición pero sólo a favor entre los herederos del causante de los hijos comunes con el cónyuge en el que se hubiese delegado la facultad, pues la propia delegación implica una atribución hereditaria indeterminada a los mismos.

Igual destino deberá darse a la parte de los bienes respecto de los que el mejorante no hubiese ejercitado la facultad delegada antes de su extinción por transcurso del plazo legal o de la concurrencia de las causas que establece el apartado 5º del precepto.

Por último haré referencia en relación con este precepto a dos cuestiones en que la doctrina está dividida y son las referentes a si:

1ª.- ¿Cabe la posibilidad de que el viudo favorecido por la delegación pueda gravar la legítima del hijo común incapacitado judicialmente –fiduciario– con una sustitución fideicomisaria a favor de los coherederos forzosos conforme a los arts. 808 y 813 CC después de la reforma de la Ley 41/2003?

Como digo las opiniones doctrinales son diversas: LEÑA FERNÁNDEZ no admite tal posibilidad estimando que se trata de una facultad exclusiva del testador, mientras que GARRIDO DE PALMA, al que me uno, lo admite pues el mejorante tiene en las mismas facultades que hubiese tenido el difunto testador, y RUEDA ESTEBAN estima que sólo será posible que lo haga el viudo si ha sido expresamente autorizado en base al art. 785.1 CC.

2º.- La segunda cuestión es la de si el viudo puede ejercitar la facultad del párrafo 2º del art. 1056 CC. Mientras que según HUERTA TROLEZ esta es una facultad exclusiva del testador, estima GARRIDO DE PALMA que si puede hacerlo por razón de ocupar la misma posición que aquel tenía. Más acertada me parece la postura de RUEDA que diferencia con relación a los posibles beneficiarios: mientras que el art. 831 sólo permite al viudo disposiciones a favor de hijos comunes, el art. 1056 autoriza al testador a designar un adjudicatario más allá de los hijos comunes con tal de que sean colaboradores en la empresa familiar.

5.2.2.3.3. Flexibilización de la sucesión forzosa a favor del discapacitado por la Ley 41/2003

Por último, sólo recordar que frente al rigor en materia de sucesión forzosa de nuestro Código que en su art. 813 impide establecer gravamen alguno sobre la legítima y, según jurisprudencia, sólo sustitución fideicomisaria sobre el tercio de mejora a favor de descendientes, la Ley 41/2003 con objeto de favorecer al heredero forzoso discapacitado, modifica los artículos 808 CC, añadiéndole un nuevo párrafo según el cual *"cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos"*, y consecuentemente los arts. 782 y 813 del mismo Código.-

6.-CONCLUSIONES.-

En vistas a lo expuesto, creo que se pueden adoptar las siguientes conclusiones.

1ª.- Frente a quienes reclaman un régimen jurídico sustantivo especial para la empresa familiar, entiendo que nuestro Derecho ofrece suficientes

instrumentos para, en una utilización conjunta de los mismos, conseguir con ocasión del relevo generacional la permanencia y el buen gobierno de la empresa familiar.

2ª.- Mediante la utilización conjunta de estos instrumentos se debe pretender con unidad de fin la adecuada estructuración del patrimonio del empresario, de la empresa y de la sucesión de su titular.

3ª.- Con relación a la estructuración del patrimonio del empresario, los capítulos matrimoniales no deben ser concebidos sólo como un instrumentos para elegir entre los modelos legales, sino para determinar dentro de los límites de la autonomía de la voluntad las reglas más adecuadas de cada uno de ellos para el gobierno de la empresa .

A tal efecto es en mi opinión imprescindible, al menos en la primera generación, la adopción para la empresa de la fórmula de empresario social, optando por la estructura de sociedad de capital y, salvo que existan razones especiales que lo justifiquen, dentro de estas por el modelo de la sociedad limitada, sin que exista ventaja especial en adoptar el régimen de Nueva Empresa.

4º.-La estructuración de la empresa implica la adecuada conexión de los tres intereses concurrentes en la misma -los de la familia, los de la propiedad y los de la propia empresa- mediante la configuración de los órganos encargados de la tutela de los mismos, a saber, respectivamente, la propia familia, la junta general de socios y el órgano de administración.

El protocolo familiar, como instrumento de regulación de la familia empresarial, debe distinguir con claridad lo que son meras normas de conducta familiares de lo que constituye verdadera materia contractual y, por tanto, es judicialmente exigible. Este contenido contractual, en la medida de lo posible, debe institucionalizarse mediante su incorporación a los estatutos sociales a efecto de hacerlo obligatorio no sólo respecto de las partes, sino también respecto de la propia sociedad y terceros. Debo señalar, una vez más, la insuficiente regulación que de la publicidad del mismo ha realizado el RD 171 / 2007 a efectos no sólo de conducta o transparencia empresarial, sino de instrumentalizar dicha publicidad como medio coadyuvante para su incorporación a prestaciones accesorias o pactos sociales.

Nuestro Derecho Societario ofrece soluciones suficientes y adecuadas para la tutela del interés de la propiedad de la empresa mediante la adopción de especiales previsiones estatutarias relativas a la configuración del derecho de voto y adopción de acuerdos por la Junta General, así como para mantener las acciones o participaciones sociales en el seno de la familia a través de la regulación de derechos de adquisición preferente o reversión en las transmisiones, cualquiera que sea el origen y la naturaleza de estas.

Del propio modo el actual derecho positivo aporta soluciones para la regulación del órgano de administración, encargado de la tutela del interés de la propia empresa. Merece en este sentido una crítica muy favorable las soluciones que a efectos de coordinar empresa y familia aportar la DF 1ª del RD 171/2007 citado. No puedo silenciar aquí la necesidad de acudir a la profesionalización de la gestión de la empresa familiar acudiendo, si preciso fuera ante la inexistencia de un líder familiar/empresario, a la figura del líder servidor procedente de los gestores colaboradores de la familia.

5ª.- En lo relativo a la sucesión del empresario, en nuestro Derecho no es aplicable la figura del trust angloamericano. No obstante tanto el Código Civil como la Ley 41/2003 tanto en su contenido propio, como en las reformas que opera de otros cuerpos legales y, en especial de aquel, aportan utilísimas soluciones, tanto en la fase previa a la sucesión –empresario discapacitado- como en la propia sucesión con beneficiarios especialmente necesitados de tutela (menores y discapaces) e, incluso en aquellos casos en que, frente al rigor de la sucesión forzosa, se quiere mantener la unidad de la empresa familiar.

6ª.- Para terminar quisiera manifestar una idea que, a modo de faro señalizador, ha permanecido en toda la redacción de este trabajo. Una vez que la Historia ha demostrado la inutilidad de las fórmulas de “atado y bien atado”, la utilización de los instrumentos jurídicos tendentes a la regulación de la sucesión de la empresa ha de ser presidida por un sentimiento de relativismo con la filosofía de que en la controversia familia – empresa debe prevalecer esta última, por lo que el protocolo familiar debe poner especial celo en la redacción de los supuestos en que procede la transmisión de la misma.

Muchas gracias.

Excelentísimo Señor Presidente.
Excelentísimos e Ilustrísimos Señores.
Señoras y Señores.

Acabamos de escuchar el discurso de ingreso de D. Bartolomé Nieto García en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

Nacido en Cartagena en 1951, alcanza el título de Perito Mercantil por la Escuela de Comercio de esa ciudad en 1968, la Licenciatura en Derecho por la Universidad de Murcia en 1973 y el Profesorado Mercantil por la Escuela de Comercio de Murcia en el mismo año. Tres años después gana las oposiciones a Registradores de la Propiedad. Ha servido los Registros de la Propiedad de Almadén, Lillo, Hellín y Cartagena nº 1.

A lo largo de dieciséis años (1980 a 1996) ha sido profesor de la Academia de preparación de opositores para Registros y Notarías, cuatro de ellos como director (1993 a 1996) de dicha Academia y del Centro de Estudios Registrales de la Región. Durante ocho (1997 a 2005) ha desempeñado el cargo de Decano Autonómico de los Registradores murcianos. Forma parte del profesorado de las Escuelas de Práctica Jurídica de Murcia y de Cartagena.

Es autor del trabajo más completo y mejor fundado de los actualmente disponibles sobre “Anotaciones preventivas de créditos refaccionarios”, publicado en los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (en el tomo VII, volumen 5º), dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Días (Editoriales de Derecho Reunidas, año 2000).

En 1998 publica sus “Comentarios al artículo 155 del Reglamento Hipotecario”, incluidos en una obra colectiva sobre “La Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre”, publicada por el Centro de Estudios Registrales. Es autor de numerosas cola-

boraciones de contenido jurídico y corporativo ofrecidas a la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

Se le concede en el año 2004 la Cruz de San Raimundo de Peñafort de 1ª clase y en 2007 es nombrado Colegiado de Honor del Colegio de Titulares Mercantiles de Murcia. Actualmente presta servicios, con dos cotitulares, en el Registro Mercantil de la provincia, dispuesto siempre a ofrecer sus conocimientos, su ayuda y su consejo profesional.

Dedica su discurso el nuevo académico al estudio de los problemas que genera la sucesión en las denominadas “empresas familiares”. Le anima el propósito de ofrecer estrategias, previsiones y cautelas que garanticen o faciliten su prolongada subsistencia a lo largo del tiempo.

El interés por la empresa familiar está plenamente justificado. Se dice que existen en nuestro país cerca de tres millones de empresas familiares, que representan el 85% del total de las nacionales, y sobre este dato se asienta la verdad estadística de que constituyen una de las bases más firmes de nuestra economía.

El Real Decreto 171/2007 considera familiares aquellas sociedades en que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de parientes consanguíneos o afines. El Instituto de la Empresa Familiar y la mayoría de los autores se arriesgan a señalar tres notas características: control accionarial por parte de una familia; presencia relevante de ésta en los órganos de gobierno; y participación directa en la gestión a su máximo nivel. La doctrina más cualificada suele añadir un requisito de carácter cualitativo: la intención de conservar la empresa en manos de la familia a lo largo del tiempo.

Afloran así tres elementos estructurales (el grupo familiar, la propiedad de la empresa y la gestión del negocio) y un elemento intencional (el propósito de permanencia). Este último elemento, por exigir la concurrencia continuada de múltiples y diversas voluntades, adolece de una acusada fragilidad, que reclama un cuidadoso tratamiento preventivo.

En las empresas familiares que adoptan forma societaria cada uno de los elementos estructurales dispone de un instrumento idóneo para la defensa de sus intereses específicos: la junta general de socios tutela los intereses de la propiedad; el órgano de administración, los de la empresa; y la asamblea de parientes, los del grupo familiar. Los miembros de la familia están presentes en todos ellos: en la asamblea de parientes, en cuanto tales, y en la junta gene-

ral, como socios; además, alguno de ellos forma parte del órgano de administración. Esta identidad parcial de personas mueve a pensar que la concordia entre los tres elementos estructurales está garantizada. Pero no siempre es así. Desgraciadamente, la realidad, celosa de su fuero, pone al descubierto que esa armonía teórica vira, con cierta frecuencia, hacia un enjambre de vibraciones disonantes.

La causa reside, seguramente, en la doble vertiente delimitadora de la posición de los partícipes que, en su doble condición de propietarios de la empresa y miembros del grupo familiar, sufren permanentemente las tensiones que origina la dicotomía familia-empresa. Es decir, emociones y afectos frente a negocio y beneficio.

Se trata de dos vectores que, aunque convergen en la actividad mercantil común, se alimentan de intereses no siempre coincidentes. Baste, como ejemplo, la constante tentación de generar puestos de trabajo innecesarios para colocar a los parientes. La vinculación empresa-familia debe asimilarse a una asociación simbiótica, que proporcione beneficios mutuos, y no a una relación de parasitismo, en que uno de los miembros subsista a expensas del otro. Las preocupaciones estrictamente familiares no deben transformarse en problemas para la empresa, ni las dificultades del negocio en conflictos para la familia, sino que unas y otros deben encontrar solución dentro de su propio ámbito. Sería inoportuno que las fiestas familiares se conviertan en comidas de negocios, o que la junta general de socios dedique su tiempo a comentar el nacimiento del último nieto.

Los principios y reglas que presiden la dirección de una empresa no son los de la familia, sino los del mercado. Mientras la actuación empresarial ha de acomodarse a exigencias ineludibles, sean jurídicas o económicas, el mundo de los sentimientos, eminentemente subjetivo y caótico, elude de manera recalcitrante la sumisión a cualquier reglamentación o control.

No cabe, por ello, rechazar de plano la posibilidad de que, ocasionalmente, el interés de la empresa no coincida con el de alguno de los clanes familiares, que podría anteponer el provecho propio al bien general, utilizando *pro domo sua* el control de la voluntad social y atentando contra la viabilidad de la empresa, que se vería abocada a su disolución o a la pérdida de su carácter familiar.

Entre los mercantilistas parece opinión generalizada que los intereses empresariales en ningún caso deben quedar subordinados a los de una rama o

conjunto de parientes, por mayoritario que sea, de modo que en la controversia familia-empresa debe prevalecer esta última. Se trata, a mi juicio, de una preferencia de tinte economicista que, si se mantiene sin matices, me resisto a compartir. El sentido común impone, desde luego, que se abogue por la conservación de la empresa cuando la quiebra familiar resulte ineludible; pero parece excesivo elevar lo económico a categoría suprema, dando preferencia al negocio en todo caso y a cualquier precio, incluido el de la ruptura de la familia.

Es evidente que la empresa familiar no puede nacer sin la existencia previa de una familia. No de cualquier familia, sino precisamente de una familia bien avenida, toda vez que si las desavenencias entre parientes representan la más seria amenaza a la duración de la empresa, la presencia de conflictos anteriores a su constitución se alza como motivo suficiente para abandonar cualquier proyecto de esta naturaleza.

Conviene, además, que se trate de un grupo familiar de dimensiones modestas, porque cuanto más numeroso sea, mayor será el riesgo de rencillas y desacuerdos. Es aconsejable prescindir, en los comienzos, de la familia extensa tradicional, cimentando la empresa en la llamada familia nuclear, si aceptamos como cierto que la posibilidad de querellas entre parientes es inversamente proporcional a la proximidad del parentesco.

Es notorio, en todo caso, que la progresiva ramificación de la familia puede ir desdibujando los primitivos lazos afectivos hasta el punto de que no permanezca entre los interesados otra vinculación que la meramente económica. Ciertos modelos de protocolos familiares en uso intentan acotar ese peligro con fórmulas de eficacia discutible. Desaconsejan, por ejemplo, la incorporación a la empresa de los parientes por afinidad mediante relaciones permanentes, haciendo gala de una sinceridad temeraria en estos tiempos de sumisión incondicional a lo "políticamente correcto".

Sean o no de recibo esa clase de recomendaciones, parece obligado admitir que la pérdida de vigor de los vínculos de afecto, consecuencia quizá ineludible de la expansión disgregadora de la familia, se muestra como otra de las circunstancias que pueden poner en peligro la subsistencia de la empresa familiar, como tal.

No cabe olvidar, por otra parte, la antigua ley, resistente y perseverante, de que las empresas, sean o no familiares, sólo perduran mientras producen beneficios. No es concebible que un grupo de personas, por muy parientes que sean, se empeñe en conservar una empresa que produzca pérdidas con-

tinuadas. Y queda fuera de discusión que los buenos resultados empresariales dependen -en gran medida y entre otras variables- de la gestión y el buen gobierno del negocio.

En este punto, el mecanismo más utilizado hasta ahora ha consistido en replicar los roles familiares en la gestión empresarial mediante una estructura verticalista que se basa en la proximidad del parentesco e impone la designación de los hijos para los puestos de dirección. Este sistema se bate hoy en franca retirada, porque -de nuevo- la terca realidad ha evidenciado el error de confundir propiedad de la empresa con capacidad de gestión.

En esa evidencia encuentra justificación la idea de sustituir la gestión familiar, intuitiva, paternalista y emocionalmente condicionada, por un modelo de gestión presidido por la preparación, la experiencia y la eficiencia, consistente, en definitiva, en encomendar la dirección a un equipo de profesionales. Esta opción, que no tropieza con obstáculos legales, puede venir impuesta o recomendada por motivos muy diversos: desde las exigencias de rentabilidad, que demandan dedicación plena y conocimientos amplios, hasta el simple deseo de disfrutar de tiempo libre. A propósito de esto último, se hace uso, con cierto desenfado, de una frase a caballo entre lo frívolo y lo discreto: "Si la empresa funciona sin usted, usted tiene un negocio; si la empresa no puede funcionar sin usted, usted tiene un empleo".

Claro está que este segundo modelo no elimina la eventualidad de que los administradores no parientes intenten conducir el negocio conforme a criterios incompatibles con los proyectos de la familia fundadora. Decía Sebastián de Covarrubias ("*Tesoro de la Lengua Castellana o Española*", 1611) que es ministro "el que ministra y sirve a otro", añadiendo que "este nombre tomaron los prelados de algunas religiones por humildad y ejemplo". Es decir que, en puridad, el administrador ha de ser un "servidor de la empresa". Pero sería ingenuo desconocer que, en ocasiones, los socios familiares mayoritarios se desentienden de la marcha del negocio, mientras perciban dividendos, y se abandonan en brazos del equipo técnico, que podría optar por una gestión acomodada a sus propias preferencias, con olvido de los deseos de la familia.

Quiere esto decir que la profesionalización de la gerencia ofrece también aspectos potencialmente conflictivos. Por ejemplo, si se somete a consideración la necesidad o conveniencia de sancionar comportamientos inadecuados de algún pariente, surgirá una situación delicada propicia al enfrentamiento de la familia con los gestores.

Se ha pensado, como remedio paliativo, en una especie de órgano-puente que actúe a manera de amortiguador o válvula de escape, trasladando a la gerencia los proyectos y las aspiraciones del grupo familiar e informando a éste de la situación y las necesidades reales de la empresa. La última reforma legal se ocupa con este fin del Comité consultivo familiar, dotado exclusivamente de competencias de información y consulta. Conviene recibir con simpatía este mecanismo de comunicación, sin incurrir en un acalorado entusiasmo que nos lleve a pensar que su implantación inyecta en la empresa un fármaco maravilloso, sanador de todos los males.

A estos tres elementos estructurales hay que añadir, según la mejor doctrina, un elemento intencional identificado con el propósito de permanencia. Si bien se mira, el deseo de subsistencia es denominador común de todos aquellos casos en que la situación que se quiere perdurable sea grata, beneficiosa o salutífera. El problema surge cuando la experiencia nos enseña, de forma descarada e inmisericorde, que ninguna situación, buena o mala, va a durar lo que nosotros queramos que dure.

Ante verdad tan incómoda, el ser humano abandona resignadamente el fantasma de lo eterno, pero no renuncia a su empeño de dibujar esquemas o formular reglas, previsiones o filosofías, más o menos discretas o aventuradas, con la pretensión de que sus éxitos, sus logros o aciertos vivan y pervivan el mayor tiempo posible. Es la proclama de Don Quijote: "Dichosa edad y siglo dichoso aquél adonde saldrán a la luz las famosas hazañas mías, dignas de entallarse en bronces, esculpirse en mármoles y pintarse en tablas para memoria en lo futuro".

De la empresa familiar suele decirse que el padre la funda, los hijos la debilitan y los nietos la entierran; que el éxito de los negocios familiares es mayor durante el tiempo en que la dirección de la empresa está en manos del líder de la familia; y que, desaparecida esta situación inicial, son muy pocas las empresas familiares que llegan a alcanzar la tercera generación a partir del fundador, dando la impresión de que, al igual que los alimentos envasados, tienen fijada fecha de caducidad.

Éste es el reto: imaginar y proponer mecanismos tendentes a conseguir la pervivencia de la empresa, bajo el pie forzado de la necesaria sumisión a las disposiciones legales vigentes y aceptando, con melancolía jurídica, que no existen fórmulas mágicas portadoras de remedios infalibles. Es por ello que el nuevo académico nos aperece de "la inutilidad de las fórmulas de *atado y bien atado*".

Pues bien, la superación de este entramado de dificultades se intenta articular a través de dos vías de carácter complementario: normas y previsiones incorporadas a los estatutos sociales, por un lado; por otro, pactos o compromisos integrados en los “protocolos familiares”.

Los estatutos sociales deben ofrecer refugio a todas aquellas normas que resulten imprescindibles para garantizar el predominio del grupo familiar en la toma de las decisiones empresariales. No escasean en este ámbito los recursos utilizables y a todos ellos se ha hecho cumplida referencia en el discurso.

El protocolo familiar, por su parte, constituye una figura incorporada en fechas muy recientes a nuestro mundo mercantil. Encontramos una primera referencia en la Ley 7/2003, al solo efecto de remitir a una disposición reglamentaria futura. Cuatro años después, el Real Decreto 171/2007 (de 9 de febrero) lo define como un *conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa*.

Su justificación práctica deriva de que la disparidad de criterios, las riñas y los desencuentros en el seno de la familia son causa de la desaparición de las empresas familiares en el 60% de los casos; y, frente a esas situaciones, el protocolo familiar proporciona una coraza protectora, una especie de cortafuegos que se anticipa a los conflictos y limita sus consecuencias, prestando incluso -como dice el RD- una garantía adicional para socios y terceros porque hace previsible el relevo generacional.

No se ocupa esa disposición reglamentaria de los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo y, acerca de su contenido, sólo indica que *será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, de carácter estrictamente voluntario, sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario*. Queda abierto, por tanto, el protocolo a cualquier pacto que no infrinja ningún precepto legal de carácter imperativo y goza, en todo o en parte, de la eficacia propia de un contrato, no oponible a terceros

Puede alojar previsiones sobre el funcionamiento de la sociedad, susceptibles de incorporación a los estatutos sociales y de inscripción en el Registro Mercantil, lo que brinda la ventaja de asegurar su eficacia frente a terceros no vinculados por el protocolo, pero encierra el inconveniente de hacer posible su modificación mediante acuerdos adoptados en Junta General.

Dará cobijo, además, a otra serie de convenios que no tienen reflejo en los estatutos. Por ejemplo: manifestaciones sobre los “valores y cultura de la familia”, que integrarían una especie de código ético, originador de meros compromisos morales, sin eficacia jurídica generadora de responsabilidad por incumplimiento; o bien, normas que regulen los órganos familiares extraestatutarios o el trabajo de los parientes dentro de la empresa, que tendrían eficacia vinculante para los suscriptores del pacto.

No deben faltar normas rectoras de la modificación del protocolo ante incidentes y peripecias que, de manera inevitable, va a proporcionar el futuro. No cabe pensar que el protocolo inicial baste, por sí solo, para garantizar de forma duradera la armonía de las relaciones familia-empresa. A diferencia de aquella máquina hipotética jamás encontrada, llamada *perpetuum mobile*, capaz de funcionar indefinidamente tras un primer impulso, sin nuevas aportaciones de energía, el protocolo familiar no alcanzará su objetivo si, en determinados momentos, no absorbe energía adicional mediante la incorporación de nuevos pactos o la supresión o modificación de algunos de los existentes.

Tampoco sería acertado eludir la inclusión de reglas sancionadoras, bajo el cálculo optimista de que la lealtad familiar asegura la observancia de los pactos protocolares. La prudencia ordena asumir la idea de que, a lo largo del tiempo, es altamente probable que se produzcan actuaciones incorrectas, en cuyo caso las normas sancionadoras mostrarán su utilidad. Y si no fuera así, esas previsiones, no aplicadas, no harán daño a nadie. Los redactores del protocolo deben actuar en este punto como observadores objetivos de la realidad y no como entes seráficos que revolotean en un mundo ideal, huérfano de imperfecciones.

En ningún caso podrá el protocolo afectar a la organización de la sociedad según conste inscrita en el Registro Mercantil. Ciertamente, el sector de la doctrina patrocina la idea de que los pactos suscritos por la totalidad de los socios, aunque no se incluyan en los estatutos, vinculan a la sociedad hasta el punto de que los acuerdos sociales que los contradigan podrían ser anulados, como si se tratara de una infracción estatutaria (*derogación singular de los estatutos por el pacto parasocial*).

Defender esa postura no es cosa fácil. Por una parte, sólo sería aplicable a los pactos incluidos en el protocolo, cuando éste haya sido firmado por todos los socios. Por otra, la jurisprudencia no parece favorable a esa tesis. Las STS (Sala de lo Civil) de 2, 5 y 6 marzo 2009 se enfrentan a demandas de impugna-

ción de acuerdos sociales, basadas en el incumplimiento de pactos parasociales consentidos unánimemente por los socios, y declaran que la impugnación de los acuerdos del consejo de administración o de la junta general sólo procede en los supuestos legalmente previstos, de modo que la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para que aquéllos puedan ser declarados nulos. Y la Resolución de la DGRN de 24 marzo 2010 (BOE 10 mayo) declara que los “pactos parasociales”, cuya validez reconoce, pueden establecer vínculos obligacionales entre socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, pero sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él.

Cabe deducir de todo esto que la violación de los pactos “parasociales”, integrados o no en protocolos familiares, tiene consecuencias jurídicas limitadas, porque implicaría la infracción de un vínculo obligatorio contraído entre los firmantes que, ante la imposibilidad en muchas ocasiones de exigir su efectivo cumplimiento, sólo daría lugar, en definitiva, a una pretensión indemnizatoria.

Basta esta relación de cuestiones para percatarse de la complejidad y la utilidad de la tarea que, con tanto acierto, ha sido abordada. No sobra recordar que una de las conclusiones del estudio sobre “La Empresa Familiar en España”, elaborado por las Cámaras de Comercio, en colaboración con el Fondo Social Europeo (años 2007 y 2008) pone de relieve que el 68% de las empresas familiares españolas carece de previsiones pactadas acerca del evento sucesorio.

La parte final del discurso se ocupa, precisamente, de los utensilios legales disponibles para configurar la sucesión empresarial, contemplando un abanico de instrumentos jurídicos que, manejados de forma combinada, proporcionan fórmulas eficaces para garantizar, dentro de lo posible, el relevo generacional. Teniendo muy presente que no se trata de confeccionar un modelo único, una especie de uniforme de combate diferenciador de las empresas familiares, sino de proporcionar armas y pertrechos diversos, capaces de oponer una resistencia numantina a las circunstancias adversas.

Forzoso es decir que el nuevo académico ha transitado, con paso vigilante y cauteloso, a través de un campo de minas, señalando las vías más convenientes y seguras para el buen fin de ese deseo, intención o propósito de proporcionar larga vida a la empresa familiar. Sería, por ello, infructuoso añadir ahora comentarios o juicios personales. No ya por falta de tiempo -que sería

razón suficiente- sino porque la endeblez de mis conocimientos me impediría sugerir ideas aprovechables. Leí hace años -siento no recordar dónde- una frase llena de sentido común: "Al ignorante siempre le queda una sola y última sabiduría, que es la de permanecer callado". Y es esto, justamente, lo que procede en este momento.

Termino. La Academia cuenta, desde hoy, con un nuevo miembro. El escalafón académico se enriquece con la incorporación de una persona solvente, prudente y brillante, el Excmo. Señor Don Bartolomé Nieto García. Alcanzado este punto, no me resisto a traer a colación un feliz pensamiento leído en una de las columnas que Manuel Alcántara publica diariamente en La Verdad de Murcia. Afirmaba Alcántara que es más fácil ser excelentísimo que ser excelente. Y es que -me permito añadir bajo mi responsabilidad- el título de excelentísimo se adquiere por méritos más o menos ocasionales y tiene carácter vitalicio, mientras que la excelencia es un precipitado de los quehaceres personales diarios, que precisa de atenciones constantes, de ciertos desvelos y de alguna que otra renuncia, y que, además, puede perderse en cualquier momento, a poco que nos descuidemos y nos dejemos llevar por las tentaciones, que nunca faltan.

Mi enhorabuena al Excmo. Señor y excelente amigo, Bartolomé Nieto.

Muchas gracias.

