

licav



CEU

*Universidad  
Cardenal Herrera*

**DIPLOMA UNIVERSITARIO DE EXPERTO  
EN MEDIACIÓN  
CIVIL Y MERCANTIL**

**TUTORIZA  
D. JAIME  
BERNABEU  
SANCHIS**

# ÍNDICE

---

## 1. PUNTO

### 1.1.

icav

# BREVE APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

---

España ha sido una nación poco proclive a la conciliación, y no me refiero a cuestiones simplemente políticas. Sus gentes, en especial las que habitan en el litoral mediterráneo, acaso por influencia del mar, de su mezcla de sangres, entre las que se encuentran la de los fenicios, han sido y son negociantes. Sin embargo, a la hora de resolver sus conflictos, no han estado insufladas por la negociación de sus problemas, ni siquiera buscando un tercero que recondujera sus diferencias. Podríamos decir que no existe cultura de mediación. Paradigma de este paisaje y paisanaje es la obra, correspondiente a la Pintura Negra del afamado pintor Francisco de Goya, conocida como “Duelo a garrotazos”. La estampa refleja el sistema de resolución de los problemas, donde las diferencias fraternales se solventan en soluciones fraticidas, a base de golpes, en una lucha en la que el más fuerte o más habilidoso vencerá al más débil.



En el mundo societario, más en concreto en la empresa familiar, este comportamiento, sin alcanzar los tintes de violencia, tiene su reflejo. De forma espontánea, producto de una conciencia de superioridad, siempre ha existido una tendencia a que el socio mayoritario (o el fundador) no quiera efectuar concesiones al resto de los socios que constituyen la empresa familiar. Se considera una cesión a cambio de nada, una claudicación o una pérdida de poder. Se trataría de un socio dictador “pluscuancientiado” de que él es el emprendedor, el que tiene la razón, que es el fundador de la empresa y la familia es un puro lastre que tiene que soportar necesariamente. En el fondo, es un socio que le resulta indiferente tener otros socios o no, porque se viene haciendo lo que él decide. En definitiva, triunfa el aspecto de las mayorías que se identifica con el interés social, frente a la empresa y frente a la familia. La primera reacción, sin una reflexión más profunda, sería: creo en la empresa y creo en la familia, pero no en la empresa familiar, como si fuera una *contradictio in terminis* o como si el adjetivo calificativo negara al sustantivo.

A través de estas lecciones no vamos a formular un estudio generalizado de los conflictos societarios que, de por sí, ya constituirían otro módulo. Pese a ello, no está demás referenciar la obra “Estrategia Jurídica en los Conflictos Societarios” del profesor titular de derecho mercantil de la Universidad de Valencia, abogado D. Tomás Vázquez Lépinette. En ella podrán ver los conflictos más habituales, sus causas y mecanismos de defensa del socio minoritario. Estos conflictos, adquieren tintes específicos y familiares.

Precisamente, a través de estas lecciones vamos a estudiar los problemas concretos que plantea la empresa familiar, sus ventajas y sus inconvenientes, los conflictos más habituales y posibles soluciones, destacando el protocolo familiar. Diferentes obras y artículos se han escrito, pero voy a tratar de sintetizar lo que sería la columna vertebral y en la bibliografía que se señala, podréis encontrar otros estudios mucho más amplios.

## INTRODUCCIÓN

---

Dícese que el padre crea la empresa, el hijo la mantiene y el nieto la destruye. El refranero es rico y admite otras variantes diversas, pero todas ellas subrayan la misma idea: “las empresas las hacen los grandes abuelos, las mantienen los hijos y las disuelven los nietos”, “padre bodeguero, hijo caballero, nieto pordiosero”, “abuelo emprendedor, hijo derrochador, nieto mendigo”, “abuelo fundador, hijo gastador y nieto mendigo”. Como todo aserto popular, a veces se incurre más en un tópico, producto de la repetición tradicionalmente invariable, que en el reflejo de la realidad.

Si bien una primera lectura superficial de las estadísticas nos podía llevar a aceptar el tópico, en realidad no es así. Del total del volumen de las empresas familiares, según la cátedra de empresa de la Universidad de Valencia, solo 2,4% ha llegado a la cuarta generación y el 7,4% a la tercera; el 44% se encuentra en la segunda y el 46% restante en la primera. Si se observan las cifras, la mitad de las empresas desaparecen durante la segunda generación o en su traspaso. Las cifras, como hemos anticipado, inducen a engaño si no se contextualizan en el tejido empresarial. La vida media de una empresa ha descendido de 61 a 17 años. Otros estudios hablan de 11,4 años de vida media. A este dato hay que añadir que las quiebras de las empresas familiares valencianas, ante la dificultad para acceder al crédito y el relevo generacional, se ha triplicado con la crisis, alcanzando la “mortalidad” al 91% del total. De la tónica general que hemos descrito se escapa la decana de las empresas familiares de la comunidad de Valencia y una de las

más antiguas de España: Pastelería Mora, fundada en 1759, de origen gremial y carácter artesanal, ha sobrevivido a todas las crisis económicas y se ha adaptado a distintos tipos societarios, endulzando a valencianos y no valencianos durante sus 258 años de vida. Además de su buen saber y entender el negocio, el secreto del traspaso del negocio familiar se fundamenta en una tradición familiar, -algunos dirán que poco acorde con los actuales valores sociales- consistente en transmitir la empresa a favor del hijo varón mayor de la familia. La tradición, al menos hasta la fecha, se ha convertido en una norma familiar respetada, aceptada y aplicada por todos ellos, generación tras generación.

Quitando la excepción reseñada anteriormente, ( y seguramente algunas más), a la vista de cualquiera de los estudios citados anteriormente, es difícil que el negocio sobreviva más de una generación.

¿Dónde está el equívoco? En la descontextualización de la empresa familiar fuera del tejido empresarial en general. Como destaca Alejandro Escribá, director de la cátedra de empresa de la Universidad de Valencia, muchas empresas no familiares cierran o se venden, lo que ocurre es que como no hay generaciones, no se puede hablar de padre, hijo o nieto. Se echa en falta un estudio comparativo en el panorama general de las empresas.

# 1. IMPORTANCIA DE LA EMPRESA FAMILIAR

Los expertos en la materia, incluidos los medios de comunicación, suelen tratar la cuestión destacando la relevancia de la empresa familiar en el tejido empresarial español. Casi todos los autores coinciden en las cifras sobre su importancia, quizás porque en su mayoría beben de la misma fuente.

Según los datos del Instituto de Empresa Familiar en España hay 1,1 millones de empresas familiares, que representan el 89% de empresas, que representan el 67% del empleo privado y con una facturación que supone el 57,1% del PIB. Otras aproximaciones hablan de que estas empresas suponen entre el 65-80% del total de empresas, dan empleo a un 65%-75% de la población activa y representan entre el 50-0% del PIB y el 59% de las exportaciones, como indica un estudio de la cámara de comercio.

En la Comunidad Valenciana, según la Cátedra de Empresa de la Universidad de Valencia (UV), 132.032 sociedades mercantiles que son empresas familiares, sin contar a los autónomos ni a las microempresas, lo que representa el 91% del tejido empresarial (el 89% a nivel nacional), el 58,4 % del valor añadido del conjunto de

empresas familiares, y cerca del 52,7 % del empleo, según el último documento del Observatorio GECE de Bankia y el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE)

Pese a la contundencia de los datos y la relevancia de la empresa familiar en el contexto empresarial español, no existe un tratamiento legislativo diferente o específico para este tipo de empresas. Normalmente (a excepción de normas fiscales y meras alusiones en la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa \*) por tratarse de sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas cerradas y de pequeñas dimensiones, se viene aplicando la Ley de Sociedades de Capital.

Precisamente, ante la ausencia de normas específicas en la materia, ante la importancia, abundancia de la empresa familiar y los problemas específicos que se superponen a los generales, hay una copiosa literatura que trata de abrir vías de prevención y solución de estos problemas.

## 2. CONCEPTO

---

Hay que partir de que el concepto de empresa familiar no es un concepto unívoco. Aun cuando siempre ha sido una realidad, es un término relativamente nuevo. La empresa familiar existe conceptualmente por la interrelación de dos nociones: empresa y familia.

Esta reflexión es indeterminada, si se quiere aproximativa, pero no es definitiva. Basta invertir los términos para alcanzar un concepto equivocado. Puede existir una familia cuyos miembros o integrantes sean empresarios, pero ello no dará lugar a una empresa familiar. Es más, en algún caso podemos encontrar varias empresas de la familia, pero ninguna de ellas será familiar. El concepto principal, si cabe, no es la familia, sino la empresa. Sobre esta empresa se predicará el calificativo de familiar. La empresa deberá ser el centro nuclear de la discusión y la familia determinará los posibles problemas (también tendrá ventajas) y las consiguientes soluciones.

Como se ha anunciado anteriormente, no hay una definición legal, pero sí que existen alusiones directas y cierta regulación en diversas normas. El doctor Ignacio Gallego Domínguez en “Cuadernos de reflexión de la cátedra Prasa de empresa familiar”, marzo 2012, cuaderno nº 14, establece una amplia exposición de los movimientos y distintas normas que recogen el concepto de empresas familiares. No voy a reproducir íntegramente el texto, pero si citar alguna de estas disposiciones:

- Las empresas familiares agrarias son las primeras que aparecen reconocidas con tal nombre en nuestra legislación. La Ley 49/1981, de 24 de diciembre, recogía distintas normas para garantizar la continuidad de la explotación a la muerte del titular, reconociendo la validez de los pactos sucesorios y beneficios fiscales. En su art. 2 se recogía una definición de lo que debería entenderse por empresa familiar agraria. Esta ley fue derogada por la Ley 19/1995 de 4 de julio que también recogía esta figura.
- La Unión Europea también ha tratado a la empresa familiar y ha demostrado un reciente interés por las mismas en distintos borradores y recomendaciones. La principal aportación es la creación de un grupo de expertos, compuesto por un representante designado por cada uno de los países, junto a tres expertos designados por la comisión. Esta comisión trabajó desde 2007 a 2009. El grupo tenía por finalidad discutir los principales problemas de este tipo de empresas, las buenas prácticas y las organizaciones de empresa familiar. Concluyó su trabajo con un informe final en noviembre de 2009.
- El año 2000 en la defensa ante el Pleno del Senado de la Moción presentada por el Grupo Parlamentario Popular en dicha cámara en la que se instaba al Gobierno a que en el plazo más breve posible remitiese a las Cortes Generales un Proyecto de Estatuto Jurídico de Empresa Familiar. La moción derivó en otras cuestiones, sobre todo de índole fiscal, y quedó abortado dicho proyecto.
- En la Exposición de Motivos del RD 171/2007 señala que son empresas familiares.

*“aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”*

Como puede observarse, contiene un concepto de familia muy restringido, pues solo se refiere a los parientes consanguíneos o afines entre sí soslayando a los parientes adoptivos.

Prescindiendo de los conceptos que de forma aislada se citan en la legislación, lo determinante para comprender qué es una empresa familiar es establecer los elementos configuradores de la misma:

- A. Ha de existir siempre una empresa, cualquiera que sea su forma y naturaleza jurídica.
- B. La propiedad debe pertenecer a un grupo familiar. Aquí no son de aplicación ciertas normas, en especial fiscales, que exigen un porcentaje mínimo.

Este requisito plantea dos cuestiones:

- El concepto de familia. A estos efectos familia se ha de entender en un sentido amplio. Conviene una definición previa en el protocolo familiar que defina y concrete el concepto de familia. Se pueden producir equívocos a raíz de la utilización del término familia. La empresa puede pertenecer a un solo empresario individual pero con vocación de transmisión al resto o a toda la familia.
- Porcentaje de propiedad o titularidad del capital. No es necesario que sea titular del 100% del capital, sino que basta que se ostente el control.

C) La familia ha de gobernar la empresa. Esta idea está íntimamente conectada con el epígrafe citado anteriormente. La gestión puede ser directa, a través del fundador o de algún miembro de la familia, o indirecta, a través de profesionales designados por el órgano de administración o la familia.

D) Ha de existir una vocación de continuidad más allá del fundador o de los actuales propietarios. Al propio tiempo debe existir un deseo o voluntad de los miembros de la familia en el mantenimiento de la empresa y su transmisión como legado.

Una definición sencilla es la propuesta por la Asociación Valenciana de Empresarios:

**Aquella empresa en la que una familia ostenta el control y la dirección de la estrategia general de la empresa, manteniendo viva la voluntad de continuidad generacional y desarrollo futuro.**

## 3. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE UNA EMPRESA FAMILIAR

---

Para abordar los conflictos de las empresas familiar -y la posible mediación preventiva a través de los protocolos familiares- la mayoría de los autores\* parten de la delimitación de las fortalezas y debilidades de las empresas familiares, frente a las empresas no familiares. Aun cuando no las vamos a citar todas, si que vamos a verificar las más importantes, a los efectos de desarrollar posteriormente el protocolo familiar.

### 3.1 VENTAJAS

Entre las fortalezas podríamos destacar:

- Las de un estricto carácter sociológico o familiar, como son la transmisión de los valores y la cultura familiar en el entorno laboral, la fortaleza del compromiso de los miembros familiares con el proyecto y compromiso social con la empresa.
- Ventajas competitivas: La cercanía con el cliente, gran preocupación por la calidad, especial visión que de la sociedad tienen los consumidores y competidores, la planificación a largo plazo, mayor flexibilidad en su funcionamiento.

### 3.2 DEBILIDADES

- Problemas emocionales y relacionales. En muchas ocasiones el primer problema que se plantea es la confusión entre los conceptos de familia, propiedad y gestión. A la empresa muchas veces se trasladan las envidias, los celos, las luchas de poder, la exhibición innecesaria de “lo que uno vale”. Si, además, la empresa fue fundada por varios socios, se produce un efecto multiplicador de los problemas anteriormente citados. Toda esta serie de problemas producirían tensiones familiares y estas provocarán el consiguiente estrés empresarial.
- Problemas derivados de la incorporación de miembros en la empresa familiar. En este apartado la problemática se amplía, constituyendo una amplia gama, entre un abanico diverso y variopinto de situaciones: la entrada de un socio pasivo, consideraciones sobre algunos sucesores que se estima que no deben entrar en la empresa familiar, discrepancia entre

los sucesores y el propietario, incorporación de ramas familiares no afines, la entrada de los cónyuges de los titulares fallecidos (el cuñado siempre es un clásico), liquidación de la sociedad de gananciales que pueda dar lugar a la entrada en la empresa del ex cónyuge del familiar empresario. A veces, en el apartado relativo a la incorporación de los miembros, la problemática no deriva de la familia, puesto que se puede producir la entrada de tercero ajeno al grupo familiar en la empresa. Piénsese por ejemplo un supuesto de aumento de capital social para financiarse, o los stock option como medio de recompensar algún trabajador.

- La necesidad de innovación tecnológica, de internacionalización, de ajustes de tamaños para poder competir en un mundo más globalizado, también pueden generar conflictos por pérdida de control de la sociedad.
- Salida de miembros de la empresa familiar. En ocasiones alguno de los socios decide abandonar la empresa familiar, bien porque es un socio cautivo, cuya participación apenas produce rentabilidad, bien, como hemos visto, por problemas personales o simplemente porque ha decidido iniciar una singladura empresarial independiente de la familia, sin lastres ni deudas morales o por una concepción empresarial radicalmente opuesta a la compartida por el resto de la familia: El cónyuge suele jugar un papel influyente, cuando no decisivo. Este hecho extraordinario va a generar fricciones empresariales y familiares, pues puede ocurrir que no se disponga del capital necesario para adquirir la participación o no se le quiera pagar su valor. La permanencia cautiva en la sociedad provocará que el socio inicie una serie de maniobras para forzar su salida.
- Conflictos derivados de la gestión de la empresa. También aquí existe un gran abanico de situaciones distintas, algunas de marcado carácter personal. Veamos algunas de ellas:
  - a) Falta de diferenciación entre el patrimonio familiar y empresarial. Algunos de los miembros de la familia, normalmente el que gestiona la empresa o alguno de sus hijos, viene utilizando el patrimonio empresarial como un cortijo personal. Se produce un uso abusivo del patrimonio empresarial como si fuera propio. Los ejemplos son abundantes. Basta recordar aquellos supuestos tan habituales como los vehículos personales financiados por la empresa o que siendo de ésta son utilizados exclusivamente por estas personas para fines no empresariales, viajes personales a cargo de la empresa, la imputación de los gastos de gasolina, la compra de teléfonos móviles y los gastos derivados del consumo, cuyo pago realiza también la empresa y, sin

embargo, están al servicio particular de algunos de los miembros de la familia, que ni siquiera trabajan en la empresa, etc..

- b) Falta de cualificación de los dirigentes. Queda claro que lo óptimo sería que la dirección de la empresa recayera sobre la persona más capacitada. Pero no siempre ocurre así. En vez de estos criterios objetivos, tienen más peso decisivo las situaciones afectivas o, si se prefiere, la llamada de la sangre. No es de extrañar que normalmente se querrá imponer a un hijo para que éste consolide su posición dominante, cuando precisamente no es el que reúne los conocimientos, la experiencia, ni lo que se ha venido en llamar como talante empresarial. A nadie se le escapará que, además de posible perjuicio empresarial, esta actitud es una fuente de tensiones en el ámbito familiar.
- c) Requisitos que han de reunir los miembros de la empresa familiar para acceder a la empresa. Este inconveniente es semejante, pero se da en segundo y en tercer nivel de la empresa. Cuántas veces hemos escuchado en la empresa: como yo soy socio y de la familia, mi hijo tiene derecho a ocupar un puesto de trabajo. La propiedad de unas acciones o la integración como miembro familiar, “per se”, no da lugar a un puesto de trabajo, ni siquiera debería promover un acceso preferente. Posteriormente veremos en el protocolo familiar que deberían reseñarse los requisitos para acceder a los puestos de trabajo, y no precisamente a todos. Esta norma, al igual que la anterior, marcará las reglas del juego empresarial y familiar.
- d) Retribución. Los problemas del puesto de trabajo, responsabilidad del cargo ocupado, requisitos de experiencia y formación no se compadecen con la retribución que perciben los miembros de la familia.
- e) Política de reparto de dividendos. La política de reparto de dividendos es una cuestión esencial en cualquier tipo de empresa, sea familiar o no. Tradicionalmente, y no sin razón, se ha confrontado el derecho al dividendo versus el derecho a participar en las ganancias sociales. El reparto de las ganancias sociales es un derecho mínimo del socio proclamado en el art. 93 LSC, pero es un derecho abstracto necesitado de concreción. Se ha dicho que el socio tiene derecho a participar en las ganancias sociales, pero no tiene un derecho concreto al dividendo. El reparto de dividendos, tomando como presupuesto la existencia de beneficios repartibles, requiere de un acuerdo de la junta general que

así lo acuerde. Solo a partir de este momento, nace un derecho de crédito del socio contra la sociedad. No hay (no había), pues, un reparto obligatorio de dividendos.

Normalmente nos encontraremos con tres posiciones. Hay quienes optan por un reparto sistemático de dividendos, siempre y cuando haya beneficios repartibles, buscando unas ganancias prontas y constantes. Hay otros que, por el contrario, mantienen un reparto mínimo de dividendos, acumulando reservas para futuras inversiones, ampliación del negocio o en previsión de tiempos peores. Por último, hay una posición prudente que se sitúa en medio de tales extremos.

Evidentemente el problema surge cuando la mayoría impone acuerdos a la minoría de forma permanente y sistemática estableciendo el no reparto de dividendos.

La solución que se ha dado ha sido distinta. Una eventual declaración de nulidad del acuerdo no garantiza el resultado de obtener una determinada ganancia. Resulta altamente discutible que una sentencia pueda condenar a un determinado reparto. Son pocas las sentencias que se pronuncian en este sentido, pues se trataría no solo de anular, sino de imponer una determinada voluntad social\*.

Una segunda posición entiende que en los casos de negativa permanente y sistemática al reparto de dividendos, impuesto por la mayoría, daría lugar a un abuso y el derecho a la distribución de un ejercicio en concreto no es un remedio eficaz, pues obligaría al socio minoritario a una impugnación constante y de manera indefinida a los sucesivos acuerdos que se adopten. Hay que concederle una tutela de la misma índole, es decir, que sea definitiva. Esta solución no es otra que permitirle al socio agraviado que pueda separarse de la sociedad sin la pérdida del valor económico de su participación.

Hasta que ha entrado en vigor el art. 348 bis LSC, el panorama es el que hemos expuesto, esto es, la no obligatoriedad del reparto de dividendos. Este precepto, altamente criticado por la doctrina, de una forma asistemática y confusa, permite al socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales, un derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social.

Vamos a prescindir de un análisis de este precepto, su interpretación y la aplicación del mismo, lo que escaparía al objeto de la presente exposición.

Tan solo se deja consignado el problema por cuanto, posteriormente, al tratar el protocolo familiar, vamos a ver cómo este puede ser un instrumento que supere las deficiencias del art. 348 bis LSC. Se trata de conciliar los intereses de los socios mayoritarios, incluyendo al fundador, y de los socios minoritarios, buscando el mayor equilibrio y la paz familiar. No puede soslayarse que esta problemática general adquiere características particulares en la empresa familiar\* en la que normalmente habrá miembros de la familia que trabajan en la misma y, además de los dividendos, vienen percibiendo – legítimamente– sus salarios de forma periódica, por lo que el dividendo viene a ser un “plus” pero no la parte importante de sus ingresos. En otras ocasiones, la conducta se convierte en un claro abuso de derecho puesto que el salario que se percibe encubre un reparto de dividendos.

- f) Política en la toma de decisiones importantes. Normalmente las líneas directrices sobre la toma de decisiones de gran trascendencia en el seno de las sociedades de capital las impulsa el administrador o directores y las adoptan la Junta General de Socios, accionistas o partícipes, según el caso. En las sociedades familiares, además de la Junta General, los directivos han de consultar con el resto de los integrantes de la familia o sus cabezas. La falta de este trámite, que legalmente es innecesario, puede ser una fuente de conflictos.
  
- g) Relevo generacional en la gestión del negocio familiar. Si hemos dicho que uno de los elementos que delimitan la empresa familiar es que la empresa deba tener una voluntad de permanencia más allá de la vida activa del fundador o de los actuales titulares, fácilmente se comprenderá que el relevo generacional sea una de las cuestiones más importantes y objeto de conflicto, que puede desenvolverse en dos planos distintos. El primero, en un plano horizontal. Se produciría en los distintos candidatos a la sucesión. La posible batalla se desenvolvería no por razones de capacitación, sino por distintos motivos personales. Una segunda línea sería el plano vertical, esto es, cuando se produce un relevo “forzoso” en el que existe una resistencia a aceptar la retirada por parte del fundador del negocio.

Podrá pensarse que el mecanismo de las mayorías impondrá una solución. Sin embargo, la mayoría podrá alcanzar tantos acuerdos como abrir idéntico número de brechas en la empresa familiar. Hay que establecer previamente las circunstancias que marquen el relevo generacional y las condiciones que han de reunir los candidatos a la sucesión.

En esta cuestión, igual que en menor medida en otras, cuando se afronte la regulación pueden saltar las alarmas. Hay que ver la reacción del director/administrador fundador de la sociedad y del grupo mayoritario que le apoye. Como se expondrá posteriormente, hay que hacer ver que esta previsión va en beneficio de la sociedad y de la propia familia. No hay que descartar la intervención de otros profesionales como psicólogos para tratar este problema.

## 4. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS EN LA EMPRESA FAMILIAR

---

En puridad estamos hablando de una mediación preventiva a través de un protocolo familiar. Los conflictos, como hemos visto, y a nadie se le escapa, provocan consecuencias negativas, no solo para la empresa, sino para la relación personal entre los miembros de la familia. El ambiente empresarial y familiar se va a deteriorar y ello tendrá su reflejo en distintos ámbitos: productividad, disminución de las ventas, bloqueo de los órganos de administración, etc...

El conflicto todavía no existe pero se regulan los criterios que han de regir ante un hipotético y futuro problema. Por este motivo se hace necesario regular los criterios que han de regir los futuros conflictos. Es más, en el propio protocolo familiar se puede recoger como pato de resolución de conflictos el sistema de mediación.

El protocolo de familia es el documento donde quedan recogidos los acuerdos que persiguen garantizar determinados objetivos, pero que se resumen en: armonía de la familia y continuidad de la empresa bajo el control de la misma.

El interés del protocolo sobrepasa el ámbito interno de la familia. Es considerada una garantía adicional para terceros, inversiones y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad.

Algunos autores entienden que el protocolo viene a ser un “pacto entre caballeros”, pero evidentemente es algo más. Actualmente es admitida la validez amparada en el art. 29 LSC y los arts. 1091 y 1255 CC. Su validez y eficacia en términos contractuales viene reconocida por el Tribunal Supremo, entre otras Sentencias, 27-sep-1961, 10-nov-1962, 28-sept-1965, 18-marzo-2002, 19-dic-2007, 10-dic-2008 y 2-marzo-2009, nº 103/2016, de 25 febrero de 2016 y nº 120/2020 de 20-02-2020.

Obsérvese que el art. 29 LSC interpretado a contrario sensu, permite la validez de estos pactos. Se dice que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad, de lo que se desprende que aquellos que no sean reservados y conozcan perfectamente la sociedad, sí que deben ser oponibles, siempre y cuando sean lícitos. Su contenido será configurado por la autonomía negocial, como un pacto para-social, sin más límites que los establecidos, con carácter general en el ordenamiento civil y específico, en lo societario.

Por otra parte, no solo se ha admitido su validez, sino que también es posible su inscripción registral. El RD 171/2007 de 9 de febrero, regula la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y acceso al Registro Mercantil de los mismos.

Esta norma en su artículo 2 define el protocolo familiar, a los efectos de ese real decreto, como aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.

Cuestión distinta es que muchas veces el protocolo no es un instrumento suficiente para llevar a cabo la resolución de conflictos. Se han de complementar con los estatutos de la sociedad anónima, capitulaciones matrimoniales, disposiciones testamentarias, etc... que se desarrollarán las pautas establecidas en el protocolo familiar.

La sentencia de 20 de febrero de 2020, recuerda que para garantizar su efectividad generalmente debe acompañarse de cuantas modificaciones a nivel estatuario, capitular o testamentario sean precisas. Se han de complementar con los estatutos de la sociedad anónima, capitulaciones matrimoniales, disposiciones testamentarias, etc... que desarrollarán las pautas establecidas en el protocolo de la agibilidad de protocolo familiar. Parece dudoso que el protocolo familiar pueda

obligar a las partes a testar en un determinado sentido o pactar capitulaciones matrimoniales que implican a terceros.

El art. 114.2 a) del Reglamento del Registro Mercantil da cobertura a la posibilidad de que tales pactos protocolares puedan gozar de eficacia en el ámbito corporativo de la sociedad anónima a través de la inscripción de “cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”. Además, como señala la Resolución DGRN de 26 de junio de 2018:

“en el ámbito doctrinal, se admite que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto de los protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y los terceros, en el ámbito del ordenamiento corporativo, mediante determinados remedios estatuarios, uno de los cuales es [...] la configuración de la obligación de cumplir el protocolo familiar como una prestación accesorio, de modo que su incumplimiento se sancione con la exclusión del socio incumplidor”.

Sentado cuanto antecede, hay que huir de la propensión de utilizar modelos de protocolos familiares. Un protocolo familiar no es un “prêt à porter”, sino que es un traje a medida. Jose Luis Melero Ynaraja en la revista de Mediación. Año 2. Nº 4. Octubre de 2009, propone las siguientes **fases cronológicas**:

- 1) Toma de contacto. Normalmente el que insta la consulta no suele ser el dueño de la empresa. Este suele ser autosuficiente, una persona hecha a sí misma que no ve la necesidad de articular un protocolo. Son terceras personas las que solicitan este servicio, normalmente los hijos, director de recursos humanos o persona vinculada emocionalmente con el dueño.
- 2) Reunión con el jefe/promotor-dueño para la toma de decisiones respecto a la realización del protocolo y sobre las personas que van a intervenir en el proyecto. La finalidad es diseñar el mapa familiar y societario. Se recoge la problemática de la familia y del negocio vista por el jefe. Posiblemente esta sea la mayor dificultad porque hay que hacerle vencer el miedo a soltar el poder. Hay que actuar con mucha sensibilidad y explicar que no es un cambio rotundo sino un proyecto para el futuro, pero que mantendrá el poder. Quizá ayude el ejemplo comparativo con otras empresas y los beneficios que se pueden obtener. En el orden pragmático se podría proponer la firma de la oferta, marcar calendarios y empezar a trabajar.

Sería conveniente mantener alguna entrevista con la familia muy vinculada (la serie de rondas se iniciará después) para tener una visión más completa y determinar exactamente las preocupaciones de los mismos. Este autor

destaca por su experiencia personal como en muchas empresas familiares la esposa -la madre de los candidatos- no es tenida en cuenta por el empresario como fuente de información y sin embargo, es quien mejor puede informar de los puntos fuertes y débiles de cada uno de sus hijos. Lo mismo se puede decir respecto de los hermanos que no participan en la empresa. Se presupone que no tienen interés y se les excluye, cuando pueden jugar un papel importante en especial si en el futuro heredan una participación de la empresa.

El trabajo del abogado en este sentido ha de revestir cierta sensibilidad para no herir susceptibilidades y se presente como una persona que les va a ayudar.

Al igual como hemos visto que es necesario configurar el mapa familiar, hay que establecer también el mapa societario, no solo el actual sino también como quieren repartirlo el día de mañana.

La elaboración del protocolo familiar no es una materia estanca. Analizado el panorama anterior, será el momento de buscar a otros profesionales que colaboren con el proyecto. Hay que ver los problemas de sucesiones, asesores fiscales, mercantiles, etc... en muchos equipos se integra un psicólogo.

3) Reunión conjunta con todos los que van a intervenir, para la explicación del trabajo que se va a realizar con ellos.

Esta reunión vendrá a ser un desarrollo de lo tratado en la anterior reunión, pero en esta ocasión, con mayor amplitud y detalle. El objeto es que se abran todos los que van a intervenir, que expresen su opinión acerca de las relaciones con la familia y la empresa, explicando los temores. Es importante que perciban la sensación de que el abogado viene a ayudarles y que está obligado a la confidencialidad.

La finalidad es que al término de la reunión resulten cómplices de la conveniencia de elaborar un protocolo y predisponerlos a colaborar.

4) Primera ronda de entrevistas individuales.

Las segundas reuniones individuales permitirán que cada uno de los miembros hable con más libertad para desentrañar qué es lo que piensan de los problemas y qué soluciones plantearían ellos, Seguramente aflorarán lo que hasta ahora eran comentarios solapados o silenciosos sostenidos.

Cuando encontremos alguno de los miembros reticente habrá que aplicar un tratamiento más intenso que en algunos casos requerirán de otros profesionales. A veces en vez de buscar un profesional, podemos apoyarnos con alguien que tenga ascendencia y al que el entrevistado le tenga confianza, al tiempo que respeto.

5) Elaboración de la primera parte del proyecto

En el proyecto se consignarán los aspectos principales: Objetivos a conseguir, valores familiares, principios empresariales, ...

También se consignarán las cuestiones que van a desarrollarse. Pueden servir como ejemplo cuál es el concepto de familia (amplio o reducido), si se agrupan por ramas, quienes son los miembros actuales, quienes los futuros, que cuestiones pueden generar conflicto, etc...

6) Presentación del contenido de esta primera parte para su aprobación, a todos cuantos han intervenido en la elaboración.

Tras la exposición del borrador se recogerán las sugerencias. Se procederá a practicar las correcciones y recoger las ideas aportadas.

7) Elaboración documento final por el abogado

A veces se requiere nuevas rondas individualizadas para contrastar los puntos que se contendrán en el proyecto final.

8) Presentación del documento final al jefe para su aprobación.

Una vez de el visto bueno de este documento final se pasará a la siguiente y última fase.

9) Lectura final conjunta, aprobación y firma del protocolo por todos cuantos han intervenido en su elaboración

# 5. CONTENIDO DEL PROTOCOLO FAMILIAR

---

Un protocolo familiar, en principio, debe abordar las previsiones en cada una de las debilidades que hemos enumerado en el apartado 3.2). Existen distintas guías de la que se podría destacar Protocolo Familiar: estructura y contenido del autor Manuel pavón Sáez, de la Colección: Claves Prácticas, Francis Lefebvre.

Por mi parte, me permito proponer un esquema bastante amplio que servirá de guía para confeccionar vuestro propio protocolo.

## 5.1. Sumario

En este apartado, a modo de índice, expondréis por títulos cada uno de los apartados que vayáis a tratar después y que seguidamente vamos a ver.

## 5.2. Preámbulo

Como todo preámbulo, consistirá en un exordio o prefación de lo que se va a tratar en el protocolo.

Esencialmente se expondrá la familia de que se trata y de la empresa a la que se refiere. La importancia que tiene asegurar la continuidad de la empresa y la estabilidad de la familia, destacando que a través de ese instrumento todas van a participar y se van a sentir vinculados bajo los valores del respeto y la convivencia.

También es importante significar como la familia ha tomado la determinación de obligarse a través del contenido del protocolo, que tendrá un carácter constituyente y contractual y que, sin perjuicio de las modificaciones que se pudieran efectuar para adaptarse a las exigencias y circunstancias de cada momento, marcarán los aspectos fundamentales de su relación interna con la empresa.

## 5.3 Título I. Definiciones

Este apartado es puramente explicativo y tiene como finalidad la comprensión de la terminología utilizada. Se dirá quiénes son los fundadores, qué se entiende por familia a los efectos del protocolo, quienes son los grupos familiares, quienes son las ramas familiares presididos por cada cabeza, a qué empresa familiar se

refieren y a la gerencia de la empresa, que suele identificarse con las personas que ostentan las facultades ejecutivas y directivas en la gestión ordinaria.

## 5.4 Título II. Miembros de cada rama familiar

En este apartado se expondrán todas las ramas familiares y quienes las componen, indicando el cabeza de cada rama.

## 5.5 Título III. Breve historia de la empresa familiar

Resumidamente se narrará el origen de la empresa, quien la fundó, la evolución que ha tenido, quienes han participado y la vocación que tiene.

## 5.6 Título IV. Comprenderá las normas de actuación

Dentro de este apartado, bastante complejo, conviene sistemáticamente dividirlo en distintos capítulos.

### 5.6.1 Ámbito de aplicación.

Que comprenderá el ámbito objetivo y subjetivo.

### 5.6.2 La naturaleza constituyente y obligacional

Así como la necesidad de tomar otros acuerdos obligatorios que complementarán y desarrollarán el protocolo familiar y que hemos casado a colación en distintos apartados. Nos estamos refiriendo a:

Las capitulaciones matrimoniales, que se han de otorgar antes del matrimonio o iniciar la convivencia estable en pareja en las que se pactará el régimen de separación de bienes. Pensión para los casos de nulidad, separación matrimonial, divorcio o ruptura de la convivencia. En este caso habrá que procurar que las empresas permanezcan íntegramente de plena titularidad del grupo familia. Ya hemos dicho la dificultad práctica que entraña estos acuerdos, puesto que no dependen exclusivamente del firmante del protocolo familiar ni sus sucesores.

Testamento. Se trata de perseguir que la participación no salga de la familia, normalmente de los descendientes miembros de su rama familiar. También es aconsejable que se imponga a los herederos y/o legatarios la obligación de suscribir y adherirse al protocolo familiar. Como medio de garantía, se podría someter a condición el legado.

Transmisión y gravamen de las participaciones de la empresa. Con la misma filosofía que venimos exponiendo y con el fin de evitar el ingreso de terceros ajenos a la relación familiar, se harán las previsiones necesarias para que los estatutos sociales contengan las limitaciones necesarias a la libre

transmisión de acciones o participaciones. Para que por vía indirecta no se infrinja este principio, también se preverán autorizaciones para pignorar o gravar las participaciones.

Situación del socio en minoría de edad. Puede preverse por cualquier de los medios admitidos en derecho que hasta que se produzca la mayoría de edad la administración se realice por un miembro de su rama familiar o por otro miembro del grupo familiar. La misma previsión podría establecerse para los supuestos de incapacidad.

En otro apartado pueden establecerse los principios y valores familiares y empresariales a los que hemos aludido oportunamente: relaciones con los trabajadores, actitud conservadora o innovadora de la empresa, nuevas iniciativas, la necesidad de consenso en toma de decisiones importantes, la confidencialidad de las diferencias, etc...

El gobierno y dirección de la empresa. Evidentemente en este capítulo trataremos la Junta General de Socios, el órgano de administración, la gerencia y dirección de la empresa familiar. En este apartado se suelen modular las normas de la Ley de Sociedad de capital en la medida en que no sean de orden público.

Entre estas particularidades se podrá regular la asistencia de los familiares y la delegación. En el consejo de administración se puede establecer como criterio general que estén representadas todas las ramas familiares, los medios de desempate en las deliberaciones y las condiciones para ser nombrado miembro del órgano de administración.

En cuanto a la gerencia y dirección, como hemos citado en la problemática de estas sociedades, es una de las cuestiones que más debate suele suscitar. ¿Quién es el que manda o mandará? En las rondas previas tiene que haber quedado claro este aspecto y consensuado. Se determinará si ha de ser un familiar (cabeza de rama o en otro miembro del grupo familiar) o de un profesional externo. En este último caso también se podrán determinar las mayorías necesarias para la contratación del foráneo a la familia.

Para seleccionar la persona que tenga la responsabilidad de la gerencia, se suelen establecer condiciones de experiencia, preparación o trayectoria profesional.

### 5.6.3 Relación laboral de los familiares en la empresa.

Este extremo guarda idéntica complicación que el anterior y ha de ser consensuado, tras los contactos y ronda de reuniones. Como punto de partida sugiero tratar los siguientes aspectos:

- Aclarar un equívoco bastante habitual: cualquier familiar por el hecho de ostentar acciones no le confiere el derecho personal o a los miembros de su familia a ocupar un puesto de trabajo, ni mucho menos de altos y medianos cuadros, según la estructura de la empresa.
- Limitar los puestos de trabajo en la empresa, bien a los cabezas de la rama familiar o bien a un número determinado por cada una de las ramas.
- Además de la limitación anterior, se tratará de profesionalizar la empresa, esto es, ha de cumplir ciertos requisitos de preparación y/o experiencia.
- En cuanto a su contratación, habrá que determinar si lo puede hacer directamente el gerente o el consejo de administración. En este último caso, se aconseja que el voto sea secreto.
- Para evitar el demérito que pudiera producir una posible imagen peyorativa, en algunos casos se aconseja que los miembros del grupo familiar no accedan a puestos de trabajo de poca responsabilidad, salvo que existan circunstancias personales excepcionales que así lo aconsejen.
- En ningún caso se deben fijar retribuciones que no se correspondan con las de mercado para puestos similares en empresas del sector comparables.

### 5.6.4 Relaciones no laborales de los miembros de la familia con la empresa familiar

Nos estamos refiriendo a los relaciones profesionales o empresariales que pueden surgir de contratos suscritos, como asesorías laborales, fiscales o de otra índole, como arrendamientos, compraventas, etc.

Se deberá determinar si existe compatibilidad o no, si tienen un derecho de preferencia, qué tipo de retribución, si necesitan autorización del consejo, por qué mayorías, etc.

### 5.6.5 Derechos económicos

En este apartado se establecerán los principios generales, la política de dividendos, las enajenaciones de las participaciones sociales y otras salidas del socio.

En primer término, dentro de los principios generales, se contendrán breves referencias a los que posteriormente se desarrollará. Por ejemplo, si es voluntad de la familia repartir dividendos todos los años (incluso cuando no resulte obligatorio, siempre que legalmente fuera posible), lo cual es absolutamente aconsejable, pues sabido es que un engrase económico todos los años, evita que chirríe el sistema familiar; el estatus y permanencia del miembro en la empresa, la política fiscal común en la medida de lo posible y dentro del marco legal, etc.. Veamos alguna de estas cuestiones.

#### **Política de dividendos.**

Actualmente ha entrado en vigor el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital que permite el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

Con anterioridad a la entrada en vigor de este precepto, cumpliendo el deseo que constituye el fin último de todo contrato de sociedad: el reparto de beneficios, se solía pactar una distribución mínima de dividendos al año. Podría pensarse que la vigencia de este artículo hace perder interés o desmerecer este extremo dentro del protocolo familiar. No es así. Primero porque se trata de un precepto de interpretación confusa; segundo, porque puede que el socio no quiera salir de una empresa que da beneficios y en lo que esté interesado no es en la salida de la misma, sino en que se haga efectiva rentabilidad; en tercer lugar, porque se pueden pactar repartos superiores a 1/3 de los beneficios propios de la explotación o que hayan beneficios distintos a la explotación del objeto social y, como hemos anunciado, también se pueden repartir beneficios a cuenta de las reservas voluntarias, cuando legalmente sea posible.

Como quiera que el órgano competente para acordar el reparto de dividendos es la Junta General, en el protocolo el grupo familiar se puede “obligar” a votar favorablemente el acuerdo del reparto en el seno de este órgano.

Se pueden pactar también excepciones al reparto de dividendos.

### **Valoración de la empresa familiar**

Este apartado, realmente no es un derecho y se podría establecer en otro capítulo distinto, pero como tiene contenido económico, bien puede ser desarrollarlo aquí.

¿Cuál es la finalidad de este pacto? Sirve como punto de partida para tratar otras cuestiones que se expondrán posteriormente.

Se trata de que cada año el Consejo de administración realice una valoración real de la empresa. Así los socios sabrán el valor que tiene su participación, al mismo tiempo constituirá la base o precio en caso de salida del socio o de enajenación de las participaciones.

Sabido es que hay distintos criterios de valoración de una empresa. Esta diversidad puede provocar un debate previo que imposibilita un acuerdo final. En este apartado se pactará si nos referimos a valor contable, al valor real, si se tienen en cuenta las plusvalías intrínsecas de los activos inmobiliarios, etc.

Si hubiera discrepancias entre los miembros del consejo de administración (teniendo en cuenta las mayorías pactadas a estos efectos), se podría pactar el encargo de una valoración a una empresa. Con el fin de evitar abusos de derecho, se podría prever una cláusula penal relativa a los honorarios de la valoración de la empresa, de forma que si no oscilara en un porcentaje que se establecería en el protocolo, el consejero solicitante debería satisfacer todos los gastos, inclusive mediante deducción, por compensación, de los dividendos a percibir, en su caso, durante el ejercicio.

### **Enajenación de las participaciones o acciones sociales**

Normalmente será voluntad de la familia mantener la titularidad de la empresa, por lo que habrá que establecer una serie de cláusulas para garantizar esta finalidad. Como se ha dicho en ocasiones anteriores, para mayor eficacia de este pacto, habrá que implementar la correspondiente previsión estatutaria.

Nos estamos refiriendo en concreto al derecho de adquisición preferente en la transmisión de acciones o participaciones. Las opciones que se pueden establecer son variadas:

- a) Delimitación de la naturaleza de la transmisión: inter vivos, mortis causa, onerosa o lucrativa.
- b) Delimitación subjetiva. Normalmente se enunciará de forma negativa, esto es, la transmisión a personas distintas de ascendientes, descendientes,
- c) Sujetos que tienen derecho a la adquisición preferente. Se pueden establecer derechos en cascada: a los miembros del grupo familiar, rama familiar, la propia empresa y, en su caso, previsión de un ejercicio parcial del derecho de suscripción preferente.
- d) Valoración de la empresa. Para evitar problemas, pues es uno de los núcleos de conflicto, es aconsejable establecer el criterio de valoración. Se trata de buscar cierta coherencia con el resto de los pactos relativos a la valoración de la empresa. No hay que olvidarse que también hay que prever, y así se verá en el apartado siguiente, la posibilidad de salida individual y también aquí habrá que pagar el precio al socio saliente. Para evitar distorsiones, sería aconsejable establecer el mismo criterio de valoración.

Una opción es hacer coincidir el precio de valoración de la empresa que hemos visto en apartado correspondiente con el valor de venta, pero no tiene por qué ser así. El valor de mercado es distinto y se puede establecer un porcentaje sobre aquel.

Por último, una previsión aconsejable es ponderar la circunstancia de que el Registrador Mercantil o, en su caso, por decisión judicial, no se acepte este sistema de valoración estatutario. Una solución sería prever una valoración alternativa que sí que garantice de antemano su admisibilidad: la fórmula sería aceptar el valor que fije un auditor designado por el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad.

### **Derecho de salida individual**

Como hemos proclamado en el apartado 3.2.2) hay que tratar de evitar los socios cautivos. Para las relaciones empresariales y familiares resulta negativo retener a un socio en una sociedad, cuando quiere abandonar ésta. Normalmente, aunque caben otros supuestos, esta situación se suele producir por distintos motivos, bien porque la empresa no sea rentable, no cubra sus expectativas (un socio que no trabaja en la empresa o no tiene implicación alguna, el valor de la participación puede ser tan elevado que los dividendos no permitan el pago del correspondiente impuesto de

patrimonio). Son situaciones de asfixia económica del socio que le obliga a vender sus participaciones en un mercado cerrado, obligándole a malvender sus acciones o participaciones al resto de los socios. Pero a veces no tiene una motivación puramente económica, sino que también puede producirse una situación de bloqueo o que alguno de los socios se vea afectado por un escándalo público y el socio no quiere verse relacionado. Como se ve, es difícil prever una relación de los posibles supuestos en que el socio quiera desactivar sus acciones. Lo más sencillo es establecer un pacto de socio consistente en una opción de venta a favor de los otros socios a un precio determinado y ejercitable en cualquier momento. Obsérvese que lo fundamental para que esta cláusula sea viable es la determinación del precio que puede estar fijada de antemano o establecer unos criterios de valoración.

Cuando nos referimos al mecanismo de desbloqueo de los órganos sociales, se puede introducir la llamada cláusula “mallorquina”, conocida también como “ruleta rusa”. Consiste en la facultad que tiene el socio de vender a otro socio su participación a un precio, y en caso que éste no la adquiera, el socio inicial deberá adquirir la participación del socio al que se le ofreció comprar en primer lugar, en las mismas condiciones que la oferta inicial. En otras ocasiones uno de los socios propone el precio y el otro queda obligado a comprar o vender. Es una cláusula que suele diseñarse para permitir la salida en sociedades en las que el accionariado está distribuido en dos socios paritarios. Evidentemente la cláusula tiene grandes riesgos cuando los socios no están en una posición financiera equivalente.

### **Cláusula de salida colectiva**

Junto a las cláusulas de salida individual suelen pactarse las cláusulas de salida colectiva que facilitan la transmisión a terceros, nos estamos refiriendo a las cláusulas “tag along” y “drag along”.

Cláusula “tag along” o cláusula de acompañamiento. Consiste en la facultad de los socios de exigir al comprador propuesto por el socio transmitente la compra de todas o parte de sus acciones o participaciones, por el mismo precio y condiciones que las comunicadas por el socio transmitente a la sociedad.

La cláusula “drag along” tiene distinta finalidad. No es una cláusula de acompañamiento sino de arrastre. Mientras que la cláusula anterior protege a los socios minoritarios, la cláusula “drag along”, fuerza la venta de las participaciones minoritarias en las mismas condiciones que el socio transmitente. De esta forma se facilita al socio mayoritario la venta de las

acciones a un tercero, evitando que la presencia de socios minoritarios suponga una disminución del valor del paquete accionario.

### **Prohibición de la transmisión de participaciones**

En el polo opuesto en el que se sitúan las cláusulas de salida (individual y colectiva) se encuentran las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria durante un periodo de tiempo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad (Art. 123.4 del Reglamento del Registro Mercantil). Esta prohibición, aunque va referida en el Reglamento del Registro Mercantil a las cláusulas estatutarias, entiendo que también se extiende a los pactos parasociales, puesto que los pactos tienen los límites establecidos en el art. 1255 del Código Civil, y en este caso atentaría contra lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil.

### **5.6.6 Conducta empresarial**

Muchas de estas situaciones ya están recogidas en la LSC, como por ejemplo en los art. 228 y 229 que regulan las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, pero obsérvese que dichas obligaciones se incardinan en los deberes de los administradores, y no de los socios. El art. 190 LSC también prevé el artículo del conflicto de intereses y éste si que afectaría a los socios.

A través de este pacto podrían modularse estas prohibiciones, teniendo en cuenta que el art. 230 prevé un régimen de imperatividad y dispensa. Visto de otra forma, podrían ampliarse estos supuestos de incompatibilidades, prohibiciones, pero no reducirse.

Se podrán regular los avales y garantías que pudieran prestar la empresa familiar a miembros del grupo familiar no previstos en las leyes. Se podrían prohibir o desaconsejar que la empresa solicitase préstamos por importes considerables, en función del patrimonio neto o en condiciones que pudieran poner en riesgo los resultados, etc. Como se ve estas últimas obligaciones no se enmarcarían dentro del contorno de la lealtad ni de la obligación de abstenerse, pero si que afectaría a la conducta empresarial.

### 5.6.7 Prohibición de competencia

Si bien por vía estatutaria, mediante prestaciones accesorias se podría pactar la prohibición de competencia, también en el protocolo familiar se puede dejar constancia de esta situación.

Item más. La prohibición concurrencial se podría extender al conjunto de personas que integran el grupo familiar. Se podrá ampliar la prohibición de competencia a actividades que, aun cuando no constituyan formalmente el objeto social, de facto estén realizándose por la propia empresa. También temporalmente se puede producir una ampliación de la prohibición para un periodo posterior a la pérdida de la condición de socio.

Para la efectividad de este acuerdo resulta conveniente prever los sistemas de cuantificación de daños y perjuicios, sin soslayar una posible cláusula penal que nos dispense de probar el daño real causado y la cuantía del mismo.

### 5.6.8 Cláusulas de orden

#### **Opinión de expertos**

Cuando sea necesario a juicio del órgano de administración o de cualquier de sus miembros, antes de adoptar una decisión significativa o una interpretación del protocolo, se podrá pactar que sea un profesional independiente el que verifique la interpretación más correcta.

#### **Modificaciones y adiciones**

Un protocolo familiar no es un bloque rígido, monolítico e inmodificable. A lo largo de la vida empresarial o familiar pueden surgir situaciones no previstas o un cambio del “status quo” que aconsejen la modificación del protocolo o incorporarle adendas.

En esta cláusula se preverán las iniciativas, trámites y mayorías.

#### **Derogación**

Por los motivos que fueran (venta de la empresa, desaparición del grupo familiar o pérdida del control, o simplemente, por decisión voluntaria), se puede prever la derogación del protocolo familiar.

#### **Ley aplicable**

#### **Sistemas extrajudiciales resolutivos de los conflictos**

Nos estamos refiriendo al arbitraje y a la mediación, cuyos conceptos y diferencias damos por reproducidos por haber sido objeto de estudio en otros apartados del máster, ajenos al presente.

El protocolo familiar se ha configurado como una mediación preventiva, esto es, no había conflicto actual. El que redactó el protocolo, quizás tuvo que mediar entre los familiares o entre éstos y el fundador, pero no es un proceso de mediación propiamente dicho. Si surgen conflictos entre los miembros de la familia, habiéndose previsto este sistema en el protocolo familiar, corresponderá activarse éste.

También se puede producir una tercera situación. Producido el conflicto, sin que exista protocolo familiar, se podrá aprovechar esta ocasión para dialogar sobre el resto de los problemas empresariales que afecten a los socios y a la vida familiar con el fin de obtener un protocolo familiar que evite estas situaciones y otras de semejante naturaleza.

## 6. BIBLIOGRAFIA

---

- Revista de Derecho de Sociedades nº 56, mayo-agosto 2019, artículo de Esperanza Gallego Sánchez, bajo el título LA CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN POR INSUFICIENTE REPARTO DE DIVIDENDOS, páginas 53-87.
- Protocolo Familiar: estructura y contenido. Autor: Manuel Pavón Sáez. 2018
- Estrategia Jurídica en los Conflictos Societarios. Autor: Tomás Vázquez Lépinette. 2017
- La Dimensión Empresarial como factor de Competitividad. Autor: IEF. 2017
- V Barómetro Europeo de la Empresa Familiar. Autor: KPMG. 2016
- La Empresa Familiar en España (2015). Autor: IEF y la Red de Cátedras de Empresa Familiar. 2016
- Una visión de la empresa familiar excelente. Autor: KPMG. 2015
- XV Congreso Nacional de la Empresa Familiar. Autor: IEF, Mas, Puig, Riu, Lansberg, Rodés, Entrecanales, Grego, Pérez Rubalcaba, Líbano, Trias, San Félix, Cisneros, Esteves, Calleja, Carceller y Sáenz de Santamaría. 2012
- Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares. Autor: Quintana. 2012.
- La RSE en la gran empresa familiar española. Autor: Casado, Rodríguez. 2009.

- El Buen Gobierno Familiar. Autor: Demole, Donay, Balbo. 2009
- El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. Autor: Díaz Echegaray, Cifur Menor, 2006.
- Los derechos de minoría en la Sociedad Anónima. Autor: Juste Mencía, J.; Cifur Menor, 1995.

icav