

LA EMPRESA FAMILIAR Y LOS PROTOCOLOS FAMILIARES: LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN FINANCIERA

Working Paper 07/2024

María Enciso Alonso-Muñumer

Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: Las empresas familiares son fundamentales para la economía, generando riqueza y empleo. A pesar de su importancia, enfrentan retos específicos debido a la interacción entre la familia, la propiedad y la empresa, como la sucesión generacional y la falta de profesionalización en la dirección. Un instrumento clave para mitigar conflictos es el protocolo familiar, que regula las relaciones familiares en la gestión empresarial. Este protocolo, que combina aspectos morales y jurídicos, busca asegurar la continuidad del negocio a través de la sucesión ordenada y la prevención de conflictos. Aunque en España su regulación es limitada, su incorporación a los estatutos sociales y el uso de mecanismos como la "prestación accesoria" refuerzan su eficacia jurídica, permitiendo que las empresas familiares gestionen mejor los desafíos que enfrentan.

Palabras clave: Empresas familiares; protocolo familiar; sucesión empresarial; conflictos familiares; profesionalización; continuidad del negocio; gobernanza corporativa.

Códigos JEL: G32; M14; K22; D23.

Cuando hablamos de empresas familiares no solamente hablamos de pymes; hay empresas familiares que pueden cotizar en bolsa y que pueden ser muy grandes

Hay mucha variedad de forma, no solo jurídica, sino de tamaño y de características y peculiaridades diferentes entre cada una de las empresas familiares. No hay que olvidar que las empresas familiares tienen una importancia enorme y estamos viendo ahora cómo el Instituto de la Empresa Familiar ha tenido también una importancia grande no solo en el ámbito económico sino en el ámbito social y político.

Las empresas familiares se caracterizan porque es la familia propietaria quien ejerce el control del capital social y además tiene una influencia directa en la dirección y en el control de la empresa. Juegan un papel activo y notable en el desarrollo económico y social de nuestro país. Es más, constituyen uno de los pilares fundamentales básicos de la generación de riqueza y de empleo, de forma que su importancia es indiscutible.

Una de las características esenciales que tienen las empresas familiares es precisamente esa voluntad de continuidad del negocio en el ámbito familiar. Esa voluntad de continuar el legado de la empresa, de que quede en manos de la familia, constituye uno de los rasgos más típicos de las empresas familiares y es cierto que la interrelación entre familia, propiedad y empresa constituyen los tres sistemas de la empresa familiar. Y esa interrelación, sin duda, proporciona importantes ventajas para su desarrollo y para su consolidación en el mercado, siendo precisamente uno de los grandes retos de la empresa familiar ser capaz de coordinar esos tres llamados círculos y las relaciones que integran esos círculos.

Pero no son pocos los retos a los que se enfrentan este tipo de empresas y esos retos o desafíos pueden provocar y de hecho provocan no pocas tensiones en el ámbito de la familia propietaria sobre la forma de dirigir la empresa en su conjunto, entre otras razones por la inoperancia de los órganos sociales, porque muchas veces las decisiones empresariales se adoptan en el seno de la empresa pero no con criterios empresariales sino con criterios familiares que nada tienen que ver ya sea con la gestión empresarial, la inversión empresarial o el riesgo empresarial.

Y esto es así porque en no pocas ocasiones acceden a los órganos de dirección y a los órganos de control miembros de la familia que no siempre están cualificados para ostentar esos cargos. También un desafío importante es la dificultad en muchas ocasiones de obtener recursos financieros sin perder el control efectivo de la empresa y a eso añadimos también entre los desafíos, los retos y las dificultades que encuentra la empresa familiar es la dificultad constatada del cambio de poder entre las generaciones.

Nos hemos encontrado con los casos típicos donde, por ejemplo, hay dos líneas familiares de dos socios que fundan y de esos socios uno es más hábil o más brillante que el otro pero como es el hermano pues constituyen la sociedad, forman juntos la empresa, les va muy bien, se casan, tienen hijos y frecuentemente el hijo del que es más hábil, a lo mejor no tiene tantas habilidades para ocupar el puesto que tiene su padre y, en cambio, el que es menos avezado pues tiene un hijo o dos que por el contrario muestran una mayor preparación, una mayor aptitud para ocupar los cargos de gestión. Ahí es donde empiezan los problemas porque frecuentemente no se atiende a criterios puramente empresariales, sino que la afectividad, ese carácter familiar, interfiere claramente en el acceso a esos puestos. Y esto lleva a que muchas veces las empresas familiares no sobrevivan a dos generaciones.

Esto revela la necesidad de crear desde el principio una estructura organizativa eficiente que canalice todo el esfuerzo y todo el trabajo realizado teniendo en cuenta siempre que el éxito de las organizaciones depende de la anticipación por parte del empresario familiar a la demanda del mercado, a la gestión y al funcionamiento futuro de la empresa.

Igualmente, hay confusión entre lo que es el patrimonio de la familia y lo que es el patrimonio de la empresa o del grupo del que son titulares. Por eso, entre los factores que van a contribuir a erradicar o al menos aminorar los riesgos de la aparición de conflictos en la empresa familiar destaca, entre otros, pero de manera fundamental el establecimiento de un plan estratégico familiar con una adecuada configuración de los órganos familiares mediante la redacción de un documento que procure al menos conciliar los distintos intereses que confluyen en la empresa familiar, es decir, un documento en el que se describan los valores, los principios, los procedimientos que la familia acuerda seguir más allá de lo que puede estar previsto, por ejemplo, en los estatutos sociales que como todos saben son las normas de funcionamiento de las sociedades.

El protocolo familiar es un verdadero plan estratégico y constituye un instrumento de buen gobierno que armoniza los valores y las funciones de dos instituciones básicas de la sociedad como son la empresa y la familia. A través de ese protocolo familiar, la familia va a autorregular la incidencia que tienen en la marcha de la empresa los intereses de la misma. El protocolo contribuye a prevenir la existencia de conflictos y además no solo eso, sino que establece las bases para poder en su caso resolverlos, contribuyendo a crear un proyecto de vida entre distintas generaciones que haga que esa empresa perdure o al menos no se destruya por conflictos familiares.

Es decir, que si va mal sea por meros criterios financieros o empresariales pero no por esas luchas o esos conflictos familiares. El protocolo es un instrumento clave para garantizar una sucesión exitosa. Es, literalmente, un instrumento imprescindible para el buen gobierno de la empresa familiar.

Lo cierto y verdad es que el protocolo familiar no vale de nada si no hay instrumentos que permitan hacer cumplir de verdad dicho protocolo. Este es el gran reto del buen gobierno de la empresa familiar a través de los protocolos familiares.

El protocolo familiar es de origen anglosajón y nace durante las últimas décadas del siglo XX. En Estados Unidos lo llamaban la constitución familiar y desde ahí ya se fue extendiendo por Europa, pero es una figura muy reciente y con muy poca tradición en nuestro país.

Fue en el año 2007 con el Real Decreto 171/2007 cuando por primera vez se introduce en España una regulación y no completa solo a efectos publicitarios del protocolo familiar. Es una regulación parcial y la verdad es que la publicidad no es el instrumento más eficaz, porque las empresas familiares son muy reacias a compartir su *knowhow*, sus defectos sus bondades y esa confidencialidad, discreción, casi secreto para que no vean los otros qué es lo que estamos haciendo coordina con la posibilidad de llevar el protocolo familiar al registro mercantil inscribirlo y dotarle de publicidad de manera que todos están viendo cómo funciona, cómo te has organizado, cómo vamos a marcar esa interrelación entre la familia, la propiedad y la empresa. Por eso este Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de los protocolos familiares no ha tenido una importancia práctica al menos en la medida que se pretendió cuando se publicó. Es verdad que lo que hace el Real Decreto es introducir una definición de lo que es el protocolo familiar, la única definición que hay en nuestro derecho positivo y lo que hace es simplemente decir que el protocolo familiar es un conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros que guarden vínculos familiares, que afecten a una sociedad no cotizada.

La naturaleza jurídica del protocolo va a conectar claramente con el problema de qué es el protocolo, qué naturaleza jurídica tiene, dónde está la vinculación, cómo fuerza el cumplimiento. La naturaleza del protocolo es ciertamente controvertida porque muchas veces se dice que participa más de las técnicas del *management* que del fundamento jurídico, que es más bien una declaración de intenciones, unas pautas generales de cómo debe operar la familia para evitar regular esos conflictos presentes y futuros. Por eso, generalmente el protocolo se considera desde el punto de vista jurídico como un negocio base o un convenio marco sin perjuicio de que luego utilicemos otros instrumentos para desarrollarlo, porque el protocolo en sí no va a servir mucho si todas las cláusulas que se contienen en el mismo no se desarrollan luego a través de otros instrumentos jurídicos como va a ser la plasmación en estatutos de algunas cláusulas.

Por ejemplo, si introducimos en el protocolo familiar alguna cláusula que limite la transmisión de las acciones o de las participaciones de los socios entre la familia o que no permita entrar a terceros sin incorporar en los estatutos qué es lo que pasa si se incumple. Es decir, qué pasa si en el protocolo familiar hay una cláusula que dice que no se puede transmitir la acción y la acción se acaba transmitiendo. En principio lo que ocurriría es que se daría un incumplimiento de contrato en resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

El Real Decreto no regula cuál va a ser o cuál es el contenido del protocolo. No regula los aspectos subjetivos ni objetivos ni, por supuesto, ese contenido del protocolo que como hemos dicho que es un pacto, se va a calificar como pacto parasocial (hay unanimidad en la doctrina en considerar que los protocolos familiares son pactos parasociales), su contenido se va a configurar de acuerdo con el principio de libre autonomía de la voluntad, es decir, cada uno hará lo que estime conveniente con los límites a ese principio de libre autonomía de la voluntad.

Es muy difícil señalar cuál es el contenido estándar que tiene un protocolo familiar, porque en cada uno de los casos concretos va a responder a las peculiaridades de la empresa y a las peculiaridades de la familia, por lo tanto, es muy amplio. Pero es verdad que como viene de inspiración norteamericana vamos a tener algunas normas de eficacia jurídica y otras normas en cambio que son simplemente principios o convenciones morales extra jurídicos, es decir, meros principios morales asumidos por la familia; pactos contractuales vinculantes y pactos en cambio no vinculantes y pactos vinculantes que también tienen trascendencia frente a terceros por haberlos dotado de publicidad en el registro.

Ese doble contenido de pacto moral y de pacto jurídico es la razón por la que los protocolos suelen estructurarse de acuerdo con ese esquema clásico que van a presentar las normas legales. Suele haber un preámbulo o una exposición de motivos en que se razona o se cuenta cuál es el origen, la pertinencia, los objetivos, las características y, por otro lado, ya luego el conjunto de cláusulas que buscan regular las distintas cuestiones.

A continuación se señalan las cláusulas más relevantes como las relativas al gobierno y a la dirección de la empresa familiar, que quizá integran la parte más relevante del contenido del protocolo porque hacen referencia tanto a los órganos de la empresa familiar como también a los órganos puramente societarios: la junta general y el órgano de administración. Es interesante también ver la interrelación que puede haber entre lo que son los órganos familiares y los órganos societarios. Cláusulas importantes también de un protocolo familiar son las que se refieren a la propiedad de la empresa, al acceso y a la salida de socios.

Estas cláusulas relativas al régimen de propiedad de la empresa son muy importantes a la hora de determinar los derechos y las obligaciones personales, económicas, jurídicas inherentes a la condición de socio de la empresa familiar teniendo en cuenta que los socios que son también familiares tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones societarias que aquellos que no son familiares.

También es preciso prestar atención a los eventuales condicionamientos que se pueden incluir en aras o a flexibilizar el ejercicio de esos derechos.

Un tema importante también es en relación con las cláusulas relativas al régimen de propiedad de las empresas. Muchas de ellas lo que hacen es pretender asegurar el mantenimiento de la propiedad en manos de los miembros de la familia por vocación de continuidad de la empresa familiar y con bastante frecuencia esa vocación es la que inspira la redacción del protocolo familiar.

El protocolo, para que esté dotado de eficacia, tiene que incorporarse o bien a los estatutos o bien, por ejemplo, en el capítulo de las sucesiones a los testamentos o bien incluso aquellos pactos relativos al régimen económico matrimonial de los socios, a capitulaciones matrimoniales, es decir, si los socios que acceden, que son familias, tienen que estar casados en régimen de separación de bienes o tienen que estar casados en régimen de participación o, en cambio, no se dice nada.

El primer elemento de eficacia del pacto parasocial será incorporarlo a los instrumentos adecuados para dotarles de esa eficacia. El régimen de trabajo de la empresa también es importante. Se incluyen los criterios de acceso a la empresa para miembros de la familia incorporando la política retributiva, el sistema de evaluación del desempeño, la política de jubilación o cuestiones tales como para poder trabajar en esta empresa, la familia tiene que haber trabajado previamente en otra empresa diferente durante un número determinado de años.

Es importante mantener la continuidad de la familia, no solo en la empresa sino en el gobierno y en la gestión de la empresa para mantener el carácter familiar de la misma. Pero, por otro lado, es necesario definir un modelo que sea coherente con la cultura de la profesionalización de la compañía, por eso son importantísimas esas normas de acceso al puesto de trabajo.

En cuanto a las medidas de cumplimiento del protocolo familiar vemos cómo hay distintos grados de eficacia jurídica del protocolo dependiendo de la configuración que las partes le hayan dado y porque depende de los distintos grados que hayan querido incluir de obligatoriedad. De esta forma, podemos distinguir un mero pacto entre caballeros que recoja una serie de declaración de intenciones, pero tienen una mera eficacia moral y eso ya se sabe lo que suele suponer cuando hay un conflicto. Ese pacto entre caballeros afecta únicamente a aquellos que lo han suscrito. El pacto contractual que se configura como un verdadero negocio jurídico multilateral en un documento público o privado que contempla una serie de derechos y obligaciones vinculación obligacional de alcance puramente

interno. Por otro lado, tenemos el pacto institucional dotado de un alcance obligacional tanto interno como externo mediante la incorporación del documento al registro público.

Esto ocurre, por ejemplo, si las cláusulas que están contenidas en el protocolo además se llevan a estatutos y el estatuto tiene que estar inscrito en el registro mercantil. En todo caso para asegurar la eficacia jurídica que de forma refleja conllevará la efectividad del protocolo hay que adoptar distintas medidas para evitar que al ser un pacto parasocial sea en realidad algo sin efecto.

Hay distintos mecanismos como acciones de cumplimiento, indemnización por los daños y perjuicios, resolución etc. pero eso no llega a funcionar y a ser eficaz plenamente.

Otro mecanismo importante es el relativo a la publicidad del protocolo como instrumento o refuerzo de la eficacia obligatoria. El Real Decreto 171/2007 prescribe cómo ha de ser la publicidad del protocolo. Cabe solamente publicar que tienes protocolo o publicar el contenido de todo el protocolo, pero insistimos en que no ha resultado del todo eficaz por la peculiaridad que tiene la empresa familiar de que no se conozca lo que hace esencialmente porque eventualmente les pesa más el no sacar a la luz esos asuntos o determinados asuntos familiares que quieren que se quede dentro de la familia por lo tanto dotarle de una mayor eficacia a través de la publicidad no ha sido tan adecuado o tan importante como se aspiraba.

Tanto los mecanismos coercitivos por un lado como las medidas publicitarias por otro no son suficientes para garantizar el cumplimiento del protocolo familiar.

Desde hace tiempo y debido al tratamiento que dispensa nuestro ordenamiento al protocolo familiar la eficacia del protocolo ha sido una de las cuestiones más discutidas por la doctrina y por los operadores en un clima de cierto escepticismo entre los juristas y los operadores acerca de esa eficacia vinculante, máxime teniendo en cuenta que el origen del protocolo es un documento privado que se firma entre los socios.

Es preciso reforzar esa eficacia jurídica porque esos derechos y obligaciones que derivan de los pactos difícilmente pueden hacerse valer frente a la sociedad que no quedaba en ningún caso vinculada por normas cuya eficacia se limitaba a una esfera meramente interna, es decir, a los familiares firmantes. Y esto hacía, por ejemplo, que los votos emitidos en el seno de un órgano familiar o en la junta de la empresa familiar en contravención de lo que se había pactado en el protocolo fueran igualmente válidos al ser inoponibles frente a la sociedad, no cabría la impugnación del acuerdo social basándose en el incumplimiento de ese pacto parasocial.

Ahí lo cierto es que la configuración o esa naturaleza del protocolo como pacto parasocial le otorga una mayor flexibilidad porque si no, nos tendríamos que ir a estatutos y entonces convertirlo en una norma estatutaria incluyéndolo entero en estatutos.

Lo que se suele hacer es incluir en los estatutos como prestación accesoria el cumplimiento del protocolo familiar. Eso es, en realidad, perfecto porque no se incluye todo el protocolo en los estatutos, que sería inoperante, pero sí se incluye una cláusula que dice que como prestación accesoria hay que cumplir lo que se indica en el protocolo familiar.

Hay una importante resolución de 2018 que permite que efectivamente pueda incluirse como prestación accesoria el cumplimiento del protocolo familiar y esa es la cláusula o el mecanismo que ahora en la práctica está funcionando para reforzar la eficacia jurídica del protocolo y evitar incluir en el contrato de sociedad el protocolo que no tendría ningún sentido

Es verdad que permitiría hacerlo valer frente a todos, pero también es cierto que no sería la solución óptima para garantizar la eficacia del protocolo familiar, ya que se enfrentaría a algunos obstáculos que desde luego pueden no ser menores, además de la rigidez que impone un pacto social, un contrato de sociedad incorporado a los estatutos con esa eficacia que tiene el contrato de sociedad. Estaría también la publicidad a la que se vería sometido que también se ha indicado que puede no ser

deseable en muchos casos. Y por eso, esa opción intermedia es la que ahora funciona mejor para tratar de dotar de eficacia jurídica o lo que llaman el enforcement de los pactos parasociales al protocolo familiar.