

**TEMA DE
DEBATE:
ACTIVIDAD
EMPRESARIAL
Y FORMA
JURÍDICA:
ALGUNAS
CUESTIONES
ECONÓMICAS
BÁSICAS**

El protocolo como instrumento de buen gobierno en la empresa familiar

Rafael Perea Ortega

Resumen: Tras la crisis financiera iniciada en el verano de 2007, el legislador ha hecho especial hincapié en el reforzamiento de las reglas de gobierno corporativo de las sociedades de capital. Sin perjuicio de las modificaciones legislativas acometidas, se está tomando consciencia empresarial de la importancia de una buena gobernanza y de su impacto en la reputación y resultados de las empresas. En este punto, el protocolo familiar se configura como un instrumento de buen gobierno de la empresa familiar en el que deben conjugarse los intereses y las relaciones familiares con la gestión puramente empresarial.

Palabras clave: Gobierno corporativo; empresa familiar; protocolo familiar.

Códigos JEL: G30; M14.

1. Introducción

Existe un convencimiento generalizado de la importancia que tiene una gestión adecuada y transparente como factor esencial para la generación de valor en las empresas, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los clientes.

En esa idea, el llamado gobierno corporativo juega un papel crucial en tanto que trata de establecer las reglas que rigen las relaciones entre los directivos de una empresa, su órgano de administración, sus socios o accionistas y otras partes interesadas, y, asimismo, trata de proporcionar, con carácter general, una estructura para la configuración de sus objetivos por parte de la empresa, determinando los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y para supervisar su cumplimiento.

En el ámbito de la empresa familiar, el denominado protocolo familiar sirve para sentar las bases de la estructura de gobernanza de la empresa, conjugando las particularidades de este tipo de empresas (derivadas, sobre todo, de las relaciones familiares existentes) con las propias de una sociedad de capital. A nuestro juicio, y si bien no resulta obligatoria su existencia, el protocolo familiar se constituye en un elemento necesario para el buen gobierno de la empresa familiar, lo que queda abonado por los estudios realizados al respecto, los cuales ponen de manifiesto una mejora significativa en los resultados empresariales en el corto plazo después de la implementación de un protocolo familiar¹.

En este sentido, el protocolo familiar se define legalmente como “aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”².

El objeto del presente artículo es abordar, de forma sucinta y sin ánimo exhaustivo, los principales aspectos que envuelven un protocolo familiar como instrumento de buen gobierno de la empresa familiar, tales como su proceso de preparación y formalización, algunos elementos propios y diferenciadores de su contenido, y su publicidad y oponibilidad a la propia sociedad familiar.

2. El proceso de configuración de un protocolo familiar

La preparación y la formalización de un protocolo familiar debe ser el resultado de un proceso de reflexión, discusión y puesta en común de los valores y las inquietudes tanto familiares como empresariales.

El objetivo se centra en conseguir, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes, el nivel de compromiso necesario para que todos los miembros de la familia obtengan un adecuado grado de satisfacción personal, tanto económico como profesional, en función de los distintos vínculos y grados de dedicación que mantienen con la empresa o diversas sociedades del grupo empresarial.

Si bien en este ámbito podemos asegurar que no hay dos procesos iguales por el componente de las relaciones personales existentes entre los familiares, es

¹ Véase Arteaga y Menéndez-Requejo (2017), quienes, en su trabajo, analizan 530 empresas familiares españolas, concluyendo, entre otros aspectos, que la implementación de un protocolo familiar mejora de manera significativa el desarrollo empresarial en el periodo de dos años desde tal implementación.

² Artículo 2.1 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (“RD 171/2007”).

habitual en la práctica (y recomendable) que el proceso se divida en tres fases:

(i) Fase de análisis: esta etapa se centra en la obtención de información de los diversos miembros de la familia, lo que exige mantener reuniones individuales y grupales (por ramas familiares e incluso de forma conjunta). Precisamente uno de los problemas comunes en la empresa familiar puede residir en la falta de comunicación, de ahí que sea importante obtener información individualizada.

(ii) Fase de negociación: en esta etapa, y sobre la base de la información previamente obtenida, se pone en común el resultado y se realiza un planteamiento inicial para discutir, incidiendo en aquellos aspectos que, a priori, pueden ser más problemático³. En este punto puede ser recomendable realizar una especie de *term sheet* (o un primer borrador de protocolo) que recoja los aspectos más relevantes, sujeto a la redacción definitiva y firma del protocolo familiar, al objeto de que sea analizado de forma individual.

(iii) Fase de ejecución: finalmente, y tras las modificaciones oportunas, se genera la versión definitiva y se firma el protocolo familiar, en documento privado o, más comúnmente, en documento público por su ejecutividad.

3. Aspectos propios y diferenciadores de los protocolos familiares

Desde una perspectiva societaria, y aunque dependerá del contenido en cada caso, puede entenderse que, en general, el protocolo familiar tiene la naturaleza contractual de pacto de socios (también conocido como pacto parasocial o extraestatutario) y, como tal, una parte del mismo suele contener los aspectos propios de este tipo de acuerdos. No debe olvidarse, no obstante, que existen materias que, no siendo puramente societarias, están ligadas a las relaciones empresariales familiares y que, normalmente, tienen cabida en este tipo de pactos, tales como el régimen económico matrimonial de los integrantes de la familia e incluso el Derecho sucesorio⁴.

En este sentido, dadas sus características singulares (conjunción de los objetivos e intereses familiares con los de la propia empresa o grupo empresarial), el

protocolo familiar debe contener ciertos aspectos diferenciadores que no se encuentran en un pacto de socios sin componente familiar. Seguidamente, y sin ánimo exhaustivo, pasamos a comentar cuatro aspectos de los que entendemos que pueden resultar más relevantes.

a) Valores de la familia y definición del proyecto empresarial.

A nuestro modo de ver, resulta esencial que todos los firmantes de un protocolo familiar reflexionen acerca de las raíces del negocio familiar, determinando los valores que han de regir su comportamiento y que han de tenerse presente en la interpretación mismo. En otras palabras, se trata de hacer un ejercicio crítico para la identificación de la cultura familiar que debe impregnar el proyecto empresarial en general y la gobernanza del mismo en particular, implicando a todas las partes a tal efecto.

Tales valores dependerán en buena medida de la historia del negocio familiar, pero también de las relaciones existentes en la familia, y de la visión de futuro y la adaptación a las nuevas realidades que pudiera tenerse (piénsese, por ejemplo, en las nuevas tecnologías), no siendo deseable quedarse en meros principios ambiguos o vacíos de contenido.

En nuestra experiencia, ese ejercicio ha llevado a reflexionar, entre otros muchos aspectos, sobre el mantenimiento o no del carácter familiar de la actividad empresarial (lo que puede incidir en la futura entrada de socios ajenos a la familia e incluso en la incorporación laboral de los miembros de la familia) o en la reinversión permanente o no de los beneficios en el grupo empresarial y su conjugación con el reparto de dividendos o la retribución de socios.

Por su parte, deberán definirse los objetivos del proyecto empresarial, determinándose las actividades a desarrollar y los requerimientos para modificar o ampliar las mismas.

En definitiva, se trata de reflejar en el protocolo familiar “quiénes somos, dónde estamos y hacia dónde queremos ir”.

b) Asamblea y Consejo de familia.

Una de las preocupaciones habituales en los grupos empresariales familiares es velar por el mantenimiento de la unidad familiar, siendo determinante la comunicación y el contacto entre los distintos miembros de las ramas familiares, y ello de una forma particular en caso de que se cuente en la gestión

³ Como indican Carbajo, Dávila y Pindado (2016), “en esta fase es muy importante que las partes entiendan que no hay vencedores ni vencidos, sino que el objetivo último es el bien de la empresa y su continuidad, por lo que algunos tendrán que ceder a favor de otros en algún punto, y viceversa”.

⁴ Véase Badenas Carpio (2001).

empresarial con personas que no pertenezcan a la familia.

A tal efecto, desde una perspectiva del gobierno corporativo, se suele plantear la existencia de dos órganos familiares (la Asamblea y el Consejo familiar), paralelos e independientes de los órganos sociales que rigen una sociedad de capital (esto es, la junta general de socios o accionistas –la propiedad- y el órgano de administración –la gestión y representación-).

En términos generales, la Asamblea familiar (o Asamblea de Familia) tiene un carácter más global, estando normalmente integrada por todos los miembros de la familia, y siendo recomendable, por razones obvias, establecer un límite de edad mínimo. Su cometido es principalmente “institucional”, debiendo velar por el fortalecimiento de la unidad familiar, lo cual puede derivar en diversas funciones (informativas, organización de actividades familiares, seguimiento de la formación académica de los integrantes de la familia, moderación de conflictos, acciones benéfico-sociales, etc.). Asimismo, la Asamblea de Familiar designa a los miembros del Consejo familiar.

Por su parte, el Consejo familiar (o Consejo de Familia) suele tener unas funciones más relacionadas con aspectos de la gestión empresarial tales como la presentación de candidatos ajenos a la familia para incorporarse a la empresa, entrada de familiares en la misma o la sucesión de la dirección. En general, tiene una composición limitada en número y repartida según las ramas familiares existentes (en este punto, es habitual valorar el requisito de consanguinidad) y las generaciones existentes.

c) Plan de sucesión.

Consiste en establecer (o, al menos, sentar las bases de) un plan que facilite la sucesión para los puestos directivos y, en su caso, para los puestos del consejo de administración, incluyendo la formación de los candidatos hasta el momento en que deba decidirse su nombramiento⁵. Como se ha indicado, es el Consejo de Familia el que, normalmente, impulsa y ejecuta estos planes de sucesión, sin perjuicio de la designación formal que deban realizar los órganos sociales.

d) Incorporación de familiares a la empresa.

Se trata de establecer las reglas de incorporación de familiares a la empresa, diseñando los planes de

carrera para el desarrollo profesional dentro de la misma y la evaluación de tal desarrollo.

Dentro de este apartado resulta de gran importancia la definición de “familiar” (relaciones de parentesco, tanto en línea recta como colateral, por consanguinidad y afinidad, hasta un grado determinado, y asimilándose –o no- los parientes por afinidad, las parejas de hecho u otras personas con relación similar).

4. La publicidad del protocolo familiar

La publicidad del protocolo familiar tiene un carácter voluntario para la sociedad⁶, siendo el órgano de administración el responsable de la publicación o no del mismo en atención al interés social⁷.

A este respecto, resulta aventurado predeterminar cuándo el interés social de una compañía familiar puede aconsejar la publicación de su protocolo familiar, partiendo de la base de la dificultad de concretar en cada momento cuál es el interés social de la misma y cómo puede su publicación favorecer y reforzar el mismo. Estando ambos aspectos, por tanto, sujetos claramente a interpretación y discusión, parece remota la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores que no publiquen el protocolo familiar cuando favorezca el interés social, más aun considerando el carácter voluntario de su publicación que, de forma expresa, refleja la norma.

Aunque no es objeto de este artículo el abordar la configuración del concepto de interés social –lo que, a pesar de su interés técnico, excedería con mucho su propósito-, cabe recordar que el deber de lealtad exigible a los administradores de una sociedad de capital les obliga a desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 de la LSC⁸). En este sentido, en la configuración doctrinal del interés social, se han distinguido tradicionalmente dos teorías: de un lado, la teoría contractualista, que defiende que el interés social es el interés común y exclusivo de los socios o accionistas (denominados *shareholders*), y, de otro lado, la teoría institucionalista, que apunta a la existencia de otros intereses más allá del de los propietarios, los cuales configuran el interés de la sociedad en sí (por ejemplo, los intereses de los trabajadores, de los acreedores, de los consumidores, del propio Estado, etc., todos ellos denominados *stakeholders*).

⁶ Artículo 2.3 del RD 171/2007.

⁷ Artículo 3.1 del RD 171/2007.

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁵ Véase Carballo y Pindado (2015).

Si bien la inclusión inicial de la referencia al interés social en la normativa societaria pudo producir ciertas dudas acerca de la primacía de una u otra teoría⁹, en la actualidad, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica mayoritaria consideran la prevalencia de la teoría contractualista, entendiendo el interés social como la suma de los intereses particulares de los socios¹⁰.

Igualmente, en el ámbito del gobierno corporativo, ya se reconoció que la teoría contractualista es la “opción más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo [...]. Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, ésta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación. Nada de esto significa que los intereses de los accionistas hayan de perseguirse a cualquier precio, sin tener en cuenta los de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que se ubica. El interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias

impuestas por el Derecho (por ejemplo, en normas fiscales o medio-ambientales); cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales, explícitas e implícitas, concertadas con otros interesados, como trabajadores, proveedores, acreedores o clientes; y, en general, observando aquellos principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios”¹¹.

No obstante, no es descartable un viraje hacia la teoría institucionalista como ya se apunta en el vigente Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, al recomendar que el consejo de administración “en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente”¹².

Sin perjuicio de lo anterior, y exceptuando determinados aspectos (valores, fundamentos y objetivos generales que definan al grupo familiar, lo que suele reflejarse en determinada documentación y en los sitios web por razones comerciales o de marketing) no parece que, a priori, haya un claro motivo que incentive a los grupos familiares a dar a conocer al público en general la integridad de sus pactos y reglas de gobierno, más aun cuando, en base a la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 28 de la LSC, la exigibilidad de su cumplimiento a socios (presentes y futuros) puede reforzarse incorporándose en los estatutos sociales como prestación accesoria y ello con la simple referencia expresa a la escritura pública que contempla dicho protocolo, tal y como ha reconocido recientemente la Dirección General de los Registros y del Notariado¹³. De esta forma, parece que

⁹ En efecto, la Ley 26/2003, de 17 de julio (Ley de Transparencia) introdujo el artículo 127 bis del ya derogado Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), titulado “Deberes de fidelidad”, estableciendo que “los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad”. Si nos remontamos a su tramitación parlamentaria, se observa que el texto originario del proyecto de la Ley de Transparencia establecía expresamente que el interés social se entendía “como interés común a todos los socios”. La incorporación de la referencia al interés de la sociedad (como tal) se produjo a través de la enmienda nº 49 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 137-5, de 12 de mayo de 2003), justificándose en que “la definición de interés social como el «interés común a todos los socios» no es unánime en la doctrina, de forma que otro sector lo considera como el interés de la sociedad. Es más conveniente realizar la afirmación señalada (interés de la sociedad), máxime cuando en el apartado 3 del artículo 127 ter se habla de «interés de la sociedad»”. A nuestro juicio, y siguiendo el criterio de Vives y López Jorrín (2010, pág. 163), consideramos que la intención del legislador fue no decantarse por ninguna de las teorías mencionadas, precisamente por no ser una cuestión pacífica a nivel doctrinal, sino dejar al criterio de los juzgados y tribunales la concreción de qué ha de entenderse por el interés de la sociedad en cada caso.

¹⁰ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1131/2002, de 29 de noviembre (RJ\2002\10400), núm. 1086/2002, de 18 de noviembre (RJ\2002\9768), o de 19 de febrero de 1991 (RJ\1991\1512), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 285/2008, de 20 de noviembre (AC\2009\74) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 216/2010, de 9 de julio (JUR\2010\388090).

¹¹ Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, de 19 de mayo de 2006 (denominado Código Conthe), Anexo I - Código Unificado de Buen Gobierno, pág. 12.

¹² Recomendación nº 13 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, CNMV, febrero 2015.

¹³ Resolución de 26 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada (BOE de 10 de julio de 2018). Como señala la Resolución, “en el presente caso –dejando al margen el hecho de que el protocolo familiar es aprobado por unanimidad de todos los accionistas en la misma junta general– la obligación en que

el protocolo familiar podría ser oponible a la propia sociedad ¹⁴, manteniéndose, a su vez, la confidencialidad del mismo.

Por lo demás, la publicidad del protocolo familiar puede llevarse a cabo de dos formas:

(i) Mediante su inserción en la página web corporativa de la sociedad familiar (conforme a lo previsto en los artículos 11 bis y siguientes de la LSC).

(ii) Mediante su publicación en el Registro Mercantil, bien depositando copia o testimonio total o parcial del documento conjuntamente con las cuentas anuales (lo que implicará su calificación por el Registrador)¹⁵, bien mediante la anotación de su existencia en la hoja abierta a la sociedad con indicación, en caso de que se hubiere formalizado en documento público notarial, del Notario autorizante, lugar, fecha y número del protocolo notarial del mismo.

5. Conclusiones

Siguiendo lo indicado en los apartados anteriores, cabría extraer las siguientes conclusiones:

a) Resulta evidente la incidencia positiva que, con carácter general, el protocolo familiar, como instrumento de buen gobierno, tiene en la gestión de la empresa familiar y, por ende, en la consecución de resultados empresariales.

b) El protocolo familiar debe configurarse *ad hoc* en función de las particularidades y las necesidades de cada empresa familiar, debiendo ser el resultado de un ejercicio de reflexión individual y conjunta realizada por los miembros de la familia.

A este respecto, resulta recomendable que la configuración de un protocolo familiar se aborde de una forma estructurada (en distintas fases) y esté guiada por un asesoramiento especializado e independiente.

c) La publicidad del protocolo familiar es voluntaria (en la página web corporativa o en el Registro Mercantil), no percibiéndose motivos de peso que incentiven que las empresas familiares procedan a dar publicidad a los mismos, al menos, en su integridad.

Referencias bibliográficas

Arteaga, R. y Menéndez-Requejo, S. (2017): “Family Constitution and Business Performance: Moderating Factors”, *Family Business Review*, septiembre.

Badenas Carpio, J. M. (2001): “Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar”, *La Ley* 17228/2001.

Carbajo, F., Dávila, R. y Pindado, J. (2016): “El protocolo familiar: herramienta eficaz para las empresas familiares”, *La Ley* 711/2016.

Carbajo, F. y Pindado, J. (2015): “El proceso de sucesión en la empresa familiar”, *Estrategia Financiera, Monográfico Finanzas y Empresa Familiar*, nº 323.

Comisión Nacional del Mercado de Valores (2015): *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, febrero.

Vives Ruiz, F. y López-Jorrín Hernández, A. (2010): “El derecho de suscripción preferente y su exclusión en las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, *La Ley*, monografía nº 6.

consiste la prestación accesorio está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no solo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones quedan obligados por la prestación accesorio cuyo contenido es estatutariamente determinable – ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista”.

¹⁴ En este sentido, el artículo 29 de la LSC establece que “los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”.

¹⁵ Artículo 6 del RD 171/2007.

