

Es el instrumento que la Ley 7/2003 de 1 de abril (DF 2) consagra para regular el futuro de una empresa familiar, especialmente la sucesión, y dota de validez a tales pactos, fija las condiciones para dotarlos de publicidad y facilitar su inscripción en el Registro Mercantil. El RD 171/2007 de 9 de febrero que en su Exposición de Motivos habla de la validez y eficacia de cláusulas de índole personal cuya legalidad, tradicionalmente, se había puesto en duda. En consecuencia, se ha producido la consagración legal del "protocolo" como cauce eficaz para resolver los problemas de organización, gestión y sucesión de la empresa familiar.

6. EL PROTOCOLO FAMILIAR

6.1. Concepto

Es un contrato entre los miembros de una familia para regular las relaciones entre ésta y la empresa.

6.2. Finalidad

Establecer principios orientativos y cláusulas específicas para regular las relaciones futuras bajo los principios de cohesión y armonía de la familia, en tanto que propietaria actual y futura de la empresa. Su eficacia puede ser nula si se convierte en un documento firmado por las partes cuyo destino final es su archivo. Su revisión y actualización periódicas constituyen buenos avales para su eficacia.

Lo importante es la voluntad de las partes para comunicarse y acordar el futuro desarrollo de la empresa familiar. Se trata de un proceso que puede derivar en un documento escrito y firmado denominado protocolo, pero cuya eficacia real dependerá de cómo se haya llevado el proceso de comunicación y las vías de revisión periódica que se establezcan. El proceso de discusión y consenso acerca de los temas a incluir y su acuerdo final componen dos elementos íntimamente unidos que no deben desligarse para el eficaz funcionamiento de un protocolo.

Con la formulación de un protocolo se pretende asegurar la cohesión familiar y la continuidad de la empresa familiar de generación en generación, no es un suceso ni tampoco es una acción, es un proceso duradero que involucra a los miembros de la familia, a los empleados y al propio negocio.

El objetivo ha de ir dirigido, principalmente, a regular relaciones orgánicas y patrimoniales para buscar la continuidad de la empresa de la manera más eficaz posible, tanto si se trata de incorporar a la segunda generación (hijos del fundador) como a la tercera (nietos del fundador), sucesivas generaciones o familiares colaterales.

El establecimiento de un Protocolo Familiar ha de servir para evitar tensiones familiares que afecten a la empresa, así como para determinar derechos y obligaciones de la familia en la empresa, regular el acceso de los miembros de la familia al grupo empresarial y establecer cauces pacíficos de solución de los conflictos que puedan surgir.

Asimismo, por último y no por ello menos importante, permitirá al grupo familiar el acceder a importantes beneficios fiscales en la tenencia y transmisión lucrativa del patrimonio familiar, así como, en su caso, determinar que dichos beneficios fiscales afecten por igual a todos los miembros de la unidad familiar.

6.3. Eficacia jurídica

Cuestión distinta es la eficacia jurídica de las cláusulas incluidas en el protocolo. Aunque creemos que el protocolo debe nutrirse más de criterios y principios que puedan orientar las

decisiones presentes y futuras, que de cláusulas a modo de contrato, no es menos cierto que algunas cuestiones sí son susceptibles de cláusulas y acuerdos específicos.

Algunas pueden incluirse en los estatutos de la sociedad, cobrando entonces plena eficacia jurídica, incluso frente a terceros. Otras, por el contrario, tendrán una débil eficacia jurídica, y serán de difícil exigencia en caso de incumplimiento, pero su valor reside más en el convencimiento entre las partes que en su exigencia por vía judicial.

En suma, y desde el punto de vista jurídico, es posible diferenciar entre un simple pacto entre las partes, un contrato vinculante entre las partes y un documento institucional con fuerza legal ante terceros, bien por la inclusión de alguna de sus cláusulas en los estatutos de la sociedad, o bien por la inscripción registral.

No obstante, está previsto, que en un futuro próximo el protocolo familiar como tal documento, pueda protocolizarse ante fedatario público e inscribirse en el Registro Mercantil, con la consiguiente fuerza vinculante del mismo.

Así, el Gobierno tiene previsto aprobar próximamente un Real Decreto por el que regulará la publicidad de los protocolos familiares. Esta nueva norma va a tener como finalidad el facilitar, siempre con carácter voluntario, que las sociedades puedan publicitar en el Registro Mercantil los acuerdos o protocolos que los socios alcancen entre sí o con terceros, si así conviene a sus intereses. El acceso al registro podrá hacerse a través de distintas vías, que dotan al protocolo de una mayor eficacia: mera mención, depósito del mismo (total o parcialmente) e inscripción de la escritura pública que ejecute dicho protocolo.

El futuro es prometedor, ya que de un estudio realizado entre 100 empresas familiares un 10% tiene protocolo y un 20% tiene previsto completarlo en un plazo de dos años.

6.4. Sujetos

En el ámbito subjetivo se define a quien afecta el protocolo. En su elaboración participan los miembros actuales pero su eficacia se proyecta sobre los futuros, por lo que es necesario buscar la adhesión de los futuros miembros de la familia a dicho contrato. En el ámbito objetivo se comprende el conjunto de sociedades, bienes y propiedades a los que se refiere el protocolo.

6.5. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica; es un acuerdo privado que no tiene carácter obligacional entre las partes, aunque tiene fuerza moral y como se ha mencionado anteriormente, se prevé para el futuro la posibilidad de que adquiriera fuerza jurídica.

6.6. Estructura

Su estructura puede ser desde muy sencilla, recogiendo simplemente criterios de incorporación de familiares, hasta muy amplia, abordando una gran variedad de temas. Su amplitud dependerá de la problemática de la empresa, del tamaño de la familia y la empresa y la etapa generacional en que se encuentre.

6.7. Contenido

El protocolo familiar debe redactarse para cada empresa en particular atendiendo a sus características y a las prioridades familiares. Sin embargo hay una serie de cuestiones generales que son importantes para prácticamente la totalidad de las empresas familiares, entre ellas podríamos destacar:

1. Misión, valores y estrategia de la empresa familiar. Esta sociedad, al igual que cualquier otra, debe tener perfectamente definidos sus objetivos futuros, así como los medios que van a utilizarse para conseguirlos.

2. Órganos de gobierno y dirección. Concreción en cuanto a composición en número, representación por ramas, capacidades o requisitos de sus componentes, incompatibilidades, funcionamiento interno, relaciones entre órganos,....

3. Implicación de los familiares en la dirección de la empresa, en este apartado se planifica la política de remuneración de cargos, condiciones de acceso y abandono de la empresa por los miembros de la familia y planes de ayuda económica a los mismos.

4. Formación. Es necesario que se establezca el grado de formación que recibirán las persona integradas en la empresa, sean familiares o no.

5. Sucesión... La transmisión de la empresa familiar es una de las cuestiones más importantes que se produce aproximadamente cada 30 años. Decidir qué persona se colocará al frente de la misma no es una cuestión trivial. Hay que tenerlo todo perfectamente estructurado para el caso que dicha sucesión deba hacerse de forma repentina.

6. Régimen económico. Se abordan, entre otras cosas, la política de reparto de dividendos, política de financiación, transmisión de acciones, régimen económico matrimonial y otros.

Otros puntos a concretar podrán basarse en el :

- Establecimiento de las políticas de inversión empresarial.
- Establecimiento de reglas de adquisición/pérdida de la condición de socio.
- Establecimiento de reglas de acceso a la empresa de la familia como trabajador
- Establecimiento de normas para la representación de la familia en la empresa.
- Establecimiento de bolsines de inversión y formación.
- Determinación de reglas de solución de conflictos en la familia (siendo de especial interés de especial interés la sumisión a arbitraje).

El protocolo, por tanto, es un elemento que debe existir en la empresa familiar, para cuya elaboración será conveniente contar con los profesionales más cualificados en cada uno de los aspectos que quieran tratarse en el mismo, ya que una planificación adecuada del funcionamiento de la sociedad, así como de los criterios de actuación futuros puede evitar situaciones conflictivas.

6.8. Instrumentos complementarios o de desarrollo del Protocolo Familiar

Testamento y regulación del régimen económico matrimonial de las partes en el Protocolo Familiar: Si bien ambas figuras permiten anticipar en vida del empresario su voluntad de continuidad de la empresa y pueden ser herramientas válidas y útiles a dicho efecto, considerar no obstante que, a la presente fecha, su regulación es insuficiente para la materia que nos ocupa, existiendo propuestas de modificación legislativa en este sentido. No obstante, reglas como asignación de la empresa a personas determinadas, pactos de indivisión de la empresa en el tiempo, o sometimiento de actos de disposición/adquisición de titularidad a condición, entre otras, son útiles conforme al fin pretendido, cual es la continuidad y no disgregación del patrimonio empresarial familiar.

Los Estatutos Sociales: Otro instrumento que se torna idóneo, si bien a veces insuficiente, dado (i) su carácter impersonal y (ii) que solamente resulta aplicable a sociedades, y no a empresarios individuales, para plasmar gran parte de los acuerdos tomados en el protocolo familiar son los Estatutos Sociales. En ellos se suelen plasmar las reglas de funcionamiento de la empresa familiar, siendo algunas de las cláusulas más frecuentes las que hacen referencia a la limitación a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones de la compañía, la determinación de los derechos de los socios, la composición del órgano de administración y los requisitos para formar parte del mismo, así como si el acuerdo en el desempeño de del cargo de Administrador es gratuito o retribuido. La ventaja de plasmar dichos acuerdos en los Estatutos consiste en su publicidad a través del Registro Mercantil, con la consiguiente posibilidad de su oponibilidad frente a terceros, o la exigencia de su cumplimiento por la propia sociedad.

6.9. Eficacia del Protocolo Familiar

Con independencia del contenido concreto de cada protocolo familiar, hay que plantearse la naturaleza de éste y su eficacia.

El protocolo familiar contiene unas estipulaciones vinculantes entre las partes firmantes y como tal origina derechos y obligaciones. Su contenido es esencialmente de carácter contractual y por lo tanto tiene una eficacia interpartes.

Una primera cuestión que se plantea es que la eficacia interpartes no sólo produce efectos entre las partes que otorgan un contrato sino también se extiende a sus herederos, pero no afecta a terceros.

La eficacia del protocolo familiar hay que buscarla mediante su ratificación o adhesión por parte de las siguientes generaciones, a fin de que su contenido contractual les vincule. Cuestión distinta es que a través de cláusulas testamentarias se establezca que la donación de acciones o participaciones sociales conlleva la aceptación del protocolo familiar.

Ahora bien, en relación a la conexión entre el protocolo familiar y los pactos estatutarios de la sociedad familiar hay que tener presente el principio de la inoponibilidad a terceros de los acuerdos parasociales no incluidos en los estatutos de la sociedad familiar. En este sentido, el protocolo familiar constituye sin duda un pacto parasocial con respecto a los estatutos societarios de la sociedad familiar. Por ello, es aconsejable que todos los elementos del protocolo familiar que estén directamente relacionados con los estatutos sociales sean incorporados a estos últimos e inscritos en el Registro Mercantil a los efectos de que sean oponibles frente a la sociedad y frente a terceros.

6.9.1. Pactos con eficacia frente a terceros. Utilidad de los Estatutos Sociales

Estos pactos son aquellos que pueden incluirse en los Estatutos Sociales de la empresa y su eficacia frente a terceros se establece en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, que establece lo siguiente: "Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín oficial del Registro Mercantil".

- a. Los que regulan el régimen jurídico de las acciones o participaciones sociales:
 - o Cláusulas de autorización previa por parte de la sociedad para la admisión de nuevos socios. Es indispensable que los Estatutos Sociales especifiquen las causas por las cuales se puede denegar esta autorización, tal y como se establece en el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas.
 - o Cláusulas que establezcan un derecho de adquisición preferente a favor de los socios, o de la sociedad, y que evitarían la entrada de socios no deseados.
 - o Cláusulas que limiten la transmisión voluntaria "inter vivos" de las participaciones sociales, conforme al artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

- Cláusulas que modulen el régimen legal del usufructo de acciones o participaciones sociales. De conformidad con la ley, el usufructuario sólo tiene atribuidos los derechos económicos, pero mediante acuerdo estatutario también se le pueden atribuir derechos políticos, como por ejemplo el derecho de voto.
 - Cláusulas que permitan emitir acciones o participaciones sin voto siempre que su valor nominal no supere la mitad del capital social desembolsado. Así se salvaguarda, para determinados socios, el derecho al dividendo anual mínimo
 - fijado en los Estatutos Sociales, pero excluyéndoles del derecho al voto y, en consecuencia, del poder de decisión.
- b. Los que establecen el régimen de funcionamiento de los órganos sociales:
- Cláusulas que regulen el acceso tanto al Consejo de Administración como a los cargos de Presidente, Vicepresidente, Consejero Delegado o, en su caso, a la Comisión Ejecutiva. En estas cláusulas pueden establecerse requisitos tales como la posesión de porcentajes mínimos de capital, determinada antigüedad como socio, u otras características personales y/o profesionales referidas a la edad, la experiencia profesional, la titulación académica, etc.
 - Cláusulas que refuercen las mayorías legales exigidas para la adopción de determinados acuerdos de la sociedad.
 - Cláusulas que establezcan un órgano específico, distinto de la Junta y del órgano de administración, bajo la denominación de 'Consejo de Familia' o similar, con funciones de supervisión o consulta.
- c. Otros tipos de pactos:
- Cláusulas que fijen las condiciones para que si la sociedad perdiese su carácter familiar, pueda exigirse por los interesados la supresión de aquellas referencias contenidas en los estatutos sociales, o en la misma denominación social, relativas al carácter familiar de la misma o que sean identificativas de la familia o de algunos de sus
 - miembros.

Cláusulas por las que las partes sometan a arbitraje de Derecho, la solución extrajudicial de controversias de naturaleza societaria, bien entre los socios entre sí, entre éstos y la sociedad o con sus cargos y auditores. Modelo para la redacción del Protocolo Familiar

La realidad de cada empresa, y de cada familia o familias que forman una sociedad familiar, así como las distintas facetas desde las que puede contemplarse el Protocolo Familiar, requieren un detallado estudio de cada uno de sus aspectos desde la perspectiva mercantil, civil, fiscal y empresarial.

El objetivo último del Protocolo Familiar es favorecer un cauce de diálogo entre las partes que favorezca el futuro de la empresa fortaleciendo su relación con la familia.

Hechas estas advertencias, se intenta ofrecer un estándar documental que, en principio, podría comprender los siguientes apartados:

La familia y la empresa

a. La historia y los valores familiares desde los fundadores hasta la actualidad

1. Historia

Es bastante habitual que la familia haga una descripción de los inicios de la empresa y de los hitos más destacables de su evolución, desde la fundación de la misma hasta el momento en que se formaliza el Protocolo Familiar. No hay que olvidar el aspecto psicológico del Protocolo que, realmente, es la base de su carácter vinculante, en ocasiones de manera mucho más eficaz que su posible obligatoriedad.

A modo de orientación, en el Protocolo Familiar podemos referirnos a las siguientes cuestiones:

- Antecedentes de la familia: El fundador y su cónyuge, trayectoria vital y profesional de los miembros de la familia.
- Etapas desde la fundación de la empresa hasta el momento actual.
- Descripción de la evolución de los negocios que constituyen el objeto de la empresa.

2. Valores familiares

Resulta de especial interés describir algunos valores destacables en el espíritu del fundador, así como otros incorporados por familiares posteriores y que se consideran signos de identidad de la familia trasladados a la empresa. Entre los más habituales pueden destacarse los siguientes:

- La cohesión y generosidad de los miembros de la familia: lo importante es el servicio a la empresa.
- La entrega motivada al trabajo concreto que se encomiende a cada socio.
- El compromiso de preparación continua y, en su caso, de movilidad en el seno de la empresa.
- El comportamiento modélico, tanto con empleados y clientes, como con los otros familiares (rectitud, cumplimiento ejemplar de horarios, educación en el trato con los empleados y con los clientes, respeto del organigrama, aún no siendo coincidente con la propiedad, etc.).
- El fomento de las capacidades de trabajo, sacrificio y ahorro personal. Más concretamente, se consideran destacables el respeto a los mayores y la atención a la educación de los jóvenes, especialmente de aquellos de los que se espera que ocupen tareas ejecutivas en el negocio. En este sentido, se anima a los miembros de la siguiente generación a desarrollar una cultura empresarial, a considerar que la empresa es su historia, su patrimonio y su obra, cualquiera que sea la posición que ocupen en la misma. Es muy importante que consideren que su obligación es transmitir la empresa mejor de cómo la recibieron. Y también que tengan muy claro que puede llegar un momento en que la empresa familiar deje de serlo y deba ser vendida o disuelta.
- El compromiso en firme del familiar propietario con la política de reinversión de beneficios. En la empresa familiar parte de los beneficios generados se reinvierten con el fin último de asegurar el crecimiento y la continuidad.
- Con relación a los empleados: la búsqueda de su motivación y fidelización en la empresa. Es importante separar, con profesionalidad y normalidad absoluta, los temas profesionales de los familiares cuando se trata de la gestión de la empresa. Para ello se deben respetar escrupulosamente las citas institucionales: Juntas, Consejos y Comités, procurando "poca familiaridad" en el trato.

b. La Sociedad

1. Valores corporativos

Junto a la ética familiar, en cada empresa cohesionada hay una ética corporativa propia. Los firmantes del Protocolo Familiar pueden comprometerse a la redacción de un código ético, como anexo al Protocolo, que quede incorporado al mismo. Su contenido puede hacer referencia, entre otros, a los siguientes aspectos:

- La calidad de los productos.
- El nivel de servicio que se presta a los clientes.

- Satisfacer de forma excelente las necesidades del mercado y las expectativas de los clientes, consiguiendo una rentabilidad adecuada y mejorando continuamente la propia posición competitiva.
 - Cuidar la selección del personal así como la excelencia del producto, ya que la marca se identifica con el apellido.
 - La utilización del nombre familiar tanto en marcas como en denominaciones sociales.
2. Perspectivas de futuro sobre el diseño corporativo de la empresa familiar
El Protocolo Familiar está orientado a la continuidad de la empresa y, por consiguiente, al relevo generacional en la gerencia y en la propiedad. Por lo tanto, debe afrontar el diseño futuro de la empresa adoptando un compromiso con relación a la forma social más conveniente según los planes que se prevean. Es también conveniente prever pactos de pre-liquidación del régimen económico matrimonial, el diseño de una futura diversificación del negocio entre varios sucesores según las ramas de producción, etc.
3. Supuestos en que la sociedad deberá perder el carácter de empresa familiar
Al tiempo que se plantea la continuidad de la empresa también debe abordarse el posible fin de la misma y establecer con claridad cuando carece de sentido continuar en la actividad empresarial. En este aspecto pueden señalarse los siguientes supuestos:
- Que sea muy difícil que la familia continúe unida en el gobierno de la empresa.
 - Que las decisiones se paralicen o la comunicación entre los distintos miembros de la familia sea inviable.
 - Que se reciban ofertas por precio muy ventajoso.
 - En cualquier caso, siempre deben establecerse tanto los procedimientos como el régimen de mayorías exigible para la adopción de este acuerdo, recomendándose que se establezcan mayorías cualificadas.

Finalmente también conviene regular la posición de las minorías, así como las causas de una eventual separación de la sociedad