

La publicidad del protocolo familiar

David Moreno

Colaborador Científico del Área de Entorno Socio-Económico para la Dirección del Instituto I. San Telmo.

En el ámbito de las novedades que afectan a las empresas familiares, pretendemos destacar la aprobación por el Consejo de Ministros, el pasado 9 de febrero, del Real Decreto que regula la "publicidad de los protocolos familiares"². Con esta norma se ha culminado un proceso iniciado en el año 2001 por la Comisión del Senado³, sobre la problemática de la empresa familiar, y anunciado en el año 2003, por la ley de la "Nueva empresa"⁴.

Antes de estudiar el alcance de la norma, parece obligado realizar algunas reflexiones sobre el concepto de "Protocolo Familiar", el proceso para su elaboración y su contenido, aspectos que no gozan de regulación legal y que tampoco son materia de la nueva norma. El protocolo se puede definir como "el marco, o conjunto de acuerdos, en el que se contienen los valores fundamentales (la misión o la meta) de la familia y de la empresa, las reglas de fun-

cionamiento para las relaciones entre los familiares, que pueden ser propietarios o no y que pueden trabajar o no en la empresa, así como su compromiso de cumplirlo; con la finalidad de ser una herramienta que facilite la sucesión, convivencia y continuidad de la empresa familiar a largo plazo". En el proceso para su elaboración, se ha de destacar la importancia de la participación activa de los familiares, lo que permitirá que salgan a la luz los temas sensibles y se puedan anticipar soluciones, así como la necesidad de su revisión periódica para adaptarlo a la realidad cambiante de la empresa y la familia. El contenido será distinto según las peculiaridades de la familia y las circunstancias de la empresa, si bien hay aspectos que necesariamente deben considerarse, como son: los institucionales, los relativos al gobierno y gestión, los familiares y los instrumentales⁵.

En definitiva, la norma, pretende ayudar a transmitir una imagen de solvencia, estabilidad y garantía de la continuidad de la empresa¹, que facilite la confianza de los operadores del mercado y, en consecuencia, la colaboración a largo plazo de éstos con la empresa familiar.

1. Para valorar la importancia de la continuidad de las empresas familiares se ha de tener en cuenta que en España existen alrededor de dos millones y medio, representando el 65 por 100 del PIB y el 60 por 100 del empleo privado. De las 100 empresas más grandes del país, veinticinco son empresas familiares y, sin embargo, las estadísticas muestran de forma reiterada que sólo entre el 10% y el 15% de estas empresas llega a alcanzar la tercera generación. Datos del Dictamen del Consejo Económico Social, de 25 de octubre de 2006.

2. A la fecha de preparación de este documento el Real Decreto no ha sido publicado, por lo que se ha utilizado la información de la "web" del Ministerio de Justicia. En consecuencia, se recomienda ver el citado Decreto cuando se publique por si hubiera alguna diferencia.

3. El "Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar", constituida en el seno de la Comisión de Hacienda, publicado el 23 de noviembre de 2001, recomendó: "la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del protocolo familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros".

4. La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, preveía, en su disposición final segunda, el futuro desarrollo reglamentario de las "condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares".

5. El contenido del protocolo se puede concretar en los términos siguientes: (i) institucionales: razones para ser empresa familiar, valores, principios, patrimonio y configuración como grupo; (ii) gobierno y gestión: Junta General, Consejo de Administración, Dirección General, comités, organigrama, retribuciones y dividendos; (iii) familiares: Consejo y Asamblea de Familia, incorporación y salida de familiares, oficina del accionista; e (iv) instrumentales: resolución de conflictos, interpretación, modificaciones, duración y prorrogas.



Carteles Publicitarios en Trouville. Raoul Dufy. Museo Nacional de Arte Moderno. Centre Georges Pompidou. París. Francia.

Las razones de esta nueva norma habría que buscarlas no tanto en la regulación del contenido del protocolo familiar (que no hace), sino en la protección de los derechos de terceros, en el fomento de la transparencia en la empresa familiar y en la garantía de las obligaciones pactadas, aspectos que se demandan por los distintos protagonistas (financiadores, inversores, propietarios, familiares y trabajadores). En definitiva, la norma, a nuestro juicio, pretende ayudar a transmitir una imagen de solvencia, estabilidad y garantía de la continuidad de la empresa⁶, que facilite la confianza de los operadores del mercado y, en consecuencia, la colaboración a largo plazo de éstos con la empresa familiar. Y ello, sin que

la publicidad del protocolo determine la necesidad de dar a conocer aquellas cuestiones íntimas que no tienen porque trascender al exterior (regímenes matrimoniales, cuestiones sucesorias, aspectos familiares, estrategias empresariales...).

En una primera aproximación, se han de señalar como aspectos más relevantes los siguientes: (I) el acceso al registro es voluntario, (II) la empresa decide, además, la amplitud de la publicidad, (III) se da amparo legal al "Consejo de Familia", (IV) no se define el concepto de empresa familiar ni de protocolo familiar y (V), lógicamente, no es de aplicación a las sociedades cotizadas⁷.

En definitiva, será la empresa la que decidirá si quiere o no dar publicidad al conteni-

do del protocolo, mediante su inscripción, y, en su caso, con que límites desea hacerlo.

En un análisis más concreto, deben destacarse las cuestiones siguientes:

a) Será el órgano de administración (el Consejo de Administración y no la Junta General de Socios) quien decidirá sobre la publicidad del protocolo y el alcance de la misma.

b) Sólo podrá haber un protocolo publicado para cada empresa, correspondiendo igualmente al órgano de administración su modificación y, en su caso, su anulación.

c) La publicidad se podrá realizar, de forma alternativa o acumulativa: (I) haciendo constar únicamente, en la hoja abierta en el Registro, la existencia del protocolo (se indicará a terceros que la empresa tiene un protocolo, pero no se publicará su contenido); (II) incluyendo, en el depósito de las cuentas anuales, la totalidad o una parte del protocolo, *en cuanto pueda afectar al buen gobierno de la empresa*⁸; (III) y, finalmente, inscribiendo en el Registro los acuerdos de ejecución de lo acordado en el protocolo, haciendo referencia a esta circunstancia, que reúnan los requisitos exigidos por la legislación vigente.

En los dos primeros casos se conseguiría lo que la propia norma denomina "publicidad-noticia", esto es, el mero conocimiento por terceros. En el último, se estaría ante un supuesto de "publicidad material"⁹.

d) En los estatutos se podrá crear un Comité consultivo, sin poder de representación¹⁰, pudiéndose añadir a la denominación del mismo el adjetivo "familiar". La regulación (composición, funcionamiento, retri-

6. Para valorar la importancia de la continuidad de las empresas familiares se ha de tener en cuenta que en España existen alrededor de dos millones y medio, representando el 65 por 100 del PIB y el 60 por 100 del empleo privado. De las 100 empresas más grandes del país, veinticinco son empresas familiares y, sin embargo, las estadísticas muestran de forma reiterada que sólo entre el 10% y el 15% de estas empresas llega a alcanzar la tercera generación. Datos del Dictamen del Consejo Económico Social, de 25 de octubre de 2006.

7. En la exposición de motivos se señala que las sociedades cotizadas tienen su marco normativo en la Ley de Mercado de Valores y su normativa de desarrollo. En particular, el artículo 112 de la Ley del Mercado de Valores regula la publicidad de los pactos parasociales y otros pactos que afecten a una sociedad cotizada, previendo el depósito en el Registro Mercantil de aquellos documentos en los que se recojan pactos sobre el ejercicio de los derechos de voto en Junta, o sobre restricciones o condiciones a la libre transmisibilidad de las acciones u obligaciones convertibles o canjeables.

8. Aunque esta es la expresión que emplea la norma, en la práctica se pueden plantear problemas por la dificultad para concretar, objetivamente, qué pactos o contenidos del protocolo puede entenderse que pueden afectar al buen gobierno de la misma, habida cuenta de la extensión del concepto de "buen gobierno".

9. Esta publicidad se refiere a la legalidad y legitimación de los documentos inscritos, así como a sus efectos frente a terceros.

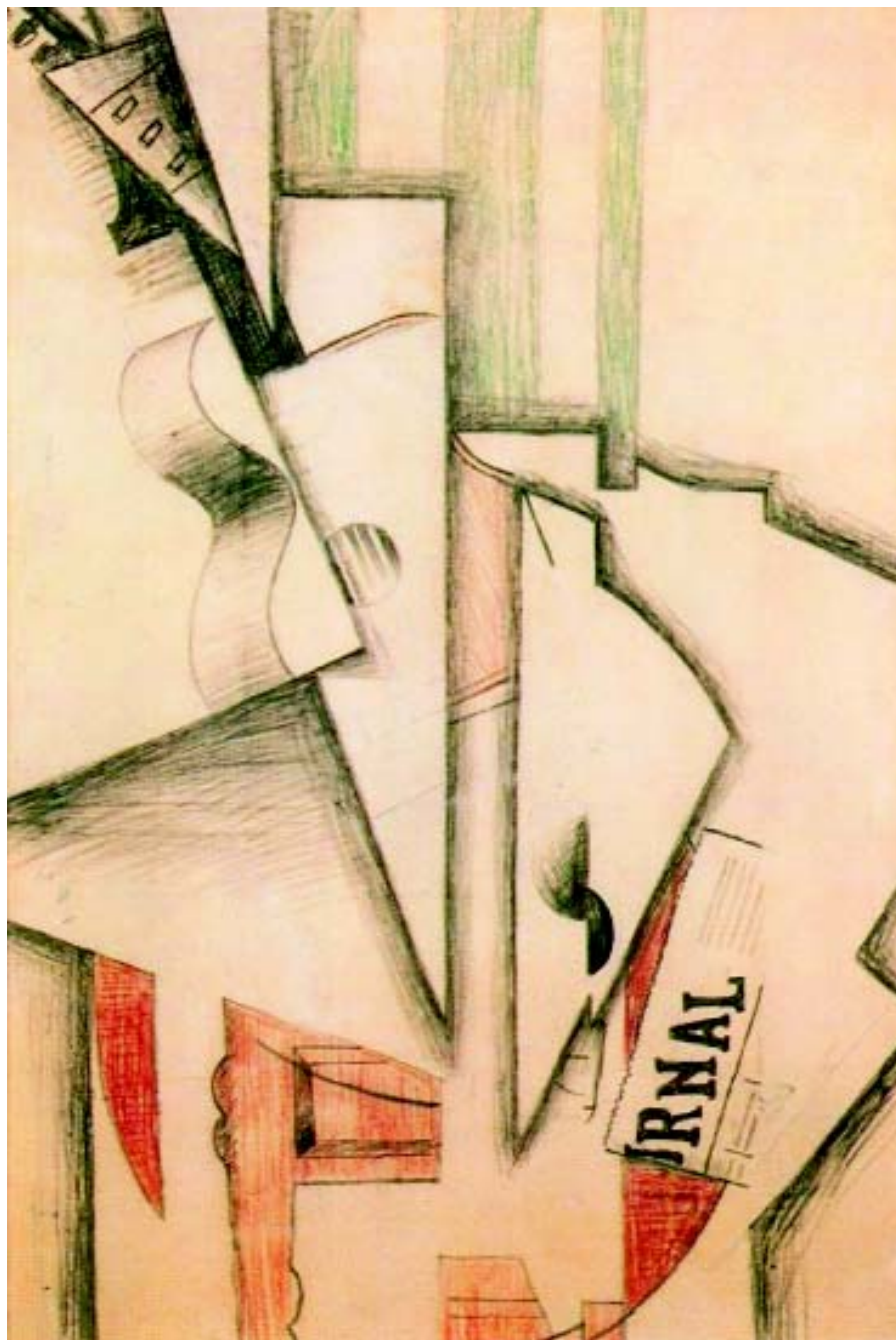
10. Capacidad de decidir y obligar a la empresa frente a terceros que corresponde al Consejo de Administración y, su caso, a alguno de sus miembros.

bución, etc.) de este comité deberá incluirse en los estatutos, pudiendo atribuirse la competencia sobre el nombramiento y revocación de sus miembros, bien a la Junta General, bien al Consejo de Administración.

e) En los estatutos, se podrá crear, también, otro órgano con funciones meramente honoríficas.

f) Finalmente, cuando así lo regule el protocolo familiar, deberán inscribirse: (I) las cláusulas penales en garantía de las obligaciones pactadas en el protocolo; (II) los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable, para los casos de transmisiones "inter vivos" o "mortis causa"¹¹; y (III) el pacto de sumisión a arbitraje de las controversias de los socios entre sí y de éstos con la empresa¹².

Expuesto, sucintamente, el contenido de la norma, cabe hacer una serie de reflexiones sobre sus bondades, que pueden resumirse en las siguientes: en primer lugar, se permitirá que todas aquellas empresas familiares que deseen dar publicidad al hecho de tener un protocolo puedan hacerlo, sin necesidad de incluir aquellos aspectos que afecten a su esfera privada; en segundo lugar, se prevé la posibilidad de formalizar y regular estatutariamente el Consejo de Familia, lo que facilitará una mayor estabilidad y claridad en su ámbito de actuación, en especial en lo que se refiere a su retribución, funcionamiento y relación con el Consejo de Administración; en tercer lugar, se podrá utilizar la figura del órgano honorífico para dar un estatus y retribución adecuados a determinados familiares afectados por los procesos de sucesión; en cuarto lugar, se reforzará la eficacia del protocolo con la inscripción de las cláusulas penales que garantizarán el cumplimiento de las obligaciones pactadas; en quinto lugar, se prevé la publicidad de los acuerdos sobre la valoración de las participaciones sociales para los supuestos de



Guitarra y periódico sobre una mesa. Juan Gris. Collection particulière. Paris. Francia

11. Para la inscripción de este pacto se exige el "pacto unánime", pero no se adara quien debe prestarlo.

12. Estas tres últimas novedades (d, e y f), no solo son para las empresas familiares, sino que al ser una modificación de Reglamento del Registro Mercantil las podrán utilizar cualquier tipo de sociedad.

salida por venta o sucesión, lo que seguramente evitará situaciones de conflicto; y finalmente, con la inscripción de las cláusulas arbitrales se evitarán o minimizarán los efectos negativos de los conflictos y, en cualquier caso, se acortarán los plazos para la resolución de los mismos.

Desde un punto de vista crítico, la norma plantea las consideraciones siguientes: la primera en relación con el objeto principal de la norma, que es dar publicidad a los protocolos familiares, lo cierto es que sólo su publicación en la "web" de la empresa permitiría el conocimiento íntegro del mismo, ya que en los supuestos de publicidad registral no parece, al menos en principio, que tenga cabida la publicación íntegra del documento¹³; la segunda se refiere a la atribución al órgano de administración de la decisión sobre la publicidad o no del protocolo, así como de la amplitud de la misma, pues siendo el protocolo un acuerdo de propietarios y/o familiares, parece razonable entender que éstos deberían tener algo más que decir, al menos a título de aprobación o ratificación de la propuesta del órgano de administración; la tercera afecta al carácter voluntario de la publicidad del protocolo, pues si bien lo declara abiertamente¹⁴, lo cierto es que alguna de sus disposiciones lo ponen en duda; así, parece obligatoria la inscripción de las cláusulas penales, los criterios y sistemas establecidos para la determinación del valor razonable y las cláusulas de sometimiento a arbitraje¹⁵ contenidas en los protocolos (así se ha apuntado ya en las primeras reflexiones de los expertos sobre este Real Decreto); y, fi-

nalmente, desde la óptica jurídica, la norma, a nuestro juicio, ni aborda con claridad los efectos de la publicidad registral, ni es lo profunda y rigurosa que su finalidad requiere, lo cual va a plantear serias dificultades en la práctica para la publicidad del contenido del protocolo, ya que los Registradores necesitarán para ello una definición legal de protocolo y de empresa familiar, que hoy no existe¹⁶. En consecuencia, cabe preguntarse: ¿en qué se traducirá, en la práctica, la "publicidad material"? ¿Cuáles serán sus efectos frente a terceros?, ¿Cómo se debe actuar cuando el protocolo afecte a varias empresas?... Cuestiones, a nuestro juicio, de la máxima importancia y complejidad.

Lamentablemente, las críticas apuntadas no constituyen meras reflexiones teóricas, sino que afectarán directamente a la aplicación práctica del Real Decreto por parte de los Registradores Mercantiles. En consecuencia, no queda más alternativa que esperar y ver cómo la Dirección General de los Registros y el Notario, cuando dé las instrucciones¹⁷ necesarias para la aplicación de esta norma, resuelve estas dudas y facilita la deseada publicidad.

Así las cosas, si se nos pidiera una recomendación, aconsejaríamos, si se quiere dar a conocer el protocolo, se actuase de la forma siguiente: (I) formalizar el protocolo ante un notario y publicar en la "web" el contenido que desee, (II) hacer constar, en la hoja de la sociedad, en el Registro Mercantil la existencia del protocolo y su acceso por la "web" corporativa, (III) mencionar en la memoria de las cuentas anuales lo

anterior, (IV) someter a ratificación de los propietarios y/o familiares las decisiones de los apartados anteriores y (V) para ir más allá, esperar a las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y el Notario. Y, por último, también recomendaríamos la formalización del Consejo de Familia y de los órganos honoríficos, para lo cual habría que modificar los estatutos sociales.

Como conclusión, debe reconocerse la voluntad del Gobierno en la búsqueda de mecanismos que contribuyan a la transparencia, reforzamiento y continuidad de la empresa familiar, por su condición de ser uno de los motores principales de nuestra economía. No obstante, aunque algo se ha avanzado (cuando menos, el reconocimiento de la importancia de la realidad de la empresa familiar), el resultado plantea, a día de hoy, muchas incógnitas. Quizá, una vez tomada la decisión de abordar el tema, se podrían haber alcanzado objetivos más ambiciosos de haberse adoptado otras medidas que respondiesen a planteamientos más profundos, pues en la norma sólo se plantean los aspectos de la publicidad del protocolo y no otros de mayor calado, como los de régimen interno, que hubiesen permitido mayores dosis de autorregulación a las empresas familiares de acuerdo con sus necesidades reales (si bien es cierto que ello exigiría una norma con rango legal, y no reglamentario como la que es objeto de análisis). Un ejemplo a seguir podría ser el planteamiento actual de regulación para las sociedades profesionales, sobre todo teniendo en cuenta las similitudes en lo que se refiere a los aspectos personales¹⁸.

13. La "publicidad-noticia" (la mención de la existencia del protocolo en la hoja registral de la sociedad y con la inclusión de su contenido en las cuentas que se depositan anualmente), que sólo proporciona un mero efecto informativo, no parece presentar desde el punto de vista práctico, una gran utilidad. Y, tampoco se ve la utilidad de la publicidad material; es decir, la eficacia del acceso al Registro Mercantil de determinados pactos del protocolo (como la inscripción "necesaria" de las cláusulas penales, pactos sobre valoración y sumisión a arbitraje), en tanto que únicamente serán objeto de inscripción, y por tanto de publicidad, los pactos que en la actualidad ya son susceptibles de tener reflejo registral; aquí la única aportación sería la referencia a que su origen está en el protocolo.

14. La norma en la exposición de motivos dice "carácter voluntario para las sociedades" y en su articulado siempre utiliza la expresión "podrá".

15. La norma, en relación con estos pactos, en sus disposiciones finales modifica el vigente Reglamento del Registro Mercantil utilizando la expresión "se harán constar en las inscripciones".

16. La falta una definición clara y técnica de (i) lo que es un protocolo familiar, o lo que ha de contener, como mínimo, un documento para que pueda tener tal consideración y (ii) lo que es, o lo que puede considerarse, al menos a estos efectos, una empresa familiar, va a dificultar en la práctica la aplicación de esta norma. Aunque debe reconocerse, como se hace en la exposición de motivos, que este objetivo debería cumplirse a través de una norma de mayor rango. Una alternativa podría haber sido incluir estos conceptos en la exposición de motivos.

17. El Real Decreto autoriza a la Dirección General de los Registros y el Notario para impartir las Instrucciones necesarias para la aplicación de la norma.

18. Los aspectos personales o personalistas se refieren a relaciones de los socios entre sí y las de éstos con la sociedad, cuya regulación en la empresa familiar tienen una trascendencia muy importante