

FERNÁNDEZ DEL Pozo, Luis, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Pamplona, Aranzadi, 2008, 347 págs.

por

ANA SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES
Profesora Asociada Doctora de la Universidad del País Vasco

PRESENTACIÓN DEL LIBRO

La monografía de Luis FERNÁNDEZ DEL Pozo que se presenta supone que el protocolo familiar y, con él, la empresa familiar, vuelvan a estar de plena actualidad. Su objeto lo constituye, básicamente, la normativa contenida en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

La obra, bien sistematizada y estructurada, divide su contenido en cinco capítulos de dimensión desigual: en el primero de ellos el autor realiza una serie de consideraciones previas que nos aproximan al origen, concepto, forma y duración del protocolo familiar; en el segundo capítulo se ocupa de los órganos de gobierno del protocolo familiar.

El tercero, por su parte, se destina a abordar los instrumentos de desarrollo y ejecución del protocolo familiar, en especial los Estatutos, haciendo hincapié en aquellas cláusulas estatutarias inscribibles adoptadas —conforme al art. 7 del Decreto— «en ejecución del protocolo familiar publicado». También se ocupa, este tercer capítulo, de la mini-reforma del Reglamento del Registro Mercantil que permite la inclusión en los estatutos de pactos parasociales no reservados del protocolo familiar.

A las distintas clases de publicidad registral previstas en el Decreto se refiere el capítulo cuarto y, por último, se destina el capítulo quinto a examinar la oponibilidad del contenido parasocial del protocolo familiar.

I

Así, en relación a sus orígenes, puestos de relieve por el autor, el protocolo familiar (shareholder's agreement) nace en los Estados Unidos de América como la pieza clave de la organización jurídica de las *close corporations* que, dependiendo de cada Estado, permite derogar determinadas normas del régimen general de las sociedades. En aquel país adquiere su protagonismo más destacado a partir de los años ochenta y de allí pasó posteriormente a Europa.

Diez años después de que la Comisión Europea organizase en la ciudad de Lille, el 3 y 4 de febrero de 1997, el Foro sobre transmisión de empresas (*The European Forum on the Transfer of Business*), el Gobierno español ha aprobado el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (en adelante RDPPF), en desarrollo de la somera referencia que el apartado 3 de la Disposición Final Segunda de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de creación de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa hacia a estos instrumentos jurídicos.

El autor define el protocolo familiar como un instrumento contractual potestativo (como potestativa es su publicidad) del buen gobierno de la empresa familiar. En él se contemplan los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular.

En cualquier caso, el conjunto de la organización jurídica de la sociedad familiar suele constituir un paquete de negocios jurídicos, unificados bajo el negocio plurilateral del protocolo familiar. En este sentido puede hablarse, según el autor, del protocolo como un negocio jurídico complejo, o si se prefiere «compuesto» de varios negocios jurídicos «simples».

Esto es, como muy bien constata Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, el protocolo por sí mismo es incompleto. Necesita del otorgamiento de otros negocios jurídicos o instrumentos que lo desarrollen con la finalidad de hacer cumplir lo establecido en el mismo como base (Estatutos, Capitulaciones Matrimoniales, Testamento...).

En cuanto a su forma, cuestión de la que también se ocupa el autor, el protocolo está sujeto al principio de libertad de forma imperante en nuestro Derecho Contractual y, en particular, en nuestro Derecho de Sociedades.

A este respecto advierte Luis FERNÁNDEZ DEL POZO que a pesar de que el legislador parece querer condicionar la posibilidad del depósito (registral) del protocolo mismo a que éste haya sido formalizado en documento público *ex artículo 6.1 RDPPF*, en realidad, fuera del caso de la inscripción de cláusulas *ex artículo 7 RDPPF*, la instrumentación en forma pública es sólo potestativa, al igual que su publicidad registral.

De aspecto fundamental considera el autor a la duración del contrato. En este sentido apunta la imposibilidad de pactar un protocolo familiar con duración indefinida sin reconocimiento del derecho de renuncia de sus obligados. Por aplicación analógica de lo previsto para la sociedad civil, de no haberse fijado un plazo determinado de duración para el protocolo familiar, debe reconocerse el derecho de renuncia con buena fe de los firmantes.

II

Como parte del contenido del protocolo familiar, subraya el autor, suele incluirse un capítulo destinado a órganos de gobierno y dirección de la empresa familiar en el que se contemplan, además de los órganos de dirección de la empresa previstos legalmente (junta de accionistas y consejo de administración), otros órganos complementarios de carácter exclusivamente familiar que ayuden a facilitar la sucesión y el buen gobierno de la empresa familiar, tales como el consejo de familia o la junta/asamblea de familia, de los que se ocupa en las páginas 83 a 99.

A continuación el autor aborda la única forma de publicidad que tiene consecuencias sustantivas; esto es, según la Exposición de Motivos de este Real Decreto, la relativa a la inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo familiar, que producirá un efecto de publicidad material y no de publicidad noticia (art. 7 RDPPF).

Como fundadamente observa el autor en la página 172, no se trata tanto de publicar registralmente el protocolo familiar en sí mismo considerado, sino de inscribir en la hoja abierta a las sociedades mercantiles familiares a las que el protocolo afecte, las oportunas cláusulas estatutarias inscribibles resultantes de los títulos que documentan los negocios societarios adoptados en su ejecución, tales como las escrituras públicas de modificación estatutaria.

El precepto requiere que el protocolo esté publicado. En la medida en que la norma nada especifica, este requisito se considerará cumplido cuando la publicación se haya hecho a través de la página web o de su depósito en el registro mercantil.

A propósito del cambio de denominación de la escritura pública (pasa a denominarse «escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales en ejecución del protocolo»), el autor critica fundadamente en la página 103 que el legislador quiera dar trascendencia a lo que apenas la tiene. A su juicio, «cuesta pensar que lo que el legislador pretende es que se suspenda o deniegue la inscripción por el Registrador calificador por el sólo hecho de que se detecte la falta en el título, por lo demás perfecto y completo, de alguna mención ritual sobre su naturaleza jurídica o “denominación” del negocio jurídico que se publica. La omisión de una correcta indicación en la “denominación de la escritura” normalmente constituirá un defecto de técnica notarial no impeditorio de la inscripción. Cosa muy distinta es que se pretenda inscribir en el Registro un negocio que se dice celebrado en ejecución de un protocolo familiar cuando dicho protocolo no se sujeta a publicidad simultánea o previa».

Por lo demás, como pone de manifiesto el autor, en raras ocasiones encontraremos en el protocolo la detallada y concreta redacción de las cláusulas estatutarias inscribibles. De ahí la necesidad de precisar el contenido concreto de cada sociedad familiar al otorgarse su correspondiente escritura de constitución o de modificación estatutaria.

Es decir, se hace preciso «personalizar» los estatutos bajo el paradigma familiar dentro del marco concedido por el legislador a la autonomía de la voluntad: se podrán incluir en estatutos todos aquellos pactos que exija o recomiende la ejecución del protocolo, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo societario elegido.

Así, es frecuente encontrar restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales, derechos de adquisición preferente de los socios de la sociedad familiar respecto de las acciones o participaciones de la sociedad, y prohibiciones de transmisión a extraños a la familia. Todo ello en ejecución de los pactos del protocolo familiar que estipulan el control de acceso a la propiedad de la empresa familiar y su limitación a extraños.

III

Además de la publicidad material, el autor, en las páginas 174 y siguientes, se refiere a las otras dos formas de publicidad reguladas en el Real Decreto a las que califica de «publicidad-noticia».

La primera de ellas es la relativa a la constancia en la hoja registral de la sociedad, probablemente como nota al margen, de la existencia del protocolo familiar sin hacer referencia alguna a su contenido. La segunda hace referencia al depósito del protocolo familiar junto con las cuentas anuales del ejercicio.

Con el término técnico de «publicidad-noticia» común a las dos formas de publicidad anteriormente indicadas, el autor trata de explicar una categoría de eficacia «menor» o menos intensa de la publicidad registral que la que caracteriza la eficacia registral habitual.

Lo publicado bajo ese régimen no se beneficiaría de los efectos propios de la publicidad material (principios de legitimación, oponibilidad, trácto sucesivo). Estaríamos ante un simple medio de «noticia legal» de lo publicado por los terceros.

IV

Para concluir, el autor examina el aspecto en el que, en su opinión, reside la verdadera relevancia de este decreto y que no es otro que la oponibilidad del contenido parasocial del protocolo familiar (pág. 205 y sigs.).

Ya al entrar a valorar la mini-reforma del Reglamento del Registro Mercantil realizada por este Real Decreto (pág. 119 y sigs.), el autor señalaba que gracias a la misma se removían obstáculos (como el simple temor a una calificación desfavorable del Registrador) que impedían aflorar a los estatutos pactos no reservados del protocolo familiar.

Esa reforma se traduce en el reconocimiento expreso (*ad exemplum*) de posibles cláusulas estatutarias elaboradas por abogados y notarios que ya eran admitidas registralmente, tales como las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en el protocolo familiar objeto de publicación; el pacto de sumisión a arbitraje; el pacto de obligación de venta conjunta por los socios de partes sociales de sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable; la existencia de comités consultivos, o las propias prestaciones accesorias.

También en el prólogo a su libro, el autor ya nos avanzaba que «muy probablemente sin ser consciente de ello, el redactor de nuestro Decreto afronta de una manera verdaderamente original la cuestión de la transparencia registral de los pactos parasociales [...], aprovechando la ocasión se ha acometido una puntual reforma del Reglamento del Registro Mercantil con el habitual propósito flexibilizador del régimen convencional de los pactos inscribibles de sociedades anónimas y limitadas. Se supone que, de esta manera, pactos que antes figuraban fuera de estatutos, como parasociales, pueden pasar a ganar los efectos de su oponibilidad a terceros inherentes a la publicidad material registral».

En este sentido vuelve a insistir en la parte última de su trabajo al concluir, en la página 246, que mediante el Decreto se garantiza la oponibilidad a terceros de los pactos parasociales, ya que queda asegurada legalmente su publicidad.