

**Evitación de los
conflictos en la
empresa familiar**

**Evitació dels conflictes
a l'empresa familiar**

**Conflict avoidance in
the family business**

Rodolfo Fernández-Cuellas



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914



RODOLFO FERNÁNDEZ-CUELLAS

Doctor en Derecho “cum laude” por la Universidad de Barcelona, en la que ha desarrollado su actividad docente como profesor asociado, profesor de distintos masters y cursos de especialización. Posteriormente ha sido profesor asociado de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de ESA-DE y co-director del Seminario de Derecho de Sociedades.

Es socio de la firma Augusta Abogados y dirige el área de derecho mercantil & innovación. Como abogado, desarrolla su actividad en derecho de sociedades, empresa familiar y empresa de alta innovación y tecnología, tanto a nivel internacional como nacional. Es abogado colegiado en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.

Es secretario de varios consejos de administración, miembro de consejos asesores, consejos de familia y comités de expertos.

Es árbitro de varios tribunales y cortes arbitrales, donde ha actuado como árbitro y como abogado.

Es miembro y consejero de organizaciones internacionales donde desarrolla su actividad como abogado, y ha impartido conferencias y publicado artículos, como American Bar Association, International Practice Group, World Tech Legal, NIABA y Concordia. En el ámbito internacional ha ocupado cargos de responsabilidad en el ámbito de las empresas familiares y asesoramiento a *family offices*, innovación y derecho tecnológico, asesorando a empresas multinacionales emblemáticas en su inversión e implantación en España.

Autor de numerosas monografías y artículos doctrinales, sobre empresa familiar, solución de controversias, activos intangibles y derechos digitales, entre otras publicaciones en revistas jurídicas especializadas.

**Evitación de los
conflictos en la
empresa familiar**

**Evitació dels conflictes
a l'empresa familiar**

**Conflict avoidance in
the family business**

Excmo. Sr. Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas

Evitación de los conflictos en la empresa familiar

Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como
Académico de Número, en el acto de su recepción
el 25 de septiembre de 2025

por el

Excmo. Sr. Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas
Doctor en Derecho

y contestación del Académico de Número

Excmo. Sr. Dr. Jaume Llopis Casellas
Doctor en Economía y Dirección de Empresas

COLECCIÓN REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors
BARCELONA - 1914

www.raed.academy

© Rodolfo Fernández-Cuellas

© Real Academia Europea de Doctores

La Real Academia Europea de Doctores, respetando como criterio de autor las opiniones expuestas en sus publicaciones, no se hace ni responsable ni solidaria.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante cualquier medio o préstamo público.

Producción Gráfica: Ediciones Gráficas Rey, S.L.

Impreso en papel offset blanco Superior por la Real Academia Europea de Doctores.

ISBN: 978-84-09-76599-7

D.L: 17945-2025

Impreso en España –Printed in Spain- Barcelona

Fecha de publicación: septiembre 2025

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
DISCURSO DE INGRESO	11
I. La empresa familiar como propósito. Propósito consciente. Visión y misión	11
II. Empresa familiar y familia empresaria. La relación personal y empresarial entre el fundador y los demás miembros de la familia, directivos y empleados de la empresa. La unidad como principio rector	15
III. Evitar el estrés es evitar el conflicto.....	21
IV. Empresa familiar de alta innovación. Empresa tradicional y empresa emergente.....	27
V. Mecanismos jurídicos y no jurídicos para evitar y prevenir el conflicto. El protocolo familiar. Como gestar el protocolo, fases, medios y profesionales que deben participar. Algunas de las principales cláusulas. Eficacia y oponibilidad del protocolo familiar	31
VI. La sucesión de la empresa familiar y los instrumentos jurídicos para hacerla posible.....	65
VII. ¿Qué hacer si surge el conflicto? Soluciones jurídicas para lograr la paz social en la brevedad posible. Cláusulas de desbloqueo o salida. Mediación y negociación. El arbitraje como solución de la controversia.	69
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	93
DISCURSO DE CONTESTACIÓN	297
Publicaciones de la Real Academia Europea de Doctores	309



⊗ PRESENTACIÓN

Excelentísimo Sr. Presidente de la Real Academia Europea de Doctores;

Excelentísima Decana del Ilustre. Colegio de la Abogacía de Barcelona

Excelentísimos Sres. Académicos;

Ilustrísimas Autoridades;

Estimados colegas y amigos que vienen del extranjero.

Estimada familia; queridos amigos; distinguido público.

Es un gran honor y un placer estar aquí hoy y dirigirme a ustedes con este discurso de nombramiento como Académico de Número de la Reial Acadèmia Europea de Doctors.

Tan importante como el contenido del discurso de nombramiento, es **expresarles a todos mi agradecimiento**.

En primer lugar agradecimiento al Presidente Excmo. Dr. Dr. D. Alfredo Rocafort Nicolau, por su apoyo y sabio consejo desde el principio. Agradecimiento a la Junta Directiva por el nombramiento como Académico de Número.

Agradecimiento hacia el Excmo. Sr. Dr. D. Jaume Llopis, Vicepresidente de la Academia, por su apoyo, por sus buenos consejos, y por la contestación de mi discurso en el día de hoy en esta Excelentísima Corporación,

Agradecimiento a mis padrinos en esta ceremonia, al Excmo. Sr. Dr. Manuel Sans y a Excmo. Sr. Dr. José Manuel Calavia. Quiero mostrar mi agradecimiento hacia todos los Excelentísimos Sres. Académicos de la Reial Acadèmia Europea de Doc-

tors, por haberme recibido ya en su día con cálida hospitalidad y amistad, cuando ingresé en 2018 como Académico Correspondiente en esta Excelentísima Corporación.

También quiero expresar mi más profundo agradecimiento a quienes me han acompañado en mi vida profesional como abogado. Muy especialmente a mis socios y compañeros de AUGUSTA ABOGADOS, aquí presentes. Proyecto profesional fundado hace diecisiete años y que ha alcanzado un gran desarrollo y éxito convirtiéndose, con el esfuerzo de todos, en una de las mejores firmas españolas de derecho de los negocios con proyección internacional.

Y finalmente debo decirles que hoy estoy aquí sobre todo y por encima de todo gracias a mi familia.

A mi mujer, Diana, una persona excepcional, de una generosidad e inteligencia extraordinarias. He contado siempre con su apoyo y ha sabido estar siempre en los buenos y en los malos momentos, siendo la mejor madre para nuestros hijos, a la vez que ejercía una brillante carrera de dirección empresarial.

Y a mis hijos, Sandra y Rudi, que siempre habéis apoyado y respetado mi dedicación a la investigación y a la ciencia jurídica, a mi vocación profesional como abogado, y nunca me habéis reprochado que quizá no me he dedicado tanto a la familia como me habría gustado.

Finalmente, quiero agradecer a mis padres, Juana y Álvaro, la educación que me dieron, porque me inculcaron los valores de la honestidad, el esfuerzo, y el trabajo bien hecho. Sin duda nada para mi habría sido posible sin su apoyo y su guía.



❧ I. LA EMPRESA FAMILIAR COMO PROPÓSITO. PROPÓSITO CONSCIENTE. VISIÓN Y MISIÓN

Toda empresa antes de ser empresa familiar, en sus inicios, responde al proyecto empresarial del fundador o fundadores. Ese proyecto va tomando forma con el tiempo, se va consolidando, y en un determinado momento de su evolución el fundador decide que su empresa sea una empresa familiar. Es decir, adopta el deseo de involucrar a otros miembros de su familia en ella y que estos adquieran responsabilidades con el tiempo.

Puede así incorporar a su cónyuge o a sus hijos que, progresivamente, pueden ir adquiriendo responsabilidades en la empresa. Así, la empresa inicialmente perteneciente a su fundador, y en la que únicamente trabajaba él, deviene empresa familiar.

El propósito se puede equiparar a la visión. Es el sueño compartido por los miembros de la familia que se hace presente y se proyecta al futuro. Y el sueño empieza en los fundadores. Es un querer, desear hacer de ese embrión un proyecto a futuro en el que incorporar a la familia.

Así, por ejemplo, imaginemos una empresa de video juegos creada por dos emprendedores como fundadores, lo que se llama una *start up' indi* en el sector, tendrá el propósito de crear y vender el mejor videojuego, el más divertido, y proporcionar así especial felicidad y satisfacción a sus clientes. Y ambos emprendedores implican en su estudio indi a sus cónyuges, que se ocuparán de funciones comerciales en el *fund raising* una de ellas y de reclutar a los mejores creadores e ingenieros la otra.

Ese propósito se proyecta al futuro y se amplía en fronteras y en variedades para llegar a todo el mundo con las ventas, a través de nómadas digitales en los primeros pasos y con filiales y estudios en diversos territorios después.

Con los años la empresa tiene éxito en algunos de sus productos, se incorporan hijos de cada uno de los fundadores, entra también en el capital un fondo de venture capital que adquiere el 30 por ciento del capital social...

Este sueño común de la familia que se proyecta más allá de la generación presente lo llamamos propósito o visión de la empresa familiar multigeneracional.

El **propósito consciente** es ya otra dimensión. Procedente de la escuela empresarial americana del Capitalismo Consciente¹, se basa en la idea matriz de que la empresa no solamente debe dar satisfacción a sus propietarios o accionistas, sino que la creación de valor debe llegar a todos: clientes, accionistas, proveedores, trabajadores, inversores y también para el conjunto de la sociedad y para mejorar el medio ambiente.

Se trata de conseguir a través de la empresa crear un mundo mejor para todos, de modo que el mundo que hereden nuestros hijos sea mejor que el que heredamos nosotros.

Para ello no solamente hay que desearlo, hay que actuar, creando en la organización empresarial los mecanismos necesarios para que todo vaya dirigido a tal propósito consciente. Esta corriente se ha extendido en los últimos años con éxito en Estados Unidos y también en Europa. En España está alcanzando poco

¹ MACKEY, J & SISODIA, R, *Conscious capitalism – liberating the heroic spirit of business*, Harvard Business Review Press, 2014.

a poco cada vez más desarrollo, y existen ya algunas grandes empresas que se rigen por el propósito consciente.

Algunas lo impulsan convencidas de que ello crea un círculo virtuoso, pues de veras así es, que les permitirá mejorar la rentabilidad y el beneficio, potenciando también el bienestar general.

Otras, sin embargo, tienen realmente como propósito que la empresa sea un instrumento para mejorar la vida de sus integrantes y de las partes interesadas -stake holders-, y destinan buena parte del beneficio, en lugar de repartirlo entre los accionistas, a instituciones y fundaciones destinadas a ayudar y mejorar la vida de las personas y del planeta, con auténtico propósito de generosidad y solidaridad con el mundo.

Pues bien, qué mejor que la empresa familiar para incorporar el propósito consciente a su visión.

La misión es la razón de ser de la empresa, pues ha sido creada para satisfacer una necesidad real de la sociedad. Por ejemplo una empresa que fabrica teléfonos móviles quiere satisfacer las necesidades de comunicación de sus clientes en un mundo intercomunicado y global. O un portal de información tiene como misión organizar la información en el mundo y hacerla universalmente accesible y útil.



⊗ II. EMPRESA FAMILIAR Y FAMILIA EMPRESARIA. LA RELACIÓN PERSONAL Y EMPRESARIAL ENTRE EL FUNDADOR Y LOS DEMÁS MIEMBROS DE LA FAMILIA, DIRECTIVOS Y EMPLEADOS DE LA EMPRESA. LA UNIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR

Cuando un emprendedor, o varios en sociedad, crean una empresa, probablemente en el momento inicial no piensan si ese proyecto empresarial será una empresa familiar, o bien la familia de los fundadores quedará alejada de ella.

Normalmente la visión como empresa familiar, la decisión y el sueño de incorporar a la familia y de transformar la empresa en un ente familiar, va gestándose progresivamente, con el tiempo, y a medida que el empresario lo considera preciso, ya sea por confianza en los suyos o incluso porque cree que es el mejor sistema para el crecimiento y desarrollo de la empresa.

En esta evolución, que es a la vez empresarial y emocional, el fundador deberá detectar si las personas de su familia pueden serle útiles para el proyecto, eso en una primera fase. Así se trabajarán relaciones entre los miembros de la familia y la empresa, y entre aquellos y otras personas que trabajan en la empresa, ya sea como directivos, o empleados.

Desde el principio el fundador deberá construir el propósito, la visión, para trasladarla a los miembros de su familia. Si realmente el fundador desea que su empresa sea una empresa fami-

liar multigeneracional, deberá además trasladar el sueño común, la visión de futuro, a los sucesores que ostentarán la propiedad mayoritaria o decisoria de la empresa familiar algún día en el futuro.

Para que todo ello funcione y esa visión tenga sentido y razón de ser, el propósito deberá fundarse en el amor compartido por los miembros de la familia empresaria y volcado hacia el proyecto empresarial.

Así los propietarios que controlan la empresa familiar, incluso los que ya trascienden la primera generación pueden hacerse algunas preguntas clave, sin pretender tener todas las respuestas.

¿Qué queremos como familia que sea nuestra empresa?

¿Cuál es nuestro propósito? ¿Es permanecer como familia propietaria?

¿Es crecer y convertirla en una empresa de gran tamaño para llegar a amplias capas de la población mundial? ¿Es la rentabilidad nuestro objetivo principal?

Cómo dibujamos el futuro: ¿como familia queremos crecer en tamaño y rentabilidad para mejorar el dividendo?

Y generacionalmente, a medida que los propietarios son más y son miembros de la familia ¿necesitaremos nutrir esa necesidad económica?

En este análisis. ¿cabe compartir el capital con otros inversores temporalmente? ¿Por ejemplo, con un fondo de inversión de capital riesgo?

Creemos que cualquiera que sea la decisión de la familia empresaria será correcta, sin embargo, si la visión es multigeneracional, mantener en la familia y proyectar la empresa a la siguiente generación, de modo que los titulares actuales se consideren únicamente fiduciarios del legado recibido, ocurrirá entonces que la rentabilidad de presente en buena parte es renunciada para capitalizar adecuadamente la empresa familiar a futuro.

Dice el profesor doctor Miguel Ángel Gallo², académico de esta excelentísima institución, que la unidad es la pieza clave de la empresa familiar. En ese sentido, trasladar las fortalezas de la familia a la empresa es el objetivo de muchos emprendedores (pág 16).

Familia empresaria y empresa familiar multigeneracional, dice Gallo, son dos caras de la misma moneda, pues ya desde el principio el fundador que quiere que su empresa sea familiar, irá consiguiendo que los miembros de su familia “desarrollen cualidades propias de una familia empresaria.”

Lo esencial es la voluntad de ser empresa familiar multigeneracional y de ser familia empresaria, y eso “no es tanto una cuestión de contratos, aunque no se pueda prescindir de ellos, como de conocimientos y voluntad para serlo, es decir, de saber y querer serlo.”

A mi juicio, por tanto, el fundador, puede ser una sola persona física, o bien dos cónyuges, o incluso varios fundadores que pertenecen a distintas familias y no son parientes, pero

2 GALLO, M. A. y GÓMEZ, G, Evolución y desarrollo de la empresa y de la familia. Ediciones Universidad de Navarra, 2015.

Ver también las publicaciones de John L. Ward, en The family business consulting group, thefbcg.com

lo importante es que tienen el propósito de que su proyecto empresarial sea un proyecto de sus familias, no solamente de ellos individualmente como fundadores, y darle además trascendencia multigeneracional, permanencia y desarrollo en el futuro.

A medida que el negocio empresarial crece, se diversifica, e incluso se internacionaliza, todo evoluciona, también puede evolucionar incrementándose en número de miembros. Del fundador puede extenderse a sus hermanos, a su vez en la siguiente generación a los primos, y así se va incrementando la complejidad. Y ello puede ocurrir de forma repentina, a través del fallecimiento de cualquiera de los accionistas, pues por virtud de la sucesión hereditaria o intestada, automáticamente sus herederos o legatarios se convertirán en nuevos propietarios de la empresa familiar.

Por ejemplo, si dos hermanos en la primera generación tienen cada uno tres hijos, es probable que en cada stirpe hereden por cabezas el mismo número de acciones o participaciones sociales. De modo que en poco tiempo podemos pasar de dos a seis propietarios, y eso solo en la segunda generación.

La complejidad en la gestión también se incrementa si no se ha establecido un orden claro de quienes deben acceder a la empresa en funciones directivas o como empleados, siendo miembros de la familia. Algunos pueden llegar a alcanzar un poder total, por ejemplo si llegan a adquirir por sucesión más de la mitad del capital social, y los estatutos sociales o el protocolo familiar no lo evitan, o nada dicen al respecto, lo que a la postre será lo mismo considerando la fría aplicación de la Ley.

Y puede acontecer que el nuevo propietario mayoritario sea persona cabal, bien formada, preparada por el fundador para

asumir esa gran responsabilidad. Pero también puede ocurrir lo contrario, sin la adecuada previsión puede ocurrir que se trate de una persona sin formación empresarial, sin habilidades de gestión y, lo que es más importante, sin liderazgo para aglutinar y mantener la unidad de la familia.

Gallo insiste en que hay que establecer mecanismos para reducir la “complejidad”. El crecimiento de la familia y de la empresa lleva a mayor complejidad.

¿Sin unidad familiar puede haber empresa familiar? Difícil, mi pronóstico es que durará poco. Sin unidad todo el edificio se resquebraja, pero para mantener la unidad creo que es necesario encauzar la complejidad, y para ello la estructura jurídica de la empresa familiar será imprescindible.

Y debemos ver la creación de la estructura jurídica, no como un accidente o un elemento por el que debemos pasar, no, la estructura jurídica forma parte del ADN de la empresa familiar y será la coraza con la que proteger la visión del fundador durante decenios y garantizar la sucesión y la proyección a futuro.

Los mecanismos para encauzar esa complejidad, y quizá también para reducirla, empezarán por establecer los órganos de gobernanza societaria adecuados, los órganos de organización familiar, como el consejo de familia, un consejo de administración que garantice el buen gobierno y que tenga capacidad de gestión.

El protocolo familiar o los pactos entre los socios -llamados pactos parasociales-, debidamente hilvanados con los documentos sucesorios, como el testamento o los pactos sucesorios, ya sean generales como es el caso del heredamiento en el Codi

Civil de Catalunya, o bien de atribución particular referidos únicamente a las acciones o participaciones o a cuotas sobre ellas, permitirán también encauzar la complejidad.



III. EVITAR EL ESTRÉS ES EVITAR EL CONFLICTO

A medida que la empresa familiar crece, con el paso del tiempo y en empresas que tengan cierto éxito, nuevos miembros de la familia se irán incorporando. Por tanto crece la complejidad. Esta situación comportará que la visión inicial y el mensaje de unidad que trasladó el fundador se modifique, o incluso que empiece a diluirse.

La visión inicial del fundador se puede ir transformando con el tiempo, necesariamente ocurrirá así. También la misión cambiará, cambiarán los mercados, las oportunidades, surgirán posibilidades de diversificación, de internacionalización, etc.

En ese proceso dinámico, que es propio de la evolución de la empresa y de la familia empresaria, debe existir siempre un principio rector: la unidad.

Recientemente tuve en mi ejercicio profesional la experiencia de ayudar a una empresa familiar que nos consultó cómo realizar el tránsito a la siguiente generación, la segunda, y convertirse así en una empresa familiar multigeneracional. La empresa había tenido ya considerable éxito en la primera generación y los hijos ya estaban incorporados a labores ejecutivas. Eran una familia que compartían muchos momentos juntos, no solamente en la empresa, en la que ya trabajaba la segunda generación, sino también en su vida personal.

En este caso la unidad entre los miembros de la familia empresaria se consigue en buena parte por la generosidad y amplitud

de miras del fundador, que es compartida por los hijos y cónyuge. Sin embargo, cuando el fundador desaparece, los sucesores deben mantener la unidad como criterio de ordenación, y quizá eso sea más difícil.

Pero es habitual que los propietarios, que son además directivos de la empresa familiar, tengan visiones o misiones distintas. Pueden también estar influidos por criterios en ocasiones cortoplacistas, que tengan criterios dispendiosos a la hora de dedicar o invertir los beneficios obtenidos, en un caso, o bien que apuesten por la visión multigeneracional, en otro caso. En la segunda y tercera generación, los parientes por afinidad, es decir los cónyuges y parejas de los descendientes del fundador, pueden influir a sus parejas en la toma de decisiones. Y esa influencia puede ser negativa.

También es legítimo que alguno de los miembros de la familia empresaria, que no tiene un papel destacado en la dirección ejecutiva de la misma, se plantee la creación de otra empresa o proyecto, iniciando una actividad distinta y separada.

En mi experiencia esta situación puede ocurrir en la segunda o en la tercera generación, desaparecido ya el fundador, cuando la empresa familiar ha alcanzado cotas de éxito y tamaño considerables, y su valor en el mercado a la vez es sustancial.

Así, puede surgir la idea en alguno de los miembros de la familia empresaria de romper esa unidad, vender su participación al resto de familiares o inversores, o en su defecto a un tercero, y fundar así una nueva empresa distinta de la original. También puede ocurrir que, en el seno de la dirección efectiva, existan criterios dispares sobre la misión y la ejecución de la misión en las funciones ejecutivas.

Es por ello la importancia que tendrá el consejo de familia, como órgano de gobernanza de la empresa familiar y formado por la familia empresaria, entre otros integrantes, frente al consejo de administración, como órgano en la sociedad familiar que debe ejecutar la visión y la misión que ordena el consejo de familia.

El consejo de administración debe regirse por criterios de unidad, sin que en la dirección de la empresa puedan existir disparidades esenciales. El consejero delegado o director general, que puede ser o no miembro de la familia empresaria, dependiendo ello de la evolución del proceso de profesionalización, deberá ejecutar las decisiones del órgano de administración, y siempre atendiendo a sus directrices y funciones delegadas.

Dicho de otro modo, en el consejo de familia pueden aflorar puntos de vista distintos en cuanto a la misión e incluso en cuanto a la dirección efectiva, pero una vez trasladado al consejo u órgano de administración, se debe actuar con un criterio único.

De ahí que, a medida que aumenta la complejidad, el tamaño y el número de familiares que se incorporan al órgano de administración, conviene profesionalizar la empresa. Esta profesionalización permitirá que la dirección efectiva y la ejecución de las directrices del consejo, recaigan en un consejero delegado o apoderado director general, según los casos, que preferentemente no será miembro de la familia.

En muchas empresas familiares de cierto tamaño, los miembros de la familia abandonan el órgano de administración, y actúan únicamente desde el consejo de familia y desde la junta general, en la medida en que siguen siendo propietarios. Y desde dichos órganos pueden influir sustancialmente en la visión y en la misión de la empresa familiar.

El *family office* u oficina de familia, en la que se incorporarán también expertos profesionales, garantizará esa profesionalización en las distintas unidades de negocio, sociedades, política de ahorro e inversión, política de liquidez y actividades que desarrolle la empresa familiar.

En estas circunstancias jugará un papel fundamental la oficina de familia. Si la empresa familiar se organizó adecuadamente, con los instrumentos jurídicos adecuados, la oficina de familia permitirá satisfacer a los miembros de la empresa sus necesidades y a la vez mantener la unidad.

El inicio de estos deseos e inquietudes debe ser tratado y analizado por el fundador, y también por los descendientes en la siguiente generación, y darle salida natural por vía contractual. En otras palabras: si alguien desea marcharse y vender su participación en el capital, debe poder hacerlo.

Si esta circunstancia no se trató en su día, no se trabajó conceptualmente por los miembros de la empresa familiar, surgirá el estrés, y el estrés lleva a la incomodidad y a la discordia, y la discordia lleva al conflicto abierto. Desgraciadamente no puede fiarse todo a la unidad que inicialmente fue plasmada por el fundador, y a la visión o propósito que este incorporó a la empresa familiar.

Al no tener salida fácil, si no está previamente regulada en el protocolo familiar, el familiar que se siente incómodo adoptará una posición defensiva, puede autoexcluirse de la visión, considerar que aquel proyecto ya no le identifica, o criticar que se ha desvirtuado el proyecto inicialmente plasmado por el fundador, y quizá tenga razón.

Por tanto debe ser un objetivo evitar el estrés en la relación entre los miembros de la familia.

En mi experiencia como abogado de empresas familiares, trabajar a tiempo en estos conceptos nos evitará el estrés, y por tanto evitaremos el conflicto. Cómo hacerlo, lo veremos a continuación al hablar de los instrumentos adecuados, que serán jurídicos, psicológicos y también de gestión.

Respetar las normas jurídicas suele ser también un buen remedio para preservar la paz en la familia y en la empresa. Y en especial las normas de buen gobierno corporativo.

Se han elaborado varios códigos de buen gobierno que no han tenido alcance normativo, es decir no han sido incorporados al derecho de sociedades, tanto a nivel europeo como español y en los distintos estados de la Unión Europea. En España la senda empezó con el Código Olivencia de 1998 y con el Informe Aldama de 2003. El Código Unificado de Buen Gobierno de 2006, actualizando los anteriores, y posteriormente el Código de Buen Gobierno para las Sociedades Cotizadas, de 2015.

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital 31/2014, incorporó al texto legal buena parte de los principios plasmados en dichos códigos, pero no reguló esta norma el buen gobierno de las sociedades no cotizadas. Sí se han ido incorporando modificaciones en reformas sucesivas que han alcanzado al buen gobierno de las sociedades no cotizadas también.

A nivel comunitario europeo destaca el Informe Winter de 2002 y el Libro Verde. La normativa de gobierno corporativo de la Unión Europea, de 2011.

Todo ello, junto con otros textos publicados que han tenido considerable influencia, como los Principios de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas, del Instituto de Consejeros -Administradores IC-A, del año 2005. O la Guía Práctica para el Buen Gobierno de las empresas familiares, del Instituto de la Empresa Familiar, publicado por Javier Quintana en 2012, constituye un cuerpo normativo y de recomendaciones muy útil para avanzar en la gobernanza de empresas familiares, por naturaleza de carácter cerrado o no cotizadas en general, pero también en aquellas empresas familiares cotizadas que han debido observar si cabe con mayor celo su cumplimiento.



⊗ IV. EMPRESA FAMILIAR DE ALTA INNOVACIÓN. EMPRESA TRADICIONAL Y EMPRESA EMERGENTE

En mi praxis profesional con mi equipo en Augusta Abogados frecuentemente ayudo y acompaño a emprendedores en la fase inicial de creación de empresas de alta innovación.

Son empresas donde los activos principales recaen en el intelecto humano y se expresan mediante creaciones intelectuales tales como software, plataformas tecnológicas, descubrimientos médicos y científicos, patentes, etc. En definitiva lo que llamamos activos intangibles que pueden aportarse a las sociedades emergentes, o bien su transmisión o adquisición, lo que requiere la intervención de abogados especialistas.

la Ley 28/2022³, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, ha establecido varias normas con la buena inten-

3 - Ley startups (Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes:

- *“11.2. Los pactos de socios en las empresas emergentes en forma de sociedad limitada serán inscribibles y gozarán de publicidad registral si no contienen cláusulas contrarias a la ley. Igualmente, serán inscribibles las cláusulas estatutarias que incluyan una prestación accesorio de suscribir las disposiciones de los pactos de socios en las empresas emergentes, siempre que el contenido del pacto esté identificado de forma que lo puedan conocer no solo los socios que lo hayan suscrito sino también los futuros socios”.*
- ¿Cómo podremos interpretar que el contenido del pacto está identificado de forma que lo puedan conocer los socios que lo han firmado y también los futuros socios? Realmente será una cuestión de prueba, pues lo lógico es que los futuros socios lo conozcan en aras a la buena fe de los socios suscriptores, que les informen de ello sea entregando el documento privado o el público en el que se contengan los pactos. ¿Eso nos ofrece seguridad jurídica?. Nuestro sistema registral, con el principio de publicidad y oponibilidad derivada del mismo, garantiza que el pacto parasocial se conozca por los futuros socios. Cualquier otra solución, como la que regula aquí esta norma, creo que no va en la dirección correcta.

ción de impulsar desde el ámbito mercantil, fiscal y laboral las empresas emergentes.

En las *start up's* cuando los emprendedores están en los primeros pasos en el desarrollo de la empresa rara vez piensan darle a esta el carácter de empresa familiar. Primero eso es complejo porque el “invento” inicial está en fase de lanzamiento y lo importante es que su desarrollo deberá financiarse con rondas de financiación cuyo éxito condicionará también el éxito del propio proyecto.

A la vez, normalmente son varios los emprendedores que como socios inician el proyecto, de modo que en las primeras fases de la empresa, con escasos recursos, difícilmente es factible que otros miembros de la familia puedan formar parte de la empresa, ya que a duras penas habrá medios para satisfacer una mínima retribución a los socios emprendedores. Precisamente el contrato parasocial inicial, si existe, suele mantener alejados a otros familiares de la actividad empresarial y más aún de la propiedad de la sociedad.

En otros casos, sin embargo, es exactamente al revés. Hemos comprobado como empresas que se han iniciado por la primera generación, al llegar la segunda generación precisamente incorpora conocimientos y talentos del que era carente la primera, llegando a ampliar sustancialmente la actividad y la facturación, precisamente a través del comercio electrónico, de la tecnología aplicada, en definitiva innovando lo que fue iniciado por la primera generación.

En este caso nos hayamos ante empresas no familiares inicialmente, que el fundador convierte en empresas familiares incorporando a uno o más descendientes que transformarán la empresa innovando su modelo de negocio. Es decir, gracias a la

transformación en empresa familiar el modelo de negocio se moderniza, se expande y se incorpora así talento e innovación.

Por ejemplo, recientemente hemos asesorado a una empresa textil cuyo éxito se basaba en la elección de las calidades excelentes y los diseños por la fundadora, al incorporarse el hijo la transformó en una empresa de comercio electrónico potenciando y escalando su marca de manera exponencial, a través de incorporar un marketing excelente en redes sociales.

En el mundo de las empresas de alta innovación nos encontramos con todo tipo de ejemplos y supuestos. Normalmente los emprendedores son personas con talento, bien formadas como científicos, tecnólogos, expertos en marketing y negocios, más o menos jóvenes pero ya con experiencia en su especialidad y sector. Yo creo que las posibilidades de éxito son mayores en este caso de alta experiencia que cuando no existe experiencia previa.

Esta formación y conocimientos no siempre vienen acompañados de un criterio adecuado en la elección de profesionales especializados para el asesoramiento jurídico y económico de la empresa naciente. Es lógico y debe entenderse que la carencia de medios en las primeras etapas de la vida de una *start up* comporte escoger por precio y no por especialidad y calidad, lo que lleva a algunas empresas a caer en manos de profesionales no adecuados.

Tan importante es crear una invención de éxito como que la invención esté protegida y que su titularidad indubitada lo sea a favor del que la inventó. Y para eso es necesaria la intervención de abogados especialistas. De otro modo puede ocurrir, y ocurre frecuentemente, que ya sea demasiado tarde y a nuestro emprendedor le ocurra lo que al socio de Zuc-

kerberg en la película “La red social”, es decir, que se quede fuera de la titularidad y por tanto de la empresa habiendo sido el inventor de la creación intelectual principal. Hemos tenido que defender a muchos creadores en esta situación, por haber quedado huérfanos de asesoramiento jurídico especializado en el momento inicial.



⌘ V. MECANISMOS JURÍDICOS Y NO JURÍDICOS PARA EVITAR Y PREVENIR EL CONFLICTO. EL PROTOCOLO FAMILIAR. COMO GESTAR EL PROTOCOLO, FASES, MEDIOS Y PROFESIONALES QUE DEBEN PARTICIPAR. ALGUNAS DE LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS. EFICACIA Y OPONIBILIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR

Los mecanismos no jurídicos se basan en el orden y en la unidad. Sin unidad familiar inicial no habrá empresa familiar en la fase de la primera generación, pero cuando entramos en generaciones sucesivas es fundamental también preservar la unidad.

Como hemos indicado la unidad se consigue cuando la familia comparte la visión y, el propósito y será transmitida por el fundador a sus familiares. Y eso debe preservarse cuando la siguiente generación llega a la propiedad y a los puestos clave de la empresa familiar, con altas dosis de empatía y de amor entre los miembros de la familia.

Si algunos no lo comparten, deberán salir del capital y de la dirección de la empresa, y para eso debemos establecer en el protocolo familiar los mecanismos que garanticen esa salida en la forma adecuada.

Si en cambio resulta que la unidad y la visión no son aceptadas y compartidas por los familiares que se quedan, lo que debe hacerse es vender la empresa.

Me explicaba un cliente, fundador de una empresa familiar que ha adquirido cierto tamaño y desarrollo ya en la primera generación, que el consejo de familia, que hace las veces también de una suerte informal de comité de dirección, lo celebran cada domingo en su casa mientras comen, con su esposa y todos los hijos, que allí es donde se plantean los debates y se toman todas las decisiones.

Este sistema de reunión de consejo de familia / comité de dirección puede funcionar cuando la complejidad todavía es escasa. Tiene varios inconvenientes, por ejemplo en estos casos también los parientes por afinidad -cónyuges- de los miembros de la empresa familiar, conocen de primera mano y por tanto pueden opinar e influir en la toma de decisiones, y eso puede generar problemas y romper la unidad. Nuestro consejo es dejar a los parientes por afinidad -cuñadas y cuñados- fuera de la empresa familiar, y eso quiere decir, totalmente fuera, con confidencialidad real.

Pero tomo aquí el ejemplo de nuestro cliente en el sentido positivo del contacto familiar frecuente. Para mantener la unidad, el amor por la empresa, es necesario que también exista unidad entre los miembros de la familia, y eso será más fácil si hay relación estrecha entre ellos.

La mejor manera de que exista y se mantenga la unidad cuando crece la complejidad, es que la empresa familiar esté bien organizada jurídicamente. Precisamente en esa organización y estructura jurídica reside la garantía de que exista un órgano donde la familia empresaria pueda debatir sobre la visión y la misión de la empresa familiar, y generar en su seno los consensos necesarios que permiten mantener la unidad. Es el caso del consejo de familia.

El protocolo familiar o pacto de familia permite trabajar todo ello adecuadamente. La estructura jurídica no es una cuestión formal, sino que forma parte de la esencia de la empresa familiar y es tan importante como su funcionamiento industrial.

Actualmente se considera que más del 40% de las empresas familiares en Estados Unidos tienen algún *family agreement*. En otros países, como es el caso de Japón, los protocolos familiares empezaron ya a existir en el siglo XVIII.

El origen de los protocolos familiares se encuentra en los pactos parasociales, llamados en el derecho norteamericano *shareholders agreements*⁴. La doctrina mercantilista americana los considera el verdadero *partnership* que incluso muere o desaparece cuando se crea la sociedad, la corporación, “*incorporation terminates partnership*”.

Esto no es igual en nuestro derecho mercantil, pero sí es cierto que de algún modo la incorporación de la sociedad, la creación de la sociedad de capital, requiere adaptar el *partnership*, es decir el protocolo familiar, pues deberemos lograr que esa nueva entidad jurídica independiente, que es un nuevo ente con derechos y obligaciones, funcione correctamente, frente a la familia y también frente a terceros.

En la doctrina mercantilista española, el concepto inicial ha venido influido por la doctrina italiana y francesa, siendo esta última que lo califica como “protocolo”.

Entre nuestra doctrina mercantilista se define como un contrato ajeno a la sociedad como tal, dándole un carácter extra o

4 REECE THOMAS, K – RYAN, C.L. The law and practice of Shareholder's Agreements, Butterworths, 2007.

metaestatutario⁵. Al margen de los estatutos sociales pero conectados con ellos, están los pactos parasociales, llamados por la Ley de Sociedades de Capital con desdén como “pactos reservados”, que regulan entre los miembros de la sociedad, socios o accionistas, o con terceros, el verdadero funcionamiento de la sociedad, el estatuto del socio, el órgano de administración, e incluso la dirección de la sociedad.

Y digo el “verdadero” porque observamos en los últimos años como la praxis jurídica de la abogacía mercantilista ha ido adelgazando los estatutos sociales inscritos y públicos, y desarrollando cada vez más los contratos parasociales.

Siendo estos inscribibles, para lograr así su oponibilidad frente a terceros que no son parte, sin embargo frecuentemente no se publican para mantener el sigilo de cuáles son las verdaderas tripas interiores de la sociedad⁶. Actualmente nuestra legislación acoge expresamente la publicidad de los protocolos familiares a través de su publicidad registral, véase el Real Decreto 171/2007, que introdujo así una reforma en el Reglamento del Registro Mercantil.

Dicha norma en su artículo 2.1 define el protocolo familiar: “A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar 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 con-

5 GARRIDO DE PALMA, V.M., *La empresa familiar ante el Derecho*. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar, Civitas, 1995. VICENT CHULIÁ, F., *Organización jurídica de la sociedad familiar*, Libro Homenaje a Fernando Sánchez-Calero, vol. V, Mc Graw Hill 2002.

6 FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *El protocolo familiar*. Empresa familiar y publicidad registral. Thomson – Civitas, 2008.

sensu en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.”

Según esta definición legal sus rasgos son:

- Es un conjunto de pactos, por tanto puede responder a diversos documentos o uno solo.
- Las personas que los suscriben son los socios o bien terceros no socios, con los que existe vínculo familiar en relación con una sociedad no cotizada, en la que tienen un interés común. Es decir, la nota clave de conversión del documento en protocolo familiar es precisamente que los suscriptores tengan vínculo familiar, sin distinción de grado.
- Comunicación y consenso, *animus societatis* integrado con la unidad, dirigida al buen gobierno corporativo.

Vemos en esta definición los tres círculos descritos y desarrollados por TAGIURI y DAVIS, profesores de Harvard: 1) la Propiedad, entendida como el sistema de relaciones que vincula a los propietarios o socios y que son los depositarios de las decisiones fundamentales, y parece que también el control o el poder de decisión, aunque puedan existir otros socios ajenos a la familia; 2) la Empresa, pues quienes la gestionan o dirigen pueden ser o no ser propietarios; y 3) la Familia, ya que no toda la familia empresaria tiene porqué tener vinculación laboral, directiva o dominical con la Empresa, pero sí puede llegar a tenerla en el futuro o bien formar parte de determinados órganos de decisión no societarios, como el consejo de familia.

Caben varios protocolos que rijan varias sociedades distintas de la misma familia. Imaginemos por ejemplo, dedicadas a

actividades o sectores diversos cada una de ellas. También cabría, pero no lo recomendamos, que varios protocolos rijan una sola sociedad mercantil. La ley lo admite pero el Real Decreto prohíbe la publicidad registral de varios protocolos simultáneamente. Y lo que es más habitual y coherente: que un solo protocolo rija varias sociedades mercantiles que todas ellas, como grupo, constituyen la empresa familiar.

En su naturaleza jurídica, el protocolo familiar es un negocio jurídico que como negocio principal y en relación de subordinación del resto de negocios subsidiarios -como pactos parasociales o estatutos sociales- se ejecuta en la sociedad o sociedades mercantiles que forman parte de la empresa familiar.

Suele ser un negocio jurídico múltiple o complejo, lo que significa que alberga en su seno varios negocios jurídicos concretos, que se irán ejecutando partiendo del negocio principal.

Por tanto, buena parte del protocolo aflorará en los estatutos sociales de las sociedades que regulan, pero quizás buena parte de su contenido no aflore en ellos y tendrá por tanto carácter de contrato parasocial en todo lo no aflorado, teniendo eficacia únicamente entre las partes que lo han otorgado. Y ello con independencia de su potestativa publicidad en el Registro Mercantil, que permitirá entonces la oponibilidad a terceros, luego lo veremos con detalle.

El protocolo familiar no es un precontrato de sociedad, no se limita a prometer la constitución de la sociedad, pues ello comportaría que finiría con la incorporación de ésta, sino que su causa jurídica y también su objeto es proyectarse durante la vida societaria y extenderse en su ejecución, regulando con supremacía frente a los estatutos sociales, el funcionamiento de las sociedades que lo integran. El planteamiento en de-

recho español es opuesto a la doctrina de la jurisprudencia norteamericana de que constituida la sociedad termina el contrato preliminar “incorporation terminates jointventure”. Esto es relevante jurídicamente, pues el protocolo alberga prestaciones contractuales que deben cumplirse y ejecutarse en momentos sucesivos, incluso durante años.

La supremacía del protocolo sobre los estatutos sociales no se presume por la ley, debe establecerse de manera inequívoca y expresa, ya sea en el propio protocolo o bien en otro documento del que resulte esa voluntad por los otorgantes.

Funciona como una sociedad interna, entre los socios, siendo su naturaleza un negocio jurídico de cooperación asociativa, ya que los firmantes no quieren configurar *ad extra* su empresa familiar sino que la causa jurídica está en vertebrar relaciones obligatorias para configurar las bases de actuación, el marco básico de funcionamiento de la empresa familiar, el propósito, la visión y la misión.

El Tribunal Supremo ha acogido sin ambages la supremacía del pacto extra-estatutario y su carácter preferente en relación de subordinación a lo pactado y publicado en estatutos, siempre en la relación interna entre los socios firmantes del pacto parasocial⁷.

Sin embargo lo extra estatutario no se circunscribe solamente al pacto parasocial o, en la empresa familiar, al llamado protocolo familiar. Pueden ser textos jurídicos no estatutarios de lo más diverso que vendrán a regir distintos aspectos de la vida societaria. Así, los pactos pre-societarios, que son

7 El Tribunal Supremo ha consagrado esta doctrina en varias sentencias, como el caso Jel-tex, S.A. (STS 15 de julio de 1995); el caso Galaxia Televisión, S.A. (STS 23 de marzo de 2001)

verdaderos precontratos que prometen y regulan la sociedad futura, los llamados pactos “infrasocietarios” que regulan de manera interna el consejo de administración o la junta general, códigos de buenas prácticas o de gobernanza, de buen gobierno de ESG.

En cuanto a la forma, rige aquí el principio de libertad de forma para el protocolo familiar. No es preciso que se otorgue en escritura pública o mediante acta notarial, ni siquiera para su publicación en el Registro Mercantil. No olvidemos que la publicidad del protocolo en el Registro se produce por vía de depósito, como las cuentas anuales. No se exige por tanto escritura pública si sus cláusulas no van a inscribirse, lo que sí rige para los estatutos sociales, que se inscriben⁸.

Requiere por tanto los requisitos propios de todo negocio jurídico multilateral, consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 CC), siendo libre la forma⁹.

Sin embargo, no es recomendable la forma meramente verbal. Que sea libre la forma no significa que haya que descuidar este elemento. La forma verbal, o incluso la escrita pero deficientemente documentada, llevaría a situaciones no queridas por la familia.

Nuestra recomendación es que el protocolo familiar esté cuidadosa y artesanalmente preparado, que responda a una profunda reflexión previa por parte de sus otorgantes, en proceso de gestación conjunto con asesores financieros, consultores y por supuesto un jurista, abogado especialista en derecho

8 Ver FERNANDEZ DEL POZO, Luis, (op. Citada) pág. 72.

9 Así resulta igualmente del art. 1278, 1279, 1280, del Código Civil y de las normas especiales el 1667 CC respecto de la sociedad civil, y el art. 117 del Código de Comercio.

mercantil, que no tiene porqué coincidir con el abogado de cabecera del fundador.

El abogado especialista recogerá la voluntad del fundador y de la familia, que ya habrá sido trabajada en el seno de este comité de gestación junto con otros asesores, la interpretará y deberá plasmarla documentalmente. Serán necesarias probablemente varias sesiones de análisis con la familia y también con otros asesores financieros, de revisión de borradores sucesivos, hasta lograr el documento final compartido, aceptado y querido por todos.

La duración del contrato: el protocolo familiar no puede ser perpetuo o indefinido.

El protocolo familiar, como ocurre en todos los contratos parasociales, no puede ser indefinido ni perpetuo. Debe tener una duración limitada y revisarse a tiempo, siendo excesivamente oneroso si la duración inicial es muy larga en el tiempo, y por tanto susceptible de nulidad *ad nutum* o denunciabilidad.

En algunos protocolos familiares puede existir la tentación errónea de establecer para el protocolo la misma duración que la sociedad que pretende regular. En tal caso, dado que la sociedad suele tener estatutariamente una duración indefinida, la consecuencia sería la denunciabilidad o *nulidad ad nutum* del protocolo. Es decir, pasado cierto tiempo, cualquiera podría denunciarlo y se declararía su nulidad por el juez o por el árbitro.

El derecho español, y ello es común con otros ordenamientos en derecho comparado, repele el carácter perpetuo o indefinido de las relaciones obligatorias, para evitar las vinculaciones

perpetuas o excesivas¹⁰. Si se establece su perpetuidad o incluso una excesiva duración deberá permitirse libremente la denuncia unilateral de buena fe o la separación de cualquiera de sus firmantes.

La sociedad puede ser indefinida, porque constituye una entidad jurídica con personalidad jurídica propia y separada de sus socios y tiene capacidad de obrar y legitimación para actuar en el tráfico mercantil como si fuera una persona física. Sin embargo el protocolo familiar, a pesar de su naturaleza de sociedad interna, carece de tal personalidad jurídica separada de sus otorgantes, en realidad no es más que un contrato, y por eso no puede ser indefinido.

10 El art. 1680 del Código Civil que establece para la sociedad civil, por tanto como regla general: La sociedad dura por el tiempo convenido; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el artículo 1700 y lo dispuesto en el artículo 1704. En el mismo sentido el 1700, 1704, 1706 y el art. 13 de la Ley de Sociedades Profesionales. En el Código de Comercio, el art. 224 y 225 reconocen al socio el derecho a instar la disolución o separarse de la sociedad. En la doctrina, por todos DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, Thomson Civitas.

En la jurisprudencia vemos numerosas sentencias que declaran la nulidad o separación ad nutum de contratos parasociales con carácter indefinido, perpetuo o incluso de duración excesiva. Se distingue por la ley entre la denuncia ordinaria o separación ad nutum, que no requiere alegar justa causa, de la denuncia extraordinaria que sí requiere de justa causa, así el art. 1707 CC o el 218 C.deCom. Ver la SAP de Ávila de 5 de junio de 2003. Actualmente la doctrina considera que para que haya separación o denuncia con justa causa deben darse circunstancias extraordinarias que permitan el derecho de separación. Ello nos lleva a tratar el derecho de separación, no ya del protocolo familiar sino de la sociedad mercantil, que ha adquirido notoriedad doctrinal en los últimos años. En efecto, la jurisprudencia reciente y la doctrina han ido ensanchando la interpretación de cuando existe justa causa o abuso, considerando que existe justa causa cuando se produce un incumplimiento grave de las obligaciones sociales, alteraciones sobrevenidas de las obligaciones sociales, o incluso desavenencias irreconciliables que llevan a quebrar la *affectio societatis*, que pueda incluso ser causa de disolución siquiera parcial de la sociedad, es decir separación. Sin embargo lo cierto es que no cabe generalizar en las sociedades mercantiles el derecho de separación, más allá de los supuestos legales ya ampliados sustancialmente con la publicación y reforma del art. 348 bis LSC.

El protocolo familiar puede y debe revisarse periódicamente por sus otorgantes, siendo posible pactar en su seno la revisión y modificación por mayoría de los firmantes. Sin embargo, en tal caso, los que se opusieran a la modificación dejarían de ser parte contractual, pues requiere consentimiento tanto el contrato originario como cualquiera de sus prórrogas, modificaciones o enmiendas.

Es conveniente establecer en los estatutos sociales la prestación accesoria para todos los socios de cumplir fielmente el protocolo familiar, siempre conforme a su duración, y quedaría extinguida la prestación una vez llegada la fecha del término final.

El tema es crucial, y ello porque uno de los objetivos del protocolo familiar es precisamente regular la sucesión futura, a la siguiente generación o incluso más allá. Por tanto la temporalidad limitada, parece que casaría mal con este propósito de los otorgantes.

De otro lado, acontece a menudo que los temas a tratar en cualquier revisión o propuesta de modificación serán difíciles de tratar y consensuar, por lo que existirá la tentación de fiarlo a largo plazo.

En mi opinión lo recomendable es establecer un sistema de revisión y actualización por unanimidad, o al menos con una mayoría muy reforzada, que permita la revisión y actualización en un tiempo razonable, por ejemplo cada diez años y, en todo caso, siempre que una nueva generación tome el mando o el control de la propiedad o exista un cambio de control por donación o sucesión.

Deberá pactarse que el disidente pueda salir o separarse del protocolo, y que ello conlleve también separarse o vender sus par-

ticipaciones de la sociedad o sociedades afectadas, regulando los plazos y los porcentajes de capital que el saliente podría transmitir en un determinado plazo, para evitar así una situación de descapitalización excesiva ante el ejercicio de un derecho de separación convencional excesivamente ampliado. Lo veremos más adelante, pero lo que no parece óptimo es que varios socios familiares quieran salir simultáneamente del capital, ejercitando un derecho de separación convencional, que llevaría a la sociedad probablemente a una situación de insolvencia.

Algún apunte sobre su contenido, en especial en materia de prevención del conflicto.

- 1) Expresar el propósito, la misión y la visión del protocolo familiar y de la empresa, será el primer elemento del contenido, como hemos expresado anteriormente. Este será el principio rector en la interpretación de sus cláusulas, ya que todo el contenido del contrato deberá dirigirse a lograr la visión y la misión.

El protocolo familiar debe ser un traje a medida, elaborado artesanalmente desde el conocimiento de la situación empresarial y familiar, en cuya redacción se unirá empresa y familia.

Debe expresar la visión y la misión que pretenden alcanzar, esto quiere decir que debe estar nutrido de los valores que la familia empresaria quiere incorporar y perpetuar¹¹.

11 Dice Íñigo Susaeta https://www.linkedin.com/posts/isusaeta_familiaempresaria-empresafamiliar-protocolofamiliar-activity-734426272236076032-pR59?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAAZLrYYByWnGGRaM-JpzxSGhhOrIawwVKBvQ, y tiene razón, que varias familias empresarias han criticado y denostado que el protocolo familiar frecuentemente no ha satisfecho sus necesidades

Por ejemplo en unos casos puede prevalecer como propósito principal el valor de la sucesión para la siguiente generación, pero en otros casos la familia puede decidir que no se produzca dicho traspaso generacional de la propiedad y de la gestión, y optar por valores altruistas, de propósito consciente, destinados a que los beneficios sociales se aporten a una o varias fundaciones, también familiares o no, o bien a otras entidades que van a desarrollar dichos valores de propósito o impacto.

Como explican Ward y Gallo —pioneros en el estudio del gobierno familiar—, el protocolo no impone reglas desde fuera, sino que recoge acuerdos desde dentro, contruidos con diálogo, visión y responsabilidad compartida.

Dice el profesor Gallo: “El protocolo no garantiza la armonía, pero la hace mucho más probable. No suple el afecto, pero lo organiza. No evita los conflictos, pero los gestiona con altura.”

- 2) El protocolo familiar debe regular las relaciones entre empresa y familia, y quien debe ser o no ser socio o accionista. Por ejemplo si el capital debe permanecer en la familia exclusivamente, o permitir la entrada de socios no familiares y con qué requisitos o límite cuantitativo, o bien si la Sociedad principal del grupo que constituye la empresa familiar puede o no cotizar en bolsa, o permitir la entrada de un socio financiero de capital riesgo y en qué porcentaje o cuota.
- 3) El protocolo familiar debe regular el sistema de funcionamiento y toma de decisiones, de manera que dicho proce-

y se ha convertido en un instrumento incluso perjudicial. Desde luego eso dependerá del procedimiento y de la calidad en su elaboración, para lograr el objetivo de que sea un instrumento eficaz para la empresa familiar.

so discorra con la máxima suavidad y consenso, sin estresar las relaciones entre los miembros de la familia, ni tampoco entre esta y el órgano de administración que, recordemos, podrá estar también integrado este último por consejeros no familiares incluso mayoritaria o totalmente.

Este objetivo me parece principal, ya que si lo logramos evitaremos el conflicto. Y el conflicto entre los familiares propietarios o directivos constituye el mecanismo destructor por antonomasia de la empresa familiar.

- 4) El protocolo familiar regulará los órganos de gobierno de la empresa familiar. Pueden crearse otros específicos, pero comúnmente tendremos el consejo de familia y la asamblea de familia. Recordemos que estos son órganos que se crean contractualmente en el protocolo, y carecen como tales de regulación legal, no son órganos de la sociedad sino de la empresa familiar¹².

La asamblea de familia puede tener diversas funciones, según se le otorguen en el PF. Es habitual que sea un órgano adecuado para recibir la información sobre la empresa familiar y su evolución, es el órgano adecuado para designar al consejo de familia, regulándose el procedimiento para escoger a sus miembros, pudiendo existir para su elección voto cualificado de determinados miembros de la familia. La asamblea de familia debería estar integrada por todos los miembros de la familia empresaria, que sean mayores de edad y parientes por consanguinidad.

12 CALAVIA MOLINERO, JM, Gobierno y administración en la empresa familiar, Real Academia Europea de Doctores, 2017. Es relevante la distinción, que indica el Dr. Calavia, hablamos de órgano de administración de las sociedades de capital que albergan la empresa familiar, frente a órganos de gobierno de la empresa familiar, que no son societarios.

El PF deberá regular quien forma parte y quien no de la asamblea, pero razonablemente evitaremos complejidades innecesarias si los parientes por afinidad, cónyuges o parejas de hecho de los familiares consanguíneos, que además no son propietarios, quedan excluidos de la asamblea. Son miembros de la familia pero no tienen porqué serlo de la asamblea de familia, que es un órgano de gobierno de la empresa familiar.

En particular nos referimos a continuación por su importancia al consejo de familia. Es el órgano principal de gobernanza de la empresa familiar.

La primera cuestión es quién lo escoge y decide su composición. El PF debe regular esta cuestión.

El consejo de familia debe supervisar o controlar la función del órgano de administración de la sociedad familiar, asegurando que éste cumple con el propósito y con la misión encomendada. Normalmente formarán parte de él miembros de la familia empresaria de especial relevancia, por sus funciones de dirección, en el consejo de administración, por su cuota en la propiedad de las sociedades mercantiles familiares, etc.

Pero también debe incluir a otras personas, consejeros independientes, que son ajenos a la familia y que no deben tener una especial vinculación afectiva o de confianza con el fundador o con otros familiares. Por ejemplo el abogado de confianza del fundador no debería formar parte, entre otras personas afines al fundador, ya que no se trata de acomodarse y dar la razón al fundador, sino de generar el debate, y el fundador deberá agradecer precisamente que le lleven la contraria, no que le confirmen sus postulados. Son reco-

mendables las reflexiones del Dr. Jaume Llopis, académico numerario de la RAED, y que seguimos en este punto.¹³

El consejo de familia tiene como principal función ejecutar el cumplimiento del protocolo, es decir conseguir que se cumpla el protocolo familiar en sus líneas maestras, en su propósito y visión. También si se ha llegado en el PF a cierto detalle en su redacción, asegurando así que las reglas y principios del PF son cumplidos. Y ello en todo lo fundamental que sería, a saber:

- Cumplimiento de la misión: la permanencia de la empresa en la familia. Si es que este es el propósito de quien ostenta la propiedad.
- La sucesión y tránsito a la siguiente generación. Muchos son los llamados pero pocos los elegidos. Esta es la diferencia entre *vocatio* y *delatio* en derecho de sucesiones. La vocación es el llamamiento abstracto a favor de aquellos que potencialmente tienen derecho a heredar, pero no están ciertos de su cualidad de heredero ni de su derecho a la herencia. En cambio la delación es el llamamiento concreto a un heredero que ya tiene derecho a aceptar o repudiar.
- Vigilar y controlar el órgano de administración.
- La contratación de familiares, requisitos, exigencia y proceso para su incorporación a la empresa familiar.
- La política retributiva de los miembros de la familia, tanto a los propietarios, directivos y también no propietarios. No

13 Ver los estudios sobre empresa familiar y composición del consejo de familia de LLOPIS, J, *Management by lies*, Deusto 2009. O también la obra *500 Tweets for better management*, Profit, 2018.

olvidemos que los no propietarios, sean o no empleados, frecuentemente pueden recibir retribuciones o donaciones.

- Y muy importante, el consejo de familia velará por evitar los conflictos en el seno de la familia empresaria, o mediar si aparecen y articular los mecanismos para su solución por medios pacíficos, como es su remisión a la comisión de solución de conflictos.

En el PF conviene regular también otros órganos y comités que normalmente darán apoyo al consejo de familia en la toma de decisiones, seguimos aquí algunas pautas indicadas por el Dr. Calavia, obra citada:

- Comité de formación, que dará apoyo al consejo de familia en cuáles son los requisitos de formación para acceder a la empresa y para permanecer en ella por parte de los familiares que inicien su colaboración.
- Comité de selección, puede ser independiente o bien estar integrado con el de formación como uno solo. Hará propuestas al consejo de familia sobre quiénes están mejor preparados para ingresar en la empresa familiar y los puestos que pueden ocupar en ella en consideración a sus capacidades y formación.
- El comité de liquidez, debe analizar y aconsejar a los órganos de gobierno y de administración sobre las necesidades de liquidez de los miembros de la familia y crear un fondo de liquidez. Puede elaborar dictámenes teniendo en cuenta los resultados de la empresa y la liquidez existente y elevarlos al órgano de administración a fin de que se tengan en consideración para el reparto de dividendos.
- La oficina familiar o *family office*, que tiene como función orientar y aconsejar a los miembros de la familia sobre la ges-

tión de su patrimonio. De la oficina familiar deben formar parte consultores o asesores financieros, abogados y asesores fiscales.

- El comité de solución de controversias. Muy importante en la materia que aquí nos ocupa. El comité deberá estar integrado por miembros de la familia y de la empresa familiar y también por asesores externos, verdaderos guardianes de la paz: juristas, economistas o financieros, que deberán detectar posibles quiebras de la unidad familiar o bien la existencia de intereses diversos por los propietarios. Por ejemplo imaginemos la situación tras una larga época sin poder repartirse dividendos para propietarios que no trabajan en la empresa y no reciben retribución alguna.

- 5) El PF debe regular el tránsito a la siguiente generación, definiendo adecuadamente los conceptos pero dejando margen y flexibilidad al consejo de familia para ejecutarlo como consideren más conveniente, evitando ante todo la hiperregulación, pues su dificultad de interpretación llevaría a situaciones de conflicto.

Deben regularse los requisitos para la designación, por ejemplo si ya estamos en el tránsito de la segunda a la tercera generación, es probable que haya varias ramas o estirpes de la familia, y que todos ellos deseen que uno de los descendientes de su estirpe entre como directivo o empleado en la empresa familiar.

Y recordemos siempre que el PF regula el tránsito generacional y los principios que deben regirla, pero no la sucesión como tal, pues la regulación de la sucesión es propio del testamento o del pacto sucesorio.

- 6) El PF debe regular las políticas de retribución de los familiares que se incorporan a la empresa, el plan de carrera en virtud de las circunstancias profesionales y vocacionales del familiar en concreto.
- 7) El PF debe velar, ya lo hemos dicho, por la armonía en el seno de la familia y de la empresa familiar, y para lograrlo debe dar a cada uno lo suyo, es decir, lo que razonablemente le corresponda considerando su posición en el capital social de la sociedad holding o de las distintas sociedades propietarias de la empresa familiar. En términos de liquidez, pero también según su formación, su capacidad de liderazgo en la familia y en la empresa, entre otras circunstancias que deberán considerarse y que finalmente el consejo de familia debería concretar.
- 8) El PF regulará el procedimiento de transmisión *inter vivos* de las acciones o participaciones sociales de la sociedad o sociedades mercantiles que son propietarias de la empresa familiar.

El PF debe regular los procedimientos para dejar de ser socio y tener la posibilidad de transmitir la propiedad, con carácter preferente a otros miembros de la familia. Acontece que en las empresas familiares, de estructura cerrada con pocos socios, la liquidez en la transmisión no es fácil si nadie está dispuesto a comprar o será difícil que haya acuerdo en el precio.

Y es por ello que deben regularse procedimientos ordenados de salida, incluso si no hay alternativa que permita la continuidad del capital en la familia, a través de la venta a un tercero que no sea miembro de la familia.

La salida del capital e incluso que la empresa deje de ser familiar -es decir que desaparezca la propiedad mayoritaria o control por la familia- será siempre preferente a otros escenarios de confrontación que, en una empresa mediana o pequeña, comportan serio riesgo de destrucción por bloqueo o inacción.

- 9) Enlazado con lo anterior, el PF debe **regular la solución de las controversias si finalmente surgieran o cristalizaran**. Acudir a mecanismos eficaces y ágiles en dicha solución, a través de métodos de negociación y mediación en el seno de la comisión de solución de controversias, y si no es posible llegar a una solución en el seno de la comisión, deberá articularse cómo solventar la controversia como tal, ya sea judicialmente o mediante arbitraje.

La comisión de solución de controversias deberá advertir de estas situaciones y proponer soluciones al consejo de familia y al órgano de administración, para evitar que las laceraciones o el estrés acaben en conflicto abierto.

Es ya en este momento de estrés cuando el comité puede proponer la designación de un mediador o de un amigable componedor¹⁴.

Este procedimiento de mediación evitará un conflicto abierto que solamente podría resolverse en arbitraje o bien judicialmente, incluso a menudo el laudo o la sentencia no solucionarán el problema de fondo, mas únicamente la concreta cuestión solicitada al juzgador, que probablemente se

14 El Código Civil se refiere a la figura del amigable componedor, art. 402 y 403 del CC, como un tercero que podrá resolver la controversia y cuyo dictamen o propuesta, si es aceptada por las partes, resolverá definitivamente la controversia, evitando el arbitraje o el litigio judicial.

referirá a una decisión concreta de un órgano de la sociedad, pero puede haber varias sociedades, y multitud de acuerdos y decisiones que son susceptibles de ser impugnadas a futuro, por lo que habitualmente el litigio concreto y su resolución no es la solución de la controversia en su conjunto.

Tan importante o más que el contenido del PF **es el procedimiento para su elaboración**. Hay que empezar probablemente por varias sesiones de trabajo en la que los expertos que van a elaborar el PF deben exponer las ideas básicas a los miembros de la familia, al menos a los propietarios y otros llamados a participar en la empresa familiar.

En las sesiones de trabajo debe existir comunicación fluida y sincera, expresando los miembros de la familia los valores principales que deben regir la empresa familiar, el propósito expresado en la misión y en la visión, y poco a poco ir avanzando hacia las cuestiones de gobernanza, de órganos de gobierno y de órganos de administración. De lo conceptual y fundamental a lo más concreto.

Los expertos deben recepcionar e interpretar la voluntad de los miembros de la familia, pensando siempre en la consecución de los valores a largo plazo.

Los expertos deberán ser idealmente dos profesionales. Por un lado un jurista, abogado especialista en derecho mercantil, independiente del fundador, con amplia experiencia en empresa familiar y en la elaboración de PF, y si es posible que tenga sólidos conocimientos de derecho civil sucesorio o bien que tenga en su equipo abogados especialistas en esta materia.

De otro lado deberá intervenir también un asesor financiero o consultor con experiencia en la gestión o el asesoramiento de

empresas familiares, podrá ser una persona de confianza del fundador o de los propietarios, pero independiente de ellos. En esta fase de gestación del PF esta figura del profesional de confianza puede ayudar, pero no en cambio para formar el consejo de familia, donde necesitaremos profesionales con escasa o nula vinculación previa.

En otras palabras, en la fase de elaboración del PF los profesionales deben ser independientes, idealmente ajenos a la empresa y sobre todo imparciales e independientes de cualquiera de las ramas o estirpes de la familia.

Estos expertos elaborarán un verdadero traje a medida, unos documentos artesanales, y una vez concluidos idealmente los deberán explicar y presentar a los miembros de la familia empresaria, para que su contenido sea comprendido y asumido perfectamente por las partes del contrato.

Instrumentos de ejecución del protocolo familiar: estatutos sociales y pactos parasociales.

El PF es el conjunto de principios fundamentales y normas que regulan el buen gobierno y funcionamiento de la empresa familiar y la actuación de la familia en el seno de la empresa.

Sin embargo el PF se ejecutará en la sociedad de capital, anónima o limitada, sea una o varias, y en su caso dependientes de una holding. Y la ejecución deberá realizarse a través de varios instrumentos. Uno de ellos será el propio PF, que ya deberá establecer el método de ejecución y normas concretas para ello.

En su gran mayoría, los principios del PF se plasmarán en los estatutos sociales de la sociedad holding y de todas las socie-

dades que integran la empresa familiar. Los estatutos sociales sí tienen siempre plena eficacia frente a terceros y frente a la sociedad, e incorporan las normas de gobernanza, representación, administración, funcionamiento, transmisión de acciones o participaciones, entre otras muchas, de la propia sociedad.

Por tanto, en los estatutos sociales deberán desarrollarse los principios plasmados en el PF, de tal modo que la coordinación sea máxima entre ambos instrumentos jurídicos, estando los estatutos sociales al servicio del cumplimiento del PF.

De nuevo los estatutos sociales serán un segundo traje a medida, deberán estar personalizados y conviene huir de los modelos o textos genéricos, pues con ellos no conseguiremos el objetivo principal que es la ejecución del PF y la debida coordinación con el mismo¹⁵.

Una de las cláusulas estatutarias que eventualmente pueden establecerse es la prestación accesoria que obligue a los socios familiares a firmar y cumplir el protocolo familiar. Por tanto la prestación, de no cumplirse, la consecuencia sería que el infractor podría ser excluido de la sociedad, a través del procedimiento de exclusión de socios que regularán los propios estatutos y que prevé la Ley de Sociedades de Capital.

También convendrá incluir en estatutos cláusulas de restricción de transmisión a terceros que sean ajenos al núcleo familiar, distinguiendo aquí entre grados de parentesco y estirpe.

Quorum reforzado para la adopción de determinados acuerdos sociales, pudiendo distinguir entre categoría de socios familia-

15 CALAVIA MOLINERO, JM, Gobierno y administración de la empresa familiar. Real Academia Europea de Doctores, 2017.

res o no familiares, que ostentarán diferentes derechos y clases de acciones o participaciones.

Delimitación de competencias de la junta general y del consejo de administración.

Regulación de la posible exclusión de socios, como indicábamos en coherencia con la prestación accesorio consistente en estar y pasar por el protocolo familiar.

Cláusulas que permitan solucionar situaciones de bloqueo, a través de la transmisión de las acciones o participaciones, mediante opciones de venta o compra, con preferencia a los socios familiares, que se regularán con detalle en el PF.

Y también en la línea de evitar el conflicto, podremos regular el derecho de separación, restringiendo o ampliando en algún caso, por vía estatutaria, los supuestos estrictos que plantea la Ley.

También pueden ser de gran utilidad **los pactos parasociales** para la ejecución de determinados principios mandados en el PF. Como ya hemos comentado la naturaleza jurídica del PF es ser un pacto parasocial, así será habitualmente.

Sin embargo puede ser conveniente regular específicamente determinados pactos parasociales que coadyuvarán en la ejecución del protocolo familiar, y eso ocurrirá en ciertos casos y dependerá de la complejidad de la empresa familiar. En tales contratos podremos reforzar y concretar cuestiones ya plasmadas en el PF que no convenga incorporar a los estatutos sociales.

El contenido de estos pactos parasociales puede ser muy diverso: los pactos de sindicación de voto para votar en determinada dirección en las juntas generales mediante el ejercicio unificado

del derecho de voto, ya sea para ejercer el control como mayoría o bien como defensa si son minoría; pactos de sindicato de bloqueo; los pactos de permanencia y no transmisión de la propiedad durante un determinado plazo, como prohibición de disponer; pactos para capitalizar la sociedad en casos de aumento de capital o realizar aportaciones de socios a fondo perdido en caso de pérdidas o proyectos de inversión; pactos de prohibición de competencia; reparto de cargos en el órgano de administración, etc.

Eficacia y oponibilidad del protocolo familiar.

Hay que distinguir entre la coercibilidad llamada en el ámbito anglosajón *enforcement* del PF, frente a la oponibilidad del mismo. El PF, como cualquier otro contrato, es obligatorio para las partes otorgantes y sus herederos, pero solamente para ellos. No lo será para terceros y, como veremos, es dudoso que lo sea frente a la sociedad.

El PF será obligatorio y deberá cumplirse, ¿cómo lo conseguimos?

Conviene incluir cláusulas que realmente lo hagan obligatorio y eficazmente coercible, que sean armas disuasorias ante la tentación incumplidora de cualquiera de las partes.

Ya hemos comentado que un medio posible es la prestación accesoria que puede incluirse en los estatutos, por la cual los socios familiares serán excluidos de la sociedad si incumplieren el PF, posibilidad esta que abrió explícitamente la Ley 28/2022¹⁶, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, en prin-

16 - Ley startups (Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

cipio norma especial aplicable únicamente a esta categoría de sociedades mercantiles.

La exclusión como socio, que deberá aprobarse por la junta general, podrá regularse estatutariamente en cuanto a su procedimiento y especialmente en cuanto al precio que se fije para la cuota del excluido. Ello en la medida de que se trata de lo que se suele llamar en el argot del mundo de las fusiones y adquisiciones, de un *bad leaver*, es decir alguien que sale de la empresa familiar y de la sociedad sin que su salida sea deseada por la mayoría, ni por el órgano de gobierno.

Podría acontecer que el interesado en salir de la sociedad realmente provoque con su incumplimiento el mecanismo de exclusión, y ambicione un precio de mercado como pago de su cuota cuando se apruebe la exclusión. Es por ello que conviene que la exclusión no acabe siendo un premio para el incumplidor y por ello deberá regularse un precio final que sea disuasorio al incumplimiento.

Hay también otros métodos para reforzar que el PF, y otros pactos parasociales que lo acompañen, sean cumplidos por las partes. Cabe articular una cláusula penal que sea gravosa y que el incumplidor debería satisfacer en caso de incumplimiento, imponer restricciones a sus derechos políticos y económicos, como la suspensión del derecho de voto, etc.

En caso de tener que ser reclamada esta cláusula penal, la ventaja es que su ámbito sería puramente contractual, entre partes contratantes, es decir no intervienen cuestiones societarias que atañen al derecho de sociedades, y que requieren de oponibilidad para su eficacia.

Cuestión distinta es la eficacia frente a terceros¹⁷ que no forman parte del contrato y especialmente la llamada oponibilidad frente a la sociedad o sociedades de capital que albergan la empresa familiar, pues pueden ser varias las personas jurídicas afectadas por el pacto parasocial o protocolo familiar.

La solución idónea será dar publicidad a dichos pactos parasociales, incluido el PF, y así tendrá lugar si son depositados en el Registro Mercantil, conforme regula el Real Decreto 171/2007.

Sin embargo qué ocurrirá si el PF y los pactos parasociales se mantienen sin publicidad registral, y ello puede ocurrir por descuido o por el deseo comprensible de mantener la confidencialidad de su contenido.

Vamos a ver la evolución de esta discusión en la doctrina y la jurisprudencia españolas.

De un lado la literalidad de la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 29 dice que “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.”

La prohibición es categórica pero ello no ha impedido que, en los últimos años se abra paso en la doctrina y la jurisprudencia una tendencia restrictiva en la interpretación de la norma, que tiende a admitir que si tales pactos son conocidos, por tanto no se mantienen reservados y son conocidos por la sociedad, más allá de los socios, sí serían eficaces frente a la sociedad.

17 - Ver FERNÁNDEZ DEL POZO, L., obra citada. Igualmente los estudios de PAZ-ARES, C. “El enforcement de los pactos parasociales”, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 2003. “Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción”, RDM, num. 325/2022.

De otro lado el art. 86.1 de la Ley de Sociedades de Capital, establece con claridad meridiana: “En los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.”

Una idea de la importancia de las prestaciones accesorias nos la da el hecho de que su incumplimiento puede determinar la anulación de determinados acuerdos sociales, la ineficacia de una determinada transmisión de participaciones o la exclusión de un socio.

Una parte de la doctrina considera que cuando el pacto parasocial esté integrado y suscrito por todos aquellos que constituyen el llamado sustrato asociativo, de modo que sean firmantes del contrato parasocial los mismos que son socios de la sociedad y estén todos ellos unánimemente, no puede considerarse la sociedad como un simple tercero ajeno al pacto. En consecuencia, según esta tesis, el pacto parasocial, si es firmado por todos los integrantes de la sociedad como persona jurídica, será oponible y tendrá eficacia frente a la sociedad, igual que si se tratara de una cláusula estatutaria inscrita¹⁸.

En este sentido la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DG), ha sentado la doctrina afirmando que es inscribible la prestación accesorial en estatutos sociales consistente en cumplir el protocolo familiar.

Las Resoluciones de la DG de 26 de junio de 2018 y 11 de octubre de 2024 establecen la doctrina de admitir la inscripción

18 CALAVIA MOLINERO, JM, obra citada

de las prestaciones accesorias, interpretando el art 86 LSC, que exige que su contenido sea concreto y determinado, en consonancia con el art. 1273 del Código Civil, ya que la prestación accesoria es obligación entre partes, y por tanto bastaría con que la prestación accesoria recogida en los estatutos quede determinada en el documento de protocolo familiar y así *“resulta admisible no sólo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata”*, siempre que sea posible tal determinación sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes o que quede al arbitrio de una de ellas.

En conclusión, la DG admite la inscripción de tal prestación accesoria por entender que *“la obligación en que consiste la prestación accesoria 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 participaciones sociales quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable—ex artículo 1273 del Código Civil— en la forma prevista”*.¹⁹

19 Y, si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y, al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación. Es cierto que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con ello, resulta admisible no sólo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas (.....)la obligación en que consiste la prestación accesoria

Por otro lado, el proyecto de Código Mercantil de 2018 en su art. 213.21, proponía un sistema de oponibilidad dura, considerando que los acuerdos sociales de la sociedad contrarios a lo pactado en el contrato parasocial, serán válidos.

Frente a ello el Tribunal Supremo²⁰ ha suavizado la inoponibilidad, optando por una posición más blanda: *“La mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado.”*

Las Audiencias Provinciales de Barcelona y Madrid han dictado varias resoluciones, considerando el pacto parasocial omnilateral como manifestación del interés social, de modo que la doctrina sentada es que el acuerdo social que contravenga un pacto parasocial omnilateral, donde son parte todos los socios y también la sociedad, puede ser considerado una vulneración del interés social y declararse su nulidad.

Incluso se han adoptado medidas cautelares por los Juzgados Mercantiles por infracción de un pacto parasocial, declarando la suspensión de acuerdos sociales contrarios al pacto parasocial ya que son clara infracción del mismo, considerando el propio pacto como elemento definidor del *fumus boni iuris*, es decir,

está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se re-seña, 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 participaciones sociales quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable –ex artículo 1273 del Código Civil– en la forma prevista.

Debe concluirse que la cláusula debatida es inscribible, por no rebasar los límites generales a la autonomía de la voluntad, por cuanto no se opone a las leyes ni contradice los principios configuradores de la sociedad anónima (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil)."

20 - STS n. 300, 7.4.2022 (*Fini Sweets*) (ponente Díaz Fraile) demanda de cumplimiento de pacto. STS n. 613, 17.11.2020 (*Duro Felguera*) (ponente Sarazá) impugnación de acuerdo social contra pacto.

de la apariencia de buen Derecho. Ver por ejemplo Auto del Juzgado Mercantil 7 de Barcelona, de 22 de febrero de 2021.

También debemos citar aquí la recientísima sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Sevilla, de 28 de julio de 2025, en demanda interpuesta por una sociedad de responsabilidad limitada contra la calificación del Registrador Mercantil, en la que se impugna dicha calificación por considerar no inscribible la prestación accesorio en estatutos sociales que exige el cumplimiento de un protocolo familiar no inscrito, pero sí referenciado en el texto estatutario por referencia a una escritura pública que consta en el correspondiente protocolo notarial.

El juez mercantil, tras revisar la doctrina antes expuesta de la DG, considera que no procede la inscripción dando la razón al Registrador, y entiende que la interpretación de la DG es excesivamente generosa por permitir una determinación primaria o mediata de la cláusula, entendiendo que debe prevalecer la claridad literal del art. 86 LSC, que exige que el contenido de la prestación accesorio sea concreto y determinado, considerando el magistrado que no lo será por simple referencia a una escritura pública que no consta en los estatutos, es decir de carácter extra tabular, por tanto no inscrita.

Para ello se apoya en la doctrina del Tribunal Supremo, en particular en la STS 120/2020, de 20 de febrero. Esta doctrina distingue claramente entre los pactos parasociales no inscritos, con mera eficacia *inter partes* y contenido y aplicación obligacional, frente a los pactos parasociales publicados en el Registro Mercantil que, igual que los estatutos sociales, entran en el ámbito de las sociedades de capital.

Incluso, sigue diciendo la sentencia, admitiendo una indeterminación “primaria y mediata”, cabría únicamente aceptarla

respecto de la cuantía -ex. Art 1273 CC y 1261 CC- pero nunca en cuanto al contenido de la prestación accesorio. Un pacto parasocial cuyo contenido está indicado en el Registro mercantil por su referencia a la escritura en que se contiene es un pacto reservado inoponible a la sociedad (art. 29 LSC).²¹

Destaca también la misma sentencia que la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, ley de start up's, es una ley especial y por tanto no puede aplicarse con carácter general la excepción que la misma manifiesta, que sí admite claramente la remisión extra registral al pacto parasocial.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 7 de abril de 2025, versa sobre la eficacia interna y externa de un pacto parasocial que exige unanimidad de los socios para las votaciones relativas a un aumento de capital social. Lo interesante de la sentencia es que considera que la prestación pactada por los socios exigiendo unanimidad es válida, aun contraviniendo al art. 200 LSC, que rechaza la exigencia de acuerdos por unanimidad, y entiende que contractualmente sí cabe imponerlo a los socios.

Considera así que los socios han incumplido el pacto de socios y deberán estar y pasar por él, pero a la vez considera el tribunal que no procede la remoción de los efectos derivados del acuerdo de ampliación de capital impugnado, adoptando todos los acuerdos que procediesen a fin de dejar sin efecto el mismo, reponiendo a la parte actora en su legítima participación socie-

21 Concluye la sentencia: "Consideramos, en resumen, que no cabe la determinabilidad en cuanto al contenido de una prestación accesorio. En todo caso, no puede hablarse de determinación del contenido de la prestación accesorio por el hecho de que se indique que su contenido está delimitado extramuros del Registro Mercantil en un protocolo notarial reservado."

taria. Sí cabe la indemnización y resarcimiento de daños y perjuicios – que sin embargo no se acreditan en el caso de autos-, pero lo que no es posible es condenar a los socios a adoptar un nuevo acuerdo de aumento.



⊗ VI. LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR Y LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA HACERLA POSIBLE

El PF será necesario pero no suficiente para llevar a buen puerto la sucesión de la empresa familiar. El abogado y otros asesores, financieros o consultores que ayuden a la familia empresaria en el proceso de sucesión, deberán ser personas, al menos los juristas, que conozcan bien el derecho civil de sucesiones.

También deben conocer el derecho mercantil para redactar el PF y los estatutos de las sociedades mercantiles que controlan la empresa familiar, entre otros documentos necesarios. Por tanto el equipo jurídico deberá componerse de varios especialistas, ya que el PF deberá ejecutarse a través de documentos diversos que entran en el ámbito del derecho de sucesiones.

Y lo primero que hay que saber al respecto, es que dependiendo de la residencia civil del propietario que quiere otorgar su voluntad sucesoria, la normativa del derecho de sucesiones en España tiene notables diferencias dependiendo del territorio. En especial, en Catalunya, pero también en Baleares, Navarra, Euskadi, Aragón y Galicia, la normativa del derecho de sucesiones presenta modificaciones sustanciales frente al régimen común del Código Civil, que sí es aplicable en el resto de territorios.

El Código Civil no admite la figura del contrato sucesorio, que sin embargo ha alcanzado históricamente, y también modernamente en los últimos años, un importante desarrollo en varios territorios del Estado con derecho civil propio.

También existen diferencias notables respecto a la naturaleza jurídica de la legítima, es decir, la porción hereditaria que el causante debe disponer a favor de los legitimarios o herederos forzosos. En el Código Civil son dos tercios a favor de hijos y descendientes, pudiendo destinar uno de esos dos tercios, llamado de mejora, a favor de los descendientes sean hijos, nietos, o incluso bisnietos.

Así en el Código Civil, de tradición germano-visigoda, la protección de los herederos forzosos es sustancial, teniendo derecho a recibir la legítima en bienes de la herencia como regla general, creando un derecho de naturaleza cuasi real o *ius ad rem* sobre los bienes hereditarios a favor de los herederos forzosos.

Únicamente y de forma excepcional permite el Código en el art. 1056 que el testador, al ordenar en testamento la partición, decida expresamente que los legitimarios perciban su legítima en metálico, con el fin de mantener la unidad de la explotación económica o el control de una sociedad de capital.

En cambio, el Codi Civil de Catalunya, recoge la tradición romana de la legítima, que en Catalunya es un mero derecho de crédito, y el legitimario no puede exigir que se le entreguen bienes de la herencia, sino solamente una cantidad de dinero en metálico. Así cabrá que el testador adjudique a uno o a varios herederos la mayoría o la totalidad de las acciones o participaciones sociales, y a ciertos legitimarios únicamente la legítima en dinero.

A los efectos que aquí nos ocupan, la variedad legislativa más significativa que debemos señalar es que en Catalunya el causante, titular de todo o parte del capital de las sociedades que son titulares de la empresa familiar, podrá pactar en un **contrato sucesorio** la transmisión con efectos *mortis causa*, a favor de algunos o varios de los herederos o sucesores.

Es decir, se trata de un verdadero contrato sucesorio, y por tanto irrevocable entre el causante y el sucesor, manteniendo aquella propiedad de la empresa en vida y produciendo efectos traslativos a su fallecimiento.

Como tal contrato sucesorio será irrevocable, en sus distintas modalidades de *heretament* para designar herederos, o bien contrato sucesorio de atribución particular, para la disposición de bienes concretos.

Esta posibilidad permite dar certidumbre a los familiares que han designados como sucesores y establecerlo con carácter bilateral, con derechos y obligaciones, regulando sus requisitos y obligaciones a cumplir por el sucesor.

Conviene regular con detalle tales documentos, ya que a diferencia del testamento que es revocable siempre por el testador, los contratos sucesorios no lo son, salvo por infracción de las obligaciones sustanciales contenidas en los mismos. Imaginemos por ejemplo que el designado en *heretament* abandonara la empresa familiar, en tal caso podría considerarse incumplida la obligación principal que como sucesor debe cumplir, siempre que así se exija en el contrato sucesorio.

El testamento, pactos sucesorios y capitulaciones matrimoniales, todo hilvanado en armonía con el protocolo familiar, nos permitirá garantizar la transmisión de la empresa a los sucesores de la familia empresaria, convirtiéndola en empresa familiar multigeneracional.



⊗ VII. ¿QUÉ HACER SI SURGE EL CONFLICTO? SOLUCIONES JURÍDICAS PARA LOGRAR LA PAZ SOCIAL EN LA BREVEDAD POSIBLE. CLÁUSULAS DE DESBLOQUEO O SALIDA. MEDIACIÓN Y NEGOCIACIÓN. EL ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

Si hasta aquí se ha seguido lo expuesto por los responsables de la empresa y de la familia empresaria, no debería surgir el conflicto, o raramente surgirá.

Entendemos por conflicto o controversia en la empresa familiar el desacuerdo sustancial en la visión o misión, en la gobernanza, o en la sucesión de la empresa familiar, entre otros posibles, que no sea posible encauzar amigablemente por el método que el protocolo familiar establezca como solución.

Encauzar amigablemente significa que el PF deberá establecer mecanismos para dar solución a los deseos o aspiraciones de los propietarios y demás familiares, sean o no propietarios y lo puedan ser en el futuro. Cuando se frustra el deseo, y no se ofrece una solución, cristaliza el conflicto.

Para ello el PF establecerá el funcionamiento de comisiones específicas, como la comisión de liquidez o la comisión de conflictos, y regulará los mecanismos para solucionar tales aspiraciones.

Vamos a exponer un caso típico, frecuente en la práctica, y que si no está correctamente previsto y regulado, suele terminar en conflicto abierto.

Puede ocurrir que llegada la segunda o tercera generación, algún miembro de la familia desee vender su participación en el capital y salir de la empresa familiar. Teniendo en cuenta que normalmente se tratará de sociedades no cotizadas, a menudo de carácter cerrado, es posible que esta aspiración no pueda verse satisfecha por no poder o no querer otros socios o accionistas, sean o no familiares, adquirir la cuota de capital del saliente.

Se tratará de una participación en el capital no líquida, y son situaciones que pueden perpetuarse durante muchos años, especialmente si el socio afectado no tiene percepciones en la empresa familiar, como empleado o directivo, y más todavía si los beneficios son escasos o no cabe el reparto de los mismos por razones de reinversión en proyectos empresariales y así se acuerda por la mayoría del capital social.

También será difícil acudir a terceros inversores, ajenos a la empresa familiar, ya que difícilmente estarán interesados en una participación minoritaria, ilíquida y que no permite obtener rentabilidad alguna a corto plazo.

Por tanto deben establecerse mecanismos para evitar situaciones de bloqueo, para evitar el derecho de separación de forma intempestiva, para evitar el abandono de la sociedad, entre otras situaciones que pueden llevarnos a la judicialización de la empresa familiar.

Son conflictos que, una vez abiertos, pueden durar muchos años, transmitirse de generación en generación, y que ocasionan gran laceración a los miembros de la familia empresaria y a la propia empresa familiar, acabando por erosionar su propio funcionamiento, detener o suspender proyectos, entre otras pérdidas y mermas considerables, e incluso comprometer su viabilidad.

El art. 348 bis de la LSC establece el derecho de separación a favor del socio, para el caso de no reparto de beneficios sociales o bien si se hubieren repartido por debajo del veinticinco por ciento, con determinados requisitos y condiciones. Esta y otras soluciones extremas, como el ejercicio del derecho de separación, deben evitarse por vía estatutaria y por el propio PF, pues para eso están ambos instrumentos, para evitar situaciones de quiebra de la confianza y para garantizar la paz social, esta es una materia que tratamos ampliamente en el libro publicado por la RAED en 2018, con motivo de mi ingreso como académico.²²

Se puede limitar o demorar en el tiempo el derecho de separación, pero no es posible prohibir el derecho de separación de manera perpetua si no se establecen mecanismos de salida y de desbloqueo que permitan hacer líquida la participación en el capital. Y tales mecanismos deben ser ágiles.

También es posible que no se plantee la venta por un socio familiar y que el conflicto consista en la paralización de los órganos sociales: podría ocurrir que uno o varios socios que ostenten una minoría cualificada, o una mayoría de bloqueo, obstaculicen los acuerdos sociales votando en contra de los mismos, pudiendo llevar a la sociedad a situación de paralización en sus órganos, ya sea la junta general o el consejo de administración, o ambos.

Estas y otras situaciones pueden ocurrir si no se ha previsto previamente, si no se ha reflexionado sobre ello y no existen procedimientos o remedios para la evitación del conflicto. Y normalmente, en mi experiencia, no se producen tales conflic-

22 FERNÁNDEZ-CUELLAS, R. La dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital. RAED, 2018.

tos si están previstas las situaciones que los originan y se ha dado cauce de regulación y solución en el PF.

Una vez abierto el conflicto, si no hay previsiones para su solución que sean óptimas, por ejemplo por la vía del arbitraje o de la mediación, su extensión en el tiempo, provocando varios escenarios de tensión, de paralización de órganos, de carencia de medios incluso para la congrua subsistencia del afectado y de su familia, comportará un enorme sufrimiento.

Como abogado que lo ha vivido en la piel de otros pero también recibiendo ese sufrimiento ajeno que llega a ser percibido como propio, sufriendo también por mis clientes, debo decir que toda previsión es poca para evitarlos.²³

Vamos a comentar, a título de ejemplo, algunas posibles cláusulas tendentes a evitar el conflicto, aunque las posibles situaciones fácticas son muchas y no podemos agotar el catálogo de situaciones.

23 Recuerdo un caso de conflicto abierto en una empresa familiar, donde no existía ni protocolo familiar ni tampoco estatutos sociales que fueran adecuados, en el que uno de los hermanos fue excluido de toda retribución, en un consejo de administración donde los tres hermanos eran miembros, pero solamente dos percibían retribución. Además la sociedad, al iniciarse la controversia, estuvo años sin repartir beneficios, sin razón de peso que lo justificara pues el resultado era positivo y las inversiones no eran significativas. El hermano excluido de todo ingreso, que era mi cliente, quedó en minoría en la junta general y en el consejo de administración, y se vio durante años privado de todo ingreso, debiendo subsistir con ayudas de su entorno, mientras seguía siendo propietario de un enorme patrimonio empresarial. Y esta situación duró años, hasta que logramos con el ejercicio de acciones judiciales y sentencias favorables, alcanzar un acuerdo global. Afortunadamente esto hoy día sería diferente, se abriría otro abanico de soluciones, pues la jurisprudencia modernamente ha acogido como abusivas tales situaciones y ha establecido mecanismos para su solución, incluso a través de intervenir en la junta general y ordenar el reparto incluso de la totalidad del resultado. En especial destacar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 9/2023, de 11 de enero de 2023, ponente Ignacio Sancho.

Veremos que siempre oscilamos en un equilibrio difícil: favorecer a la empresa familiar vs favorecer a sus socios. Es la tradicional discusión entre el interés social, entendido como protección de la entidad jurídica, frente al interés de los socios, que también es interés social y así está reconocido en la Ley.

- i) Cláusulas de desbloqueo por el voto en contra en los órganos sociales que impida la adopción de un acuerdo. Esta situación puede darse si hay empate en la votación, y nadie ostenta la mayoría, pero también puede darse si existen cláusulas de quorum reforzado para adoptar determinados acuerdos y no puede lograrse ese quorum reforzado, imponiéndose el bloqueo de la minoría.

En tales casos, hay que establecer y regular métodos de solución del bloqueo cuando este es reiterado e impide acuerdos que son indispensables, como la formulación o aprobación de las cuentas anuales, el aumento o reducción del capital social cuando sea imperativo para evitar la disolución de la sociedad, entre otras.

Y ello puede conseguirse vía remisión a un dictamen de la comisión de conflictos de la empresa familiar, acordada en estatutos o en PF, al que cabe dar estatutariamente carácter vinculante en la decisión que adopte.

Si el bloqueo permanece transcurridos los plazos pactados, deberemos ir a la solución propuesta en el punto v).

- ii) Cláusulas que prohíban el derecho a separarse de la sociedad durante un determinado plazo, o bien que obliguen a permanecer en la sociedad y prohíban la venta a otro socio o a un tercero que no sea familiar durante un determinado plazo.

Son habituales en muchas sociedades, familiares o no familiares, especialmente en las sociedades emergentes. Si el plazo de obligatoria permanencia de los socios es corto y razonable, deberá respetarse, pero prohibiciones de disponer excesivamente largas u onerosas, más allá de cinco o siete años, son habitualmente consideradas como abusivas o excesivamente onerosas y contrarias a la esencia jurídica de las sociedades de capital, y pueden ser impugnadas ante los tribunales o en arbitraje, y declararse ineficaces.

- iii) Cláusulas para el reparto de beneficios, estableciendo un beneficio mínimo repartible, que regulen criterios para el órgano de administración y para la junta general, con las pautas de reparto del beneficio del ejercicio. Estableciendo que en caso de que no exista un proyecto de inversión concreto, definido y cuantificado por el órgano de administración, y cubiertas la reserva legal y otras estatutarias, deberá destinarse a reparto la mayor parte del resultado del ejercicio social.
- iv) Cláusulas y controles permanentes, a través de la comisión de retribuciones, para limitar la retribución de directivos y empleados, sean o no familiares, y de los administradores de las sociedades que integran el grupo de la empresa familiar.
- v) Cláusulas favorecedoras de la transmisión de participaciones o acciones, como opciones de venta *-put option-* o de compra *-call option-* a partir de cumplirse ciertos requisitos, regulando la figura del buen socio saliente *-good leaver-*. Por ejemplo, dependerá de si la cuota del capital del saliente puede adquirirse por el resto de socios, sean o no familiares, y por tanto deberá limitarse o fraccionarse en ciertos casos, y establecer también pagos aplazados y fraccionados.

Así es posible pactar cláusulas de adquisición preferente a favor de los propietarios miembros de la familia, y en su defecto, a favor del resto de socios o de la sociedad, estableciendo clases de participaciones y acciones que gozarán de ese derecho de preferente adquisición.

Convendrá limitar los socios que pueden ejercer la opción de venta al mismo tiempo. Es decir, iniciado el proceso por uno de ellos, imaginemos titular del 10% del capital social, será conveniente establecer la suspensión del derecho del resto de socios, durante un plazo mínimo, que incluya el período de pagos fraccionados y aplazados, para evitar la descapitalización de la sociedad, si esta fuera la adquirente, o imposibilidad fáctica de adquisición por el resto de socios.

No nos parecen adecuadas soluciones más radicales, como el llamado pacto andorrano o de la ruleta rusa, llamado así porque se caracteriza por la luctuosidad societaria con que termina el evento para una de las partes. Consiste el pacto en ofertar un oferente su voluntad de comprar la cuota del resto, estando estos obligados a vender, por el precio y condiciones ofrecidas, y si se niegan a vender deberán comprar al oferente su parte del capital, por ese mismo precio y condiciones.

Este tipo de cláusulas, que pueden modularse con variantes diversas, pudiendo pactarse métodos de cálculo del precio y condiciones, etc., son más propias de sociedades en las que el capital se suele repartir entre dos socios por mitad, y es fácil en tales casos que existan situaciones de bloqueo que conviertan en imposible la continuación de la sociedad.

¿Qué ocurrirá cuando el conflicto cristalice y el órgano de administración y tampoco el órgano de gobierno de la empresa familiar hayan podido evitarlo? ¿Qué cabe hacer entonces?

Si en la empresa familiar las partes implicadas, es decir, los miembros de la familia, han actuado diligentemente, evitaremos situaciones de conflicto.

Recordemos que el conflicto surge cuando no se da salida a los intereses y deseos de las partes interesadas, y por supuesto también surge cuando se producen situaciones de abuso u opresión de una mayoría que ejerce el control frente a una minoría que no ve satisfechos sus derechos o intereses como socios familiares.

Respecto a las situaciones de abuso u opresión, nuevamente no cabrán si existen estatutos sociales y protocolo familiar que regulen la gobernanza de la empresa familiar. ambas situaciones son contradictorias.

Ya analizamos en otro lugar²⁴ el concepto de opresión y perjuicio injusto, que ha obtenido amplio desarrollo en el derecho anglosajón, y conviene recordar algunos principios básicos. La Companies Act de 2006 establece en la Sección 994 las bases para que pueda considerarse la existencia de opresión y perjuicio injusto:

“The affairs of the company are being or have been managed in a way which is unfairly prejudicial to the interests of shareholders generally or some part of its shareholders”

24 La dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital, obra citada.

En tales casos el tribunal acogerá la petición por perjuicio injusto y podrá acordar libremente una serie de medidas para resolver la opresión, que comportan una verdadera intromisión en la vida societaria, hasta hace poco inimaginable en nuestro derecho.

La más común de las decisiones a adoptar en sentencia es que el tribunal acuerde que las acciones o participaciones del peticionario sean adquiridas por la mayoría. Se inicia entonces el correspondiente proceso de valoración de las mismas, no exento de dificultades.²⁵

Podemos sacar una conclusión principal y es que la solución pasa en el derecho inglés por evitar la disolución de la sociedad, la insolvencia, y también el derecho de separación, ya que éste último puede provocar aquellas. Esta solución actualmente se ejecutará a través de imponer a la mayoría que es declarada opresora por el juez o árbitro, la compra de las acciones de la minoría, así como otras medidas dirigidas a la abstención y evitación en reiterar las conductas ilícitas y abusivas.

Siendo el comprador natural el socio mayoritario, me parece razonable un mecanismo de compraventa forzosa de las participaciones o acciones del minoritario que sea oprimido, sujeto a determinados requisitos y plazos, y siempre que no se haya pactado una solución distinta en los estatutos sociales. De este modo el derecho de separación no será la única solución pues, como sabemos, no es la idónea.

En Derecho español la jurisprudencia y la doctrina han evolucionado de forma importante en los últimos años, y el Tribunal Supremo ha considerado que, acreditada la situación de

25 NEWINGTON-BRIDGES, Charlie, St John's Chambers, enero 2016. Op. citada.

opresión, por actuación contraria al interés social, cabe que el juez acuerde el reparto de la totalidad de los beneficios entre los socios, que tendrán derecho a las ganancias sociales, y no cabe hurtar el mismo con el argumento de la mera acumulación en la sociedad de unas reservas que no se invierten en proyecto alguno.²⁶

Conflictos de esta naturaleza y soluciones quirúrgicas como las que indicamos, pueden darse si previamente no se han hecho los deberes para evitarlos.

Ya surgido el conflicto pero antes de acudir a la vía judicial o arbitral, una posibilidad óptima es la remisión de la controversia o disputa a la comisión de solución de controversias de la empresa familiar, para que elabore un dictamen vinculante para las partes que permita evitar uno o varios procesos judiciales o arbitrales.

En efecto, observemos que si se ha previsto en estatutos sociales y en el protocolo familiar, esta solución puede evitar nuevamente la exteriorización o cristalización del conflicto.

Esta solución sería óptima siempre que la comisión de solución de controversias esté compuesta de profesionales independientes, que pueden ser expertos en materias diversas, pero sí es conveniente que formen parte de la comisión juristas que sean expertos en derecho mercantil y en empresa familiar. Deberán ser independientes y ajenos al órgano de gobierno y de administración, y que no sean abogados o asesores del fundador, o que colaboren en el funcionamiento diario de la empresa familiar.

26 Sentencia Tribunal Supremo núm. 9/2023, de 11 de enero de 2023 (recurso de casación núm. 3319/2019; ponente Sancho Gargallo, Ignacio).

Como alternativa a lo anterior cabe acudir a un mediador o amigable componedor, que puede ser un experto designado *ad hoc* por la propia comisión, para que emita un dictamen o resolución contractualmente vinculante por estatutos, es decir con eficacia frente a terceros, que ponga fin a la controversia y encauce la solución. Lo conveniente es siempre extraer la controversia fuera del órgano de gobierno de la empresa familiar y del órgano de administración de la sociedad familiar.

Hasta aquí, en los casos expuestos, hemos indicado caminos para evitar el conflicto, a no confundir con remedios cuando el conflicto ya existe y no puede canalizarse a través de los mecanismos y órganos de gobierno de la empresa familiar.

Los remedios no lo son realmente, pues habitualmente el conflicto cristalizará en un proceso, o bien porque existe un deseo de salida del socio familiar, o bien porque existe situación de opresión de la mayoría de control que impide percibir percepciones vía dividendos, honorarios o sueldos en la empresa familiar.

Podemos citar a continuación algunos ejemplos habituales.

Nos encontraremos con una o varias impugnaciones de acuerdos sociales, ya sean de órgano de administración o de la junta general, que pueden tener contenido muy variado.

O bien puede plantearse la impugnación de una compraventa o transmisión de acciones o participaciones, que deberá ser aprobada por la sociedad correspondiente para ser eficaz, etc.

También cabría incluso acudir a la impugnación de acuerdos sociales, como sería el acuerdo de junta de no reparto de los beneficios sociales y acumulación a reservas, por considerarse injusto u opresivo, por carecer de justa causa.

La impugnación de percepciones de los administradores no aprobadas debidamente por la junta general o que puedan considerarse predatorias o abusivas por ocultar un verdadero ánimo predatorio de los beneficios sociales que debieron repartirse.

También es frecuente el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte del socio que considera que la gestión del administrador ha sido negligente, contraria a los estatutos sociales, a la ley o al interés social, y ello cabrá incluso si no es aprobada dicha acción social por la mayoría de control en la junta general.

Estos son algunos ejemplos de conflictos habituales, y caben otros supuestos de litigación, pudiendo ser varias las acciones concretas a emprender, sean simultáneas y, frecuentemente, sucesivas en el tiempo, ya que la posición de las partes será una guerra de trincheras, se enquistarán las posturas y las animadversiones rápidamente serán personales, alcanzando a la familia, alcanzando a la empresa familiar.

Por ejemplo, al iniciarse los procedimientos judiciales o arbitrales, la primera oleada serán relativos a las decisiones de los órganos de gobierno del ejercicio reciente, en cuanto a su aprobación, no aprobación de reparto, de retribución del órgano de administración, etc.

Sin embargo, como la situación de presunta opresión o abuso difícilmente se modificará con el ejercicio de las acciones, ya que es frecuente el hábito de *“sostenella y no enmendalla”*, frecuentemente ocurrirá que a los primeros procedimientos judiciales o arbitrales seguirán otros muchos en los años siguientes.

Las consecuencias son fáciles de imaginar. Si la parte actora forma parte del órgano de administración de la sociedad familiar,

se tensionará extraordinariamente el día a día, con consecuencias en la gestión y en la gobernanza, que por capilaridad se irá extendiendo a los distintos departamentos, comités y cargos. Por lo que, en el mejor de los casos, el conflicto producirá efectos no deseables que pueden llegar a afectar a la gestión, al resultado e incluso a la continuidad de la empresa, sobre todo en empresas de pequeño o mediano tamaño, donde estas cuestiones adquieren mayor relevancia.

Ante esta situación no hay soluciones mágicas. Como decimos los procedimientos interpuestos se iniciarán, podrán durar varios años, y detrás vendrán otros, si las cuestiones principales no se resuelven en el seno de un acuerdo global, que permita la salida ordenada o la paralización de situaciones de opresión.

Si la vía de solución de las controversias fuera la jurisdicción ordinaria, si son cuestiones de derecho de sociedades serán competentes los Juzgados de lo Mercantil.

Este año 2025 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2025, que prevé los llamados MASC: medios adecuados para la solución de controversias, *Sección 3.ª De las diferentes modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional*.

Siendo ello un requisito antes de iniciarse el procedimiento judicial con la presentación de la demanda, tratando así de evitar el proceso propiamente dicho.

Existen varios medios que la ley regula: a) oferta vinculante confidencial, que la actora realizará para su aceptación o no por la otra parte; b) conciliación privada, ante un abogado, notario, registrador, o LAJ, etc.; c) procedimiento de mediación conforme a la ley 5/2012; d) designación de un experto independiente, que podrá ser jurista o bien experto en la ma-

tería objeto de la controversia; e) procedimiento de derecho colaborativo por el que las partes, asistidas de abogado, tratarán de encontrar una solución consensuada para terminar total o parcialmente con la controversia. En estos procesos podrán también designarse expertos neutrales que puedan colaborar en su solución.

Si ninguno de estos medios fructifica en una solución de la controversia, se abrirá la vía judicial propiamente dicha.

Cabe también una alternativa distinta a la vía judicial y a los previos MASC, que es la vía arbitral.

El arbitraje consiste en un procedimiento de solución de controversias en la que se encomienda a un tribunal o corte arbitral, la designación de uno o varios árbitros para resolver la controversia, ya sea en derecho o en equidad, mediante la emisión del laudo. El laudo arbitral tiene los mismos efectos que una sentencia judicial, no cabe recurso de apelación ni casación, solamente de nulidad basado en causas tasadas en *numerus clausus*.

En un entorno de conflicto de empresa familiar, el arbitraje puede ser una alternativa a la vía judicial. Se predicen tradicionalmente algunas ventajas y también inconvenientes.

Entre las ventajas podemos señalar:

- La velocidad del arbitraje en la solución de la controversia. El procedimiento durará habitualmente seis meses, aunque puede extenderse en ocasiones a un año, lo que es un tiempo récord si se compara con la vía judicial.

- La confidencialidad, los laudos no se publican y se mantienen en el secreto del tribunal arbitral y de las partes. En cambio las sentencias judiciales se publican la mayoría de ellas, de modo que las empresas competidoras tendrán la información del litigio publicada.
- La especialización del árbitro, pues en el llamado arbitraje institucional el tribunal o corte arbitral designará un especialista en la materia concreta, que podrá incluso tener amplia experiencia en el sector como abogado asesorando o defendiendo a empresas de ese sector.

En el caso que nos ocupa, un experto en empresa familiar.

- En el arbitraje de derecho el árbitro será un abogado o jurista que resolverá aplicando las normas del ordenamiento jurídico. También cabe el arbitraje de equidad, que permite al árbitro sustraerse de la aplicación de las normas jurídicas, pudiendo ser árbitro en tal caso un profesional o experto no jurista. También cabe que el árbitro se haya designado *ad hoc* por las partes, o bien que hayan establecido, con suficiente claridad, el medio para su designación.
- La dedicación y entrega del árbitro al procedimiento. Un árbitro resuelve unos pocos casos al año, y en cada uno de ellos se juega su solvencia profesional ante el tribunal o corte arbitral que lo designó.
- La flexibilidad del procedimiento. El arbitraje está sujeto a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003) y al Reglamento de la corte arbitral, en su caso. No es de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil y resto de normativa procesal, con todos sus recursos y trámites, excesivamente garantista. Aunque sí será aplicable el derecho sustantivo.

No recomendamos el arbitraje de equidad, pues aunque otorga todavía más libertad al árbitro por no estar sujeto al derecho, genera considerable incertidumbre.

Aunque la flexibilidad es una de las ventajas que se predicen del arbitraje, también puede ser una amenaza, ya que la parte perjudicada por la velocidad del procedimiento arbitral puede intentar socavarlo, torpedeando decisiones arbitrales de trámite, para tratar luego de alegar indefensión. Suelen ser dilaciones que tienen escaso recorrido.

- Las medidas cautelares, también son posibles en arbitraje, aunque en su ejecución es probable que el árbitro deba acudir a la vía judicial para pedir auxilio, si la medida adoptada no se cumple voluntariamente por la parte que ha sido condenada a ello. También cabe incluso el arbitraje de emergencia, que prevé por ejemplo la solución urgente de algunas de las cuestiones planteadas.
- El coste del arbitraje, a menudo se argumenta como un inconveniente. Sin embargo, debemos valorar el coste del tiempo de los litigios, dependiendo de la vía utilizada, las varias instancias procesales, y el lucro cesante, siempre lacerante e incluso letal, que supone tener la empresa familiar en litigación durante muchos años.

El arbitraje ha tenido una evolución progresiva durante el siglo XX y lo que llevamos del XXI, prácticamente desaparecido por efecto del positivismo jurídico y de la división de poderes desde finales del siglo XIX, al prohibirse los llamados tribunales de clase o especiales, donde los comerciantes resolvían sus disputas.

Sin embargo el arbitraje llegó a ser imperativo para la solución de controversias entre las sociedades mercantiles, en el Código

de Comercio de 1829, posteriormente se vio prácticamente suprimido con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la prohibición de otros tribunales que no fueran los judiciales.

En materia de derecho de sociedades, ya a finales del siglo XX, con la decadencia del positivismo jurídico en España y resto de países de la Unión Europea, el arbitraje se ha convertido en la solución habitual de las controversias en el ámbito internacional.

En el ámbito de la empresa familiar, como en cualquier arbitraje de sociedades mercantiles, para que exista arbitraje debe pactarse expresamente el llamado convenio arbitral, sometiendo a arbitraje la controversia que pudiera surgir, y así debe regularse en los estatutos sociales y también en el protocolo familiar. La discordancia entre ambos textos en este punto, o el señalar ciertas materias para resolver en arbitraje, frente a otras en el ámbito judicial, es solución siempre problemática.

Siendo el litigio la última ratio, el arbitraje puede ser un entorno idóneo para la solución de la controversia, cuando la solución real no se haya producido precisamente evitando la controversia.



❧ CONCLUSIONES

I. El fundador es quien decide la visión y quien debe garantizar la unidad.

En efecto, es el fundador el que decide que su empresa sea familiar o no lo sea. Y una vez lo decide e incorpora a miembros de su familia, la siguiente decisión que tendrá que tomar es si quiere estructurarla como empresa multigeneracional.

Es decir, no solamente pensará en la generación presente, sino en cómo convertir la empresa familiar en un proyecto de futuro, atractivo para la siguiente generación.

Esa será su visión, crear un ente empresarial que se proyecte con éxito a futuro y compartido por las sucesivas generaciones de la familia.

Y para eso es esencial la unidad. La unidad se basa en el amor, entendido como amor por la empresa y por la familia, ambos por igual. Sin amor la unidad se resquebraja, y entonces se iniciarán los problemas que pueden desembocar en conflicto.

¿Ayudará una estructura jurídica bien trabada a preservar la unidad? Creemos que sí lo hará. La estructura jurídica no garantiza la unidad ni el resultado empresarial, pero ayuda en los momentos difíciles a mantener la unidad, y sobre todo, dará satisfacción al deseo, es decir, antes de que surja el conflicto.

Claro está que no hay unidad que resista una larga espera sin resultados, sin beneficios ni percepciones de ningún tipo. Hay que estar capitalizados para toda eventualidad, y también para que la comisión de liquidez pueda disponer de recursos que permitan a los miembros de la familia recibir beneficios, donaciones o retribuciones, trabajen o no en la empresa. Todo esto lo habremos pensado bien antes, estará debidamente trabajado a nivel documental, y forma parte de aquello que debemos regular en la estructura jurídica.

II. Crearemos la estructura jurídica adecuada y conseguiremos que funcione.

Tan importante es la génesis de la estructura jurídica como vigilar su adecuado funcionamiento durante años.

Esta debe ser una labor compartida, es decir, el fundador debe incluir en la génesis de la construcción jurídica a otras personas de la familia y de la empresa familiar. Y especialmente debe contar con expertos en empresa familiar, que desde el principio inicien el debate junto con los miembros de la familia.

En el consejo de familia, deben incluirse consejeros que no pertenezcan a la familia, y que no tengan una relación estrecha con miembros de la familia que comporte una subordinación y obediencia. Por ejemplo, no es recomendable que en el consejo de familia esté el abogado o consejero de confianza del empresario fundador.

Los consejeros no están para ser cómodos al fundador y darle la razón en todo lo que plantee en los debates y reuniones. Eso es tan fácil como ineficaz. Los miembros del consejo de familia están para ayudar a generar ideas y debate, para conformar y

revisar la visión y la misión, y que luego esa visión y misión se trasladen al consejo de administración y se cumplan.

Es decir, el debate hay que hacerlo arriba, en el consejo de familia, y el órgano de administración de la sociedad debe ejecutar lo que arriba se decida.

Por tanto, para crear la estructura jurídica adecuada el primer paso es el embrión del consejo de familia. En ese embrión estarán los expertos en empresa familiar, consultores empresariales y juristas, que escucharán al fundador, a la familia, a otros consejeros no familiares, y empezarán a construir la cesta con esos mimbres.

III. La estructura jurídica es compleja y dinámica, sometida a control.

La estructura deberá consistir en primer lugar en un protocolo familiar, que regule, con detalle y flexibilidad a la vez, todo lo expuesto: la visión, el propósito, la misión, los órganos de gobierno de la empresa familiar y los comités, el órgano de administración de la sociedad familiar, la sucesión a la siguiente generación, el proceso para solucionar los deseos antes de que se conviertan en conflictos, entre otras posibles cuestiones.

Y hay que redactarlo pensando en que su plena eficacia la logremos con la publicación del protocolo familiar en el Registro Mercantil. Es decir, cualquiera podrá acceder a él, y por eso será eficaz frente a todos.

Si existen interioridades que deban mantenerse reservadas, que podrá ocurrir para evitar alertar a la competencia especialmente, podremos mantener reservados pactos parasociales concretos, en ejecución del protocolo. En ese caso, los pactos paraso-

ciales serán obligatorios solamente entre los otorgantes de los mismos y sus herederos.

Los estatutos sociales de la sociedad familiar, deberán redactarse como un instrumento de ejecución del protocolo familiar.

Los fundadores y demás propietarios de acciones o participaciones, deberán también otorgar los instrumentos jurídicos sucesorios -testamento y pacto sucesorio- y capitulaciones matrimoniales, que sean necesarios para lograr que la empresa familiar se transmita a la siguiente generación.

Todo ello deberá revisarse periódicamente, y renovarse o, al menos, ratificarse por los nuevos miembros de la familia que se incorporen a la empresa y por tanto al protocolo familiar. Y si nadie se incorpora en muchos años, deberá revisarse y ratificarse formalmente en un plazo razonable, como máximo cada diez años.

IV. Que haremos si todo lo anterior falla.

Si está bien hecho, no debería fallar, pues incluirá las soluciones para cuando surjan los problemas. Los problemas se solucionarán si se han sabido encauzar, con la previsión que el propio protocolo ha regulado, a través de la comisión de liquidez, de la comisión de solución de controversias, etc.

Habitualmente el conflicto surgirá si no se ha permitido salir de la sociedad, a valor de mercado, al que lo ha deseado, o bien si no hay liquidez por imposibilidad de reparto, o hay ausencia de retribución de determinados familiares.

Ante todo hay que evitar situaciones de abuso, que comporten que titulares del capital social en situación minoritaria queden

sin percepción de liquidez. No hay prisión mayor en la vida mercantil que ser titular de un magnífico patrimonio que no tiene ninguna utilidad de disfrute para el que lo posee.

Si eso llega a ocurrir, ya sea por imperativo del mal resultado o de la necesidad de capitalización para nuevos proyectos, hay que dar salida al afectado en un plazo razonable, que tendremos pactado en el protocolo familiar.

Si a pesar de todo, el pleito es inevitable las consecuencias serán sustanciales y lacerantes para la familia y probablemente también para la empresa.

El tamaño de la empresa será una cuestión relevante llegados a este punto, y también su grado de profesionalización. Es decir, cuanto más grande, capitalizada y profesionalizada está la empresa familiar, con directivos no familiares en los puestos de mayor responsabilidad, menos sufrirá la empresa la embestida de un conflicto de socios.

En cambio, en empresas pequeñas y medianas, la liquidez para financiar un proceso judicial o arbitral, y el número de años que pueda durar el conflicto, nos puede dar una idea del sufrimiento que será para la empresa y para la familia.

En definitiva, en este trabajo hemos podido reflexionar sobre métodos contrastados en la práctica jurídica y empresarial que nos permiten evitar el conflicto en la empresa familiar. Creo que para que se mantenga la convivencia pacífica en la empresa deberá darse salida a los intereses de las partes, en un plazo razonable, consiguiendo de este modo que el proyecto empresarial se proyecte a futuro a la vez que se van superando los escollos que encontremos en el camino.

⊗ BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, C, T.: “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, enero-marzo 2013.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”. *InDret* 4/2005. www.indret.com.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Derecho de separación en el caso de falta de reparto de dividendos: el art 348 bis LSC entra (de nuevo) en vigor el 1 de enero de 2017”. *Asociación Española de Asesores Fiscales*, enero 2017.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC”. *LA LEY mercantil* nº 33, febrero 2017, Nº 33, 1 de feb. de 2017, Edit. Wolters Kluwer.

BRENES CORTÉS, J.: “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”. *Revista Derecho de Sociedades* 37, julio-diciembre 2011.

BRENES CORTÉS, J.: “Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido art. 348 bis LSC.” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2012 parte Estudio, BIB 2012\3383.

BRENES CORTÉS, J.: “El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, julio –septiembre 2017.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, 1990.

- CALAVIA MOLINERO, JM, Gobierno y administración en la empresa familiar, Real Academia Europea de Doctores, 2017
- CAMPINS VARGAS, A.: “Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?” *DIARIO LA LEY*, Año XXXIII, Número 7824, 2012.
- CAMPINS VARGAS, A. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital”. Liber amicorum, Juan Luis Iglesias (García de Enterría, J.- coord.-), 2014.
- CÁCERES CÁRCELES, C.: “El ejercicio de derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el art. 348 bis de la LSC”. *Derecho de los Negocios* núm. 263-264, septiembre-octubre 2012.
- CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*. Thomson Reuters Civitas, 2016
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el consejo de la CNMV”.
- CUCURULL POBLET, T.: “La política de dividendos en la empresa familiar (A propósito de la reforma del artículo 348 bis de la Ley”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Nº 753 2016 [01] Enero - [02] Febrero de 2016.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*. Civitas 1997.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Civitas, 1984
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Colegio de Registradores, 1997.
- DE LA CÁMARA, M.: *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*. Civitas, 1995.

DE LA CÁMARA, M.: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Consejo General del Notariado, 1996.

DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil I*. Civitas, 1997.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: *El Derecho a Participar en el Reparto de las Ganancias Sociales. A la luz de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005*. Edit. Aranzadi, 2006.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen IV, Las particulares relaciones obligatorias*. Civitas Thomson - Civitas, 2010.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I, Teoría del contrato*. Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid, 1966-69.

DIGESTO DE JUSTINIANO, I,I 1,3, edición de Álvaro D'Ors, 1968.

DOMAT, J.: «Les Loix Civiles dans leur ordre naturel. Le Droit Public et Legum delectus», Nouvelle edition, *MDCCLXXI*.

FARRANDO MIGUEL, I.: “El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas”. *La Ley* 3308/1989.

FELIU REY, M.I.: “Derecho de separación, flexibilización societaria y autonomía de la voluntad”. *Derecho de los Negocios*, nº 260, Año 23, mayo 2012.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “Directors liability in corporate law: cross jurisdiction survey”; *International Practice Group*, www.ipg-online.org; 2014.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “La acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”. *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3 2013.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “La responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas”. *Libro Homenaje a D. Jesús López Medel*. Editorial Colegio de Registradores, 2000.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles: necesidad de reforma”. *La Notaría*, nº 1/ 2015.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.: “Separación y exclusión de socios. AA. VV., en la obra Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas”. *Tomo II, Cuadernos de Derecho y Comercio, Consejo General del Notariado*, 2016.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de Sociedades*. Vol. I, 2010.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral. Thomson – Civitas, 2008.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles” (*Estudio especial del artículo 213 de la Ley de Sociedades anónimas*). 1997.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Las llamadas cláusulas de duelo (shoot-out clauses) y las de subasta como mecanismos estatutarios para remediar las situaciones de bloqueo societario”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, julio – septiembre 2017.

FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*. 1987.

FLOURENTZOU, “M.: Minority shareholders: applicability of unfair prejudice”. *M. Shambartas*, 2017.

GALGANO, F.: *Storia del diritto commerciale*. Società editrice il Mulino, Bolonia, 1980.

- GALLO, M. A. y GÓMEZ, G, Evolución y desarrollo de la empresa y de la familia. Ediciones Universidad de Navarra, 2015.
- GARCÍA SANZ, A.: “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”. *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 38, 2012-1.
- GARCÍA-TUÑÓN, A.M.: “Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: una revisión general”. *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 49, enero - abril 2017.
- GARRIDO DE PALMA, V.M., La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar, Civitas, 1995.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1974.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J: “Curso de Derecho Mercantil”, *MCMXXXVI*.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F.: “Reformas en materia de separación y exclusión de socios”. En la obra *Las Reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y otros (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Ed., noviembre 2012.
- GIRÓN TENA, J: “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”. *Revista de Derecho Mercantil*, 1947.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad! ¿Hay Derecho?” Blog sobre la actualidad jurídica y política, <http://hayderecho.com>, 27 de julio de 2011.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)”, *Derecho de los Negocios* núm. 263-264, septiembre-octubre 2012.

ILLESCAS ORTIZ, R.: “El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte”. *Derecho de los Negocios*, nº 21, junio de 1992.

ILLESCAS ORTIZ, R.: “¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?” *Derecho de los Negocios* núm. 254, noviembre 2011.

IRACULIS ARREGUI, N.: “La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio”. *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 38, 2012-1.

LUCAS MARTÍN, E.P.: “Somera descripción de la lógica del artículo 348 bis LSC. Universidad Complutense”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 2013/77, Mayo 2013, disponible en http://eprints.ucm.es/21684/1/Somera_descripci%C3%B3n_de_la_l%C3%B3gica_del_art._348_bis_LSC.pdf

LUCEÑO OLIVA, J.L.: “Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC)”. *DIARIO LA LEY*, año XXXII, Número 7709, 5 de octubre de 2011.

MACKEY, J & SISODIA, R, *Conscious capitalism – liberating the heroic spirit of business*, Harvard Business Review Press, 2014.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: una revisión general”. *Revista de Derecho de Sociedades* 49, enero – abril 2017.

MARSDEN, A.: “Shareholder protection from unfairly prejudicial conduct. Case and statute citator, 2017”. *Commercial-chambers.org*, *Commercial Chambers*, 2017

MARTÍNEZ ROSADO, J.: *Los pactos parasociales*. Editorial Marcial Pons, 2017.

- McAFEE, P.: “Amicable divorce: Dissolving a partnership with Simple Mechanisms”. *Journal of Economic Theory*, 56, 1992.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Sociedad anónima y fin de lucro”. *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, 1995.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ y RODRÍGUEZ ARTIGAS: “Carácter mercantil en AAVV”. *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Vol. 1 A, 1999.
- MORENO UTRILLA, D.: *La sindicación de bloqueo en las Sociedades Anónimas*. Tirant lo Blanch, 2015.
- NEWINGTON-BRIDGES, Ch.: “A practical guide to unfair prejudice petitions and their interaction with derivative claims”. *St John’s Chambers*, 2016
- NGO DA THAN: *La sociedad anónima familiar*. 1963.
- ORTEGA PARRA, S.: *La participación del socio en las ganancias sociales*. Tirant lo Blanch, 2015.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: “Asociación y sociedad, a propósito de una errata del Código Civil”. *Anuario de Derecho Civil*.
- PAZ-ARES, C. “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003. “Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción”, *RDM*, num. 325/2022.
- PAZ-ARES, C.: *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I.
- PAZ-ARES, C.: “Animo de lucro y concepto de sociedad, AAVV”. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991
- PAZ-ARES, C.: “Las sociedades mercantiles”. *En la obra Lecciones de Derecho Mercantil*, director Aurelio Menéndez, Thomson - Civitas, 2005.

PULGAR EZQUERRA, J.: “Normas de solvencia y deberes de administradores sociales”. *El Notario del Siglo XXI*, N° 60 (marzo-abril) 2015 .

REECE THOMAS, K – RYAN, C.L. The law and practice of Shareholder’s Agreements, Butterworths, 2007.

RODAS PAREDES, P.: *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*. Marcial Pons, 2013.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (director): *Derecho de Sociedades I y II. Comentarios a la jurisprudencia*. Thomson Reuters, 2010.

RUIZ NUÑEZ, M.: “Artículo 348 bis LSC: interés individual vs interés social”. *Revista de Derecho de Sociedades* N° 49, Enero - Abril 2017.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.: “Acerca del régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales y acciones y sobre la separación y la exclusión de socios de sociedades de capital en la propuesta de Código Mercantil”. Tomo I del libro *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, ROJO, A. y CAMPUZANO, A.B. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2015.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Crisis económica y gobierno corporativo”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 287, 2013.

SEGURA DE LASSALETTA, R.: “Gobierno estable de la empresa familiar en AA.VV”, *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cuatrecasas – Aranzadi, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, M.J. y SAMBEAT SASTRE, J.Ma.: “Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”. *DIARIO LA LEY*, Año XXXIII, N° 7825, marzo de 2012.

SILVÁN RODRÍGUEZ, F. y PÉREZ HERNANDO, I.: “Derecho de separación y dividendos: El controvertido artículo 348 bis LSC”. *DIARIO LA LEY*, Año XXXIII, Nº 7813, marzo de 2012.

SUSAETA, I. https://www.linkedin.com/posts/isusaeta_familiaempresaria-empresafamiliar-protocolofamiliar-activi-ty-7344262722236076032-pR59?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAAZLtYYByWnG-GRaMJpzxSGhhOrlawwVKBvQ

TUSQUETS TRIAS DE BES, F.: *Abús de dret i tutela de la minoria en les societats de capital*, discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2012.

URÍA, R.: *Derecho Mercantil*. 27 Ed., 2000.

VALMAÑA CABANES, A.: *Configuración legal (indirecta) del dividendo mínimo. La auditoría legal de cuentas anuales. Adaptado a la nueva Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoria de Cuentas*. Wolters Kluwer Bosch, 2016.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. Bosch, 2ª ed, 2015.

VÁZQUEZ ALBERT, D.: “Responsabilidad del administrador de hecho y del administrador oculto en la reforma de gobierno corporativo, en AA.VV Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo”, *Revista Jurídica de Catalunya y Thomson Reuters* – Aranzadi, 2015.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*. Thomson Civitas, 2007.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: “La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas”. *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 283, enero-marzo 2012.

VELA TORRES, P.-J.: “El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida”. *Derecho de los Negocios*, Nº 268, marzo-abril 2013.

VIVANTE, C.: *Tratado de Derecho Mercantil. Tomo II*, 1911.

VICENT CHULIÁ, F., Organización jurídica de la sociedad familiar, Libro Homenaje a Fernando Sánchez-Calero, vol. V, Mc Graw Hill 2002.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio de Derecho Mercantil*. 1991.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil. Volumen I*, 23ª Ed., Edit. Tirant lo Blanch, 2012.

VILARRUBIAS GUILLAMET, F. y FAURIA PLANAS, A.: “Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos”. *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 41, año 2013-2.

VILARRUBIAS, F. y FAURIA PLANAS, A.: “La pretendida suspensión del derecho de separación del art. 348 bis LSC”. *El Notario del Siglo XXI*, número de revista 49 (mayo-junio 2013).

WARD, J.L, en The family business consulting group, thefbcg.com



Evitació dels conflictes a l'empresa familiar

Discurs d'ingrés en la Reial Acadèmia Europea de Doctors, com a
Acadèmic de Número, en l'acte de la seva recepció
el 25 de setembre de 2025

per

l'Excm. Sr. Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas
Doctor en Dret

i contestació de l'Acadèmic de Número

Excm. Sr. Dr. Jaume Llopis Casellas
Doctor en Economia i Direcció d'Empreses

COLECCIÓN REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914

www.raed.academy

ÍNDEX

PRESENTACIÓ	107
DISCURS D'INGRES	109
I. L'empresa familiar com a propòsit. Propòsit conscient. Visió i missió.....	109
II. Empresa familiar i família empresària. La relació personal i empresarial entre el fundador i els altres membres de la família, directius i empleats de l'empresa. La unitat com a principi rector	113
III. Evitar l'estrès és evitar el conflicte	119
IV. Empresa familiar d'alta innovació. Empresa tradicional i empresa emergent	125
V. Mecanismes jurídics i no jurídics per evitar i prevenir el conflicte. El protocol familiar. Com gestar el protocol, fases, mitjans i professionals que hi han de participar. Algunes de les principals clàusules. Eficàcia i oponibilitat del protocol familiar	129
VI. La successió de l'empresa familiar i els instruments jurídics per fer-la possible	161
VII. Què fer si sorgeix el conflicte? Solucions jurídiques per assolir la pau social en la brevetat possible. Clàusules de desbloqueig o sortida. Mediació i negociació. L'arbitratge com a solució de la controvèrsia	165
CONCLUSIONS	183
BIBLIOGRAFIA	189



⊗ PRESENTACIÓ

Excel·lentíssima Degana de l'Il·lustre. Col·legi de l'Advocacia de Barcelona

Excel·lentíssim Sr. President de la Reial Acadèmia Europea de Doctors;

Excel·lentíssims Srs. Acadèmics;

Il·lustríssimes Autoritats;

Estimats col·legues i amics que venen de l'estranger.

Estimada família; volguts amics; distingit públic.

És un gran honor i un plaer ser aquí avui i dirigir-me a vostès amb aquest discurs de nomenament com a Acadèmic de Número de la Reial Acadèmia Europea de Doctors.

Tan important com el contingut del discurs de nomenament, és expressar-los a tots el meu agraïment.

En primer lloc agraïment al President Excm. Dr. Dr. D. Alfredo Rocafort Nicolau, pel seu suport i savi consell des del principi. Agraïment a la Junta Directiva.

Agraïment cap al Sr. Dr. Jaume Llopis, Vicepresident de l'Acadèmia, pel seu suport, pels seus bons consells, i per la contestació del meu discurs en el dia d'avui en aquesta Excel·lentíssima Corporació,

Agraïment als meus padrins en aquesta cerimònia, a l'Excm. Sr. Dr. Manuel Sans i a Excm. Sr. Dr. José Manuel Calavia.

Vull mostrar el meu agraïment cap a tots els Excel·lentíssims Srs. Acadèmics de la Reial Acadèmia Europea de Doctors, per haver-me rebut ja al seu dia amb càlida hospitalitat i amistat, quan vaig ingressar el 2018 com a Acadèmic Correspondent en aquesta Excel·lentíssima Corporació.

També vull expressar el meu més profund agraïment als qui m'han acompanyat en la meva vida professional com a advocat. Molt especialment als meus socis i companys d'AUGUSTA ADVOCATS, aquí presents. Projecte professional fundat fa disset anys i que ha assolit un gran desenvolupament i èxit convertint-se, amb l'esforç de tots, en una de les grans firmes espanyoles de dret dels negocis amb projecció internacional.

I finalment haig de dir-los que avui estic aquí sobretot i per damunt de tot gràcies a la meva família.

A la meva dona, Diana, una persona excepcional, d'una generositat i intel·ligència extraordinàries. He comptat sempre amb el seu suport i ha sabut estar sempre en els bons i en els mals moments, sent la millor mare per als nostres fills, alhora que exercia una brillant carrera de direcció empresarial.

I als meus fills, Sandra i Rudi, que sempre heu donat suport i respectat la meua dedicació a la ciència jurídica, a la meua vocació professional com a advocat, i mai m'heu retret que potser no he pogut dedicar-me tant a la família com m'hauria agradat.

Finalment, vull agrair als meus pares, Juana i Álvaro, l'educació que em van donar, els valors de l'honestetat, l'esforç, i el treball ben fet. Sens dubte res per a mi hauria estat possible sense el seu suport i el seu guia.



⌘ I. L' EMPRESA FAMILIAR COM A PROPÒSIT. PROPÒSIT CONSCIENT. VISIÓ I MISSIÓ

Tota empresa abans de ser empresa familiar, en els seus inicis, respon al projecte empresarial del fundador o fundadors. Aquest projecte va prenent forma amb el temps, es va consolidant, i en un determinat moment de la seva evolució el fundador decideix que la seva empresa sigui una empresa familiar. És a dir, adopta el desig d'involucrar altres membres de la seva família en ella i que aquests adquireixin responsabilitats amb el temps.

Pot així incorporar al seu cònjuge o als seus fills que, progressivament, poden anar adquirint responsabilitats a l'empresa. Així, l'empresa inicialment pertanyent al seu fundador, i en la qual únicament treballava ell, esdevé empresa familiar.

El propòsit es pot equiparar a la visió. És el somni compartit pels membres de la família que es fa present i es projecta al futur. I el somni comença en els fundadors. És un voler, desitjar fer d'aquest embrió un projecte a futur en el qual incorporar la família.

Així, per exemple, imaginem una empresa de videojocs creada per dos emprenedors com a fundadors, el que s'anomena una *start up'indi* en el sector, tindrà el propòsit de crear i vendre el millor videojoc, el més divertit, i proporcionar així especial felicitat i satisfacció als seus clients. I tots dos emprenedors impliquen en el seu estudi indi als seus cònjuges, que s'ocuparan de funcions comercials en el *fund raising* una d'elles i de reclutar els millors creadors i enginyers l'altra.

Aquest propòsit es projecta al futur i s'amplia en fronteres i en varietats per arribar a tothom amb les vendes, a través de nòmades digitals en els primers passos i amb filials i estudis en diversos territoris després.

Amb els anys l'empresa té èxit en alguns dels seus productes, s'incorporen fills de cadascun dels fundadors, entra també en el capital un fons de venture capital que adquireix el 30 per cent del capital social...

Aquest somni comú de la família que es projecta més enllà de la generació present l'anomenem propòsit o visió de l'empresa familiar multi generacional.

El **propòsit conscient** és ja una altra dimensió. Procedent de l'escola empresarial americana del Capitalisme Conscient¹, es basa en la idea matriu que l'empresa no solament ha de donar satisfacció als seus propietaris o accionistes, sinó que la creació de valor ha d'arribar a tots: clients, accionistes, proveïdors, treballadors, inversors i també per al conjunt de la societat i per millorar el medi ambient.

Es tracta d'aconseguir a través de l'empresa crear un món millor per a tothom, de manera que el món que heretin els nostres fills sigui millor que el que heretem nosaltres.

Per a això no solament cal desitjar-ho, cal actuar, creant en l'organització empresarial els mecanismes necessaris perquè tot vagi dirigit a tal propòsit conscient. Aquest corrent s'ha estès en els últims anys amb èxit als Estats Units i també a Europa. A Espanya està assolint a poc a poc cada vegada més desenvolup-

1 MACKEY, J I SISODIA, R, Conscious capitalism – liberating the heroic spirit of business, Harvard Business Review Press, 2014.

pament, i existeixen ja algunes grans empreses que es regeixen pel propòsit conscient.

Algunes ho impulsen convençudes que això crea un cercle virtuós, ja que de veritat així és, que els permetrà millorar la rendibilitat i el benefici, potenciant també el benestar general.

D'altres, però, tenen realment com a propòsit que l'empresa sigui un instrument per millorar la vida dels seus integrants i de les parts interessades -stake holders-, i destinen bona part del benefici, en lloc de repartir-lo entre els accionistes, a institucions i fundacions destinades a ajudar i millorar la vida de les persones i del planeta, amb autèntic propòsit de generositat i solidaritat amb el món.

Doncs bé, què millor que l'empresa familiar per incorporar el propòsit conscient a la seva visió.

La missió és la raó de ser de l'empresa, ja que ha estat creada per satisfer una necessitat real de la societat. Per exemple, una empresa que fabrica telèfons mòbils vol satisfer les necessitats de comunicació dels seus clients en un món intercomunicat i global. O un portal d'informació té com a missió organitzar la informació al món i fer-la universalment accessible i útil.



⊗ II. EMPRESA FAMILIAR I FAMÍLIA EMPRESÀRIA. LA RELACIÓ PERSONAL I EMPRESARIAL ENTRE EL FUNDADOR I ELS ALTRES MEMBRES DE LA FAMÍLIA, DIRECTIUS I EMPLEATS DE L'EMPRESA. LA UNITAT COM A PRINCIPI RECTOR

Quan un emprenedor, o diversos en societat, creen una empresa, probablement en el moment inicial no pensen si aquest projecte empresarial serà una empresa familiar, o bé la família dels fundadors en quedarà allunyada.

Normalment la visió com a empresa familiar, la decisió i el somni d'incorporar la família i de transformar l'empresa en un ens familiar, va gestant-se progressivament, amb el temps, i a mesura que l'empresari ho considera precís, ja sigui per confiança en els seus o fins i tot perquè creu que és el millor sistema per al creixement i desenvolupament de l'empresa.

En aquesta evolució, que és alhora empresarial i emocional, el fundador haurà de detectar si les persones de la seva família poden ser-li útils pel projecte, això en una primera fase. Així es treballaran relacions entre els membres de la família i l'empresa, i entre aquells i altres persones que treballen a l'empresa, ja sigui com a directius, o empleats.

Des del principi el fundador haurà de construir el propòsit, la visió, per traslladar-la als membres de la seva família. Si real-

ment el fundador desitja que la seva empresa sigui una empresa familiar multigeneracional, haurà a més traslladar el somni comú, la visió de futur, als successors que ostentaran la propietat majoritària o decisòria de l'empresa familiar algun dia en el futur.

Perquè tot això funcioni i aquesta visió tingui sentit i raó de ser, el propòsit haurà de fundar-se en l'amor compartit pels membres de la família empresària i abocat cap al projecte empresarial.

Així els propietaris que controlen l'empresa familiar, fins i tot els que ja transcendeixen la primera generació es poden fer algunes preguntes clau, sense pretendre tenir totes les respostes.

Què volem com a família que sigui la nostra empresa?

Quin és el nostre propòsit? És romandre com a família propietària?

És créixer i convertir-la en una empresa de gran mida per arribar a àmplies capes de la població mundial? És la rendibilitat el nostre objectiu principal?

Com dibuixem el futur: com volem créixer en mida i rendibilitat per millorar el dividend?

I generacionalment, a mesura que els propietaris són més i són membres de la família ¿necessitarem nodrir aquesta necessitat econòmica?

En aquesta anàlisi. ¿cal compartir el capital amb altres inversors temporalment? Per exemple, amb un fons d'inversió de capital risc?

Creiem que qualsevol que sigui la decisió de la família empresària serà correcta, però, si la visió és multigeneracional, mantenir en la família i projectar l'empresa a la següent generació, de manera que els titulars actuals es considerin únicament fiduciaris del llegat rebut, esdevindrà llavors que la rendibilitat de present en bona part és renunciada per capitalitzar adequadament l'empresa familiar a futur.

Diu el professor doctor Miguel Ángel Gallo², acadèmic d'aquesta excel·lentíssima institució, que la unitat és la peça clau de l'empresa familiar. En aquest sentit, traslladar les fortaleses de la família a l'empresa és l'objectiu de molts emprenedors (pàg. 16).

Família empresària i empresa familiar multigeneracional, diu Gallo, són dues cares de la mateixa moneda, ja que ja des del principi el fundador que vol que la seva empresa sigui familiar, anirà aconseguint que els membres de la seva família “desenvolupin qualitats pròpies d'una família empresària.”

L'essencial és la voluntat de ser empresa familiar multigeneracional i de ser família empresària, i això “no és tant una qüestió de contractes, encara que no se'n pugui prescindir, com de coneixements i voluntat per ser-ho, és a dir, de saber i voler ser-ho.”

Al meu parer, per tant, el fundador, pot ser una sola persona física, o bé dos cònjuges, o fins i tot diversos fundadors que pertanyen a diferents famílies i no són parents, però l'important és que tenen el propòsit que el seu projecte empresarial sigui un

2 GALLO, M. A. i GÓMEZ, G, Evolución y desarrollo de la empresa y de la familia. Ediciones Universidad de Navarra, 2015.

Veure també les publicacions de John L. Ward, a The family business consulting group, thefbcg.com

projecte de les seves famílies, no solament d'ells individualment com a fundadors, i donar-li a més transcendència multigeneracional, permanència i desenvolupament en el futur.

A mesura que el negoci empresarial creix, es diversifica, i fins i tot s'internacionalitza, tot evoluciona, també pot evolucionar incrementant-se en nombre de membres. Del fundador pot estendre's als seus germans, al seu torn en la següent generació als cosins, i així es va incrementant la complexitat. I això pot ocórrer de forma sobtada, a través de la mort de qualsevol dels accionistes, ja que per virtut de la successió hereditària o intestada, automàticament els seus hereus o legataris es convertiran en nous propietaris de l'empresa familiar.

Per exemple, si dos germans en la primera generació tenen cadascun tres fills, és probable que en cada estirp hereten per caps el mateix nombre d'accions o participacions socials. De manera que en poc temps podem passar de dos a sis propietaris, i això només en la segona generació.

La complexitat en la gestió també s'incrementa si no s'ha establert un ordre clar dels qui han d'accedir a l'empresa en funcions directives o com a empleats, essent membres de la família. Alguns poden arribar a assolir un poder total, per exemple, si arriben a adquirir per successió més de la meitat del capital social, i els estatuts socials o el protocol familiar no ho eviten, o res diuen al respecte, el que fet i fet serà el mateix considerant la freda aplicació de la Llei.

I pot esdevenir que el nou propietari majoritari sigui persona cabal, ben formada, preparada pel fundador per assumir aquesta gran responsabilitat. Però també pot ocórrer el contrari, sense l'adequada previsió pot ocórrer que es tracti d'una persona sense formació empresarial, sense habilitats de gestió i, el que

és més important, sense lideratge per aglutinar i mantenir la unitat de la família.

Gallo insisteix que cal establir mecanismes per reduir la “complexitat”. El creixement de la família i de l'empresa porta a major complexitat.

Sense unitat familiar hi pot haver empresa familiar? Difícil, el meu pronòstic és que durarà poc. Sense unitat tot l'edifici es rellibera, però per mantenir la unitat crec que cal capgirar la complexitat, i per això l'estructura jurídica de l'empresa familiar serà imprescindible.

I hem de veure la creació de l'estructura jurídica, no com un accident o un element pel qual hem de passar, no, l'estructura jurídica forma part de l'ADN de l'empresa familiar i serà la cuirassa amb la qual protegir la visió del fundador durant decennis i garantir la successió i la projecció a futur.

Els mecanismes per a canalitzar aquesta complexitat, i potser també per reduir-la, començaran per establir els òrgans de governança societària adequats, els òrgans d'organització familiar, com el consell de família, un consell d'administració que garanteixi el bon govern i que tingui capacitat de gestió.

El protocol familiar o els pactes entre els socis -anomenats pactes parasocials-, degudament amb els documents successoris, com el testament o els pactes successoris, ja siguin generals com és el cas de l'heretament al Codi Civil de Catalunya, o bé d'atribució particular referits únicament a les accions o participacions o a quotes sobre elles, també endegar la complexitat.



III. EVITAR L'ESTRÈS ÉS EVITAR EL CONFLICTE

A mesura que l'empresa familiar creix, amb el pas del temps i en empreses que tinguin cert èxit, nous membres de la família s'aniran incorporant. Per tant, creix la complexitat. Aquesta situació comportarà que la visió inicial i el missatge d'unitat que va traslladar el fundador es modifiqui, o fins i tot que comenci a diluir-se.

La visió inicial del fundador es pot anar transformant amb el temps, necessàriament ocorrerà així. També la missió canviarà, canviaran els mercats, les oportunitats, sorgiran possibilitats de diversificació, d'internacionalització, etc.

En aquest procés dinàmic, que és propi de l'evolució de l'empresa i de la família empresària, ha d'existir sempre un principi rector: la unitat.

Recentment vaig tenir en el meu exercici professional l'experiència d'ajudar una empresa familiar que ens va consultar com realitzar el trànsit a la següent generació, la segona, i convertir-se així en una empresa familiar multigeneracional. L'empresa havia tingut ja considerable èxit en la primera generació i els fills ja estaven incorporats a tasques executives. Eren una família que compartien molts moments junts, no només a l'empresa, en la qual ja treballava la segona generació, sinó també en la seva vida personal.

En aquest cas la unitat entre els membres de la família empresarial s'aconsegueix en bona part per la generositat i amplitud de mires del fundador, que és compartida pels fills i cònjuge. Tanmateix, quan el fundador desapareix, els successors han de mantenir la unitat com a criteri d'ordenació, i potser això sigui més difícil.

Però és habitual que els propietaris, que són a més directius de l'empresa familiar, tinguin visions o missions diferents. Poden també estar influïts per criteris en ocasions curterministes, que tinguin criteris dispendiosos a l'hora de dedicar o invertir els beneficis obtinguts, en un cas, o bé que apostin per la visió multigeneracional, en altre cas. En la segona i tercera generació, els parents per afinitat, és a dir els cònjuges i parelles dels descendents del fundador, poden influir les seves parelles en la presa de decisions. I aquesta influència pot ser negativa.

També és legítim que algun dels membres de la família empresarial, que no té un paper destacat en la direcció executiva de la mateixa, es plantegi la creació d'una altra empresa o projecte, iniciant una activitat diferent i separada.

En la meua experiència aquesta situació pot ocórrer en la segona o en la tercera generació, desaparegut ja el fundador, quan l'empresa familiar ha assolit cotes d'èxit i mida considerables, i el seu valor en el mercat alhora és substancial.

Així, pot sorgir la idea en algun dels membres de la família empresarial de trencar aquesta unitat, vendre la seva participació a la resta de familiars o inversors, o en el seu defecte a un tercer, i fundar així una nova empresa diferent de l'original. També pot ocórrer que, en el si de la direcció efectiva, existeixin criteris dispars sobre la missió i l'execució de la missió en les funcions executives.

És per això la importància que tindrà el consell de família, com a òrgan de governança de l'empresa familiar i format per la família empresària, entre altres integrants, davant el consell d'administració, com a òrgan en la societat familiar que ha d'executar la visió i la missió que ordena el consell de família.

El consell d'administració s'ha de regir per criteris d'unitat, sense que en la direcció de l'empresa puguin existir disparitats essencials. El conseller delegat o director general, que pot ser o no membre de la família empresària, depenent això de l'evolució del procés de professionalització, haurà d'executar les decisions de l'òrgan d'administració, i sempre atenent les seves directrius i funcions delegades.

Altament dit, en el consell de família poden aflorar punts de vista diferents quant a la missió i fins i tot quant a la direcció efectiva, però una vegada traslladat al consell o òrgan d'administració, s'ha d'actuar amb un criteri únic.

D'aquí que, a mesura que augmenta la complexitat, la mida i el nombre de familiars que s'incorporen a l'òrgan d'administració, convé professionalitzar l'empresa. Aquesta professionalització permetrà que la direcció efectiva i l'execució de les directrius del consell, recaiguin en un conseller delegat o apoderat director general, segons els casos, que preferentment no serà membre de la família.

En moltes empreses familiars de certa grandària, els membres de la família abandonen l'òrgan d'administració, i actuen únicament des del consell de família i des de la junta general, en la mesura que continuen sent propietaris. I des d'aquests òrgans poden influir substancialment en la visió i en la missió de l'empresa familiar.

El *family office* o oficina de família, en la qual s'incorporaran també experts professionals, garantirà aquesta professionalització en les diferents unitats de negoci, societats, política d'estalvi i inversió, política de liquiditat i activitats que desenvolupi l'empresa familiar.

En aquestes circumstàncies jugarà un paper fonamental l'oficina de família. Si l'empresa familiar es va organitzar adequadament, amb els instruments jurídics adequats, l'oficina de família permetrà satisfer als membres de l'empresa les seves necessitats i alhora mantenir la unitat.

L'inici d'aquests desitjos i inquietuds ha de ser tractat i analitzat pel fundador, i també pels descendents en la generació següent, i donar-li sortida natural per via contractual. En altres paraules: si algú desitja marxar i vendre la seva participació en el capital, ho ha de poder fer.

Si aquesta circumstància no es va tractar al seu dia, no es va treballar conceptualment pels membres de l'empresa familiar, sorgirà l'estrès, i l'estrès porta a la incomoditat i a la discòrdia, i la discòrdia porta al conflicte obert. Malauradament no es pot fiar tot a la unitat que inicialment va ser plasmada pel fundador, i a la visió o propòsit que aquest va incorporar a l'empresa familiar.

Com que no té sortida fàcil, si no està prèviament regulada en el protocol familiar, el familiar que se sent incòmode adoptarà una posició defensiva, pot autoexcloure's de la visió, considerar que aquell projecte ja no l'identifica, o criticar que s'ha desvirtuat el projecte inicialment plasmat pel fundador, i potser tingui raó.

Per tant, ha de ser un objectiu evitar l'estrès en la relació entre els membres de la família.

En la meva experiència com a advocat d'empreses familiars, treballar a temps en aquests conceptes ens evitarà l'estrès, i per tant evitarem el conflicte. Com fer-ho, ho veurem a continuació en parlar dels instruments adequats, que seran jurídics, psicològics i també de gestió.

Respectar les normes jurídiques sol ser també un bon remei per preservar la pau a la família i a l'empresa. I en especial les normes de bon govern corporatiu.

S'han elaborat diversos codis de bon govern que no han tingut abast normatiu, és a dir no han estat incorporats al dret de societats, tant a nivell europeu com espanyol i als diferents estats de la Unió Europea. A Espanya la senda va començar amb el Codi Olivència de 1998 i amb l'Informe Aldama de 2003. El Codi Unificat de Bon Govern de 2006, actualitzant els anteriors, i posteriorment el Codi de Bon Govern per a les Societats Cotitzades, de 2015.

La reforma de la Llei de Societats de Capital 31/2014, va incorporar al text legal bona part dels principis plasmats en aquests codis, però no va regular aquesta norma el bon govern de les societats no cotitzades. Sí que s'han anat incorporant modificacions en reformes successives que han assolit el bon govern de les societats no cotitzades també.

A nivell comunitari europeu destaca l'Informe Winter de 2002 i el Llibre Verd. La normativa de govern corporatiu de la Unió Europea, de 2011.

Tot això, juntament amb altres textos publicats que han tingut considerable influència, com els Principis de Bon Govern Corporatiu per a empreses no cotitzades, de l'Institut de Consellers-Administradors IC-A, de l'any 2005. O la Guia Pràctica per

al Bon Govern de les empreses familiars, de l'Institut de l'Empresa Familiar, publicat per Javier Quintana el 2012, constitueix un cos normatiu i de recomanacions molt útil per avançar en la governança d'empreses familiars, per naturalesa de caràcter tancat o no cotitzades en general, però també en aquelles empreses familiars cotitzades que han hagut d'observar si cap amb més zel el seu compliment.



✂ IV. EMPRESA FAMILIAR D'ALTA INNOVACIÓ. EMPRESA TRADICIONAL I EMPRESA EMERGENT.

En la meua praxi professional amb el meu equip a Augusta Advocats freqüentment ajudo i acompanyo emprenedors en la fase inicial de creació d'empreses d'alta innovació.

Són empreses on els actius principals recauen en l'intel·lecte humà i s'expressen mitjançant creacions intel·lectuals com ara programari, plataformes tecnològiques, descobriments mèdics i científics, patents, etc. En definitiva, el que anomenem actius intangibles que poden aportar-se a les societats emergents, o bé la seva transmissió o adquisició, la qual cosa requereix la intervenció d'advocats especialistes.

la Llei 28/2022³, de foment de l'ecosistema de les empreses emergents, ha establert diverses normes amb la bona intenció

3 - Llei startups (Llei 28/2022, de 21 de desembre, de foment de l'ecosistema de les empreses emergents:

- *“11.2. Els pactes de socis en les empreses emergents en forma de societat limitada seran inscriptibles i gaudiran de publicitat registral si no contenen clàusules contràries a la llei. Igualment, seran inscriptibles les clàusules estatutàries que incloguin una prestació accessòria de subscriure les disposicions dels pactes de socis en les empreses emergents, sempre que el contingut del pacte estigui identificat de manera que el puguin conèixer no només els socis que l'hagin subscrit sinó també els futurs socis”.*
- Com podem interpretar que el contingut del pacte està identificat de manera que el puguin conèixer els socis que l'han signat i també els futurs socis? Realment serà una qüestió de prova, ja que el lògic és que els futurs socis el coneguin en nom de la bona fe dels socis subscriptors, que els informin d'això sigui lliurant el document privat o el públic en què es continguin els pactes. Això ens ofereix seguretat jurídica? El nostre sistema registral, amb el principi de publicitat i oponibilitat derivada del mateix, garanteix que el pacte parasocial es conegui pels futurs socis. Qualsevol altra solució, com la que regula aquí aquesta norma, crec que no va en la direcció correcta.

d'impulsar des de l'àmbit mercantil, fiscal i laboral les empreses emergents.

En les *start ups* quan els emprenedors estan en els primers passos en el desenvolupament de l'empresa rara vegada pensen donar-li a aquesta el caràcter d'empresa familiar. Primer això és complex perquè l'invent inicial està en fase de llançament i l'important és que el seu desenvolupament s'haurà de finançar amb rondes de finançament l'èxit del qual condicionarà també l'èxit del propi projecte.

Alhora, normalment són diversos els emprenedors que com a socis inicien el projecte, de manera que en les primeres fases de l'empresa, amb escassos recursos, difícilment és factible que altres membres de la família puguin formar part de l'empresa, ja que a dures penes hi haurà mitjans per satisfer una mínima retribució als socis emprenedors. Precisament el contracte parasocial inicial, si n'hi ha, sol mantenir allunyats altres familiars de l'activitat empresarial i més encara de la propietat de la societat.

En altres casos, però, és exactament al revés. Hem comprovat com a empreses que s'han iniciat per la primera generació, en arribar la segona generació precisament incorpora coneixements i talents del qual era mancat la primera, arribant a ampliar substancialment l'activitat i la facturació, precisament a través del comerç electrònic, de la tecnologia aplicada, en definitiva innovant el que va ser iniciat per la primera generació.

En aquest cas ens trobem davant d'empreses no familiars inicialment, que el fundador converteix en empreses familiars incorporant un o més descendents que transformaran l'empresa innovant el seu model de negoci. És a dir, gràcies a la transformació en empresa familiar el model de negoci es modernitza, s'expandeix i s'incorpora així talent i innovació.

Per exemple, recentment hem assessorat una empresa tèxtil l'èxit de la qual es basava en l'elecció de les qualitats excel·lents i els dissenys per la fundadora, en incorporar-se el fill la va transformar en una empresa de comerç electrònic potenciant i escalant la seva marca de manera exponencial, a través d'incorporar un màrqueting excel·lent en xarxes socials.

En el món de les empreses d'alta innovació ens trobem amb tota mena d'exemples i supòsits. Normalment els emprenedors són persones amb talent, ben formades com a científics, tecnòlegs, experts en màrqueting i negocis, més o menys joves, però ja amb experiència en la seva especialitat i sector. Jo crec que les possibilitats d'èxit són més grans en aquest cas d'alta experiència que quan no hi ha experiència prèvia.

Aquesta formació i coneixements no sempre estan acompanyats d'un criteri adequat en l'elecció de professionals especialitzats per a l'assessorament jurídic i econòmic de l'empresa naixent. És lògic i s'ha d'entendre que la manca de mitjans en les primeres etapes de la vida d'una *start up* comporti escollir per preu i no per especialitat i qualitat, la qual cosa porta algunes empreses a caure en mans de professionals no adequats.

Tan important és crear una invenció d'èxit com que la invenció estigui protegida i que la seva titularitat indubitada ho sigui a favor del que la va inventar. I per això és necessària la intervenció d'advocats especialistes. Altrament pot ocórrer, i passa freqüentment, que ja sigui massa tard i al nostre emprenedor li passi el que al soci de Zuckerberg a la pel·lícula "La xarxa social", és a dir, que es quedi fora de la titularitat i per tant de l'empresa havent estat l'inventor de la creació intel·lectual principal. Hem hagut de defensar molts creadors en aquesta situació, per haver quedat orfes d'assessorament jurídic especialitzat en el moment inicial.

⊗ V. MECANISMES JURÍDICS I NO JURÍDICS PER EVITAR I PREVENIR EL CONFLICTE. EL PROTOCOL FAMILIAR. COM GESTAR EL PROTOCOL, FASES, MITJANS I PROFESSIONALS QUE HI HAN DE PARTICIPAR. ALGUNES DE LES PRINCIPALS CLÀUSULES. EFICÀCIA I Oponibilitat del protocol familiar

Els mecanismes no jurídics es basen en l'ordre i en la unitat. Sense unitat familiar inicial no hi haurà empresa familiar en la fase de la primera generació, però quan entrem en generacions successives és fonamental també preservar la unitat.

Com hem indicat la unitat s'aconsegueix quan la família comparteix la visió i, el propòsit i serà transmesa pel fundador als seus familiars. I això s'ha de preservar quan la següent generació arriba a la propietat i als llocs clau de l'empresa familiar, amb altes dosis d'empatia i d'amor entre els membres de la família.

Si alguns no ho comparteixen, hauran de sortir del capital i de la direcció de l'empresa, i per això hem d'establir en el protocol familiar els mecanismes que garanteixin aquesta sortida en la forma adequada.

Si en canvi resulta que la unitat i la visió no són acceptades i compartides pels familiars que es queden, el que s'ha de fer és vendre l'empresa.

M'explicava un client, fundador d'una empresa familiar que ha adquirit certa mida i desenvolupament ja en la primera generació, que el consell de família, que fa les vegades també d'una sort informal de comitè de direcció, ho celebren cada diumenge a casa seva mentre mengen, amb la seva esposa i tots els fills, que allà és on es plantegen els debats i es prenen totes les decisions.

Aquest sistema de reunió de consell de família / comitè de direcció pot funcionar quan la complexitat encara és escassa. Té diversos inconvenients, per exemple, en aquests casos també els parents per afinitat -cònjuges- dels membres de l'empresa familiar, coneixen de primera mà i per tant poden opinar i influir en la presa de decisions, i això pot generar problemes i trencar la unitat. El nostre consell és deixar els parents per afinitat -cunyades i cunyats- fora de l'empresa familiar, i això vol dir, totalment fora, amb confidencialitat real.

Però prenc aquí l'exemple del nostre client en el sentit positiu del contacte familiar freqüent. Per mantenir la unitat, l'amor per l'empresa cal que també hi hagi unitat entre els membres de la família, i això serà més fàcil si hi ha relació estreta entre ells.

La millor manera que existeixi i es mantingui la unitat quan creix la complexitat, és que l'empresa familiar estigui ben organitzada jurídicament. Precisament en aquesta organització i estructura jurídica rau la garantia que existeixi un òrgan on la família empresària pugui debatre sobre la visió i la missió de l'empresa familiar, i generar en el seu si els consensos necessaris que permeten mantenir la unitat. És el cas del consell de família.

El protocol familiar o pacte de família permet treballar tot això adequadament. L'estructura jurídica no és una qüestió formal, sinó que forma part de l'essència de l'empresa familiar i és tan important com el seu funcionament industrial.

Actualment es considera que més del 40% de les empreses familiars als Estats Units tenen algun *family agreement*. En altres països, com és el cas del Japó, els protocols familiars van començar ja a existir al segle XVIII.

L'origen dels protocols familiars es troba en els pactes parasocials, anomenats en el dret nord-americà *shareholders agreements*⁴. La doctrina mercantilista americana els considera el veritable *partnership* que fins i tot mor o desapareix quan es crea la societat, la incorporació, "*incorporation terminates partnership*".

Això no és igual en el nostre dret mercantil, però sí que és cert que d'alguna manera la incorporació de la societat, la creació de la societat de capital requereix adaptar el *partnership*, és a dir el protocol familiar, ja que haurem d'aconseguir que aquesta nova entitat jurídica independent, que és un nou ens amb drets i obligacions, funcioni correctament, davant la família i també davant de tercers.

En la doctrina mercantilista espanyola, el concepte inicial ha vingut influït per la doctrina italiana i francesa, sent aquesta última que el qualifica com a "protocol".

Entre la nostra doctrina mercantilista es defineix com un contracte aliè a la societat com a tal, donant-li un caràcter extra o metaestatutari⁵. Al marge dels estatuts socials però connectats amb ells, hi ha els pactes parasocials, anomenats per la Llei de Societats de Capital amb davallada com a "pactes reservats", que

4 REECE THOMAS, K - RYAN, CL The law and practice of Shareholder's Agreements, Butterworths, 2007.

5 GARRIDO DE PALMA, V.M., L'empresa familiar davant el Dret. L'empresari individual i la societat de caràcter familiar, Civitas, 1995. VICENT CHULIÀ, F., Organització jurídica de la societat familiar, Llibre Homenatge a Fernando Sánchez-Calero, vol. V, Mc Graw Hill 2002.

regulen entre els membres de la societat, socis o accionistes, o amb tercers, el veritable funcionament de la societat, l'estatut del soci, l'òrgan d'administració, i fins i tot la direcció de la societat.

I dic el “veritable” perquè observem en els últims anys com la praxi jurídica de l'advocacia mercantilista ha anat avançant els estatuts socials inscrits i públics, i desenvolupant cada vegada més els contractes parasocials.

Sent aquests inscriptibles, per aconseguir així la seva oponibilitat enfront de tercers que no són part, però freqüentment no es publiquen per mantenir el sigil de quines són els veritables budells interiors de la societat⁶. Actualment la nostra legislació acull expressament la publicitat dels protocols familiars a través de la seva publicitat registral, vegeu el Reial decret 171/2007, que va introduir així una reforma en el Reglament del Registre Mercantil.

Aquesta norma en el seu article 2.1 defineix el protocol familiar: “Als efectes d'aquest reial decret s'entén per protocol familiar aquell conjunt de pactes subscrits pels socis entre si o amb tercers amb els quals guarden vincles familiars que afecten una societat no cotitzada, en la qual tinguin un interès comú a ordre a aconseguir un model de comunicació i consens en la presa de decisions per regular les relacions entre família, propietat i empresa que afecten l'entitat.”

Segons aquesta definició legal els seus trets són:

- És un conjunt de pactes, per tant, pot respondre a diversos documents o un de sol.

⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. El protocolo familiar. Empresa familiar i publicitat registral. Thomson – Civitas, 2008.

- Les persones que els subscriuen són els socis o bé tercers no socis, amb els quals hi ha vincle familiar en relació amb una societat no cotitzada, en la qual tenen un interès comú. És a dir, la nota clau de conversió del document en protocol familiar és precisament que els subscriptors tinguin vincle familiar, sense distinció de grau.
- Comunicació i consens, *animus societatis* integrat amb la unitat, adreçada al bon govern corporatiu.

Veiem en aquesta definició els tres cercles descrits i desenvolupats per TAGIURI i DAVIS, professors de Harvard: 1) la Propietat, entesa com el sistema de relacions que vincula els propietaris o socis i que són els dipositaris de les decisions fonamentals, i sembla que també el control o el poder de decisió, encara que puguin existir altres socis aliens a la família; 2) l'empresa, doncs els qui la gestionen o dirigeixen poden ser o no ser propietaris; i 3) la Família, ja que no tota la família empresària té perquè tenir vinculació laboral, directiva o dominical amb l'empresa, però sí que pot arribar a tenir-la en el futur o bé formar part de determinats òrgans de decisió no societaris, com el consell de família.

Hi caben diversos protocols que regeixin diverses societats diferents de la mateixa família. Imaginem, per exemple, dedicades a activitats o sectors diversos cadascuna d'elles. També hi cabria, però no ho recomanem, que diversos protocols regeixin una sola societat mercantil. La llei ho admet, però el Reial Decret prohibeix la publicitat registral de diversos protocols simultàniament. I el que és més habitual i coherent: que un sol protocol regeixi diverses societats mercantils que totes elles, com a grup, constitueixen l'empresa familiar.

En la seva naturalesa jurídica, el protocol familiar és un negoci jurídic que com a negoci principal i en relació de subordinació

de la resta de negocis subsidiaris -com pactes parasocials o estatuts socials- s'executa en la societat o societats mercantils que formen part de l'empresa familiar.

Sol ser un negoci jurídic múltiple o complex, la qual cosa significa que alberga en el seu si diversos negocis jurídics concrets, que s'aniran executant, partint del negoci principal.

Per tant, bona part del protocol aflorarà en els estatuts socials de les societats que regulen, però potser bona part del seu contingut no hi aflori i tindrà per tant caràcter de contracte parasocial en tot allò no aflat, tenint eficàcia únicament entre les parts que l'han atorgat. I això amb independència de la seva potestativa publicitat en el Registre Mercantil, que permetrà llavors l'oponibilitat a tercers, després ho veurem amb detall.

El protocol familiar no és un precontracte de societat, no es limita a prometre la constitució de la societat, ja que això comportaria que finiria amb la incorporació d'aquesta, sinó que la seva causa jurídica i també el seu objecte és projectar-se durant la vida societària i estendre's en la seva execució, regulant amb supremacia enfront dels estatuts socials, el funcionament de les societats que l'integren. El plantejament en dret espanyol és oposat a la doctrina de la jurisprudència nord-americana que la societat acaba el contracte preliminar "incorporation terminates jointventure". Això és rellevant jurídicament, ja que el protocol alberga prestacions contractuals que s'han de complir i executar en moments successius, fins i tot durant anys.

La supremacia del protocol sobre els estatuts socials no es presumeix per la llei, s'ha d'establir de manera inequívoca i expressa, ja sigui en el propi protocol o bé en un altre document del qual resulti aquesta voluntat pels atorgants.

Funciona com una societat interna, entre els socis, essent la seva naturalesa un negoci jurídic de cooperació associativa, ja que els signants no volen configurar *ad extra* la seva empresa familiar, sinó que la causa jurídica està en vertebrar relacions obligatòries per configurar les bases d'actuació, el marc bàsic de funcionament de l'empresa familiar, el propòsit, la visió i la missió.

El Tribunal Suprem ha acollit sense ambages la supremacia del pacte extra-estatutari i el seu caràcter preferent en relació de subordinació al pactat i publicat en estatuts, sempre en la relació interna entre els socis signants del pacte parasocial⁷.

No obstant això, l'extraestatutari no se circumscriu només al pacte parasocial o, en l'empresa familiar, a l'anomenat protocol familiar. Poden ser textos jurídics no estatutaris d'allò més diversos que vindran a regir diferents aspectes de la vida societària. Així, els pactes pre-societaris, que són veritables precontractes que prometen i regulen la societat futura, els anomenats pactes "infrasocietaris" que regulen de manera interna el consell d'administració o la junta general, codis de bones pràctiques o de governança, de bon govern d'ESG.

Pel que fa a la forma, regeix aquí el principi de llibertat de forma per al protocol familiar. No cal que s'atorgui en escriptura pública o mitjançant acta notarial, ni tan sols per a la seva publicació en el Registre Mercantil. No oblidem que la publicitat del protocol en el Registre es produeix per via de dipòsit, com els comptes anuals. No s'exigeix per tant escriptura pública si les seves clàusules no s'hi inscriuen, la qual cosa sí que regeix per als estatuts socials, que s'inscriuen⁸.

7 El Tribunal Suprem ha consagrat aquesta doctrina en diverses sentències, com el cas Jeltex, S.A. (STS 15 de juliol de 1995); el cas Galaxia Televisión, S.A. (STS 23 de març de 2001)

8 Veure FERNANDEZ DEL POZO, Luis, (op. Citada) pàg. 72.

Requereix per tant els requisits propis de tot negoci jurídic multilateral, consentiment, objecte i causa (art. 1.261 CC), sent lliure la forma⁹.

No obstant això, no és recomanable la forma merament verbal. Que sigui lliure la forma no significa que calgui descuidar aquest element. La forma verbal, o fins i tot l'escrita però deficientment documentada, portaria a situacions no volgudes per la família.

La nostra recomanació és que el protocol familiar estigui acuradament i artesanalment preparat, que respongui a una profunda reflexió prèvia per part dels seus atorgants, en procés de gestació conjunt amb assessors financers, consultors i per suposat un jurista, advocat especialista en dret mercantil, que no té perquè coincidir amb l'advocat de capçalera del fundador.

L'advocat especialista recollirà la voluntat del fundador i de la família, que ja haurà estat treballada en el si d'aquest comitè de gestació juntament amb altres assessors, la interpretarà i l'haurà de plasmar documentalment. Seran necessàries probablement diverses sessions d'anàlisi amb la família i també amb altres assessors financers, de revisió d'esborranys successius, fins a aconseguir el document final compartit, acceptat i volgut per tothom.

La durada del contracte: el protocol familiar no pot ser perpetu o indefinit.

El protocol familiar, com passa en tots els contractes parasocials, no pot ser indefinit ni perpetu. Ha de tenir una durada

⁹ Així resulta igualment de l'art. 1278, 1279, 1280, del Codi Civil i de les normes especials el 1667 CC respecte de la societat civil, i l'art.117 del Codi de Comerç.

limitada i revisar-se a temps, essent excessivament onerosos si la durada inicial és molt llarga en el temps, i per tant susceptible de nul·litat *ad nutum* o denunciabilitat.

En alguns protocols familiars pot existir la temptació errònia d'establir per al protocol la mateixa durada que la societat que pretén regular. En aquest cas, atès que la societat sol tenir estatutàriament una durada indefinida, la conseqüència seria la denunciabilitat o nul·litat *ad nutum* del protocol. És a dir, passat cert temps, qualsevol podria denunciar-ho i es declararia la seva nul·litat pel jutge o per l'àrbitre.

El dret espanyol, i això és comú amb altres ordenaments en dret comparat, repel·leix el caràcter perpetu o indefinit de les relacions obligatòries, per evitar les vinculacions perpètuas o excessives¹⁰. Si s'estableix la seva perpetuïtat o fins i tot una excessiva

10 L'art. 1680 del Codi Civil que estableix per a la societat civil, per tant, com a regla general: La societat dura pel temps convingut; a falta de conveni, pel temps que duri el negoci que hagi servit exclusivament d'objecte a la societat, si aquell per la seva naturalesa té una durada limitada; i en qualsevol altre cas, per tota la vida dels associats, llevat de la facultat que se'ls reserva a l'article 1700 i el que disposa l'article 1704. En el mateix sentit el 1700, 1704, 1706 i l'art. 13 de la Llei de Societats Professionals. En el Codi de Comerç, l'art.224 i 225 reconeixen al soci el dret a instar la dissolució o separar-se de la societat. En la doctrina, per tots DEU-PICAZO, Luis, Fonaments de Dret Civil Patrimonial, II, Thomson Civitas.

En la jurisprudència veiem nombroses sentències que declaren la nul·litat o separació *ad nutum* de contractes parasocials amb caràcter indefinit, perpetu o fins i tot de durada excessiva. Es distingeix per la llei entre la denúncia ordinària o separació *ad nutum*, que no requereix al·legar justa causa, de la denúncia extraordinària que sí que requereix de justa causa, així l'article 1707 CC o el 218 C.deCom. Veure la SAP d'Àvila de 5 de juny de 2003. Actualment la doctrina considera que perquè hi hagi separació o denúncia amb justa causa s'han de donar circumstàncies extraordinàries que permetin el dret de separació. Això ens porta a tractar el dret de separació, no ja del protocol familiar sinó de la societat mercantil, que ha adquirit notorietat doctrinal en els darrers anys. En efecte, la jurisprudència recent i la doctrina han anat eixamplant la interpretació de quan existeix justa causa o abús, considerant que existeix justa causa quan es produeix un incompliment greu de les obligacions socials, alteracions sobrevingudes de les obligacions socials, o fins i tot desavinences irreconciliables que porten a trencar l'*affectio societatis*, que pugui fins i tot ser causa de dissolució tan sols parcial de la societat, és a dir separa-

durada s'haurà de permetre lliurement la denúncia unilateral de bona fe o la separació de qualsevol dels seus signants.

La societat pot ésser indefinida, perquè constitueix una entitat jurídica amb personalitat jurídica pròpia i separada dels seus socis i té capacitat d'obrar i legitimació per actuar en el tràfic mercantil com si fos una persona física. Tanmateix, el protocol familiar, malgrat la seva naturalesa de societat interna, no té tal personalitat jurídica separada dels seus atorgants, en realitat no és més que un contracte, i per això no pot ser indefinit.

El protocol familiar pot i s'ha de revisar periòdicament pels seus atorgants, essent possible pactar en el seu si la revisió i modificació per majoria dels signants. Tanmateix, en aquest cas, els que s'oposessin a la modificació deixarien de ser part contractual, ja que requereix consentiment tant el contracte originari com qualsevol de les seves pròrrogues, modificacions o esmenes.

És convenient establir en els estatuts socials la prestació accessòria per a tots els socis de complir fidelment el protocol familiar, sempre conforme a la seva durada, i quedaria extingida la prestació un cop arribada la data del terme final.

El tema és crucial, i això perquè un dels objectius del protocol familiar és precisament regular la successió futura, a la següent generació o fins i tot més enllà. Per tant, la temporalitat limitada, sembla que casaria malament amb aquest propòsit dels atorgants.

D'altra banda, s'esdevé sovint que els temes a tractar en qualsevol revisió o proposta de modificació seran difícils de tractar

ció. Tanmateix, el cert és que no es pot generalitzar en les societats mercantils el dret de separació, més enllà dels supòsits legals ja ampliat substancialment amb la publicació i reforma de l'art. 348 bis LSC.

i consensuar, per la qual cosa existirà la temptació de fiar-lo a llarg termini.

En la meva opinió el recomanable és establir un sistema de revisió i actualització per unanimitat, o almenys amb una majoria molt reforçada, que permeti la revisió i actualització en un temps raonable, per exemple, cada deu anys i, en tot cas, sempre que una nova generació prengui el comandament o el control de la propietat o existeixi un canvi de control per donació o successió.

S'haurà de pactar que el dissident pugui sortir o separar-se del protocol, i que això comporti també separar-se o vendre les seves participacions de la societat o societats afectades, regulant els terminis i els percentatges de capital que el sortint podria transmetre en un determinat termini, per evitar així una situació de descapitalització excessiva davant l'exercici d'un dret de separació convencional excessivament ampliat. Ho veurem més endavant, però el que no sembla òptim és que diversos socis familiars vulguin sortir simultàniament del capital, exercitant un dret de separació convencional, que portaria la societat probablement a una situació d'insolvència.

Algun apunt sobre el seu contingut, en especial en matèria de prevenció del conflicte.

- 1) Expressar el propòsit, la missió i la visió del protocol familiar i de l'empresa, serà el primer element del contingut, com hem expressat anteriorment. Aquest serà el principi rector en la interpretació de les seves clàusules, ja que tot el contingut del contracte haurà de dirigir-se a aconseguir la visió i la missió.

El protocol familiar ha de ser un vestit a mida, elaborat artesanalment des del coneixement de la situació empresarial i familiar, en la redacció del qual s'unirà empresa i família.

Ha d'expressar la visió i la missió que pretenen assolir, això vol dir que ha d'estar nodrit dels valors que la família empresarial vol incorporar i perpetuar¹¹.

Per exemple, en uns casos pot prevaler com a propòsit principal el valor de la successió per a la següent generació, però en altres casos la família pot decidir que no es produeixi aquest traspàs generacional de la propietat i de la gestió, i optar per valors altruistes, de propòsit conscient, destinats al que els beneficis socials s'aportin a una o diverses fundacions, també familiars o no, o bé a altres entitats que desenvoluparan aquests valors de propòsit o impacte.

Com expliquen Ward i Gallo —pioners en l'estudi del govern familiar—, el protocol no imposa regles des de fora, sinó que recull acords des de dins, construïts amb diàleg, visió i responsabilitat compartida.

Diu el professor Gallo: “El protocol no garanteix l'harmonia, però la fa molt més probable. No supleix l'afecte, però l'organitza. No evita els conflictes, però els gestiona amb altura.”

11 Diu Íñigo Susaeta https://www.linkedin.com/posts/isusaeta_familiaempresaria-empresafamiliar-protocolofamiliar-activity-734426272236076032-pR59?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAAZLtYYByWnGGRaMJ-pzxSGhhOr1awwVKBvQ, i té raó, que diverses famílies empresàries han criticat i denostat que el protocol familiar freqüentment no ha satisfet les seves necessitats i s'ha convertit en un instrument fins i tot perjudicial. Després això dependrà del procediment i de la qualitat en la seva elaboració, per aconseguir l'objectiu que sigui un instrument eficaç per a l'empresa familiar.

- 2) El protocol familiar ha de regular les relacions entre empresa i família, i qui ha de ser o no ser soci o accionista. Per exemple, si el capital ha de romandre en la família exclusivament, o permetre l'entrada de socis no familiars i amb quins requisits o límit quantitatiu, o bé si la Societat principal del grup que constitueix l'empresa familiar pot o no cotitzar en borsa, o permetre l'entrada d'un soci financer de capital risc i en quin percentatge o quota.
- 3) El protocol familiar ha de regular el sistema de funcionament i presa de decisions, de manera que aquest procés discorri amb la màxima suavitat i consens, sense estressar les relacions entre els membres de la família, ni tampoc entre aquesta i l'òrgan d'administració que, recordem, podrà estar també integrat aquest últim per consellers no familiars fins i tot majoritàriament o totalment.

Aquest objectiu em sembla principal, ja que si ho aconseguïxem evitarem el conflicte. I el conflicte entre els familiars propietaris o directius constitueix el mecanisme destructor per antonomàsia de l'empresa familiar.

- 4) El protocol familiar regularà els òrgans de govern de l'empresa familiar. Se'n poden crear d'específics, però comunament tindrem el consell de família i l'assemblea de família. Recordem que aquests són òrgans que es creen contractualment en el protocol, i no tenen com a tals de regulació legal, no són òrgans de la societat sinó de l'empresa familiar¹².

12 CALAVIA MOLINERO, JM, Govern i administració a l'empresa familiar, Reial Acadèmia Europea de Doctors, 2017. És rellevant la distinció, que indica el Dr. Calavia, parlem d'òrgan d'administració de les societats de capital que alberguen l'empresa familiar, enfront d'òrgans de govern de l'empresa familiar, que no són societaris.

L'assemblea de família pot tenir diverses funcions, segons se li atorguin en el PF. És habitual que sigui un òrgan adequat per rebre la informació sobre l'empresa familiar i la seva evolució, és l'òrgan adequat per designar el consell de família, regular-se el procediment per escollir els seus membres, podent existir per a la seva elecció vot qualificat de determinats membres de la família. L'assemblea de família hauria d'estar integrada per tots els membres de la família empresària, que siguin majors d'edat i parents per consanguinitat.

El PF haurà de regular qui forma part i qui no de l'assemblea, però raonablement evitarem complexitats innecessàries si els parents per afinitat, cònjuges o parelles de fet dels familiars consanguinis, que a més no són propietaris, queden exclosos de l'assemblea. Són membres de la família, però no tenen per què ser-ho de l'assemblea de família, que és un òrgan de govern de l'empresa familiar.

En particular ens referim a continuació per la seva importància al consell de família. És l'òrgan principal de governança de l'empresa familiar.

La primera qüestió és qui l'escull i decideix la seva composició. El PF ha de regular aquesta qüestió.

El consell de família ha de supervisar o controlar la funció de l'òrgan d'administració de la societat familiar, assegurant que aquest compleix amb el propòsit i amb la missió encomanada. Normalment en formaran part membres de la família empresària d'especial rellevància, per les seves funcions de direcció, en el consell d'administració, per la seva quota en la propietat de les societats mercantils familiars, etc.

Però també ha d'incloure altres persones, consellers independents, que són aliens a la família i que no han de tenir una especial vinculació afectiva o de confiança amb el fundador o amb altres familiars. Per exemple, l'advocat de confiança del fundador no hauria de formar part, entre altres persones afins al fundador, ja que no es tracta d'acomodar-se i donar la raó al fundador, sinó de generar el debat, i el fundador haurà d'agrair precisament que li portin la contrària, no que li confirmin els seus postulats. Són recomanables les reflexions del Dr. Jaume Llopis, acadèmic numerari de la RAED, i que seguim en aquest punt.¹³

El consell de família té com a principal funció executar el compliment del protocol, és a dir aconseguir que es compleixi el protocol familiar en les seves línies mestres, en el seu propòsit i visió. També si s'ha arribat en el PF a cert detall en la seva redacció, assegurant així que les regles i principis del PF són complerts. I això en tot el fonamental que seria, a saber:

- Compliment de la missió: la permanència de l'empresa en la família. Si és que aquest és el propòsit de qui ostenta la propietat.
- La successió i trànsit a la següent generació. Molts són els cridats, però pocs els elegits. Aquesta és la diferència entre *vocati i delati* en dret de successions. La vocació és la crida abstracta a favor d'aquells que potencialment tenen dret a heretar, però no estan certs de la seva qualitat d'hereu ni del seu dret a l'herència. En canvi, la delació és la crida concreta a un hereu que ja té dret a acceptar o repudiar.

13 Veure els estudis sobre empresa familiar i composició del consell de família de LLOPIS, J, Management by lies, Deusto 2009. O també l'obra 500 Tweets for better management, Profit, 2018.

- Vigilar i controlar l'òrgan d'administració.
- La contractació de familiars, requisits, exigència i procés per a la seva incorporació a l'empresa familiar.
- La política retributiva dels membres de la família, tant als propietaris, directius i també no propietaris. No oblidem que els no propietaris, siguin o no empleats, freqüentment poden rebre retribucions o donacions.
- I molt important, el consell de família vetllarà per evitar els conflictes en el si de la família empresària, o mediar si apareixen i articular els mecanismes per a la seva solució per mitjans pacífics, com és la seva remissió a la comissió de solució de conflictes.

En el PF convé regular també altres òrgans i comitès que normalment donaran suport al consell de família en la presa de decisions, seguim aquí algunes pautes indicades pel Dr. Calavia, obra citada:

- Comitè de formació, que donarà suport al consell de família en quins són els requisits de formació per accedir a l'empresa i per romandre-hi per part dels familiars que iniciïn la seva col·laboració.
- Comitè de selecció, pot ser independent o bé estar integrat amb el de formació com un de sol. Farà propostes al consell de família sobre qui estan més ben preparats per ingressar a l'empresa familiar i els llocs que hi poden ocupar en consideració a les seves capacitats i formació.
- El comitè de liquiditat ha d'analitzar i aconsellar els òrgans de govern i d'administració sobre les necessitats de liquiditat

dels membres de la família i crear un fons de liquiditat. Pot elaborar dictàmens tenint en compte els resultats de l'empresa i la liquiditat existent i elevar-los a l'òrgan d'administració per tal que es tinguin en consideració per al repartiment de dividends.

- L'oficina familiar o *family office*, que té com a funció orientar i aconsellar els membres de la família sobre la gestió del seu patrimoni. De l'oficina familiar n'han de formar part consultors o assessors financers, advocats i assessors fiscals.
 - El comitè de solució de controvèrsies. Molt important en la matèria que aquí ens ocupa. El comitè haurà d'estar integrat per membres de la família i de l'empresa familiar i també per assessors externs, veritables guardians de la pau: juristes, economistes o financers, que hauran de detectar possibles fallides de la unitat familiar o bé l'existència d'interessos diversos pels propietaris. Per exemple, imaginem la situació després d'una llarga època sense poder repartir-se dividends per a propietaris que no treballen a l'empresa i no reben cap retribució.
- 5) El PF ha de regular el trànsit a la següent generació, definint adequadament els conceptes, però deixant marge i flexibilitat al consell de família per executar-lo com considerin més convenient, evitant davant de tot la hiper regulació, ja que la seva dificultat d'interpretació portaria a situacions de conflicte.

S'han de regular els requisits per a la designació, per exemple, si ja estem en el trànsit de la segona a la tercera generació, és probable que hi hagi diverses branques o estirps de la família, i que tots ells desitgin que un dels descendents de la seva estirp entri com a directiu o empleat en l'empresa familiar.

I recordem sempre que el PF regula el trànsit generacional i els principis que l'han de regir, però no la successió com a tal, ja que la regulació de la successió és pròpia del testament o del pacte successori.

- 6) El PF ha de regular les polítiques de retribució dels familiars que s'incorporen a l'empresa, el pla de carrera en virtut de les circumstàncies professionals i vocacionals del familiar en concret.
- 7) El PF ha de vetllar, ja ho hem dit, per l'harmonia en el si de la família i de l'empresa familiar, i per aconseguir-ho ha de donar a cadascú el seu, és a dir, el que raonablement li correspongui considerant la seva posició en el capital social de la societat holding o de les diferents societats propietàries de l'empresa familiar. En termes de liquiditat, però també segons la seva formació, la seva capacitat de lideratge en la família i en l'empresa, entre altres circumstàncies que s'hauran de considerar i que finalment el consell de família hauria de concretar.
- 8) El PF regularà el procediment de transmissió *inter vivos* de les accions o participacions socials de la societat o societats mercantils que són propietàries de l'empresa familiar.

El PF ha de regular els procediments per deixar de ser soci i tenir la possibilitat de transmetre la propietat, amb caràcter preferent a altres membres de la família. S'esdevé que, en les empreses familiars, d'estructura tancada amb pocs socis, la liquiditat en la transmissió no és fàcil si ningú està disposat a comprar o serà difícil que hi hagi acord en el preu.

I és per això que s'han de regular procediments ordenats de sortida, fins i tot si no hi ha alternativa que permeti la

continuïtat del capital en la família, a través de la venda a un tercer que no sigui membre de la família.

La sortida del capital i fins i tot que l'empresa deixi de ser familiar -és a dir que desaparegui la propietat majoritària o control per la família- serà sempre preferent a altres escenaris de confrontació que, en una empresa mitjana o petita, comporten seriosos riscs de destrucció per bloqueig o inacció.

- 9) Enllaçat amb l'anterior, el PF ha **de regular la solució de les controvèrsies si finalment sorgissin o cristal·litzessin**. Acudir a mecanismes eficaços i àgils en aquesta solució, a través de mètodes de negociació i mediació en el si de la comissió de solució de controvèrsies, i si no és possible arribar a una solució en el si de la comissió, s'haurà d'articular com resoldre la controvèrsia com a tal, ja sigui judicialment o mitjançant arbitratge.

La comissió de solució de controvèrsies haurà d'advertir d'aquestes situacions i proposar solucions al consell de família i a l'òrgan d'administració, per evitar que les laceracions o l'estrès acabin en conflicte obert.

És ja en aquest moment d'estrès quan el comitè pot proposar la designació d'un mediador o d'un amigable componedor¹⁴.

Aquest procediment de mediació evitarà un conflicte obert que només podria resoldre's en arbitratge o bé judicialment, fins i tot sovint el laude o la sentència no solucionaran el

¹⁴ El Codi Civil es refereix a la figura de l'amigable componedor, art. 402 i 403 del CC, com un tercer que podrà resoldre la controvèrsia i el dictamen o proposta del qual, si és acceptada per les parts, resoldrà definitivament la controvèrsia, evitant l'arbitratge o el litigi judicial.

problema de fons, més únicament la concreta qüestió demanada al jutgador, que probablement es referirà a una decisió concreta d'un òrgan de la societat, però hi pot haver diverses societats, i multitud d'acords i decisions que són susceptibles de ser impugnades a futur, per la qual cosa habitualment el litigi concret i la seva resolució no és la solució de la controvèrsia en el seu conjunt.

Tan important o més que el contingut del PF **és el procediment per a la seva elaboració**. Cal començar probablement per diverses sessions de treball en la qual els experts que han d'elaborar el PF han d'exposar les idees bàsiques als membres de la família, almenys als propietaris i altres cridats a participar en l'empresa familiar.

En les sessions de treball hi ha d'haver comunicació fluida i sincera, expressant els membres de la família els valors principals que han de regir l'empresa familiar, el propòsit expressat en la missió i en la visió, i a poc a poc anar avançant cap a les qüestions de governança, d'òrgans de govern i d'òrgans d'administració. Del conceptual i fonamental al més concret.

Els experts han de recepcionar i interpretar la voluntat dels membres de la família, pensant sempre en la consecució dels valors a llarg termini.

Els experts hauran de ser idealment dos professionals. D'una banda, un jurista, advocat especialista en dret mercantil, independent del fundador, amb àmplia experiència en empresa familiar i en l'elaboració de PF, i si és possible que tingui sòlids coneixements de dret civil successori o bé que tingui en el seu equip advocats especialistes en aquesta matèria.

D'altra banda haurà d'intervenir també un assessor financer o consultor amb experiència en la gestió o l'assessorament d'empreses familiars, podrà ser una persona de confiança del fundador o dels propietaris, però independent d'ells. En aquesta fase de gestació del PF aquesta figura del professional de confiança pot ajudar, però no en canvi per formar el consell de família, on necessitarem professionals amb escassa o nul·la vinculació prèvia.

En altres paraules, en la fase d'elaboració del PF els professionals han de ser independents, idealment aliens a l'empresa i sobretot imparcials i independents de qualsevol de les branques o estirps de la família.

Aquests experts elaboraran un veritable vestit a mida, uns documents artesanals, i un cop conclosos idealment els hauran d'explicar i presentar als membres de la família empresària, perquè el seu contingut sigui comprès i assumit perfectament per les parts del contracte.

Instruments d'execució del protocol familiar: estatuts socials i pactes parasocials.

El PF és el conjunt de principis fonamentals i normes que regulen el bon govern i funcionament de l'empresa familiar i l'actuació de la família en el si de l'empresa.

Tanmateix, el PF s'executarà en la societat de capital, anònima o limitada, sigui una o diverses, i en el seu cas dependents d'una holding. I l'execució s'haurà de realitzar a través de diversos instruments. Un d'ells serà el propi PF, que ja haurà d'establir el mètode d'execució i normes concretes per a això.

En la seva gran majoria, els principis del PF es plasmaran en els estatuts socials de la societat holding i de totes les societats que integren l'empresa familiar. Els estatuts socials sí que tenen sempre plena eficàcia enfront de tercers i davant la societat, i incorporen les normes de governança, representació, administració, funcionament, transmissió d'accions o participacions, entre moltes altres, de la pròpia societat.

Per tant, en els estatuts socials s'hauran de desenvolupar els principis plasmats en el PF, de manera que la coordinació sigui màxima entre ambdós instruments jurídics, estant els estatuts socials al servei del compliment del PF.

De nou els estatuts socials seran un segon vestit a mida, hauran d'estar personalitzats i convé fugir dels models o textos genèrics, ja que amb ells no aconseguirem l'objectiu principal que és l'execució del PF i la deguda coordinació amb el mateix¹⁵.

Una de les clàusules estatutàries que eventualment es poden establir és la prestació accessòria que obligui els socis familiars a signar i complir el protocol familiar. Per tant la prestació, de no complir-se, la conseqüència seria que l'infractor podria ser exclòs de la societat, a través del procediment d'exclusió de socis que regularan els propis estatuts i que preveu la Llei de societats de capital.

També convindrà incloure en estatuts clàusules de restricció de transmissió a tercers que siguin aliens al nucli familiar, distingint aquí entre graus de parentiu i estirp.

15 CALAVIA MOLINERO, JM, Govern i administració de l'empresa familiar. Reial Acadèmia Europea de Doctors, 2017.

Quorum reforçat per a l'adopció de determinats acords socials, podent distingir entre categoria de socis familiars o no familiars, que ostentaran diferents drets i classes d'accions o participacions.

Delimitació de competències de la junta general i del consell d'administració.

Regulació de la possible exclusió de socis, com indicàvem en coherència amb la prestació accessòria consistent a estar i passar pel protocol familiar.

Clàusules que permetin solucionar situacions de bloqueig, a través de la transmissió de les accions o participacions, mitjançant opcions de venda o compra, amb preferència als socis familiars, que es regularan amb detall en el PF.

I també en la línia d'evitar el conflicte, podrem regular el dret de separació, restringint o ampliant en algun cas, per via estatutària, els supòsits estrictes que planteja la Llei.

També poden ser de gran utilitat **els pactes parasocials** per a l'execució de determinats principis donats el mandat en el PF. Com ja hem comentat la naturalesa jurídica del PF és ser un pacte parasocial, així serà habitualment.

No obstant això, pot ser convenient regular específicament determinats pactes parasocials que coadjuvaran en l'execució del protocol familiar, i això ocorrerà en certs casos i dependrà de la complexitat de l'empresa familiar. En aquests contractes podrem reforçar i concretar qüestions ja plasmades en el PF que no convingui incorporar als estatuts socials.

El contingut d'aquests pactes parasocials pot ser molt divers: els pactes de sindicació de vot per votar en determinada direcció

en les juntes generals mitjançant l'exercici unificat del dret de vot, ja sigui per exercir el control com a majoria o bé com a defensa si són minoria; pactes de sindicat de bloqueig; els pactes de permanència i no transmissió de la propietat durant un determinat termini, com a prohibició de disposar; pactes per capitalitzar la societat en casos d'augment de capital o realitzar aportacions de socis a fons perdut en cas de pèrdues o projectes d'inversió; pactes de prohibició de competència; repartiment de càrrecs en l'òrgan d'administració, etc.

Eficàcia i oponibilitat del protocol familiar.

Cal distingir entre la coercibilitat anomenada en l'àmbit anglosaxó *enforcement* del PF, enfront de l'oponibilitat del mateix. El PF, com qualsevol altre contracte, és obligatori per a les parts atorgants i els seus hereus, però només per a ells. No ho serà per a tercers i, com veurem, és dubtós que ho sigui davant la societat.

El PF serà obligatori i s'haurà de complir, com ho aconseguim?

Convé incloure clàusules que realment ho facin obligatori i eficaçment coercible, que siguin armes dissuasòries davant la temptació incomplidora de qualsevol de les parts.

Ja hem comentat que un mitjà possible és la prestació accessòria que es pot incloure en els estatuts, per la qual els socis familiars seran exclosos de la societat si incomplissin el PF, possibilitat aquesta que va obrir explícitament la Llei 28/2022¹⁶, de foment de l'ecosistema de les empreses emergents, en principi norma especial aplicable únicament a aquesta categoria de societats mercantils.

16 - Llei 28/2022, de 21 de desembre, de foment de l'ecosistema de les empreses emergents.

L'exclusió com a soci, que haurà d'aprovar-se per la junta general, podrà regular-se estatutàriament quant al seu procediment i especialment pel que fa al preu que es fixi per a la quota de l'exclòs. Això en la mesura que es tracta del que se sol anomenar en l'argot del món de les fusions i adquisicions, d'un *bad leaver*, és a dir algú que surt de l'empresa familiar i de la societat sense que la seva sortida sigui desitjada per la majoria, ni per l'òrgan de govern.

Podria esdevenir que l'interessat a sortir de la societat realment provoqui amb el seu incompliment el mecanisme d'exclusió, i ambicioni un preu de mercat com a pagament de la seva quota quan s'aprovi l'exclusió. És per això que convé que l'exclusió no acabi sent un premi per a l'incomplidor i per això s'haurà de regular un preu final que sigui dissuasiu a l'incompliment.

Hi ha també altres mètodes per reforçar que el PF, i altres pactes parasocials que l'acompanyin, siguin complerts per les parts. Cal articular una clàusula penal que sigui gravosa i que l'incomplidor hauria de satisfer en cas d'incompliment, imposar restriccions als seus drets polítics i econòmics, com la suspensió del dret de vot, etc.

En cas d'haver de ser reclamada aquesta clàusula penal, l'avantatge és que el seu àmbit seria purament contractual, entre parts contractants, és a dir no intervenen qüestions societàries que pertocquen al dret de societats, i que requereixen d'oponibilitat per a la seva eficàcia.

Qüestió diferent és l'eficàcia enfront de tercers¹⁷ que no formen part del contracte i especialment l'anomenada oponibilitat en-

17 - Veure FERNÁNDEZ DEL POZO, L., obra citada. Igualment, els estudis de PAU-ARES, C. "L'esforç dels pactes parasocials", Actualitat Jurídica Uría & Menéndez, 2003." Violació de pactes, impugnació d'acords i principi de no contradicció", RDM, num. 325/2022.

front de la societat o societats de capital que alberguen l'empresa familiar, ja que poden ser diverses les persones jurídiques afectades pel pacte parasocial o protocol familiar.

La solució idònia serà donar publicitat a aquests pactes parasocials, inclòs el PF, i així tindrà lloc si són dipositats en el Registre Mercantil, conforme regula el Reial decret 171/2007.

No obstant això, què ocorrerà si el PF i els pactes parasocials es mantenen sense publicitat registral, i això pot ocórrer per distracció o pel desig comprensible de mantenir la confidencialitat del seu contingut.

Vam veure l'evolució d'aquesta discussió en la doctrina i la jurisprudència espanyoles.

D'una banda la literalitat de la Llei de Societats de Capital en el seu article 29 diu que “Els pactes que es mantinguin reservats entre els socis no seran oposables a la societat.”

La prohibició és categòrica, però això no ha impedit que, en els darrers anys s'obri pas en la doctrina i la jurisprudència una tendència restrictiva en la interpretació de la norma, que tendeix a admetre que, si aquests pactes són coneguts, per tant, no es mantenen reservats i són coneguts per la societat, més enllà dels socis, sí que serien eficaços davant la societat.

D'altra banda l'art. 86.1 de la Llei de Societats de Capital, estableix amb claredat meridiana: “En els estatuts de les societats de capital podran establir-se prestacions accessòries diferents de les aportacions, expressant el seu contingut concret i determinat i si s'han de realitzar gratuïtament o mitjançant retribució, així com les eventuais clàusules penals inherents al seu incompliment.”

Una idea de la importància de les prestacions accessòries ens la dóna el fet que el seu incompliment pot determinar l'anul·lació de determinats acords socials, la ineficàcia d'una determinada transmissió de participacions o l'exclusió d'un soci.

Una part de la doctrina considera que quan el pacte parasocial estigui integrat i subscrit per tots aquells que constitueixen l'anomenat substrat associatiu, de manera que siguin signants del contracte parasocial els mateixos que són socis de la societat i estiguin tots ells unànimement, no es pot considerar la societat com un simple tercer aliè al pacte. En conseqüència, segons aquesta tesi, el pacte parasocial, si és signat per tots els integrants de la societat com a persona jurídica, serà oposat i tindrà eficàcia davant la societat, igual que si es tractés d'una clàusula estatutària inscrita¹⁸.

En aquest sentit la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DG), ha assegut la doctrina afirmant que és inscriptible la prestació accessòria en estatuts socials consistent a complir el protocol familiar.

Les Resolucions de la DG de 26 de juny de 2018 i 11 d'octubre de 2024 estableixen la doctrina d'admetre la inscripció de les prestacions accessòries, interpretant l'article 86 LSC, que exigeix que el seu contingut sigui concret i determinat, en consonància amb l'article 1273 del Codi Civil, ja que la prestació accessòria és obligació entre parts, i per tant n'hi hauria prou que la prestació accessòria recollida en els estatuts quedi determinada en el document de protocol familiar i així *“resulta admissible no només una absoluta i total concreció o determinació inicial, sinó una determinació primària o mediata”*, sempre que sigui possible tal determinació sense necessitat

18 CALAVIA MOLINERO, JM, obra esmentada

de nou conveni entre els contractants o que quedi a l'arbitri d'una d'elles.

En conclusió, la DG admet la inscripció de tal prestació accessòria per entendre que *“l'obligació en què consisteix la prestació accessòria està perfectament identificada mitjançant la seva formalització en l'escriptura pública que es ressenya, de manera que el seu íntegre contingut està determinat extraestatutàriament de manera perfectament cognoscible no només pels socis actuals que l'han aprovat unànimement sinó pels futurs socis que, a l'adquirir les participacions socials queden obligats per la prestació accessòria el contingut de la qual és estatutàriament determinable –ex article 1273 del Codi Civil– en la forma prevista”*.¹⁹

19 I, si bé no s'ha d'excloure la possibilitat d'establir una prestació de contingut determinable, caldrà que s'estableixin les bases o criteris que permetin fer-ho de sort que atorguin la deguda claredat i seguretat a les relacions entre els interessats. Aquesta exigència ve corroborada pel fet que la relació jurídica entre parts, la societat i els socis obligats, la qual cosa imposa acudir supletòriament al règim general del dret d'obligacions en ordre a la seva existència i validesa. I, igual que s'ha d'estar a l'article 1088 del Codi Civil a l'hora de determinar què pot ser objecte de la prestació, caldrà recórrer als seus articles 1271 i següents a l'hora de precisar els seus requisits, entre els quals l'article 1273 exigeix la determinació. És cert que en aquesta mateixa norma es permet una indeterminació en la quantia, però sempre que sigui possible determinar-la en el seu moment sense necessitat de nou conveni entre les parts. Amb això, resulta admissible no només una absoluta i total concreció o determinació inicial, sinó una determinació primària o mediata, però en aquest últim cas es requereix que estiguin ja establerts o assenyalats els criteris d'acord amb els quals tal determinació haurà de produir-se, criteris que d'igual sort que excloguin la necessitat de nou conveni entre les parts, amb més raó impedeixin que aquesta determinació quedi a l'arbitri d'una d'elles (.....)l'obligació en què consisteix la prestació accessòria està perfectament identificada mitjançant la seva formalització en l'escriptura pública que es ressenya, de manera que el seu íntegre contingut està determinat extraestatutàriament de manera perfectament cognoscible no només pels socis actuals que l'han aprovat unànimement sinó pels futurs socis que, en adquirir les participacions socials queden obligats per la prestació accessòria el contingut de la qual és estatutàriament determinable –ex l'article 1273 del Codi Civil– en la forma prevista. Cal concloure que la clàusula debatuda és inscriptible, per no ultrapassar els límits generals a l'autonomia de la voluntat, ja que no s'oposa a les lleis ni contradiu els principis configuradors de la societat anònima (cfr. articles 1255 i 1258 del Codi Civil, 28 de la Llei de Societats de Capital i 114.2 i 175.2 del Reglament del Registre Mercantil)."

D'altra banda, el projecte de Codi Mercantil de 2018 en el seu art. 213.21, proposava un sistema d'oponibilitat dura, considerant que els acords socials de la societat contraris al pactat en el contracte parasocial, seran vàlids.

Davant d'això el Tribunal Suprem²⁰ ha suavitzat la inoponibilitat, optant per una posició més tova: *“La mera infracció del conveni parasocial de què es tracta no n'hi ha prou, per si sola, per a l'anul·lació de l'acord impugnat.”*

Les Audiències Provincials de Barcelona i Madrid han dictat diverses resolucions, considerant el pacte parasocial omnilateral com a manifestació de l'interès social, de manera que la doctrina assegurada és que l'acord social que contravingui un pacte parasocial omnilateral, on són part tots els socis i també la societat, pot ser considerat una vulneració de l'interès social i declarar-se la seva nul·litat.

Fins i tot s'han adoptat mesures cautelars pels Jutjats Mercantils per infracció d'un pacte parasocial, declarant la suspensió d'acords socials contraris al pacte parasocial ja que en són clara infracció, considerant el propi pacte com a element definidor del *fumus boni iuris*, és a dir, de l'aparença de bon Dret. Veure per exemple Interlocutòria del Jutjat Mercantil 7 de Barcelona, de 22 de febrer de 2021.

També hem de citar aquí la recentíssima sentència del Jutjat Mercantil 1 de Sevilla, de 28 de juliol de 2025, en demanda interposada per una societat de responsabilitat limitada contra la qualificació del Registrador Mercantil, en la qual s'impugna aquesta qualificació per considerar no inscriptible la prestació

20 - STS n. 300, 7.4.2022 (Fini Sweets) (ponent Díaz Fraile) demanda de compliment de pacte. STS n. 613, 17.11.2020 (Duro Felguera) (ponent Sarazá) impugnació d'acord social contra pacte.

accessòria en estatuts socials que exigeix el compliment d'un protocol familiar no inscrit, però sí referenciat en el text estatutari per referència a una escriptura pública que consta en el corresponent protocol notarial.

El jutge mercantil, després de revisar la doctrina abans exposada de la DG, considera que no procedeix la inscripció donant la raó al Registrador, i entén que la interpretació de la DG és excessivament generosa per permetre una determinació primària o mediata de la clàusula, entenent que ha de prevaler la claredat literal de l'art. 86 LSC, que exigeix que el contingut de la prestació accessòria sigui concret i determinat, considerant el magistrat que no ho serà per simple referència a una escriptura pública que no consta en els estatuts, és a dir de caràcter extra tabular, per tant no inscrita.

Per a això es recolza en la doctrina del Tribunal Suprem, en particular en la STS 120/2020, de 20 de febrer. Aquesta doctrina distingeix clarament entre els pactes parasocials no inscrits, amb mera eficàcia *inter parts* i contingut i aplicació obligacional, enfront dels pactes parasocials publicats en el Registre Mercantil que, igual que els estatuts socials, entren en l'àmbit de les societats de capital.

Fins i tot, continua dient la sentència, admetent una indeterminació "primària i mediata", caldria únicament acceptar-la respecte de la quantia -ex. Art 1273 CC i 1261 CC- però mai pel que fa al contingut de la prestació accessòria. Un pacte parasocial el contingut del qual està indicat en el Registre mercantil per la seva referència a l'escriptura en què es conté és un pacte reservat inoponible a la societat (art. 29 LSC).²¹

21 Conclou la sentència: "Considerem, en resum, que no cap la determinabilitat quant al contingut d'una prestació accessòria. En tot cas, no es pot parlar de determinació del contingut de la prestació accessòria pel fet que s'indiqui que el seu contingut està delimi-

Destaca també la mateixa sentència que la Llei 28/2022, de 21 de desembre, de foment de l'ecosistema de les empreses emergents, llei de start up's, és una llei especial i per tant no es pot aplicar amb caràcter general l'excepció que aquesta manifesta, que sí que admet clarament la remissió extra registral al pacte parasocial.

La sentència de l'Audiència Provincial d'Oviedo, de 7 d'abril de 2025, versa sobre l'eficàcia interna i externa d'un pacte parasocial que exigeix unanimitat dels socis per a les votacions relatives a un augment de capital social. L'interessant de la sentència és que considera que la prestació pactada pels socis exigint unanimitat és vàlida, fins i tot contravenint l'article 200 LSC, que rebutja l'exigència d'acords per unanimitat, i entén que sí que cal imposar-lo als socis.

Considera així que els socis han incomplert el pacte de socis i hauran d'estar i passar per ell, però alhora considera el tribunal que no procedeix la remoció dels efectes derivats de l'acord d'ampliació de capital impugnat, adoptant tots els acords que procedissin a fi de deixar sense efecte el mateix, reposant a la part actora en la seva legítima participació societària. Sí que hi ha la indemnització i rescabament de danys i perjudicis – que tanmateix no s'acrediten en el cas d'actuacions-, però el que no és possible és condemnar els socis a adoptar un nou acord d'augment.



tat extramurs del Registre Mercantil en un protocol notarial reservat.”

⊗ VI. LA SUCCESSION DE L'EMPRESA FAMILIAR I ELS INSTRUMENTS JURÍDICS PER FER-LA POSSIBLE

El PF serà necessari, però no suficient per portar a bon port la successió de l'empresa familiar. L'advocat i altres assessors, financers o consultors que ajudin la família empresària en el procés de successió, hauran de ser persones, almenys els juristes, que coneguin bé el dret civil de successions.

També han de conèixer el dret mercantil per redactar el PF i els estatuts de les societats mercantils que controlen l'empresa familiar, entre altres documents necessaris. Per tant, l'equip jurídic haurà de compondre's de diversos especialistes, ja que el PF s'haurà d'executar a través de documents diversos que entren en l'àmbit del dret de successions.

I el primer que cal saber al respecte, és que depenent de la residència civil del propietari que vol atorgar la seva voluntat successòria, la normativa del dret de successions a Espanya té notables diferències depenent del territori. En especial, a Catalunya, però també a Balears, Navarra, Euskadi, Aragó i Galícia, la normativa del dret de successions presenta modificacions substancials enfront del règim comú del Codi Civil, que sí que és aplicable a la resta de territoris.

El Codi Civil no admet la figura del contracte successori, que tanmateix ha assolit històricament, i també modernament en els darrers anys, un important desenvolupament en diversos territoris de l'Estat amb dret civil propi.

També hi ha diferències notables respecte a la naturalesa jurídica de la legítima, és a dir, la porció hereditària que el causant ha de disposar a favor dels legitimaris o hereus forçosos. En el Codi Civil són dos terços a favor de fills i descendents, podent destinar un d'aquests dos terços, anomenat de millora, a favor dels descendents siguin fills, néts, o fins i tot besnéts.

Així en el Codi Civil, de tradició germano-visigoda, la protecció dels hereus forçosos és substancial, tenint dret a rebre la llegítima en béns de l'herència com a regla general, creant un dret de naturalesa quasi real o *ius ad rem* sobre els béns hereditaris a favor dels hereus forçosos.

Únicament i de forma excepcional permet el Codi en l'art. 1056 que el testador, en ordenar en testament la partició, decideixi expressament que els legitimaris percebin la seva llegítima en metàl·lic, per tal de mantenir la unitat de l'explotació econòmica o el control d'una societat de capital.

En canvi, el Codi Civil de Catalunya, recull la tradició romana de la legítima, que a Catalunya és un mer dret de crèdit, i el legitimari no pot exigir que se li lliurin béns de l'herència, sinó només una quantitat de diners en metàl·lic. Així cabrà que el testador adjudiqui a un o a diversos hereus la majoria o la totalitat de les accions o participacions socials, i a certs legitimaris únicament la llegítima en diners.

Als efectes que aquí ens ocupen, la varietat legislativa més significativa que hem d'assenyalar és que a Catalunya el causant, titular de tot o part del capital de les societats que són titulars de l'empresa familiar, podrà pactar en un **contracte successori** la transmissió amb efectes *mortis causa*, a favor d'alguns o diversos dels hereus o successors.

És a dir, es tracta d'un veritable contracte successori, i per tant irrevocable entre el causant i el successor, mantenint aquell la propietat de l'empresa en vida i produint efectes translatius a la seva mort.

Com a tal contracte successori serà irrevocable, en les seves diferents modalitats d' *heretament* per designar hereus, o bé contracte successori d'atribució particular, per a la disposició de béns concrets.

Aquesta possibilitat permet donar certesa als familiars que han designats com a successors i establir-lo amb caràcter bilateral, amb drets i obligacions, regulant els seus requisits i obligacions a complir pel successor.

Convé regular amb detall aquests documents, ja que a diferència del testament que és revocable sempre pel testador, els contractes successoris no ho són, excepte per infracció de les obligacions substancials contingudes en els mateixos. Imaginem per exemple que el designat en *heretament* abandonés l'empresa familiar, en aquest cas podria considerar-se incomplerta l'obligació principal que com a successor ha de complir, sempre que així s'exigeixi en el contracte successori.

El testament, pactes successoris i capitulacions matrimonials, tot filat en harmonia amb el protocol familiar, ens permetrà garantir la transmissió de l'empresa als successors de la família empresària, convertint-la en empresa familiar multigeneracional.



⊗ VII. QUÈ FER SI SORGEIX EL CONFLICTE? SOLUCIONS JURÍDIQUES PER ASSOLIR LA PAU SOCIAL EN LA BREVETAT POSSIBLE. CLÀUSULES DE DESBLOQUEIG O SORTIDA. MEDIACIÓ I NEGOCIACIÓ. L'ARBITRATGE COM A SOLUCIÓ DE LA CONTROVÈRSIA

Si fins aquí s'ha seguit l'exposat pels responsables de l'empresa i de la família empresària, no hauria de sorgir el conflicte, o rarament sorgirà.

Entenem per conflicte o controvèrsia en l'empresa familiar el desacord substancial en la visió o missió, en la governança, o en la successió de l'empresa familiar, entre altres possibles, que no sigui possible canalitzar amigablement pel mètode que el protocol familiar estableixi com a solució.

Canalitzar amigablement significa que el PF haurà d'establir mecanismes per donar solució als desitjos o aspiracions dels propietaris i altres familiars, siguin o no propietaris i ho puguin ser en el futur. Quan es frustra el desig, i no s'ofereix una solució, cristal·litza el conflicte.

Per a això el PF establirà el funcionament de comissions específiques, com la comissió de liquiditat o la comissió de conflictes, i regularà els mecanismes per solucionar aquestes aspiracions.

Vam exposar un cas típic, freqüent a la pràctica, i que, si no està correctament previst i regulat, sol acabar en conflicte obert.

Pot ocórrer que, arribada la segona o tercera generació, algun membre de la família desitja vendre la seva participació en el capital i sortir de l'empresa familiar. Tenint en compte que normalment es tractarà de societats no cotitzades, sovint de caràcter tancat, és possible que aquesta aspiració no pugui veure's satisfeta per no poder o no voler altres socis o accionistes, siguin o no familiars, adquirir la quota de capital del sortint.

Es tractarà d'una participació en el capital, no líquida, i són situacions que poden perpetuar-se durant molts anys, especialment si el soci afectat no té percepcions en l'empresa familiar, com empleat o directiu, i més encara si els beneficis són escassos o no cap el repartiment dels mateixos per raons de reinversió en projectes empresarials i així s'acorda per la majoria del capital social.

També serà difícil acudir a tercers inversors, aliens a l'empresa familiar, ja que difícilment estaran interessats en una participació minoritària, il·lícita i que no permet obtenir cap rendibilitat a curt termini.

Per tant, s'han d'establir mecanismes per evitar situacions de bloqueig, per evitar el dret de separació de manera intempestiva, per evitar l'abandonament de la societat, entre altres situacions que poden portar-nos a la judicialització de l'empresa familiar.

Són conflictes que, un cop oberts, poden durar molts anys, transmetre's de generació en generació, i que ocasionen gran laceració als membres de la família empresària i a la mateixa empresa familiar, acabant per erosionar el seu propi funcionament, aturar o suspendre projectes, entre altres pèrdues i minves considerables, i fins i tot comprometre la seva viabilitat.

L'art. 348 bis de la LSC estableix el dret de separació a favor del soci, per al cas de no repartiment de beneficis socials o bé si s'haguessin repartit per sota del vint-i-cinc per cent, amb determinats requisits i condicions. Aquesta i altres solucions extremes, com l'exercici del dret de separació, s'han d'evitar per via estatutària i pel mateix PF, ja que per a això estan ambdós instruments, per evitar situacions de fallida de la confiança i per garantir la pau social, aquesta és una matèria que tractem àmpliament en el llibre publicat per la RAED el 2018, amb motiu del meu ingrés com a acadèmic.²²

Es pot limitar o demorar en el temps el dret de separació, però no és possible prohibir el dret de separació de manera perpètua si no s'estableixen mecanismes de sortida i de desbloqueig que permetin fer líquida la participació en el capital. I aquests mecanismes han de ser àgils.

També és possible que no es plantegi la venda per un soci familiar i que el conflicte consisteixi en la paralització dels òrgans socials: podria ocórrer que un o diversos socis que ostentin una minoria qualificada, o una majoria de bloqueig, obstaculitzin els acords socials votant en contra dels mateixos, podent portar la societat a situació de paralització en els seus òrgans, ja sigui la junta general o el consell d'administració, o ambdós.

Aquestes i altres situacions poden ocórrer si no s'ha previst prèviament, si no s'ha reflexionat sobre això i no existeixen procediments o remeis per a l'evitació del conflicte. I normalment, en la meva experiència, no es produeixen aquests conflictes si estan previstes les situacions que els originen i s'ha donat llera de regulació i solució en el PF.

22 FERNÁNDEZ-CUELLAS, R. La dinámica mayoría-minoría en les sociedades de capital. RAED, 2018.

Un cop obert el conflicte, si no hi ha previsions per a la seva solució que siguin òptimes, per exemple, per la via de l'arbitratge o de la mediació, la seva extensió en el temps, provocant diversos escenaris de tensió, de paralització d'òrgans, de manca de mitjans fins i tot per a la còngrua subsistència de l'afectat i de la seva família, comportarà un enorme sofriment.

Com a advocat que ho ha viscut a la pell d'altres, però també rebent aquest patiment aliè que arriba a ser percebut com a propi, patint també pels meus clients, haig de dir que tota previsió és poca per evitar-los.²³

Vam comentar, a títol d'exemple, algunes possibles clàusules tendents a evitar el conflicte, tot i que les possibles situacions fàctiques són moltes i no podem esgotar el catàleg de situacions.

Veurem que sempre oscil·lem en un equilibri difícil: afavorir l'empresa familiar vs afavorir els seus socis. És la tradicional discussió entre l'interès social, entès com a protecció de l'entitat jurídica, enfront de l'interès dels socis, que també és interès social i així està reconegut en la Llei.

23 Recordo un cas de conflicte obert en una empresa familiar, on no existia ni protocol familiar ni tampoc estatuts socials que fossin adequats, en què un dels germans va ser exclòs de tota retribució, en un consell d'administració on els tres germans eren membres, però només dos percebien retribució. A més la societat, en iniciar-se la controvèrsia, va estar anys sense repartir beneficis, sense raó de pes que ho justificués doncs el resultat era positiu i les inversions no eren significatives. El germà exclòs de tot ingrés, que era el meu client, va quedar en minoria a la junta general i al consell d'administració, i es va veure durant anys privat de tot ingrés, havent de subsistir amb ajudes del seu entorn, mentre seguia sent propietari d'un enorme patrimoni empresarial. I aquesta situació va durar anys, fins que va aconseguir amb l'exercici d'accions judicials i sentències favorables, assolir un acord global. Afortunadament això avui dia seria diferent, s'obriria un altre ventall de solucions, ja que la jurisprudència modernament ha acollit com a abusives aquestes situacions i ha establert mecanismes per a la seva solució, fins i tot a través d'intervenir en la junta general i ordenar el repartiment fins i tot de la totalitat del resultat. En especial destacar la sentència del Tribunal Suprem núm. 9/2023, d'11 de gener de 2023, ponent Ignacio Sancho.

- i) Clàusules de desbloqueig pel vot en contra en els òrgans socials que impedeixi l'adopció d'un acord. Aquesta situació es pot donar si hi ha empat en la votació, i ningú ostenta la majoria, però també es pot donar si hi ha clàusules de quorum reforçat per adoptar determinats acords i no es pot aconseguir aquest quorum reforçat, imposant-se el bloqueig de la minoria.

En aquests casos, cal establir i regular mètodes de solució del bloqueig quan aquest és reiterat i impedeix acords que són indispensables, com la formulació o aprovació dels comptes anuals, l'augment o reducció del capital social quan sigui imperatiu per evitar la dissolució de la societat, entre d'altres.

I això es pot aconseguir via remissió a un dictamen de la comissió de conflictes de l'empresa familiar, acordada en estatuts o en PF, al qual cal donar estatutàriament caràcter vinculant en la decisió que adopti.

Si el bloqueig roman transcorreguts els terminis pactats, haurem d'anar a la solució proposada en el punt v).

- ii) Clàusules que prohibeixin el dret a separar-se de la societat durant un determinat termini, o bé que obliguin a romandre en la societat i prohibeixin la venda a un altre soci o a un tercer que no sigui familiar durant un determinat termini.

Són habituals en moltes societats, familiars o no familiars, especialment en les societats emergents. Si el termini d'obligatòria permanència dels socis és curt i raonable, s'haurà de respectar, però prohibicions de disposar excessivament llargues o oneroses, més enllà de cinc o set anys, són habitualment considerades com a abusives o excessivament oneroses

i contràries a l'essència jurídica de les societats de capital, i poden ser impugnades davant els tribunals o en arbitratge, i declarar-se ineficaços.

- iii) Clàusules per al repartiment de beneficis, establint un benefici mínim repartible, que regulin criteris per a l'òrgan d'administració i per a la junta general, amb les pautes de repartiment del benefici de l'exercici. Establint que en cas que no existeixi un projecte d'inversió concret, definit i quantificat per l'òrgan d'administració, i cobertes la reserva legal i altres estatutàries, s'haurà de destinar a repartiment la major part del resultat de l'exercici social.
- iv) Clàusules i controls permanents, a través de la comissió de retribucions, per limitar la retribució de directius i empleats, siguin o no familiars, i dels administradors de les societats que integren el grup de l'empresa familiar.
- v) Clàusules afavoridores de la transmissió de participacions o accions, com opcions de venda *-put option-* o de compra *-call option-* a partir de complir-se certs requisits, regulant la figura del bon soci sortint *-good leaver-*. Per exemple, dependrà de si la quota del capital del sortint es pot adquirir per la resta de socis, siguin o no familiars, i per tant s'haurà de limitar o fraccionar en certs casos, i establir també pagaments ajornats i fraccionats.

Així és possible pactar clàusules d'adquisició preferent a favor dels propietaris membres de la família, i en el seu defecte, a favor de la resta de socis o de la societat, establint classes de participacions i accions que gaudiran d'aquest dret de preferent adquisició.

Convindrà limitar els socis que poden exercir l'opció de venda alhora. És a dir, iniciat el procés per un d'ells, imaginem titular del 10% del capital social, serà convenient establir la suspensió del dret de la resta de socis, durant un termini mínim, que inclogui el període de pagaments fraccionats i ajornats, per evitar la descapitalització de la societat, si aquesta fos l'adquirent, o impossibilitat fàctica d'adquisició per la resta de socis.

No ens semblen adequades solucions més radicals, com l'anomenat pacte andorrà o de la ruleta russa, anomenat així perquè es caracteritza per la luctuositat societària amb què acaba l'esdeveniment per a una de les parts. Consisteix el pacte a oferir un oferent la seva voluntat de comprar la quota de la resta, estant aquests obligats a vendre, pel preu i condicions ofertes, i si es neguen a vendre hauran de comprar a l'ofertant la seva part del capital, per aquest mateix preu i condicions.

Aquest tipus de clàusules, que poden modular-se amb variants diverses, podent pactar-se mètodes de càlcul del preu i condicions, etc., són més pròpies de societats en les quals el capital se sol repartir entre dos socis per meitat, i és fàcil en tals casos que existeixin situacions de bloqueig que converteixin en impossible la continuació de la societat.

Què ocorrerà quan el conflicte cristal·litzi i l'òrgan d'administració i tampoc l'òrgan de govern de l'empresa familiar hagin pogut evitar-ho? Què cal fer llavors?

Si a l'empresa familiar les parts implicades, és a dir, els membres de la família, han actuat diligentment, evitarem situacions de conflicte.

Recordem que el conflicte sorgeix quan no es dona sortida als interessos i desitjos de les parts interessades, i per suposat també sorgeix quan es produeixen situacions d'abús o opressió d'una majoria que exerceix el control davant una minoria que no veu satisfets els seus drets o interessos com a socis familiars.

Pel que fa a les situacions d'abús o opressió, novament no hi cabran si hi ha estatuts socials i protocol familiar que regulin la governança de l'empresa familiar. ambdues situacions són contradictòries.

Ja analitzem en un altre lloc²⁴ el concepte d'opressió i perjudici injust, que ha obtingut ampli desenvolupament en el dret anglosaxó, i convé recordar alguns principis bàsics.

La Companies Act de 2006 estableix a la Secció 994 les bases perquè es pugui considerar l'existència d'opressió i perjudici injust:

“Els assumptes de l'empresa s'estan gestionant o s'han gestionat d'una manera que és injustament perjudicial per als interessos dels accionistes en general o d'alguna part dels seus accionistes”

En aquests casos el tribunal acollirà la petició per perjudici injust i podrà acordar lliurement una sèrie de mesures per resoldre l'opressió, que comporten una veritable intromissió en la vida societària, fins fa poc inimaginable en el nostre dret.

La més comuna de les decisions a adoptar en sentència és que el tribunal acordi que les accions o participacions del peticionari

24 La dinàmica majoria-minoria en les societats de capital, obra esmentada.

siguin adquirides per la majoria. S'inicia llavors el corresponent procés de valoració de les mateixes, no exempt de dificultats.²⁵

Podem treure una conclusió principal i és que la solució passa en el dret anglès per evitar la dissolució de la societat, la insolvència, i també el dret de separació, ja que aquest últim pot provocar aquelles. Aquesta solució actualment s'executarà a través d'imposar a la majoria que és declarada opressora pel jutge o àrbitre, la compra de les accions de la minoria, així com altres mesures dirigides a l'abstenció i evitació a reiterar les conductes il·lícites i abusives.

Essent el comprador natural el soci majoritari, em sembla raonable un mecanisme de compravenda forçosa de les participacions o accions del minoritari que sigui oprimat, subjecte a determinats requisits i terminis, i sempre que no s'hagi pactat una solució diferent en els estatuts socials. D'aquesta manera el dret de separació no serà l'única solució doncs, com sabem, no és la idònia.

En Dret espanyol la jurisprudència i la doctrina han evolucionat de forma important en els darrers anys, i el Tribunal Suprem ha considerat que, acreditada la situació d'opressió, per actuació contrària a l'interès social, cal que el jutge acordi el repartiment de la totalitat dels beneficis entre els socis, que tindran dret als guanys socials, i no cal furtar el mateix amb l'argument de la mera acumulació en la societat d'unes reserves que no s'inverteixen en cap projecte.²⁶

25 NEWINGTON-BRIDGES, Charlie, St John's Chambers, gener 2016. Op. citada.

26 Sentència Tribunal Suprem núm. 9/2023, d'11 de gener de 2023 (recurs de cassació núm. 3319/2019; ponent Sancho Gargallo, Ignacio).

Conflictes d'aquesta naturalesa i solucions quirúrgiques com les que indiquem, poden donar-se si prèviament no s'han fet els deures per evitar-los.

Ja sorgit el conflicte però abans d'acudir a la via judicial o arbitral, una possibilitat òptima és la remissió de la controvèrsia o disputa a la comissió de solució de controvèrsies de l'empresa familiar, perquè elabori un dictamen vinculant per a les parts que permeti evitar un o diversos processos judicials o arbitrals.

En efecte, observem que si s'ha previst en estatuts socials i en el protocol familiar, aquesta solució pot evitar novament l'exteriorització o cristal·lització del conflicte.

Aquesta solució seria òptima sempre que la comissió de solució de controvèrsies estigui composta de professionals independents, que poden ser experts en matèries diverses, però sí que és convenient que formin part de la comissió juristes que siguin experts en dret mercantil i en empresa familiar. Hauran de ser independents i aliens a l'òrgan de govern i d'administració, i que no siguin advocats o assessors del fundador, o que col·laborin en el funcionament diari de l'empresa familiar.

Com a alternativa a l'anterior cal acudir a un mediador o amigable componedor, que pot ser un expert designat *ad hoc* per la pròpia comissió, perquè emeti un dictamen o resolució contractualment vinculant per estatuts, és a dir amb eficàcia enfront de tercers, que posi fi a la controvèrsia i adreci la solució. El convenient és sempre extreure la controvèrsia fora de l'òrgan de govern de l'empresa familiar i de l'òrgan d'administració de la societat familiar.

Fins aquí, en els casos exposats, hem indicat camins per evitar el conflicte, a no confondre amb remeis quan el conflicte ja

existeix i no es pot canalitzar a través dels mecanismes i òrgans de govern de l'empresa familiar.

Els remeis no ho són realment, ja que habitualment el conflicte cristal·litzarà en un procés, o bé perquè hi ha un desig de sortida del soci familiar, o bé perquè hi ha situació d'opressió de la majoria de control que impedeix percebre percepcions via dividends, honoraris o sous a l'empresa familiar.

Podem citar a continuació alguns exemples habituals.

Ens trobarem amb una o diverses impugnacions d'acords socials, ja siguin d'òrgan d'administració o de la junta general, que poden tenir contingut molt variat.

O bé es pot plantejar la impugnació d'una compravenda o transmissió d'accions o participacions, que haurà de ser aprovada per la societat corresponent per ser eficaç, etc.

També caldria fins i tot acudir a la impugnació d'acords socials, com seria l'acord de junta de no repartiment dels beneficis socials i acumulació a reserves, per considerar-se injust o opressiu, per manca de justa causa.

La impugnació de percepcions dels administradors no aprovades degudament per la junta general o que puguin considerar-se predatòries o abusives per ocultar un veritable ànim predatori dels beneficis socials que s'havien de repartir.

També és freqüent l'exercici de l'acció social de responsabilitat per part del soci que considera que la gestió de l'administrador ha estat negligent, contrària als estatuts socials, a la llei o a l'interès social, i això cabrà fins i tot si no és aprovada aquesta acció social per la majoria de control a la junta general.

Aquests són alguns exemples de conflictes habituals, i caben altres supòsits de litigació, podent ser diverses les accions concretes a emprendre siguin simultànies i, freqüentment, successives en el temps, ja que la posició de les parts serà una guerra de trinxeres, s'enquistaran les postures i les animadversions ràpidament seran personals, assolint la família, assolint l'empresa familiar.

Per exemple, en iniciar-se els procediments judicials o arbitrals, la primera onada serà relatiu a les decisions dels òrgans de govern de l'exercici recent, quant a la seva aprovació, no aprovació de repartiment, de retribució de l'òrgan d'administració, etc.

No obstant això, com que la situació de presumpta opressió o abús difícilment es modificarà amb l'exercici de les accions, ja que és freqüent l'hàbit de *"sostenella i no esmena"*, freqüentment ocorrerà que als primers procediments judicials o arbitrals seguiran altres molts en els anys següents.

Les conseqüències són fàcils d'imaginar. Si la part actora forma part de l'òrgan d'administració de la societat familiar, es tensionarà extraordinàriament el dia a dia, amb conseqüències en la gestió i en la governança, que per capillaritat s'anirà estenent als diferents departaments, comitès i càrrecs. Per la qual cosa, en el millor dels casos, el conflicte produirà efectes no desitjables que poden arribar a afectar la gestió, el resultat i fins i tot la continuïtat de l'empresa, sobretot en empreses de petita o mitjana grandària, on aquestes qüestions adquireixen més rellevància.

Davant d'aquesta situació no hi ha solucions màgiques. Com diem els procediments interposats s'iniciaran, podran durar diversos anys, i darrere en vindran d'altres, si les qüestions

principals no es resolen en el si d'un acord global, que permeti la sortida ordenada o la paralització de situacions d'opressió.

Si la via de solució de les controvèrsies fos la jurisdicció ordinària, si són qüestions de dret de societats seran competents els Jutjats Mercantils.

Aquest any 2025 va entrar en vigor la Llei Orgànica 1/2025, que preveu els anomenats MASC: mitjans adequats per a la solució de controvèrsies, *Secció 3a De les diferents modalitats de negociació prèvia a la via jurisdiccional*.

Essent això un requisit abans d'iniciar-se el procediment judicial amb la presentació de la demanda, tractant així d'evitar el procés pròpiament dit.

Existeixen diversos mitjans que la llei regula: a) oferta vinculant confidencial, que l'actora realitzarà per a la seva acceptació o no per l'altra part; b) conciliació privada, davant d'un advocat, notari, registrador, o LAJ, etc.; c) procediment de mediació conforme a la llei 5/2012; d) designació d'un expert independent, que podrà ser jurista o bé expert en la matèria objecte de la controvèrsia; e) procediment de dret col·laboratiu pel qual les parts, assistides d'advocat, tractaran de trobar una solució consensuada per acabar totalment o parcialment amb la controvèrsia. En aquests processos podran també designar-se experts neutrals que puguin col·laborar en la seva solució.

Si cap d'aquests mitjans fructifica en una solució de la controvèrsia, s'obrirà la via judicial pròpiament dita.

Cal també una alternativa diferent a la via judicial i als previs MASC, que és la via arbitral.

L'arbitratge consisteix en un procediment de solució de controvèrsies en què s'encomana a un tribunal o tall arbitral, la designació d'un o diversos àrbitres per resoldre la controvèrsia, ja sigui en dret o en equitat, mitjançant l'emissió del laude. El laude arbitral té els mateixos efectes que una sentència judicial, no hi cap recurs d'apel·lació ni cassació, només de nul·litat basat en causes taxades en *numerus clausus*.

En un entorn de conflicte d'empresa familiar, l'arbitratge pot ser una alternativa a la via judicial. Es prediquen tradicionalment alguns avantatges i també inconvenients.

Entre els avantatges podem assenyalar:

- La velocitat de l'arbitratge en la solució de la controvèrsia. El procediment durarà habitualment sis mesos, tot i que es pot estendre en ocasions a un any, cosa que és un temps rècord si es compara amb la via judicial.
- La confidencialitat, els laudes no es publiquen i es mantenen en el secret del tribunal arbitral i de les parts. En canvi, les sentències judicials es publiquen la majoria d'elles, de manera que les empreses competidores tindran la informació del litigi publicada.
- L'especialització de l'àrbitre, doncs en l'anomenat arbitratge institucional el tribunal o tall arbitral designarà un especialista en la matèria concreta, que podrà fins i tot tenir àmplia experiència en el sector com a advocat assessorant o defensant empreses d'aquest sector.

En el cas que ens ocupa, un expert en empresa familiar.

- En l'arbitratge de dret l'àrbitre serà un advocat o jurista que resoldrà aplicant les normes de l'ordenament jurídic. També

hi ha l'arbitratge d'equitat, que permet a l'àrbitre sostreure's de l'aplicació de les normes jurídiques, podent ser àrbitre en tal cas un professional o expert no jurista. També cal que l'àrbitre s'hagi designat *ad hoc* per les parts, o bé que hagin establert, amb prou claredat, el mitjà per a la seva designació.

- La dedicació i lliurament de l'àrbitre al procediment. Un àrbitre resol uns pocs casos a l'any, i en cadascun d'ells es juga la seva solvència professional davant del tribunal o tall arbitral que el va designar.
- La flexibilitat del procediment. L'arbitratge està subjecte a la Llei d'Arbitratge (Llei 60/2003) i al Reglament de la cort arbitral, si s'escau. No és d'aplicació la Llei d'Enjudiciament Civil i resta de normativa processal, amb tots els seus recursos i tràmits, excessivament garantista. Tot i que sí que serà aplicable el dret substantiu.

No recomanem l'arbitratge d'equitat, ja que tot i que atorga encara més llibertat a l'àrbitre per no estar subjecte al dret, genera considerable incertesa.

Tot i que la flexibilitat és un dels avantatges que es prediquen de l'arbitratge, també pot ser una amenaça, ja que la part perjudicada per la velocitat del procediment arbitral pot intentar soscavar-lo, torpedinant decisions arbitrals de tràmit, per tractar després d'al·legar indefensió. Solen ser dilacions que tenen escàs recorregut.

- Les mesures cautelars, també són possibles en arbitratge, tot i que en la seva execució és probable que l'àrbitre hagi d'acudir a la via judicial per demanar auxili, si la mesura adoptada no es compleix voluntàriament per la part que ha estat condemnada a això. També hi ha fins i tot l'arbitratge d'emergèn-

cia, que preveu per exemple la solució urgent d'algunes de les qüestions plantejades.

- El cost de l'arbitratge, sovint s'argumenta com un inconvenient. Tanmateix, hem de valorar el cost del temps dels litigis, depenent de la via utilitzada, les diverses instàncies processals, i el lucre cessant, sempre lacerant i fins i tot letal, que suposa tenir l'empresa familiar en litigació durant molts anys.

L'arbitratge ha tingut una evolució progressiva durant el segle XX i el que portem del XXI, pràcticament desaparegut per efecte del positivisme jurídic i de la divisió de poders des de finals del segle XIX, en prohibir-se els anomenats tribunals de classe o especials, on els comerciants resolien les seves disputes.

Tanmateix l'arbitratge va arribar a ser imperatiu per a la solució de controvèrsies entre les societats mercantils, en el Codi de Comerç de 1829, posteriorment es va veure pràcticament suprimit amb l'entrada en vigor de la Llei d'Enjudiciament Civil i la prohibició d'altres tribunals que no fossin els judicials.

En matèria de dret de societats, ja a finals del segle XX, amb la decadència del positivisme jurídic a Espanya i resta de països de la Unió Europea, l'arbitratge ha esdevingut la solució habitual de les controvèrsies en l'àmbit internacional.

En l'àmbit de l'empresa familiar, com en qualsevol arbitratge de societats mercantils, perquè existeixi arbitratge s'ha de pactar expressament l'anomenat conveni arbitral, sotmetent a arbitratge la controvèrsia que pogués sorgir, i així s'ha de regular en els estatuts socials i també en el protocol familiar. La discordança entre ambdós textos en aquest punt, o assenyalar

certes matèries per resoldre en arbitratge, enfront d'altres en l'àmbit judicial, és solució sempre problemàtica.

Sent el litigi l'última ràtio, l'arbitratge pot ser un entorn idoni per a la solució de la controvèrsia, quan la solució real no s'hagi produït precisament evitant la controvèrsia.



❧ CONCLUSIONS

I. El fundador és qui decideix la visió i qui ha de garantir la unitat.

En efecte, és el fundador el que decideix que la seva empresa sigui familiar o no ho sigui. I un cop ho decideix i incorpora membres de la seva família, la següent decisió que haurà de prendre és si vol estructurar-la com a empresa multigeneracional.

És a dir, no només pensarà en la generació present, sinó en com convertir l'empresa familiar en un projecte de futur, atractiu per a la següent generació.

Aquesta serà la seva visió, crear un ens empresarial que es projecti amb èxit a futur i compartit per les successives generacions de la família.

I per això és essencial la unitat. La unitat es basa en l'amor, entès com a amor per l'empresa i per la família, tots dos per igual. Sense amor la unitat es rellibera, i llavors s'iniciaran els problemes que poden desembocar en conflicte.

Ajudarà una estructura jurídica ben travada a preservar la unitat? Creiem que sí que ho farà. L'estructura jurídica no garanteix la unitat ni el resultat empresarial, però ajuda en els moments difícils a mantenir la unitat, i sobretot, donarà satisfacció al desig, és a dir, abans que sorgeixi el conflicte.

És clar que no hi ha unitat que resisteixi una llarga espera sense resultats, sense beneficis ni percepcions de cap mena. Cal estar

capitalitzats per a tota eventualitat, i també perquè la comissió de liquiditat pugui disposar de recursos que permetin als membres de la família rebre beneficis, donacions o retribucions, treballin o no a l'empresa. Tot això ho haurem pensat bé abans, estarà degudament treballat a nivell documental, i forma part d'allò que hem de regular en l'estructura jurídica.

II. Crearem l'estructura jurídica adequada i aconseguirem que funcioni.

Tan important és la gènesi de l'estructura jurídica com vigilar el seu adequat funcionament durant anys.

Aquesta ha de ser una tasca compartida, és a dir, el fundador ha d'incloure en la gènesi de la construcció jurídica altres persones de la família i de l'empresa familiar. I especialment ha de comptar amb experts en empresa familiar, que des del principi iniciïn el debat juntament amb els membres de la família.

En el consell de família, s'han d'incloure consellers que no pertanyin a la família, i que no tinguin una relació estreta amb membres de la família que comporti una subordinació i obediència. Per exemple, no és recomanable que en el consell de família hi hagi l'advocat o conseller de confiança de l'empresari fundador.

Els consellers no estan per ser còmodes al fundador i donar-li la raó en tot el que plantegi en els debats i reunions. Això és tan fàcil com ineficaç. Els membres del consell de família estan per ajudar a generar idees i debat, per conformar i revisar la visió i la missió, i que després aquesta visió i missió es traslladin al consell d'administració i es compleixin.

És a dir, el debat s'ha de fer a dalt, en el consell de família, i l'òrgan d'administració de la societat ha d'executar el que a dalt es decideixi.

Per tant, per crear l'estructura jurídica adequada el primer pas és l'embrió del consell de família. En aquest embrió hi haurà els experts en empresa familiar, consultors empresarials i juristes, que escoltaran el fundador, la família, altres consellers no familiars, i començaran a construir la cistella amb aquests vímets.

III. L'estructura jurídica és complexa i dinàmica, sotmesa a control.

L'estructura haurà de consistir en primer lloc en un protocol familiar, que reguli, amb detall i flexibilitat alhora, tot l'exposat: la visió, el propòsit, la missió, els òrgans de govern de l'empresa familiar i els comitès, l'òrgan d'administració de la societat familiar, la successió a la següent generació, el procés per solucionar els desitjos abans que esdevinguin conflictes, entre altres possibles qüestions.

I cal redactar-ho pensant que la seva plena eficàcia l'aconseguirem amb la publicació del protocol familiar en el Registre Mercantil. És a dir, qualsevol hi podrà accedir, i per això serà eficaç davant de tothom.

Si hi ha interioritats que s'hagin de mantenir reservades, que podrà ocórrer per evitar alertar la competència especialment, podem mantenir reservats pactes parasocials concrets, en execució del protocol. En aquest cas, els pactes parasocials seran obligatoris solament entre els atorgants dels mateixos i els seus hereus.

Els estatuts socials de la societat familiar s'hauran de redactar com un instrument d'execució del protocol familiar.

Els fundadors i altres propietaris d'accions o participacions hauran també d'atorgar els instruments jurídics successoris -testament i pacte successori- i capitulacions matrimonials, que siguin necessaris per aconseguir que l'empresa familiar es transmeti a la següent generació.

Tot això s'haurà de revisar periòdicament, i renovar-se o, almenys, ratificar-se pels nous membres de la família que s'incorporin a l'empresa i per tant al protocol familiar. I si ningú s'incorpora en molts anys, s'haurà de revisar i ratificar formalment en un termini raonable, com a màxim cada deu anys.

IV. Que farem si tot l'anterior falla.

Si està ben fet, no hauria de fallar, doncs inclourà les solucions per quan sorgeixin els problemes. Els problemes se solucionaran si s'han sabut endegar, amb la previsió que el propi protocol ha regulat, a través de la comissió de liquiditat, de la comissió de solució de controvèrsies, etc.

Habitualment el conflicte sorgirà si no s'ha permès sortir de la societat, a valor de mercat, al qual ho ha desitjat, o bé si no hi ha liquiditat per impossibilitat de repartiment, o hi ha absència de retribució de determinats familiars.

Davant de tot, cal evitar situacions d'abús, que comportin que titulars del capital social en situació minoritària quedin sense percepció de liquiditat. No hi ha presó major en la vida mercantil que ser titular d'un magnífic patrimoni que no té cap utilitat de gaudi per al que el posseeix.

Si això arriba a ocórrer, ja sigui per imperatiu del mal resultat o de la necessitat de capitalització per a nous projectes, cal donar sortida a l'afectat en un termini raonable, que tindrem pactat en el protocol familiar.

Si malgrat tot, el plet és inevitable les conseqüències seran substancials i punyents per a la família i probablement també per a l'empresa.

La mida de l'empresa serà una qüestió rellevant arribats a aquest punt, i també el seu grau de professionalització. És a dir, com més gran, capitalitzada i professionalitzada hi ha l'empresa familiar, amb directius no familiars en els llocs de major responsabilitat, menys patirà l'empresa l'investida d'un conflicte de socis.

En canvi, en empreses petites i mitjanes, la liquiditat per finançar un procés judicial o arbitral, i el nombre d'anys que pugui durar el conflicte, ens pot donar una idea del patiment que serà per a l'empresa i per a la família.

En definitiva, en aquest treball hem pogut reflexionar sobre mètodes contrastats en la pràctica jurídica i empresarial que ens permeten evitar el conflicte en l'empresa familiar. Crec que perquè es mantingui la convivència pacífica a l'empresa s'haurà de donar sortida als interessos de les parts, en un termini raonable, aconseguint d'aquesta manera que el projecte empresarial es projecti a futur alhora que es van superant els esculls que trobem en el camí.



⊗ BIBLIOGRAFIA

ALONSO LEDESMA, C, T.: “L'autonomia de la voluntat en l'exclusió i separació de socis”. *Revista de Dret Mercantil*, n° 287, gener-març 2013.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Els problemes contractuals en les societats tancades”. *InDret* 4/2005.www.indret.com.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Dret de separació en el cas de falta de repartiment de dividendes: l'art 348 bis LSC entra (de nou) en vigor l'1 de gener de 2017». *Associació Espanyola d'Assessors Fiscals*, gener 2017.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. i FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una proposta de redacció alternativa de l'article 348 bis LSC». *LA LLEI mercantil* n° 33, febrer 2017, N° 33, 1 de feb. de 2017, Edit. Wolters Kluwer.

BRENES CORTÉS, J.: “El dret de separació, principals novetats després de les últimes modificacions operades en el dret de societats”. *Revista Dret de Societats* 37, juliol-desembre 2011.

BRENES CORTÉS, J.: “Dret de la minoria al dividend: el controvertit art. 348 bis LSC.” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2012 part Estudi, BIB 2012\3383.

BRENES CORTÉS, J.: “El dret de separació en cas de falta de distribució de dividendes: l'entrada en vigor del controvertit article 348 bis de la Llei de Societats de Capital”. *Revista de Dret Mercantil*, n° 305, juliol –setembre 2017.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Dret Mercantil*. Tecnos, 1990.

CALAVIA MOLINERO, JM, Govern i administració a l'empresa familiar, Reial Acadèmia Europea de Doctors, 2017

CAMPINS VARGAS, A.: “Dret de separació per no repartiment de dividendes: és un dret disponible pels socis?” *DIARI LA LLEI*, Any XXXIII, Número 7824, 2012.

CAMPINS VARGAS, A. i ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Abús de la majoria en el repartiment de dividendes i dret de separació del soci en les societats de capital”. Liber amicorum, Juan Luis Iglesias (García de Enterría, J.- coord.-), 2014.

CÀCERES PRESONS, C.: “L'exercici de dret de separació del soci en cas de no distribució de dividendes. Les reformes introduïdes per l'art. ~ ~ ~ 348 bis de la LSC”. *Dret dels Negocis núm. 263-264*, setembre-octubre 2012.

CARRASCO PERERA, Á.: *Tractat de l'abús de dret i del frau de llei*. Thomson Reuters Civitas, 2016

COMISSIÓ NACIONAL DEL MERCAT DE VALORS: “Codi Unificat de Bon Govern de les Societats Cotitzades aprovat el 22 de maig de 2006 pel consell de la CNMV”.

CUCURULL POBLET, T.: “La política de dividendes en l'empresa familiar (A propòsit de la reforma de l'article 348 bis de la Llei”. *Revista Crítica de Dret Immobiliari - N° 753* 2016 [01] Gener - [02] Febrer de 2016.

DE CASTRO I BRAVO, F.: *El Negoci Jurídic*. Civites 1997.

DE CASTRO I BRAVO, F.: *Dret Civil d'Espanya*. Civitas, 1984

DE CASTRO I BRAVO, F.: *Estudis Jurídics del Professor Federico de Castro*. Col·legi de Registradors, 1997.

- DE LA CAMBRA, M.: *Estudis jurídics sobre la Societat Anònima*. Civitas, 1995.
- DE LA CAMBRA, M.: *El capital social en la societat anònima, el seu augment i disminució*. Consell General del Notariat, 1996.
- DE LA CAMBRA, M.: *Estudis de Dret Mercantil I*. Civitas, 1997.
- DÍAZ ECHEGARAY, JL.: *El Dret a Participar en el Repartiment de les Guany Socials. A la llum de la doctrina assegurada per la Sentència del Tribunal Suprem de 26 de maig de 2005*. Edit. Aranzadi, 2006.
- DÍEZ-PICAZO I PONCE DE LEÓN, L.: *Fonaments de Dret Civil Patrimonial. Volum IV, Les particulars relacions obligatòries*. Civitas Thomson - Civitas, 2010.
- DÍEZ-PICAZO I PONCE DE LEÓN, L.: *Fonaments de Dret Civil Patrimonial. Volum I, Teoria del contracte*. Civitas, 2007.
- DÍEZ-PICAZO I PONCE DE LEÓN, L.: *Estudis sobre la jurisprudència civil*. Madrid, 1966-69.
- DIGEST DE JUSTINIÀ, I, I 1,3, edició d'Álvaro D'Ors, 1968.
- DOMAT, J.: "Les Loix Civiles dans leur ordre naturel. Le Droit Public et Legum delectus", Nova edició, *MDCCLXXI*.
- FARRANDO MIGUEL, I.: "El dret de separació del soci en la Llei de Societats Anònimes". *La Llei* 3308/1989.
- FELIU REY, M.I.: "Dret de separació, flexibilització societària i autonomia de la voluntat". *Dret dels Negocis*, nº 260, Any 23, maig 2012.
- FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: "Responsabilitat dels administradors en dret societari: enquesta de jurisdiccions creuades"; *Grup de Pràctica Internacional*, www.ipg-online.org; 2014.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “L’acció individual de responsabilitat contra els administradors socials”. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. ~ ~ ~ 3 2013.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “La responsabilitat dels administradors en la Llei de Societats Anònimes”. *Llibre Homenatge al Sr. Jesús López Medel*. Editorial Col·legi de Registradors, 2000.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “Competència objectiva i arbitratge en les controvèrsies mercantils: necessitat de reforma”. *La notaria*, núm.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.: “Separació i exclusió de socis. AA. VV., en l’obra Les societats de capital: qüestions teòriques i pràctiques”. *Tom II, Quaderns de Dret i Comerç, Consell General del Notariat*, 2016.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Dret de Societats. Vol. I*, 2010.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. El protocol familiar. Empresa familiar i publicitat registral. Thomson – Civitas, 2008.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “L’aplicació de resultats en les societats mercantils” (*Estudi especial de l’article 213 de la Llei de Societats anònimes*). 1997.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Les anomenades clàusules de dol (shoot-out clauses) i les de subhasta com a mecanismes estatutaris per remeiar les situacions de bloqueig societari”. *Revista de Dret Mercantil*, nº 305, juliol – setembre 2017.

FERNÁNDEZ FARRERES, *Associacions i Constitució*. 1987.

FLOURENTZOU, “M.: Accionistes minoritaris: aplicabilitat del perjudici injust”. *M. Shambartas*, 2017.

GALGANO, F.: *Història del dret mercantil. Società editrice il Mulino*, Bolonia, 1980.

- GALLO, M. A. i GÓMEZ, G, *Evolució i desenvolupament de l'empresa i de la família*. Edicions Universitat de Navarra, 2015.
- GARCÍA SANZ, A.: “Dret de separació en cas de falta de distribució de dividends”. *Revista de Dret de Societats*, N° 38, 2012-1.
- GARCÍA-TUÑÓN, A.M.: “Els drets al dividend i de separació a la llum de l’art. *Revista de Dret de Societats*, N° 49, gener - abril 2017.
- GARRIDO DE PALMA, V.M., *L'empresa familiar davant el Dret. L'empresari individual i la societat de caràcter familiar*, Civitas, 1995.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Teoria general de les societats mercantils”, *Revista de Dret Mercantil*, 1974.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J: “Curs de Dret Mercantil”, *MCMXXXVI*.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F.: “Reformes en matèria de separació i exclusió de socis”. En l’obra *Les Reformes de la Llei de Societats de Capital*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. i altres (Directors), Thomson Reuters Aranzadi, 2a Ed., novembre 2012.
- GIRÓ TENA, J: “Societats civils i societats mercantils: distinció i relacions en Dret espanyol”. *Revista de Dret Mercantil*, 1947.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “Sobre el dret obligatori al dividend ¡Quina barbaritat! Hi ha Dret?” Blog sobre l’actualitat jurídica i política, <http://hayderecho.com>, 27 de juliol de 2011.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La nova regulació del dret al dividend en les societats de capital (no cotitzades)”, *Dret dels Negocis núm. 263-264*, setembre-octubre 2012.

ILLESCAS ORTIZ, R.: “El dret del soci al dividend avui: un apunt”. *Dret dels Negocis*, núm. ~ ~ ~ 21, juny de 1992.

ILLESCAS ORTIZ, R.: “S’han convertit les societats de capital en entitats de dipòsit remunerat?” *Dret dels Negocis* núm. 254, novembre 2011.

IRACULIS ARREGUI, N.: “La separació del soci sense necessitat de justificació: per no repartiment de dividends o per la pròpia voluntat del soci”. *Revista de Dret de Societats*, N° 38, 2012-1.

LUCAS MARTÍN, E.P.: “Somera descripció de la lògica de l'article 348 bis LSC. Universitat Complutense”, *Documents de Treball del Departament de Dret Mercantil*, 2013/77, Maig 2013, disponible a http://eprints.ucm.es/21684/1/Somera_descripci%C3%B3n_de_la_l%C3%B3gica_del_art._348_bis_LSC.pdf

LUCEÑO OLIVA, J.L.: “Dret de la minoria al dividend: una solució i molts dubtes (Comentari d’urgència al nou article 348 bis de la LSC)”. *DIARI LA LLEI*, any XXXII, Número 7709, 5 d’octubre de 2011.

MACKEY, J I SISODIA, R, Capitalisme conscient: alliberar l’esperit heroic dels negocis, Harvard Business Review Press, 2014.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Els drets al dividend i de separació a la llum de l’art. *Revista de Dret de Societats* 49, gener – abril 2017.

MARSDEN, A.: “Protecció dels accionistes contra conductes injustes perjudicials. Citador de casos i estatuts, 2017”. *Commercialchambers.org, Cambres Comercials*, 2017

MARTÍNEZ ROSADO, J.: *Els pactes parasocials*. Editorial Marcial Pons, 2017.

- McAFEE, P.: “Divorci amistós: dissolució d’una associació amb mecanismes simples”. *Revista de Teoria Econòmica*, 56, 1992.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Societat anònima i fi de lucre”. *Estudis jurídics sobre la societat anònima*, 1995.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ i RODRÍGUEZ ARTIGAS: “Caràcter mercantil en AAVV”. *Comentari al Règim Legal de les Societats Mercantils*, Tom XIV, Vol. 1 A, 1999.
- MORENO UTRILLA, D.: *La sindicació de bloqueig a les Societats Anònimes*. Tirant lo Blanch, 2015.
- NEWINGTON-BRIDGES, Ch.: “Una guia pràctica per a les peticions de perjudici injust i la seva interacció amb reclamacions derivades”. *Cambres de Sant Joan*, 2016
- NGO DA THAN: *La societat anònima familiar*. 1963.
- ORTEGA PARRA, S.: *La participació del soci en els guanys socials*. Tirant lo Blanch, 2015.
- PANTALEÓ PRIETO, F.: “Associació i societat, a propòsit d’una errada del Codi Civil”. *Anuari de Dret Civil*.
- PAU-ARES, C. “L’esforç dels pactes parasocials”, Actualitat Jurídica Uría & Menéndez, 2003.” Violació de pactes, impugnació d’acords i principi de no contradicció”, RDM, num. 325/2022.
- PAU-ARES, C.: Comentaris al Codi Civil. Ministeri de Justícia, Tom I.
- PAU-ARES, C.: “Anim de lucre i concepte de societat, AAVV”. *Dret Mercantil de la Comunitat Econòmica Europea Estudis en Homenatge a José Girón Tena*, Civitas, 1991
- PAU-ARES, C.: “Les societats mercantils”. *En l’obra Lliçons de Dret Mercantil*, director Aurelio Menéndez, Thomson - Civitas, 2005.

PULGAR EZQUERRA, J.: “Normes de solvència i deures d’administradors socials”. *El Notari del Segle XXI*, N° 60 (març-abril) 2015 .

REECE THOMAS, K - RYAN, CL La llei i la pràctica dels acords d’accionistes, Butterworths, 2007.

RODES PARETS, P.: *La separació del soci en la Llei de societats de capital*. Marcial Pons, 2013.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (director): *Dret de Societats I i II. Comentaris a la jurisprudència*. Thomson Reuters, 2010.

RUIZ NUÑEZ, M.: “Article 348 bis LSC: interès individual vs interès social”. *Revista de Dret de Societats* N° 49, Gener - Abril 2017.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.: “Apropa del règim estatutari de transmissió de participacions socials i accions i sobre la separació i l’exclusió de socis de societats de capital en la proposta de Codi Mercantil”. Tom I del llibre *Estudis jurídics en memòria del professor Emilio Beltrán*, ROJO, A. i CAMPUZANO, A.B. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2015.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Crisi econòmica i govern corporatiu”, a *Revista de Dret Mercantil*, n° 287, 2013.

SEGURA DE LASSALETTA, R.: “Govern estable de l’empresa familiar en AA. VV”, *El bon govern de les empreses familiars*, Cuatrecasas – Aranzadi, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, M.J. i SAMBEAT SASTRE, J.Ma.: “Anàlisi i crítica de l’article 348 bis de la Llei de Societats de Capital”. *DIARI LA LLEI*, Any XXXIII, N° 7825, març de 2012.

SILVÁN RODRÍGUEZ, F. i PÉREZ HERNANDO, I.: “Dret de separació i dividendes: El controvertit article 348

bis LSC”. *DIARI LA LLEI*, Any XXXIII, N° 7813, març de 2012.

SUSAETA, I. https://www.linkedin.com/posts/isusaeta_familiaempresaria-empresafamiliar-protocolofamiliar-activity-7344262722236076032-pR59?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAAZLtYYByWnG-GRaMJpzxSGhhOr1awwVKBvQ

TUSQUETS TRIAS DE BES, F.: *Abús de dret i tutela de la minoria en les societats de capital*, discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2012.

URÍA, R.: *Dret Mercantil*. 27 Ed., 2000.

VALMAÑA CABANES, A.: *Configuració legal (indirecta) del dividend mínim. L'auditoria legal de comptes anuals. Adaptat a la nova Llei 22/2015, de 20 de juliol, d'Auditoria de Comptes*. Wolters Kluwer Bosch, 2016.

VALPOSTA GASTAMINZA, E.: *Comentaris a la Llei de Societats de Capital*. Bosch, 2a ed, 2015.

VÁZQUEZ ALBERT, D.: “Responsabilitat de l’administrador de fet i de l’administrador ocult en la reforma de govern corporatiu, en AA. VV Reforma de les societats de capital i millora del govern corporatiu”, *Revista Jurídica de Catalunya i Thomson Reuters – Aranzadi*, 2015.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protecció de les minories societàries davant l'opressió*. Thomson Civitas, 2007.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: “La separació per justa causa després de les recents reformes legislatives”. *Revista de Dret Mercantil*, N° 283, gener-març 2012.

VELA TORRES, P.-J.: “El dret de separació del soci en les societats de capital: una reforma incompleta i parcialment fallida”. *Dret dels Negocis*, N° 268, març-abril 2013.

VIVANT, C.: *Tractat de Dret Mercantil. Tom II*, 1911.

VICENT CHULIÁ, F. , Organització jurídica de la societat familiar, Llibre Homenatge a Fernando Sánchez-Calero, vol. V, Mc Graw Hill 2002.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendi de Dret Mercantil*. 1991.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducció al Dret Mercantil. Volum I*, 23a Ed., Edit. Tirant lo Blanch, 2012.

VILARRUBIAS GUILLAMET, F. i FAURIA PLANAS, A.: “Abast de la suspensió del dret de separació del soci per falta de repartiment de dividends”. *Revista de Dret de Societats*, N° 41, any 2013-2.

VILARRUBIAS, F. i FAURIA PLANAS, A.: “La pretesa suspensió del dret de separació de l’art. *El Notari del Segle XXI*, número de revista 49 (maig-juny 2013).

WARD, J.L., en El grup de consultoria d’empreses familiars, thefbcg.com



Conflict avoidance in the family business

Speech of admission to the Royal European Academy of Doctors, as
Academician of Number, at the reception ceremony
on September 25, 2025

by the

H.E. Prof. Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas
Doctor of Law

the reply by the Academician of Number

H.E. Prof. Dr. Jaume Llopis Casellas
Doctor in Economics and Business Management

COLECCIÓN REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES



Reial Acadèmia Europea de Doctors
Real Academia Europea de Doctores
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914

www.raed.academy

INDEX

PRESENTATION	203
INAUGURATION SPEECH	205
I. The family business as a purpose. Conscious purpose. Vision and mission	205
II. Family business and business family. The personal and business relationship between the founder and the other members of the family, managers and employees of the company. Unity as a guiding principle	209
III. Avoiding stress is avoiding conflict	215
IV. Highly innovative family business. Traditional company and start-up	221
V. Legal and non-legal mechanisms to avoid and prevent conflict. The family protocol. How to develop the protocol, phases, means and professionals who must participate. Some of the main clauses. Effectiveness and opposability of the family protocol	225
VI. The succession of the family business and the legal instruments to make it possible	257
VII. What to do if conflict arises? Legal solutions to achieve social peace as soon as possible. Unlocking or exit clauses. Mediation and negotiation. Arbitration as a solution to the dispute.	261
CONCLUSIONS	279
BIBLIOGRAPHY	285



⊗ PRESENTATION

His Excellency the Dean of the Illustrious. Barcelona Bar Association

His Excellency the President of the Royal European Academy of Doctors;

Your Excellencies, Academics;

Illustrious Authorities;

Dear colleagues and friends who come from abroad.

Dear Family; Dear friends, distinguished public.

It is a great honour and pleasure to be here today and to address you with this speech on the appointment of the Royal European Academy of Doctors.

Just as important as the content of the nomination speech **is to express my gratitude to all of you.**

First of all, thanks to the President Hon. Dr. Dr. Alfredo Rocaforat Nicolau, for his support and wise advice from the beginning. Thanks to the Board of Directors.

Thanks to His Excellency Dr. D. Jaume Llopis, Vice-President of the Academy, for his support, for his good advice, and for the answer to my speech today in this Most Excellent Corporation,

Thanks to my godparents in this ceremony, to His Excellency Dr. Manuel Sans and to His Excellency Dr. José Manuel Calavia.

I would like to express my gratitude to all the Honorable Academicians of the European Royal Academy of Doctors, for having received me with warm hospitality and friendship, when I entered in 2018 as a Corresponding Academician in this Most Excellent Corporation.

I also want to express my deepest gratitude to those who have accompanied me in my professional life as a lawyer. Especially to my partners and colleagues from AUGUSTA ABOGADOS, who are present here. A professional project founded seventeen years ago and which has achieved great development and success, becoming, with the effort of all, one of the great Spanish business law firms with international projection.

And finally I must tell you that today I am here above all and above all thanks to my family.

To my wife, Diana, an exceptional person, of extraordinary generosity and intelligence. I have always had her support and she has always been able to be there in good and bad times, being the best mother for our children, while exercising a brilliant career in business management.

And to my children, Sandra and Rudi, who have always supported and respected my dedication to legal science, to my professional vocation as a lawyer, and you have never reproached me for perhaps not being able to dedicate myself as much to the family as I would have liked.

Finally, I want to thank my parents, Juana and Álvaro, for the education they gave me, the values of honesty, effort, and a job well done. Without a doubt, nothing for me would have been possible without his support and guidance.



❧ I. THE FAMILY BUSINESS AS A PURPOSE. CONSCIOUS PURPOSE. VISION AND MISSION

Every company, before being a family business, in its beginnings, responds to the business project of the founder or founders. This project takes shape over time, consolidates, and at a certain point in its evolution the founder decides that his company is a family business. That is, he adopts the desire to involve other members of his family in it and for them to acquire responsibilities over time.

You can thus incorporate your spouse or your children who, progressively, can acquire responsibilities in the company. Thus, the company initially belonging to its founder, and in which only he worked, becomes a family business.

Purpose can be equated with vision. It is the dream shared by the members of the family that becomes present and is projected into the future. And the dream begins with the founders. It is a want, a desire to make that embryo a future project in which to incorporate the family.

So, for example, let's imagine a video game company created by two entrepreneurs as founders, what is called an *indi start-up* in the sector, will have the purpose of creating and selling the best, the most fun video game, and thus provide special happiness and satisfaction to its customers. And both entrepreneurs involve their spouses in their indi studio, who will take care of commercial functions in the *fund-raising* one of them and recruit the best creators and engineers the other.

This purpose is projected into the future and expanded in frontiers and varieties to reach the whole world with sales, through digital nomads in the first steps and with subsidiaries and studios in various territories later.

Over the years, the company is successful in some of its products, children of each of the founders are incorporated, a venture capital fund also enters the capital that acquires 30 percent of the share capital...

This common dream of the family that is projected beyond the present generation we call the purpose or vision of the multi-generational family business.

Conscious **purpose** is already another dimension. Coming from the American business school of Conscious Capitalism¹, it is based on the main idea that the company must not only satisfy its owners or shareholders, but that the creation of value must reach everyone: customers, shareholders, suppliers, workers, investors and also for society as a whole and to improve the environment.

It is about achieving through the company to create a better world for everyone, so that the world that our children inherit is better than the one we inherit.

To do this, it is not only necessary to desire it, but also to act, creating in the business organization the necessary mechanisms so that everything is directed to this conscious purpose. This trend has spread successfully in recent years in the United States and also in Europe. In Spain it is gradually reaching more and

¹ MACKEY, J & SISODIA, R, Conscious capitalism – liberating the heroic spirit of business, Harvard Business Review Press, 2014.

more development, and there are already some large companies that are governed by conscious purpose.

Some promote it convinced that this creates a virtuous circle, because it really is, which will allow them to improve profitability and profit, also enhancing general well-being.

Others, however, are really intended for the company to be an instrument to improve the lives of its members and stakeholders (stake holders), and allocate a large part of the profit, instead of distributing it among shareholders, to institutions and foundations aimed at helping and improving the lives of people and the planet. with a true purpose of generosity and solidarity with the world.

Well, what better than the family business to incorporate conscious purpose into your vision.

The mission is the company's *raison d'être*, as it has been created to satisfy a real need of society. For example, a company that manufactures mobile phones wants to meet the communication needs of its customers in an interconnected and global world. Or an information portal has the mission of organizing information in the world and making it universally accessible and useful.



⊗ II. FAMILY BUSINESS AND BUSINESS FAMILY. THE PERSONAL AND BUSINESS RELATIONSHIP BETWEEN THE FOUNDER AND THE OTHER MEMBERS OF THE FAMILY, MANAGERS AND EMPLOYEES OF THE COMPANY. UNITY AS A GUIDING PRINCIPLE

When an entrepreneur, or several in society, create a company, probably at the beginning they do not think about whether that business project will be a family business, or whether the family of the founders will be distant from it.

Normally, the vision as a family business, the decision and dream of incorporating the family and transforming the company into a family entity, is progressively developed, over time, and as the entrepreneur considers it necessary, either out of trust in his family or even because he believes that it is the best system for the growth and development of the company.

In this evolution, which is both business and emotional, the founder must detect if the people in his family can be useful for the project, that in a first phase. This will build relationships between family members and the company, and between those and other people who work in the company, either as managers or employees.

From the beginning, the founder must build the purpose, the vision, to transfer it to the members of his family. If the founder really wants his company to be a multigenerational family

business, he must also transfer the common dream, the vision of the future, to the successors who will hold the majority or decision-making ownership of the family business one day in the future.

For all this to work and for this vision to have meaning and reason for being, the purpose must be based on the love shared by the members of the business family and turned towards the business project.

Thus, the owners who control the family business, even those who are already beyond the first generation, can ask themselves some key questions, without pretending to have all the answers.

What do we as a family want our company to be?

What is our purpose? Is it to remain as a family owner?

Is it to grow and turn it into a large company to reach large layers of the world's population? Is profitability our main objective?

How we draw the future: as a family do we want to grow in size and profitability to improve the dividend?

And generationally, as homeowners become more and are family members, will we need to nurture that economic need?

In this analysis. Can you share capital with other investors temporarily? For example, with a venture capital investment fund?

We believe that whatever the decision of the business family will be correct, however, if the vision is multigenerational, keep in the family and project the company to the next generation,

so that the current owners are considered only fiduciaries of the legacy received, then it will happen that the profitability of the present is largely renounced to adequately capitalize the family business in the future.

Professor Dr. Miguel Ángel Gallo², an academic at this excellent institution, says that unity is the key piece of the family business. In this sense, transferring the strengths of the family to the company is the goal of many entrepreneurs (p. 16).

A business family and a multigenerational family business, says Gallo, are two sides of the same coin, because from the beginning the founder who wants his business to be a family business, will get his family members to “develop qualities typical of a business family.”

The essential thing is the will to be a multigenerational family business and to be a business family, and that “is not so much a question of contracts, although they cannot be dispensed with, as of knowledge and willingness to be one, that is, to know and want to be one.”

In my opinion, therefore, the founder can be a single natural person, or two spouses, or even several founders who belong to different families and are not related, but the important thing is that they have the purpose of making their business project a project of their families, not only of them individually as founders, and also give it multigenerational significance, permanence and development in the future.

2 GALLO, M. A. and GÓMEZ, G, *Evolución y desarrollo de la empresa y de la familia*. Ediciones Universidad de Navarra, 2015.

See also the publications of John L. Ward, in *The family business consulting group*, thefbcg.com

As the business grows, diversifies, and even internationalizes, everything evolves, it can also evolve by increasing the number of members. From the founder it can be extended to his siblings, in turn in the next generation to the cousins, and thus the complexity increases. And this can happen suddenly, through the death of any of the shareholders, because by virtue of hereditary or intestate succession, their heirs or legatees will automatically become new owners of the family business.

For example, if two siblings in the first generation each have three children, it is likely that in each lineage they will inherit the same number of shares or shares per head. So in a short time we can go from two to six owners, and that only in the second generation.

The complexity in management also increases if a clear order of who should access the company in managerial functions or as employees, being members of the family, has not been established. Some can reach total power, for example, if they manage to acquire more than half of the share capital by succession, and the bylaws or the family protocol do not prevent it, or say nothing about it, which in the end will be the same considering the cold application of the Law.

And it may happen that the new majority owner is a well-rounded person, well trained, prepared by the founder to assume this great responsibility. But the opposite can also happen, without adequate foresight it can happen that it is a person without business training, without management skills and, most importantly, without leadership to bring together and maintain the unity of the family.

Gallo insists that mechanisms must be established to reduce “complexity”. The growth of the family and the company leads to greater complexity.

Without a family unit can there be a family business? Difficult, my forecast is that it will be short-lived. Without unity the whole building cracks, but to maintain unity I believe it is necessary to channel the complexity, and for this the legal structure of the family business will be essential.

And we must see the creation of the legal structure, not as an accident or an element that we must go through, no, the legal structure is part of the DNA of the family business and will be the armor with which to protect the founder’s vision for decades and guarantee succession and future projection.

The mechanisms to address this complexity, and perhaps also to reduce it, will begin by establishing the appropriate corporate governance bodies, family organization bodies, such as the family council, a board of directors that guarantees good governance and has management capacity.

The family protocol or the agreements between the partners -called shareholders’ agreements-, duly linked with the succession documents, such as the will or the succession agreements, whether they are general as is the case of inheritance in the Civil Code of Catalonia, or of particular attribution referring only to the shares or participations or quotas on them, they will also allow complexity to be channelled.



III. AVOIDING STRESS IS AVOIDING CONFLICT

As the family business grows, over time and in companies that have some success, new members of the family will join. Therefore, complexity grows. This situation will lead to the initial vision and the message of unity that the founder conveyed being modified, or even beginning to be diluted.

The founder's initial vision can be transformed over time, it will necessarily happen that way. The mission will also change, the markets and opportunities will change, possibilities for diversification, internationalization, etc. will arise.

In this dynamic process, which is typical of the evolution of the company and the business family, there must always be a guiding principle: unity.

Recently I had in my professional practice the experience of helping a family business that consulted us on how to make the transition to the next generation, the second, and thus become a multigenerational family business. The company had already been considerably successful in the first generation and the sons were already incorporated into executive duties. They were a family that shared many moments together, not only in the company, where the second generation already worked, but also in their personal lives.

In this case, unity among the members of the business family is achieved in large part by the generosity and open-mindedness

of the founder, which is shared by the children and spouse. However, when the founder disappears, the successors must maintain unity as an ordering criterion, and perhaps that will be more difficult.

But it is common for the owners, who are also managers of the family business, to have different visions or missions. They can also be influenced by criteria that are sometimes short-term, that have wasteful criteria when it comes to dedicating or investing the profits obtained, in one case, or that bet on the multigenerational vision, in another case. In the second and third generations, relatives by affinity, i.e. the spouses and partners of the founder's descendants, can influence their partners in decision-making. And that influence can be negative.

It is also legitimate for one of the members of the business family, who does not have a prominent role in the executive management of the same, to consider the creation of another company or project, starting a different and separate activity.

In my experience, this situation can occur in the second or third generation, when the founder has already disappeared, when the family business has reached considerable levels of success and size, and its value in the market is at the same time substantial.

Thus, the idea may arise in one of the members of the business family to break that unity, sell their stake to the rest of the relatives or investors, or failing that, to a third party, and thus found a new company different from the original one. It may also be the case that, within effective management, there are disparate views on mission and mission execution in executive functions.

That is why the importance that the family council will have, as the governance body of the family business and formed by the business family, among other members, compared to the board of directors, as an organ in the family society that must execute the vision and mission ordered by the family council.

The board of directors must be governed by criteria of unity, without there being any essential disparities in the management of the company. The CEO or general manager, who may or may not be a member of the business family, depending on the evolution of the professionalisation process, must execute the decisions of the management body, and always in accordance with its directives and delegated functions.

In other words, different points of view may emerge in the family council in terms of mission and even effective management, but once transferred to the board or administrative body, it must act with a single criterion.

Hence, as the complexity, size and number of family members joining the management body increases, it is advisable to professionalize the company. This professionalization will allow the effective management and execution of the board's directives to fall to a CEO or representative general manager, as the case may be, who will preferably not be a member of the family.

In many family businesses of a certain size, family members leave the management body, and act only from the family council and from the general meeting, insofar as they remain owners. And from these bodies they can substantially influence the vision and mission of the family business.

The *family office* , which will also incorporate professional experts, will guarantee this professionalisation in the different business units, companies, savings and investment policy, liquidity policy and activities carried out by the family business.

In these circumstances, the family office will play a fundamental role. If the family business was properly organized, with the appropriate legal instruments, the family office will allow the members of the company to meet their needs and at the same time maintain unity.

The beginning of these desires and concerns must be treated and analyzed by the founder, and also by the descendants in the next generation, and give them a natural outlet by contractual means. In other words: if someone wants to leave and sell their stake in the capital, they must be able to do so.

If this circumstance was not dealt with at the time, it was not worked on conceptually by the members of the family business, stress will arise, and stress leads to discomfort and discord, and discord leads to open conflict. Unfortunately, not everything can be trusted to the unity that was initially shaped by the founder, and to the vision or purpose that he incorporated into the family business.

As there is no easy way out, if it is not previously regulated in the family protocol, the family member who feels uncomfortable will adopt a defensive position, may exclude himself from the vision, consider that the project no longer identifies him, or criticize that the project initially embodied by the founder has been distorted, and perhaps he is right.

Therefore, it should be a goal to avoid stress in the relationship between family members.

In my experience as a family business lawyer, working on these concepts on time will avoid stress, and therefore we will avoid conflict. How to do this, we will see below when talking about the appropriate instruments, which will be legal, psychological and also management.

Respecting legal norms is also often a good remedy to preserve peace in the family and in the business. And especially the rules of good corporate governance.

Several codes of good governance have been drawn up that have not had a regulatory scope, that is, they have not been incorporated into company law, both at European and Spanish level and in the different states of the European Union. In Spain, the path began with the Olivencia Code of 1998 and the Aldama Report of 2003. The Unified Code of Good Governance of 2006, updating the previous ones, and subsequently the Code of Good Governance for Listed Companies, of 2015.

The reform of the Capital Companies Act 31/2014 incorporated a large part of the principles embodied in these codes into the legal text, but this regulation did not regulate the good governance of unlisted companies. However, modifications have been incorporated in successive reforms that have also reached the good governance of unlisted companies.

At the European Community level, the Winter Report of 2002 and the Green Paper stand out. The European Union's corporate governance regulations, 2011.

All this, together with other published texts that have had considerable influence, such as the Principles of Good Corporate Governance for unlisted companies, of the Institute of Directors-Administrators IC-A, of 2005. Or the Practical Guide for

the Good Governance of Family Businesses, by the Institute of Family Business, published by Javier Quintana in 2012, constitutes a very useful body of regulations and recommendations to advance in the governance of family businesses, by nature closed or unlisted in general, but also in those listed family businesses that have had to observe compliance with them with greater zeal.



⊗ IV. HIGHLY INNOVATIVE FAMILY BUSINESS. TRADITIONAL COMPANY AND START-UP

In my professional practice with my team at Augusta Abogados, I frequently help and accompany entrepreneurs in the initial phase of creating highly innovative companies.

They are companies where the main assets lie in the human intellect and are expressed through intellectual creations such as software, technological platforms, medical and scientific discoveries, patents, etc. In short, what we call intangible assets that can be contributed to emerging companies, or their transfer or acquisition, which requires the intervention of specialist lawyers.

Law 28/2022³, on the promotion of the start-up ecosystem, has established several rules with the good intention of promoting start-ups from the commercial, tax and labour fields.

3 - Startups Law (Law 28/2022, of 21 December, on the promotion of the start-up ecosystem):

- *“11.2. Shareholders’ agreements in emerging companies in the form of a limited company shall be registrable and shall enjoy registration publicity if they do not contain clauses contrary to the law. Likewise, the bylaws clauses that include an ancillary benefit of subscribing to the provisions of the shareholders’ agreements in emerging companies will be registrable, provided that the content of the agreement is identified in such a way that it can be known not only by the partners who have signed it but also by future partners”.*
- *How can we interpret that the content of the agreement is identified in such a way that it can be known by the partners who have signed it and also by future partners? It will really be a matter of proof, since the logical thing is that the future partners know it for the sake of the good faith of the subscribing partners, that they inform them of it either by delivering the private or public document in which the agreements are contained. Does that offer us legal certainty? Our registration system, with the principle of publicity and opposability derived from it, guarantees that the shareholders’ agreement is known by the future partners. Any other solution, such as the one regulated here by this regulation, I believe does not go in the right direction.*

In *start-ups*, when entrepreneurs are in the first steps in the development of the company, they rarely think of giving it the character of a family business. First, this is complex because the initial “invention” is in the launch phase and the important thing is that its development will have to be financed with funding rounds whose success will also condition the success of the project itself.

At the same time, there are usually several entrepreneurs who start the project as partners, so that in the early stages of the company, with scarce resources, it is difficult for other members of the family to be part of the company, since there will hardly be any means to satisfy a minimum remuneration to the entrepreneurial partners. Precisely the initial shareholder contract, if it exists, usually keeps other family members away from the business activity and even more so from the ownership of the company.

In other cases, however, it's exactly the other way around. We have seen how companies that have started with the first generation, when the second generation arrives, it precisely incorporates knowledge and talents that the first one lacked, substantially expanding the activity and turnover, precisely through e-commerce, applied technology, in short, innovating what was started by the first generation.

In this case, we are dealing with initially non-family businesses, which the founder converts into family businesses by incorporating one or more descendants who will transform the company by innovating its business model. In other words, thanks to the transformation into a family business, the business model is modernised, expanded and thus incorporates talent and innovation.

For example, we have recently advised a textile company whose success was based on the choice of excellent qualities and designs by the founder, when the son joined she transformed it into an e-commerce company enhancing and scaling its brand exponentially, through incorporating excellent marketing on social networks.

In the world of high-innovation companies we find all kinds of examples and assumptions. Entrepreneurs are usually talented people, well trained as scientists, technologists, marketing and business experts, more or less young, but already with experience in their specialty and sector. I believe that the chances of success are greater in this case of high experience than when there is no previous experience.

This training and knowledge are not always accompanied by adequate criteria in the choice of specialized professionals for the legal and economic advice of the nascent company. It is logical and must be understood that the lack of means in the early stages of a *start-up*'s life means choosing by price and not by speciality and quality, which leads some companies to fall into the hands of unsuitable professionals.

It is just as important to create a successful invention as it is that the invention is protected and that its undoubted ownership is in favor of the one who invented it. And for that, the intervention of specialist lawyers is necessary. Otherwise, it can happen, and it often happens, that it is already too late and what happens to our entrepreneur is what happened to Zuckerberg's partner in the movie "The Social Network", that is, that he is left out of ownership and therefore out of the company having been the inventor of the main intellectual creation. We have had to defend many creators in this situation, because they were orphaned of specialized legal advice at the beginning.

⊗ V. LEGAL AND NON-LEGAL MECHANISMS TO AVOID AND PREVENT CONFLICT. THE FAMILY PROTOCOL. HOW TO DEVELOP THE PROTOCOL, PHASES, MEANS AND PROFESSIONALS WHO MUST PARTICIPATE. SOME OF THE MAIN CLAUSES. EFFECTIVENESS AND OPPOSABILITY OF THE FAMILY PROTOCOL

Non-legal mechanisms are based on order and unity. Without an initial family unit, there will be no family business in the first generation phase, but when we enter successive generations, it is also essential to preserve unity.

As we have indicated, unity is achieved when the family shares the vision and purpose and will be transmitted by the founder to his relatives. And that must be preserved when the next generation arrives at the ownership and key positions of the family business, with high doses of empathy and love among family members.

If some do not share it, they will have to leave the capital and the management of the company, and for that we must establish in the family protocol the mechanisms that guarantee that exit in the appropriate way.

If, on the other hand, it turns out that the unity and vision are not accepted and shared by the relatives who remain, what should be done is to sell the company.

A client, founder of a family business that has acquired a certain size and development already in the first generation, explained to me that the family council, which also serves as a kind of informal management committee, is held every Sunday at home while they eat, with their wife and all the children, that this is where the debates are raised and all the decisions are made.

This family council/steering committee meeting system can work when complexity is still low. It has several drawbacks, for example, in these cases also the relatives by affinity -spouses- of the members of the family business, know first-hand and therefore can give their opinion and influence decision-making, and that can generate problems and break the unity. Our advice is to leave relatives by affinity – sisters-in-law and brothers-in-law – out of the family business, and that means, totally outside, with real confidentiality.

But I take here the example of our client in the positive sense of frequent family contact. To maintain unity, love for the company, it is necessary that there is also unity among the members of the family, and that will be easier if there is a close relationship between them.

The best way for unity to exist and be maintained when complexity grows is for the family business to be well organized legally. It is precisely in this organisation and legal structure that the guarantee lies that there is a body where the business family can discuss the vision and mission of the family business, and generate within it the necessary consensus that allows unity to be maintained. This is the case of the family council.

The family protocol or family pact allows you to work on all of this properly. The legal structure is not a formal matter, but is

part of the essence of the family business and is as important as its industrial operation.

Currently, it is considered that more than 40% of family businesses in the United States have a *family agreement*. In other countries, such as Japan, family protocols began to exist in the eighteenth century.

The origin of family protocols is to be found in shareholders' agreements, called shareholders agreements in North American law⁴. The American mercantilist doctrine considers them the true *partnership* that even dies or disappears when the company, the corporation, "*incorporation terminates partnership*" is created.

This is not the same in our commercial law, but it is true that in some way the incorporation of the company, the creation of the capital company requires adapting the *partnership*, that is, the family protocol, because we must ensure that this new independent legal entity, which is a new entity with rights and obligations, works correctly. in front of the family and also in front of third parties.

In Spanish mercantilist doctrine, the initial concept has been influenced by Italian and French doctrine, the latter being the one that qualifies it as "protocol".

Among our mercantilist doctrine, it is defined as a contract alien to the company as such, giving it an extra or meta-statutory character⁵. Apart from the bylaws but connected to them,

4 REECE THOMAS, K – RYAN, C.L. The law and practice of Shareholder's Agreements, Butterworths, 2007.

5 GARRIDO DE PALMA, V.M., La empresa familiar ante el Derecho. The Individual Entrepreneur and the Family Society, Civitas, 1995. VICENT CHULIÁ, F., Legal Or-

there are the shareholders' agreements, called by the Capital Companies Act with disdain as "reserved agreements", which regulate between the members of the company, partners or shareholders, or with third parties, the true functioning of the company, the statute of the partner, the administrative body, and even the management of the company.

And I say the "true" because in recent years we have observed how the legal praxis of commercial law has been slimming down the registered and public bylaws, and increasingly developing the parasocial contracts.

Since these are registrable, in order to achieve their enforceability against third parties who are not parties, they are nevertheless frequently not published to maintain the secrecy of what the true inner guts of the company are⁶. Currently our legislation expressly provides for the publication of family protocols through their publication in the registry, see Royal Decree 171/2007, which thus introduced a reform in the Regulations of the Commercial Registry.

Article 2.1 of this regulation defines the family protocol: "For the purposes of this Royal Decree, a family protocol is understood to be that set of agreements signed by the partners among themselves or with third parties with whom they have family ties that affect an unlisted company, in which they have a common interest in order to achieve a model of communication and consensus in decision-making to regulate relations between families, property and company that affect the entity."

ganization of the Family Society, Book Homage to Fernando Sánchez-Calero, vol. V, McGraw Hill 2002.

6 FERNÁNDEZ DEL POZO, L. The family protocol. Family business and registry publicity. Thomson – Civitas, 2008.

According to this legal definition, its features are:

- It is a set of agreements, therefore, it can respond to several documents or a single one.
- The people who sign them are the partners or non-member third parties, with whom there is a family link in relation to an unlisted company, in which they have a common interest. In other words, the key note of conversion of the document into a family protocol is precisely that the subscribers have a family relationship, without distinction of degree.
- Communication and consensus, *animus societatis* integrated with unity, aimed at good corporate governance.

We see in this definition the three circles described and developed by TAGIURI and DAVIS, professors at Harvard: 1) Property, understood as the system of relationships that binds the owners or partners and who are the depositories of fundamental decisions, and it seems that also control or decision-making power, although there may be other partners outside the family; 2) the Company, since those who manage or direct it may or may not be owners; and 3) the Family, since not all the business family has to have an employment, managerial or proprietary relationship with the Company, but it may have it in the future or be part of certain non-corporate decision-making bodies, such as the family council.

There are several protocols that govern several different companies of the same family. Imagine, for example, dedicated to different activities or sectors, each of them. It would also be possible, but we do not recommend it, that several protocols govern a single commercial company. The law admits it, but the Royal Decree prohibits the registration of several

protocols simultaneously. And what is more common and coherent: that a single protocol governs several commercial companies that all of them, as a group, constitute the family business.

In its legal nature, the family protocol is a legal business that as a main business and in a relationship of subordination to the rest of subsidiary businesses - such as shareholders' agreements or bylaws - is executed in the company or commercial companies that are part of the family business.

It is usually a multiple or complex legal transaction, which means that it houses several specific legal transactions, which will be executed, starting from the main business.

Therefore, a large part of the protocol will appear in the bylaws of the companies they regulate, but perhaps a good part of its content will not appear in them and will therefore have the character of a shareholder contract in everything that has not surfaced, having effect only between the parties that have granted it. And this regardless of its potential publication in the Mercantile Registry, which will then allow the opposability to third parties, we will see in detail later.

The family protocol is not a pre-contract of the company, it is not limited to promising the incorporation of the company, since this would imply that it would end with the incorporation of the company, but its legal cause and also its purpose is to project itself during the life of the company and extend its execution, regulating with supremacy over the bylaws, the functioning of the companies that comprise it. The approach in Spanish law is opposed to the doctrine of North American jurisprudence that once the company is incorporated, the preliminary contract "incorporation termi-

nates joint venture” ends. This is legally relevant, since the protocol contains contractual services that must be fulfilled and executed at successive times, even for years.

The supremacy of the protocol over the bylaws is not presumed by law, it must be established unequivocally and expressly, either in the protocol itself or in another document from which that will results by the grantors.

It functions as an internal company, between the partners, being its nature a legal business of associative cooperation, since the signatories do not want to configure *ad extra* their family business, but the legal cause is to structure mandatory relationships to configure the bases of action, the basic framework of operation of the family business, the purpose, the vision and the mission.

The Supreme Court has unequivocally accepted the supremacy of the extra-statutory agreement and its preferential nature in a relationship of subordination to what has been agreed and published in the bylaws, always in the internal relationship between the shareholders signing the shareholders’ agreement⁷.

However, the non-statutory is not limited only to the shareholders’ agreement or, in the family business, to the so-called family protocol. They can be non-statutory legal texts of the most diverse that will come to govern different aspects of corporate life. Thus, pre-corporate agreements, which are true pre-contracts that promise and regulate the future company, the so-called “infra-company” agreements that internally reg-

⁷ The Supreme Court has enshrined this doctrine in several judgments, such as the Jeltex, S.A. (STS 15 July 1995); the case of Galaxia Televisión, S.A. (STS 23 March 2001)

ulate the board of directors or the general meeting, codes of good practice or governance, good governance of ESG.

As for the form, the principle of freedom of form governs here for the family protocol. It does not need to be granted in a public deed or by means of a notarial act, not even for publication in the Mercantile Registry. Let us not forget that the publication of the protocol in the Registry occurs by way of deposit, such as the annual accounts. Therefore, a public deed is not required if its clauses are not going to be registered, which does apply to the articles of association, which are registered⁸.

It therefore requires the requirements of any multilateral legal transaction, consent, object and cause (art. 1.261 CC), the form being free⁹.

However, the merely verbal form is not recommended. The fact that the form is free does not mean that this element should be neglected. The verbal form, or even the written but poorly documented form, would lead to situations not wanted by the family.

Our recommendation is that the family protocol be carefully and artisanally prepared, that it responds to a deep prior reflection by its grantors, in the process of gestation together with financial advisors, consultants and of course a jurist, a lawyer specializing in commercial law, who does not have to coincide with the founder's head lawyer.

The specialist lawyer will collect the will of the founder and the family, which will have already been worked on within this ges-

⁸ See FERNANDEZ DEL POZO, Luis, (op. cit.) p. 72.

⁹ This is also the result of Articles 1278, 1279, 1280 of the Civil Code and of the special rules 1667 CC with respect to civil society, and Article 117 of the Commercial Code.

tation committee together with other advisors, will interpret it and must record it in documentation. It will probably take several sessions of analysis with the family and also with other financial advisors, of reviewing successive drafts, until the final document is shared, accepted and desired by all.

The duration of the contract: the family protocol cannot be perpetual or indefinite.

The family protocol, as in all shareholder contracts, cannot be indefinite or perpetual. It must have a limited duration and be reviewed in time, being excessively onerous if the initial duration is very long in time, and therefore susceptible to nullity *ad nutum* or denunciability.

In some family protocols there may be the erroneous temptation to establish for the protocol the same duration as the society it intends to regulate. In such a case, given that the company usually has an indefinite duration under the bylaws, the consequence would be the denunciability or *nullity ad nutum* of the protocol. That is, after a certain time, anyone could denounce it and its nullity would be declared by the judge or by the arbitrator.

Spanish law, and this is common to other systems in comparative law, rejects the perpetual or indefinite nature of obligatory relationships, in order to avoid perpetual or excessive ties¹⁰. If

10 Article 1680 of the Civil Code establishes for civil society, therefore, as a general rule: The partnership lasts for the agreed time; in the absence of an agreement, for the duration of the business that has served exclusively as the object of the company, if it by its nature has a limited duration; and in any other case, for the entire life of the members, except for the power reserved to them in Article 1700 and the provisions of Article 1704. In the same sense, 1700, 1704, 1706 and art. 13 of the Law of Professional Societies. In the Commercial Code, articles 224 and 225 recognize the right of the partner to request the dissolution or separation from the company. In the doctrine, for all DIEZ-PICAZO,

its perpetuity or even an excessive duration is established, the unilateral denunciation in good faith or the separation of any of its signatories must be freely permitted.

The company can be indefinite, because it constitutes a legal entity with its own legal personality and separate from its partners and has the capacity to act and legitimacy to act in commercial traffic as if it were a natural person. However, the family protocol, despite its nature as an internal company, lacks such a legal personality separate from its grantors, in reality it is nothing more than a contract, and therefore cannot be indefinite.

The family protocol can and should be reviewed periodically by its grantors, and it is possible to agree on the review and modification by a majority of the signatories. However, in such a case, those who oppose the modification would cease to be a contractual party, since both the original contract and any of its extensions, modifications or amendments require consent.

Luis, Fundamentals of Civil Patrimonial Law, II, Thomson Civitas.

In case law we see numerous judgments that declare the nullity or separation ad nutum of parasocial contracts of an indefinite, perpetual or even excessive duration. A distinction is made by law between the ordinary complaint or separation ad nutum, which does not require alleging just cause, and the extraordinary complaint that does require just cause, thus art. 1707 CC or 218 C.deCom. See the SAP of Ávila of 5 June 2003. Currently, the doctrine considers that for there to be separation or denunciation with just cause, there must be extraordinary circumstances that allow the right of separation. This leads us to deal with the right of separation, not only of the family protocol but of the commercial company, which has acquired doctrinal notoriety in recent years. In fact, recent jurisprudence and doctrine have been broadening the interpretation of when there is just cause or abuse, considering that there is just cause when there is a serious breach of social obligations, supervening alterations of social obligations, or even irreconcilable disagreements that lead to a breach of the *affectio societatis*, which may even be cause for even partial dissolution of the company, i.e. separation. However, the truth is that the right of separation cannot be generalized in commercial companies, beyond the legal assumptions already substantially expanded with the publication and reform of art. 348 bis LSC.

It is advisable to establish in the bylaws the ancillary benefit for all partners to faithfully comply with the family protocol, always in accordance with its duration, and the benefit would be extinguished once the date of the final term has arrived.

The issue is crucial, and this is because one of the objectives of the family protocol is precisely to regulate future succession, to the next generation or even beyond. Therefore, the limited temporality seems to fit poorly with this purpose of the grantors.

On the other hand, it often happens that the issues to be dealt with in any revision or proposal for modification will be difficult to deal with and agree on, so there will be a temptation to trust it in the long term.

In my opinion, it is advisable to establish a system of review and updating unanimously, or at least with a very reinforced majority, which allows the review and updating in a reasonable time, for example, every ten years and, in any case, whenever a new generation takes command or control of the property or there is a change of control by donation or succession.

It must be agreed that the dissident may leave or separate from the protocol, and that this also entails separating or selling his shares in the affected company or companies, regulating the terms and percentages of capital that the outgoing party could transfer within a certain period, in order to avoid a situation of excessive decapitalization in the exercise of an excessively extended conventional right of separation. We will see later, but what does not seem optimal is that several family partners want to simultaneously exit the capital, exercising a conventional right of separation, which would probably lead the company to a situation of insolvency.

Any notes on its content, especially in terms of conflict prevention.

- 1) Expressing the purpose, mission and vision of the family and company protocol will be the first element of the content, as we have expressed above. This will be the guiding principle in the interpretation of its clauses, since all the content of the contract must be aimed at achieving the vision and mission.

The family protocol must be a tailor-made suit, handcrafted from the knowledge of the business and family situation, in whose drafting the company and family will come together.

It must express the vision and mission they intend to achieve, this means that it must be nourished by the values that the business family wants to incorporate and perpetuate¹¹.

For example, in some cases the value of the succession for the next generation may prevail as the main purpose, but in other cases the family may decide that this generational transfer of ownership and management does not take place, and opt for altruistic values, with a conscious purpose, aimed at ensuring that social benefits are contributed to one or more foundations. also family members or not, or other entities that are going to develop these values of purpose or impact.

As Ward and Gallo, pioneers in the study of family governance, explain, protocol does not impose rules from the

11 Íñigo Susaeta says https://www.linkedin.com/posts/isusaeta_familiaempresaria-empresafamiliar-protocolofamiliar-activity-7344262722236076032-pR59?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAAZLtYYByWnGGRaMJpzxSGhhOr1awwVK-BvQ, and he is right, that several business families have criticized and reviled that the family protocol has often not met their needs and has become an even harmful instrument. Of course, this will depend on the procedure and the quality of its preparation, to achieve the objective of making it an effective instrument for the family business.

outside, but rather includes agreements from within, built on dialogue, vision and shared responsibility.

Professor Gallo says: “The protocol does not guarantee harmony, but it makes it much more likely. It does not replace affection, but organizes it. He does not avoid conflicts, but he manages them with height.”

- 2) The family protocol must regulate the relations between the company and the family, and who must or should not be a partner or shareholder. For example, whether the capital must remain in the family exclusively, or allow the entry of non-family partners and with what requirements or quantitative limit, or whether or not the main company of the group that constitutes the family business can be listed on the stock exchange, or allow the entry of a venture capital financial partner and in what percentage or quota.
- 3) The family protocol must regulate the system of operation and decision-making, so that this process runs with the utmost smoothness and consensus, without stressing the relationships between the members of the family, nor between the family and the administrative body which, let us remember, may also be made up of non-family directors, even mostly or totally.

This objective seems to me to be the main one, because if we achieve it we will avoid conflict. And the conflict between the family owners or managers is the destructive mechanism par excellence of the family business.

- 4) The family protocol will regulate the governing bodies of the family business. Other specific ones can be created, but commonly we will have the family council and the family

assembly. Let us remember that these are bodies that are contractually created in the protocol, and as such lack legal regulation, they are not organs of the company but of the family business¹².

The family assembly can have different functions, depending on whether they are granted to it in the FP. It is usually an appropriate body to receive information about the family business and its evolution, it is the appropriate body to appoint the family council, regulating the procedure for choosing its members, and there may be a qualified vote of certain members of the family for their election. The family assembly should be made up of all the members of the business family, who are of legal age and related by blood.

The PF should regulate who is and who is not part of the assembly, but we will reasonably avoid unnecessary complexities if relatives by affinity, spouses or common-law partners of blood relatives, who are also not owners, are excluded from the assembly. They are members of the family, but they do not have to be members of the family assembly, which is a governing body of the family business.

In particular, we refer to the family council because of its importance. It is the main governance body of the family business.

The first question is who chooses it and decides its composition. The FP must regulate this issue.

12 CALAVIA MOLINERO, JM, *Government and Administration in the Family Business*, Royal European Academy of Doctors, 2017. The distinction indicated by Dr. Calavia is relevant, we are talking about the administrative body of the capital companies that house the family business, as opposed to the governing bodies of the family business, which are not corporate.

The family council must supervise or control the function of the administrative body of the family company, ensuring that it fulfills the purpose and mission entrusted to it. Normally, it will be made up of members of the business family of special relevance, due to their management functions, on the board of directors, due to their share in the ownership of family commercial companies, etc.

But it must also include other people, independent directors, who are outside the family and who must not have a special emotional or trusting bond with the founder or other family members. For example, the founder's trusted lawyer should not be part of it, among other people related to the founder, since it is not a matter of accommodating and agreeing with the founder, but of generating debate, and the founder should be grateful precisely for being contradicted, not for confirming his postulates. The reflections of Dr. Jaume Llopis, a full member of the RAED, are recommended, and we continue on this point.¹³

The main function of the family council is to execute compliance with the protocol, that is, to ensure that the family protocol is complied with in its main lines, in its purpose and vision. Also if the PF has reached a certain detail in its wording, thus ensuring that the rules and principles of the PF are complied with. And this in all the fundamental things that would be, namely:

- Fulfillment of the mission: the permanence of the company in the family. If this is the purpose of the person who holds the property.

¹³ See the studies on family business and family council composition by LLOPIS, J, Management by lies, Deusto 2009. Or also the work 500 Tweets for better management, Profit, 2018.

- Succession and transition to the next generation. Many are called, but few are chosen. This is the difference between *vocatio and delatio* in inheritance law. Vocation is the abstract appeal in favor of those who potentially have the right to inherit, but are not certain of their quality as heir or their right to inheritance. On the other hand, the denunciation is the concrete appeal to an heir who already has the right to accept or repudiate.
- To monitor and control the administrative body.
- The hiring of family members, requirements, requirements and process for their incorporation into the family business.
- The remuneration policy of family members, both owners, managers and non-owners. Let's not forget that non-owners, whether or not they are employees, can often receive remuneration or donations.
- And very importantly, the family council will ensure that conflicts within the business family are avoided, or mediate if they arise and articulate the mechanisms for their resolution by peaceful means, such as their referral to the conflict resolution commission.

In the FP it is also convenient to regulate other bodies and committees that will normally support the family council in decision-making, we follow here some guidelines indicated by Dr. Calavia, cited work:

- Training Committee, which will support the family council on the training requirements for access to the company and for family members who begin their collaboration to remain in it.

- Selection committee, can be independent or integrated with the training committee as a single committee. He will make proposals to the family council about who is best prepared to enter the family business and the positions they can occupy in it in consideration of their skills and training.
 - The liquidity committee must analyse and advise the governing and administrative bodies on the liquidity needs of family members and create a liquidity fund. It can draw up opinions taking into account the company's results and existing liquidity and submit them to the management body so that they can be taken into account for the distribution of dividends.
 - The family office , whose function is to guide and advise family members on the management of their wealth. The family office must be made up of consultants or financial advisors, lawyers and tax advisors.
 - The dispute settlement committee. Very important in the matter that concerns us here. The committee must be made up of members of the family and the family business and also of external advisors, true guardians of peace: jurists, economists or financiers, who must detect possible bankruptcies of the family unit or the existence of different interests by the owners. For example, imagine the situation after a long period of time without being able to distribute dividends for owners who do not work in the company and do not receive any remuneration.
- 5) The FP must regulate the transition to the next generation, adequately defining the concepts, but leaving room and flexibility to the family council to execute it as they consider most convenient, avoiding above all hyper-regulation, since its difficulty of interpretation would lead to situations of conflict.

The requirements for the appointment must be regulated, for example, if we are already in the transition from the second to the third generation, it is likely that there are several branches or lineages of the family, and that all of them want one of the descendants of their lineage to enter as a manager or employee in the family business.

And let us always remember that the PF regulates the generational transition and the principles that should govern it, but not the succession as such, since the regulation of the succession is proper to the will or the succession agreement.

- 6) The PF must regulate the remuneration policies of the family members who join the company, the career plan by virtue of the professional and vocational circumstances of the specific family member.
- 7) The PF must ensure, as we have already said, harmony within the family and the family business, and to achieve this it must give each one their due, that is, what reasonably corresponds to them considering their position in the share capital of the holding company or of the different companies that own the family business. In terms of liquidity, but also according to their training, their leadership capacity in the family and in the company, among other circumstances that must be considered and that the family council should finally specify.
- 8) The PF will regulate the procedure for the *inter vivos* transfer of the shares or shares of the commercial company or companies that are owners of the family business.

The PF must regulate the procedures to cease to be a partner and have the possibility of transferring the property, preferentially to other members of the family. It happens that, in

family businesses, with a closed structure with few partners, liquidity in the transfer is not easy if no one is willing to buy or it will be difficult to agree on the price.

And that is why orderly exit procedures must be regulated, even if there is no alternative that allows the continuity of the capital in the family, through the sale to a third party who is not a member of the family.

The exit of capital and even the company ceasing to be a family business – that is, the disappearance of majority ownership or control by the family – will always be preferential to other scenarios of confrontation that, in a medium or small company, entail a serious risk of destruction due to blockade or inaction.

- 9) Linked to the above, the FP must **regulate the resolution of disputes if they finally arise or crystallize**. To resort to effective and agile mechanisms in such a solution, through methods of negotiation and mediation within the dispute settlement commission, and if it is not possible to reach a solution within the commission, it must be articulated how to resolve the dispute as such, either judicially or through arbitration.

The dispute resolution committee must warn of these situations and propose solutions to the family council and the administrative body, to prevent lacerations or stress from ending up in open conflict.

It is already at this time of stress that the committee can propose the appointment of a mediator or an amicable composer¹⁴.

14 The Civil Code refers to the figure of the amicable composer, articles 402 and 403 of the

This mediation procedure will avoid an open conflict that could only be resolved in arbitration or judicially, even often the award or judgment will not solve the underlying problem, but only the specific issue requested from the judge, which will probably refer to a specific decision of a body of the company, but there may be several companies, and a multitude of agreements and decisions that are likely to be challenged in the future, so that usually the specific litigation and its resolution is not the solution of the dispute as a whole.

As important or more important than the content of the FP **is the procedure for its preparation**. It is probably necessary to start with several working sessions in which the experts who are going to prepare the FP must present the basic ideas to the members of the family, at least to the owners and others called to participate in the family business.

In the work sessions, there must be fluid and sincere communication, with family members expressing the main values that should govern the family business, the purpose expressed in the mission and vision, and gradually moving towards issues of governance, governing bodies and administrative bodies. From the conceptual and fundamental to the most concrete.

Experts must receive and interpret the will of family members, always thinking about the achievement of long-term values.

Ideally, the experts should be two professionals. On the one hand, a lawyer, a lawyer specialising in commercial law, inde-

Civil Code, as a third party who may resolve the dispute and whose opinion or proposal, if accepted by the parties, will definitively resolve the dispute, avoiding arbitration or judicial litigation.

pendent of the founder, with extensive experience in family businesses and in the preparation of PFs, and if possible have solid knowledge of civil inheritance law or have lawyers specialising in this field on their team.

On the other hand, a financial advisor or consultant with experience in the management or advice of family businesses must also intervene, it may be a person trusted by the founder or the owners, but independent of them. In this phase of FP gestation, this figure of the trusted professional can help, but not on the other hand to form the family council, where we will need professionals with little or no previous linkage.

In other words, in the phase of preparing the FP, professionals must be independent, ideally outside the company and above all impartial and independent of any of the branches or lineages of the family.

These experts will draw up a real tailor-made suit, some artisanal documents, and once they are concluded, they will ideally explain and present them to the members of the business family, so that their content is perfectly understood and assumed by the parties to the contract.

Instruments for the execution of the family protocol: articles of association and shareholders' agreements.

The PF is the set of fundamental principles and rules that regulate the good governance and operation of the family business and the actions of the family within the company.

However, the PF will be executed in the capital company, public limited or limited, whether one or several, and where ap-

propriate dependent on a holding company. And the execution must be carried out through several instruments. One of them will be the PF itself, which will already have to establish the method of execution and specific rules for it.

For the most part, the principles of the PF will be reflected in the bylaws of the holding company and of all the companies that make up the family business. The bylaws are always fully effective vis-à-vis third parties and the company, and incorporate the rules of governance, representation, administration, operation, transfer of shares or participations, among many others, of the company itself.

Therefore, the principles embodied in the PF must be developed in the bylaws, in such a way that coordination is maximum between both legal instruments, with the bylaws being at the service of compliance with the PF.

Once again, the bylaws will be a second tailor-made suit, they must be personalised and it is advisable to avoid generic models or texts, as with them we will not achieve the main objective, which is the execution of the PF and the proper coordination with it¹⁵.

One of the statutory clauses that may eventually be established is the ancillary benefit that obliges family members to sign and comply with the family protocol. Therefore, if the provision is not fulfilled, the consequence would be that the offender could be excluded from the company, through the procedure for the exclusion of partners that will be regulated by the bylaws themselves and provided for in the Capital Companies Act.

15 CALAVIA MOLINERO, JM, Government and administration of the family business. Royal European Academy of Doctors, 2017.

It will also be advisable to include in statutes clauses restricting the transfer to third parties who are outside the family nucleus, distinguishing here between degrees of kinship and lineage.

Reinforced quorum for the adoption of certain corporate resolutions, being able to distinguish between categories of family or non-family members, who will hold different rights and classes of shares or participations.

Delimitation of the powers of the general meeting and the board of directors.

Regulation of the possible exclusion of members, as we indicated in coherence with the ancillary benefit consisting of being and going through the family protocol.

Clauses that allow blocking situations to be resolved, through the transfer of shares or participations, through put or purchase options, with preference to family members, which will be regulated in detail in the PF.

And also in the line of avoiding conflict, we may regulate the right of separation, restricting or expanding in some cases, by means of statutes, the strict cases set out in the Law.

Shareholders' agreements **can also be very useful** for the implementation of certain principles mandated in the PF. As we have already mentioned, the legal nature of the PF is to be a shareholders' agreement, this will usually be the case.

However, it may be convenient to specifically regulate certain shareholders' agreements that will contribute to the execution of the family protocol, and this will happen in certain cases and will depend on the complexity of the family business. In such

contracts we will be able to reinforce and specify issues already reflected in the PF that should not be incorporated into the bylaws.

The content of these shareholders' agreements can be very diverse: the agreements for the syndication of voting to vote in a certain direction at general meetings through the unified exercise of the right to vote, either to exercise control as a majority or as a defence if they are a minority; blockade union pacts; the agreements of permanence and non-transfer of the property during a certain period, as a prohibition of disposal; agreements to capitalise the company in cases of capital increase or to make non-repayable contributions from shareholders in the event of losses or investment projects; agreements prohibiting competition; distribution of positions in the administrative body, etc.

Effectiveness and opposability of the family protocol.

A distinction must be made between the coercibility called in the Anglo-Saxon sphere *enforcement* of the PF, as opposed to the opposability of the same. The PF, like any other contract, is binding on the granting parties and their heirs, but only on them. It will not be so for third parties and, as we will see, it is doubtful that it will be so in the eyes of society.

The FP will be mandatory and must be complied with, how do we achieve it?

It is advisable to include clauses that really make it mandatory and effectively coercible, that are deterrent weapons against the non-compliant temptation of any of the parties.

We have already mentioned that one possible means is the ancillary benefit that can be included in the articles of association,

by which family members will be excluded from the company if they fail to comply with the PF, a possibility that was explicitly opened by Law 28/2022¹⁶, on the promotion of the start-up ecosystem, in principle a special rule applicable only to this category of commercial companies.

Exclusion as a member, which must be approved by the general meeting, may be regulated by the bylaws in terms of its procedure and especially in terms of the price set for the quota of the excluded party. This is to the extent that it is what is usually called in the jargon of the world of mergers and acquisitions, a *bad leaver*, that is, someone who leaves the family business and the company without his exit being desired by the majority, or by the governing body.

It could happen that the person interested in leaving the company really causes the exclusion mechanism with its non-compliance, and ambitions a market price as payment of its quota when the exclusion is approved. That is why it is advisable that the exclusion does not end up being a reward for the defaulter and therefore a final price must be regulated that is a deterrent to non-compliance.

There are also other methods to ensure that the PF, and other shareholders' agreements that accompany it, are complied with by the parties. It is possible to articulate a penal clause that is burdensome and that the defaulter should satisfy in the event of non-compliance, impose restrictions on his political and economic rights, such as the suspension of the right to vote, etc.

16 - Startups Law (Law 28/2022, of 21 December, on the promotion of the start-up ecosystem.

In the event that this penalty clause has to be claimed, the advantage is that its scope would be purely contractual, between contracting parties, i.e. corporate issues that concern company law do not intervene, and that require opposability for their effectiveness.

A different issue is the effectiveness against third parties¹⁷ who are not part of the contract and especially the so-called opposability against the company or capital companies that house the family business, since there may be several legal entities affected by the shareholders' agreement or family protocol.

The ideal solution will be to publicise these shareholders' agreements, including the PF, and this will take place if they are deposited in the Commercial Registry, as regulated by Royal Decree 171/2007.

However, what will happen if the PF and the shareholders' agreements are maintained without registry publicity, and this may occur due to carelessness or the understandable desire to maintain the confidentiality of their content.

We will see the evolution of this discussion in Spanish doctrine and jurisprudence.

On the one hand, the literal wording of the Capital Companies Act in its article 29 says that "The agreements that are kept confidential between the partners will not be enforceable against the company."

17 - See FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. Likewise, the studies of PAZ-ARES, C. "El enforcement de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003. Violation of agreements, challenge of agreements and principle of non-contradiction", *RDM*, no. 325/2022.

The prohibition is categorical, but this has not prevented a restrictive tendency in the interpretation of the rule from making its way into doctrine and jurisprudence in recent years, which tends to admit that, if such agreements are known, therefore, they are not kept confidential and are known by the company, beyond the partners, they would be effective in the face of society.

On the other hand, art. 86.1 of the Capital Companies Act, establishes with crystal clarity: “The bylaws of capital companies may establish ancillary services other than contributions, expressing their specific and determined content and whether they are to be made free of charge or for remuneration, as well as the possible penal clauses inherent in their non-compliance.”

An idea of the importance of ancillary benefits is given by the fact that their non-compliance may lead to the annulment of certain corporate resolutions, the ineffectiveness of a certain transfer of shares or the exclusion of a shareholder.

One part of the doctrine considers that when the shareholders’ agreement is made up of and signed by all those who constitute the so-called associative substratum, so that the shareholders of the company are signatories of the shareholders’ agreement and are all unanimous, the company cannot be considered as a simple third party outside the agreement. Consequently, according to this thesis, the shareholders’ agreement, if signed by all the members of the company as a legal person, will be enforceable and effective against the company, just as if it were a registered statutory clause¹⁸.

18 CALAVIA MOLINERO, JM, op. cit.

In this sense, the General Directorate of Legal Security and Public Faith (DG), has established the doctrine affirming that the accessory benefit in the bylaws consisting of complying with the family protocol is registrable.

The Resolutions of the DG of 26 June 2018 and 11 October 2024 establish the doctrine of admitting the registration of ancillary benefits, interpreting article 86 LSC, which requires that its content be specific and determined, in line with art. 1273 of the Civil Code, since the ancillary benefit is an obligation between the parties, and therefore it would be sufficient for the ancillary benefit included in the statutes to be determined in the family protocol document and thus *“it is admissible not only an absolute and total initial specification or determination, but also a primary or mediate determination”*, provided that such determination is possible without the need for a new agreement between the contracting parties or that it is left to the discretion of one of them.

In conclusion, the DG admits the registration of such ancillary service on the grounds that *“the obligation in which the ancillary benefit consists is perfectly identified by its formalisation in the public deed reviewed, so that its entire content is determined extra-statutorily in a perfectly knowable manner not only by the current partners who have unanimously approved it but also by the future partners who, when acquiring the company shares, they are bound by the ancillary service whose content is determinable by statute – ex article 1273 of the Civil Code – in the manner provided”*.¹⁹

19 *And, although the possibility of establishing a service with determinable content should not be excluded, it will be necessary to establish the bases or criteria that allow it to be done in such a way as to provide due clarity and security to the relations between the interested parties. This requirement is corroborated by the fact that the legal relationship between the parties, the company and the obligated partners, which requires supplementary recourse to the general regime of the law of obligations in order to its existence and validity. And, just as Article 1088*

On the other hand, the draft Commercial Code of 2018 in its art. 213.21, proposed a system of hard opposability, considering that the company's corporate resolutions contrary to what was agreed in the shareholder contract will be valid.

Faced with this, the Supreme Court²⁰ has softened the non-opposability, opting for a softer position: *"The mere infringement of the shareholders' agreement in question is not sufficient, in itself, for the annulment of the contested agreement."*

The Provincial Courts of Barcelona and Madrid have issued several resolutions, considering the omnilateral parasocial agreement as a manifestation of the corporate interest, so that the established doctrine is that the corporate agreement that contravenes an omnilateral parasocial agreement, where all the partners and also the company are parties, can be considered a violation of the corporate interest and its nullity declared.

of the Civil Code must be used when determining what may be the object of the benefit, it will be necessary to resort to Articles 1271 et seq. when specifying its requirements, among which Article 1273 requires determination. It is true that this same rule allows for an indeterminacy in the amount, but only if it is possible to determine it at the time without the need for a new agreement between the parties. Thus, it is admissible not only an absolute and total initial specification or determination, but also a primary or mediate determination, but in the latter case it is required that the criteria according to which such a determination must be made are already established or indicated, criteria that in the same way exclude the need for a new agreement between the parties, all the more to prevent that determination from being left to the discretion of one of them (.....)The obligation in which the ancillary service consists is perfectly identified by its formalisation in the public deed that is reviewed, so that its entire content is determined extra-statutorily in a perfectly knowable manner not only by the current shareholders who have unanimously approved it but also by the future shareholders who, when acquiring the shares, are bound by the ancillary benefit whose content is determinable by the bylaws – ex Article 1273 of the Civil Code – in the manner provided.

It must be concluded that the clause in question is registrable, as it does not exceed the general limits to the autonomy of the will, since it does not oppose the laws or contradict the principles that configure the public limited company (cf. articles 1255 and 1258 of the Civil Code, 28 of the Capital Companies Act and 114.2 and 175.2 of the Commercial Registry Regulations)".

20 - STS n. 300, 7.4.2022 (*Fini Sweets*) (rapporteur Díaz Fraile) demand for compliance with agreement. STS n. 613, 17.11.2020 (*Duro Felguera*) (rapporteur Sarazá) challenge of corporate resolution against agreement.

Precautionary measures have even been adopted by the Commercial Courts for infringement of a shareholders' agreement, declaring the suspension of corporate resolutions contrary to the shareholders' agreement since they are a clear infringement of it, considering the agreement itself as a defining element of the *fumus boni iuris*, that is, of the appearance of good law. See, for example, Order of the Commercial Court 7 of Barcelona, of 22 February 2021.

We must also cite here the very recent judgment of the Commercial Court 1 of Seville, of July 28, 2025, in a lawsuit filed by a limited liability company against the qualification of the Commercial Registrar, in which said classification is challenged on the grounds that the ancillary benefit in the bylaws that requires compliance with an unregistered family protocol is not registrable, but it is referenced in the statutory text by reference to a public deed that appears in the corresponding notarial protocol.

The commercial judge, after reviewing the doctrine of the DG set out above, considers that registration is not admissible, agreeing with the Registrar, and understands that the interpretation of the DG is excessively generous because it allows a primary or mediate determination of the clause, understanding that the literal clarity of art. 86 LSC, which requires that the content of the ancillary service be specific and determined, must prevail. The magistrate considers that it will not be so by simple reference to a public deed that does not appear in the statutes, that is, of an extratabular nature, therefore not registered.

To this end, it relies on the doctrine of the Supreme Court, in particular on STS 120/2020, of 20 February. This doctrine clearly distinguishes between unregistered shareholders' agree-

ments, with mere *inter partes effectiveness* and binding content and application, as opposed to shareholders' agreements published in the Mercantile Registry which, like the articles of association, fall within the scope of capital companies.

Even, the judgment goes on to say, admitting a “primary and mediate” indeterminacy, it could only be accepted with respect to the amount -ex. Art 1273 CC and 1261 CC - but never as to the content of the ancillary benefit. A shareholders' agreement whose content is indicated in the Commercial Registry by its reference to the deed in which it is contained is a reserved agreement that is unenforceable against the company (art. 29 LSC).²¹

The same judgment also highlights that Law 28/2022, of 21 December, on the promotion of the ecosystem of emerging companies, start-up law, is a special law and therefore the exception that it states, which clearly admits the extra-registry reference to the shareholders' agreement, cannot be applied in general.

The judgment of the Provincial Court of Oviedo, of 7 April 2025, deals with the internal and external effectiveness of a shareholders' agreement that requires unanimity of the shareholders for votes relating to a share capital increase. The interesting thing about the judgment is that it considers that the service agreed by the partners requiring unanimity is valid, even in contravention of art. 200 LSC, which rejects the requirement of unanimous agreements, and understands that contractually it can be imposed on the partners.

21 The judgment concludes: “We consider, in summary, that there is no room for determinability as to the content of an ancillary service. In any case, it cannot be said that the content of the ancillary service has been determined because it is indicated that its content is delimited outside the walls of the Commercial Registry in a reserved notarial protocol.”

It thus considers that the partners have breached the shareholders' agreement and must be and go through it, but at the same time the court considers that the removal of the effects derived from the contested capital increase agreement is not appropriate, adopting all the appropriate agreements in order to render it null and void, restoring the plaintiff to its legitimate corporate participation. Compensation and compensation for damages is possible – which, however, are not proven in the present case – but what is not possible is to order the partners to adopt a new agreement to increase.



⊗ VI. THE SUCCESSION OF THE FAMILY BUSINESS AND THE LEGAL INSTRUMENTS TO MAKE IT POSSIBLE

The PF will be necessary, but not sufficient to bring the succession of the family business to a successful conclusion. The lawyer and other advisors, financiers or consultants who help the business family in the succession process must be people, at least the lawyers, who know civil inheritance law well.

They must also know commercial law to draft the PF and the statutes of the commercial companies that control the family business, among other necessary documents. Therefore, the legal team must be composed of several specialists, since the PF must be executed through various documents that fall within the scope of inheritance law.

And the first thing to know about this is that depending on the civil residence of the owner who wants to grant his will to succession, the regulations of inheritance law in Spain have notable differences depending on the territory. In particular, in Catalonia, but also in the Balearic Islands, Navarre, the Basque Country, Aragon and Galicia, the inheritance law regulations present substantial modifications compared to the common regime of the Civil Code, which is applicable in the rest of the territories.

The Civil Code does not admit the figure of the succession contract, which has nevertheless reached historically, and also modernly in recent years, an important development in several territories of the State with their own civil law.

There are also notable differences with respect to the legal nature of the reserved share, i.e. the inheritance portion that the deceased must dispose of in favour of the beneficiaries or forced heirs. In the Civil Code, two thirds are in favour of children and descendants, and one of these two thirds, called improvement, can be allocated in favour of the descendants, whether they are children, grandchildren, or even great-grandchildren.

Thus, in the Civil Code, of German-Visigothic tradition, the protection of forced heirs is substantial, having the right to receive the reserved share in assets of the inheritance as a general rule, creating a right of a quasi-real nature or *ius ad rem* over the hereditary assets in favor of the forced heirs.

Only and exceptionally does the Code allow in art. 1056 that the testator, when ordering the partition in a will, expressly decides that the beneficiaries receive their reserved share in cash, in order to maintain the unity of the economic exploitation or control of a capital company.

On the other hand, the Civil Code of Catalonia includes the Roman tradition of the legitimate, which in Catalonia is a mere right of credit, and the legitimatedee cannot demand that assets of the inheritance be delivered to him, but only an amount of cash. Thus, it will be possible for the testator to award to one or more heirs the majority or all of the shares or shares, and to certain legitimate heirs only the legitimate share in money.

For the purposes of this article, the most significant legislative variety that we must point out is that in Catalonia the deceased, who owns all or part of the capital of the companies that own the family business, may agree in a **succession contract** to transfer with *mortis causa* effects, in favour of some or more of the heirs or successors.

In other words, it is a true succession contract, and therefore irrevocable, between the deceased and the successor, with the former maintaining ownership of the company during his or her lifetime and producing transferable effects upon his or her death.

As such, a succession contract will be irrevocable, in its different modalities of *heretament* to designate heirs, or a succession contract of particular attribution, for the disposition of specific assets.

This possibility makes it possible to give certainty to the family members they have designated as successors and to establish it bilaterally, with rights and obligations, regulating their requirements and obligations to be fulfilled by the successor.

It is advisable to regulate such documents in detail, since unlike the will, which is always revocable by the testator, succession contracts are not, except for infringement of the substantial obligations contained therein. Imagine, for example, that the person appointed in *heretament* leaves the family business, in which case the main obligation that he or she must fulfill as successor could be considered to have been breached, provided that this is required in the succession contract.

The will, succession agreements and marriage agreements, all in harmony with the family protocol, will allow us to guarantee the transfer of the company to the successors of the business family, turning it into a multigenerational family business.



⊗ VII. WHAT TO DO IF CONFLICT ARISES?
LEGAL SOLUTIONS TO ACHIEVE
SOCIAL PEACE AS SOON AS POSSIBLE.
UNLOCKING OR EXIT CLAUSES.
MEDIATION AND NEGOTIATION.
ARBITRATION AS A SOLUTION
TO THE DISPUTE

If what has been stated by the heads of the company and the business family has been followed so far, conflict should not arise, or it will rarely arise.

Conflict or controversy in the family business is understood as the substantial disagreement in the vision or mission, in the governance, or in the succession of the family business, among other possible ones, which it is not possible to channel amicably by the method that the family protocol establishes as a solution.

Friendly channeling means that the FP must establish mechanisms to provide a solution to the wishes or aspirations of the owners and other family members, whether or not they are owners and may be so in the future. When desire is frustrated, and no solution is offered, conflict crystallizes.

To this end, the PF will establish the operation of specific commissions, such as the liquidity commission or the conflicts commission, and will regulate the mechanisms to solve such aspirations.

We are going to present a typical case, frequent in practice, and which, if it is not correctly foreseen and regulated, usually ends in open conflict.

It may happen that, when the second or third generation arrives, a member of the family wishes to sell their share in the capital and leave the family business. Taking into account that these will normally be unlisted companies, often of a closed nature, it is possible that this aspiration cannot be satisfied because other partners or shareholders, whether or not they are relatives, are unable or unwilling to acquire the outgoing partner's share of capital.

It will be a participation in the capital, not liquid, and these are situations that can be perpetuated for many years, especially if the affected partner does not have perceptions in the family business, as an employee or manager, and even more so if the profits are scarce or they cannot be distributed for reasons of reinvestment in business projects and this is agreed by the majority of the share capital.

It will also be difficult to turn to third-party investors, outside the family business, since they will hardly be interested in a minority, illiquid stake that does not allow any short-term profitability to be obtained.

Therefore, mechanisms must be established to avoid situations of blockage, to avoid the right of separation in an untimely manner, to avoid the abandonment of the company, among other situations that can lead to the judicialization of the family business.

These are conflicts that, once opened, can last for many years, be transmitted from generation to generation, and that cause

great laceration to the members of the business family and to the family business itself, ending up eroding its own operation, stopping or suspending projects, among other considerable losses and losses, and even compromising its viability.

Article 348 bis of the LSC establishes the right of separation in favour of the shareholder, in the event of non-distribution of corporate profits or if they have been distributed below twenty-five per cent, with certain requirements and conditions. This and other extreme solutions, such as the exercise of the right of separation, must be avoided by statutory means and by the PF itself, because that is what both instruments are for, to avoid situations of breach of trust and to guarantee social peace, this is a matter that we deal with extensively in the book published by the RAED in 2018, on the occasion of my entry as an academic.²²

The right of separation can be limited or delayed in time, but it is not possible to prohibit the right of separation in perpetuity if exit and unblocking mechanisms are not established to make the participation in the capital liquidated. And such mechanisms must be agile.

It is also possible that the sale by a family member is not considered and that the conflict consists of the paralysis of the corporate bodies: it could happen that one or more partners who hold a qualified minority, or a blocking majority, obstruct the corporate resolutions by voting against them, which may lead the company to a situation of paralysis in its bodies, either the general meeting or the board of directors, or both.

22 FERNÁNDEZ-CUELLAS, R. The majority-minority dynamic in capital companies. RAED, 2018.

These and other situations can occur if it has not been foreseen in advance, if it has not been reflected upon and there are no procedures or remedies for the avoidance of conflict. And normally, in my experience, such conflicts do not occur if the situations that give rise to them are foreseen and a channel for regulation and solution has been provided in the PF.

Once the conflict has been opened, if there are no optimal provisions for its solution, for example, by means of arbitration or mediation, its extension over time, causing various scenarios of tension, paralysis of organs, lack of means even for the congruous subsistence of the affected person and his family, will entail enormous suffering.

As a lawyer who has experienced it in the skin of others, but also receiving that suffering from others that comes to be perceived as my own, also suffering for my clients, I must say that all foresight is too little to avoid them.²³

We are going to comment, by way of example, on some possible clauses aimed at avoiding conflict, although the possible

23 I remember a case of open conflict in a family business, where there was neither family protocol nor adequate bylaws, in which one of the brothers was excluded from all remuneration, in a board of directors where all three brothers were members, but only two received remuneration. In addition, the company, when the controversy began, went years without distributing profits, without compelling reason to justify it because the result was positive and the investments were not significant. The brother excluded from all income, who was my client, was in the minority in the general meeting and on the board of directors, and was deprived of all income for years, having to subsist on aid from his environment, while he continued to be the owner of a huge business patrimony. And this situation lasted for years, until we managed to reach a global agreement through legal actions and favorable rulings. Fortunately, this would be different today, another range of solutions would open up, since modern jurisprudence has accepted such situations as abusive and has established mechanisms for their solution, including through intervening in the general meeting and ordering the distribution of even the entire result. In particular, it is worth highlighting Supreme Court judgment no. 9/2023, of 11 January 2023, rapporteur Ignacio Sancho.

factual situations are many and we cannot exhaust the catalogue of situations.

We will see that we always oscillate in a difficult balance: favoring the family business vs. favoring its partners. It is the traditional discussion between the corporate interest, understood as the protection of the legal entity, against the interest of the partners, which is also a social interest and is recognized as such in the Law.

- i) Unblocking clauses due to the vote against in the corporate bodies that prevents the adoption of a resolution. This situation can occur if there is a tie in the vote, and no one holds the majority, but it can also occur if there are reinforced quorum clauses to adopt certain agreements and that reinforced quorum cannot be achieved, imposing the blocking of the minority.

In such cases, it is necessary to establish and regulate methods of solving the deadlock when it is repeated and prevents agreements that are indispensable, such as the formulation or approval of the annual accounts, the increase or reduction of the share capital when it is imperative to avoid the dissolution of the company, among others.

And this can be achieved by referring to an opinion of the family business conflict committee, agreed in the statutes or in the PF, which can be made binding by statute in the decision it adopts.

If the blockage remains after the agreed periods, we must go to the solution proposed in point v).

- ii) Clauses that prohibit the right to separate from the company for a certain period, or that oblige the company to

remain in the company and prohibit the sale to another partner or to a third party who is not a family member for a certain period.

They are common in many societies, family or non-family, especially in emerging societies. If the period of mandatory permanence of the partners is short and reasonable, it must be respected, but prohibitions on excessively long or onerous disposals, beyond five or seven years, are usually considered abusive or excessively onerous and contrary to the legal essence of capital companies, and may be challenged in court or in arbitration. and declare themselves ineffective.

- iii) Clauses for the distribution of profits, establishing a minimum distributable profit, which regulate criteria for the administrative body and for the general meeting, with the guidelines for the distribution of profits for the year. Establishing that in the event that there is no specific investment project, defined and quantified by the administrative body, and covering the legal reserve and other statutory reserves, most of the result of the fiscal year must be allocated to distribution.
- iv) Permanent clauses and controls, through the remuneration committee, to limit the remuneration of managers and employees, whether or not they are family members, and of the directors of the companies that make up the family business group.
- v) Clauses favouring the transfer of shares or shares, such as put options or call *options* as soon as certain requirements are met, regulating the figure of the good outgoing partner (*good leaver*). For example, it will depend on whether the

share of the outgoing partner's capital can be acquired by the rest of the partners, whether they are family members or not, and therefore must be limited or fractioned in certain cases, and also establish deferred and instalment payments.

Thus, it is possible to agree on preferential acquisition clauses in favour of the owners who are members of the family, and in their absence, in favour of the rest of the partners or the company, establishing classes of shares and shares that will enjoy this right of preferential acquisition.

It will be advisable to limit the partners who can exercise the put option at the same time. In other words, once the process has been initiated by one of them, let's imagine the owner of 10% of the share capital, it will be advisable to establish the suspension of the right of the rest of the partners, for a minimum period, which includes the period of instalment and deferred payments, to avoid the decapitalisation of the company, if it were the acquirer, or the de facto impossibility of acquisition by the rest of the partners.

We do not think more radical solutions are appropriate, such as the so-called Andorran pact or Russian roulette, so called because it is characterized by the corporate lust with which the event ends for one of the parties. The agreement consists of an offeror offering his willingness to buy the share of the rest, being obliged to sell, for the price and conditions offered, and if they refuse to sell they must buy from the offeror their part of the capital, for the same price and conditions.

This type of clauses, which can be modulated with different variants, being able to agree on methods of calculating the price and conditions, etc., are more typical of companies in

which the capital is usually divided between two partners in half, and it is easy in such cases for there to be deadlock situations that make the continuation of the company impossible.

What will happen when the conflict crystallizes and the administrative body and the governing body of the family business have not been able to avoid it? What can be done then?

If in the family business the parties involved, i.e. the members of the family, have acted diligently, we will avoid conflict situations.

Let us remember that conflict arises when the interests and wishes of the interested parties are not resolved, and of course it also arises when situations of abuse or oppression of a majority that exercises control against a minority that does not see its rights or interests as family members satisfied.

With respect to situations of abuse or oppression, again they will not apply if there are bylaws and family protocol that regulate the governance of the family business. Both situations are contradictory.

We have already analysed elsewhere²⁴ the concept of oppression and unjust harm, which has been widely developed in Anglo-Saxon law, and it is worth remembering some basic principles.

The Companies Act of 2006 sets out in Section 994 the basis for the existence of oppression and unjust prejudice to be considered:

²⁴ The majority-minority dynamic in capital companies, cited work.

“The affairs of the company are being or have been managed in a way which is unfairly prejudicial to the interests of shareholders generally or some part of its shareholders”

In such cases, the court will accept the petition for unjust damage and may freely agree on a series of measures to resolve the oppression, which entail a real interference in corporate life, until recently unimaginable in our law.

The most common of the decisions to be adopted in judgment is that the court agrees that the petitioner’s shares or participations be acquired by the majority. The corresponding process of evaluation of the same is then initiated, not without difficulties.²⁵

We can draw a main conclusion and that is that the solution in English law is to avoid the dissolution of the company, insolvency, and also the right of separation, since the latter can cause them. This solution will currently be implemented by imposing on the majority that is declared oppressor by the judge or arbitrator, the purchase of the shares of the minority, as well as other measures aimed at abstention and avoidance in repeating illicit and abusive conduct.

Since the natural buyer is the majority shareholder, it seems reasonable to me to have a mechanism for the forced sale of the shares or shares of the minority shareholder who is oppressed, subject to certain requirements and deadlines, and provided that a different solution has not been agreed in the bylaws. In this way, the right of separation will not be the only solution because, as we know, it is not the ideal one.

25 NEWINGTON-BRIDGES, Charlie, St John’s Chambers, January 2016. Op. cit.

In Spanish law, case law and doctrine have evolved significantly in recent years, and the Supreme Court has considered that, once the situation of oppression has been proven, due to action contrary to the corporate interest, it is possible for the judge to agree to the distribution of all the profits among the partners, who will be entitled to the corporate profits, and it cannot be stolen with the argument of the mere accumulation in society of reserves that are not invested in any project.²⁶

Conflicts of this nature and surgical solutions such as those indicated above, can occur if homework has not been done beforehand to avoid them.

Once the conflict has arisen but before going to court or arbitration, an optimal possibility is to refer the controversy or dispute to the dispute resolution commission of the family business, so that it can prepare a binding opinion for the parties that allows avoiding one or more judicial or arbitration processes.

In fact, it should be noted that if it has been provided for in the bylaws and in the family protocol, this solution can again prevent the externalization or crystallization of the conflict.

This solution would be optimal as long as the dispute resolution committee is made up of independent professionals, who may be experts in various matters, but it is advisable for the committee to be made up of jurists who are experts in commercial law and family businesses. They must be independent and outside the governing and administrative body, and they must not be lawyers or advisors to the founder, or who collaborate in the day-to-day running of the family business.

26 Supreme Court Judgment No. 9/2023 of 11 January 2023 (appeal No. 3319/2019; rapporteur Sancho Gargallo, Ignacio).

As an alternative to the above, it is possible to go to a mediator or amicable composer, who may be an expert appointed *ad hoc* by the commission itself, to issue an opinion or resolution contractually binding by statutes, that is, effectively vis-à-vis third parties, which puts an end to the controversy and channels the solution. It is always advisable to remove the controversy outside the governing body of the family business and the administrative body of the family company.

So far, in the cases set out, we have indicated ways to avoid conflict, not to be confused with remedies when the conflict already exists and cannot be channeled through the mechanisms and governing bodies of the family business.

The remedies are not really remedies, since usually the conflict will crystallize in a process, either because there is a desire for the family partner to leave, or because there is a situation of oppression of the majority of control that prevents receiving payments via dividends, fees or salaries in the family business.

We can cite some common examples below.

We will find one or more challenges to corporate resolutions, whether by the administrative body or by the general meeting, which can have a wide variety of content.

Or the challenge of a sale or transfer of shares or participations may be raised, which must be approved by the corresponding company to be effective, etc.

It would also be possible to challenge corporate resolutions, such as the meeting agreement not to distribute corporate profits and accumulate them in reserves, as it is considered unfair or oppressive, for lack of just cause.

The challenge of directors' payments not duly approved by the general meeting or that may be considered predatory or abusive because they hide a true predatory intent of the corporate profits that should have been distributed.

It is also common for the shareholder to exercise a corporate liability action by the shareholder who considers that the management of the director has been negligent, contrary to the bylaws, the law or the corporate interest, and this will apply even if said corporate action is not approved by the controlling majority at the general meeting.

These are some examples of common conflicts, and there are other cases of litigation, and there may be several specific actions to be taken simultaneously and, frequently, successive in time, since the position of the parties will be a trench war, positions will become entrenched and animosities will quickly become personal, reaching the family, reaching the family business.

For example, when judicial or arbitration proceedings are initiated, the first wave will be related to the decisions of the governing bodies of the recent year, in terms of their approval, non-approval of distribution, remuneration of the administrative body, etc.

However, since the situation of alleged oppression or abuse will hardly be modified with the exercise of the actions, since the habit of *"sustain it and not amend"* is frequent, it will often happen that the first judicial or arbitral proceedings will be followed by many others in the following years.

The consequences are easy to imagine. If the plaintiff is part of the administrative body of the family company, the day-

to-day will be extraordinarily stressed, with consequences for management and governance, which will be extended to the different departments, committees and positions. Therefore, in the best of cases, the conflict will produce undesirable effects that can affect the management, the result and even the continuity of the company, especially in small or medium-sized companies, where these issues become more relevant.

In this situation, there are no magic solutions. As we have said, the proceedings filed will be initiated, they may last several years, and others will follow, if the main issues are not resolved within a global agreement, which allows the orderly exit or the paralysis of situations of oppression.

If the dispute resolution route is the ordinary jurisdiction, if they are matters of company law, the Commercial Courts will be competent.

This year 2025, Organic Law 1/2025 came into force, which provides for the so-called ADR: adequate means for the resolution of disputes, *Section 3 Of the different modalities of negotiation prior to the jurisdictional route.*

This is a requirement before the judicial procedure is initiated with the presentation of the claim, thus trying to avoid the process itself.

There are several means that the law regulates: a) a confidential binding offer, which the plaintiff will make for its acceptance or not by the other party; b) private conciliation, before a lawyer, notary, registrar, or LAJ, etc.; c) mediation procedure in accordance with Law 5/2012; (d) appointment of an independent expert, who may be a lawyer or an expert

in the subject matter of the dispute; e) Collaborative law procedure by which the parties, assisted by a lawyer, will try to find a consensual solution to end the dispute in whole or in part. In these processes, neutral experts may also be appointed who can collaborate in their solution.

If none of these means results in a solution to the dispute, the proper judicial route will be opened.

There is also an alternative to the judicial route and the previous ADR, which is the arbitration route.

Arbitration consists of a dispute resolution procedure in which a court or arbitral court is entrusted with the appointment of one or more arbitrators to resolve the dispute, either in law or in equity, by issuing the award. The arbitral award has the same effects as a judicial judgment, there is no appeal or cassation, only nullity based on causes assessed in *numerus clausus*.

In a family business conflict environment, arbitration can be an alternative to the courts. Traditionally, some advantages and disadvantages are preached.

Among the advantages we can point out:

- The speed of arbitration in the resolution of the dispute. The procedure will usually last six months, although it can sometimes extend to a year, which is a record time compared to the judicial route.
- Confidentiality, awards are not published and are kept secret from the arbitral tribunal and the parties. On the other hand, most of the court judgments are published, so that

competing companies will have the information of the dispute published.

- The specialization of the arbitrator, since in the so-called institutional arbitration the court or arbitral court will appoint a specialist in the specific matter, who may even have extensive experience in the sector as a lawyer advising or defending companies in that sector.

In the case at hand, an expert in family business.

- In legal arbitration, the arbitrator will be a lawyer or jurist who will rule by applying the rules of the legal system. There is also equity arbitration, which allows the arbitrator to evade the application of legal rules, in which case a non-legal professional or expert may be the arbitrator. The arbitrator may also have been appointed *ad hoc* by the parties, or the means of appointment may have been established with sufficient clarity.
- The dedication and dedication of the arbitrator to the procedure. An arbitrator resolves a few cases a year, and in each of them his professional solvency is at stake before the court or arbitral tribunal that appointed him.
- The flexibility of the procedure. Arbitration is subject to the Arbitration Act (Law 60/2003) and the Rules of the Arbitral Court, if applicable. The Civil Procedure Law and other procedural regulations, with all their resources and procedures, excessively guaranteed, are not applicable. However, substantive law will be applicable.

We do not recommend equity arbitration, because although it gives even more freedom to the arbitrator because he is not subject to the law, it generates considerable uncertainty.

Although flexibility is one of the advantages that are predicated of arbitration, it can also be a threat, since the party harmed by the speed of the arbitral procedure may try to undermine it, torpedoing procedural arbitral decisions, and then try to claim defenselessness. These are usually delays that have little time.

- Precautionary measures are also possible in arbitration, although in their execution it is likely that the arbitrator will have to go to court to ask for help, if the measure adopted is not voluntarily complied with by the party who has been sentenced to do so. There is also room for emergency arbitration, which provides, for example, for the urgent resolution of some of the issues raised.
- The cost of arbitration is often argued as an inconvenience. However, we must assess the cost of litigation time, depending on the route used, the various procedural instances, and the loss of profit, always lacerating and even lethal, that involves having the family business in litigation for many years.

Arbitration has had a progressive evolution during the twentieth century and so far in the twenty-first, practically disappeared due to the effect of legal positivism and the division of powers since the end of the nineteenth century, when the so-called class or special courts, where merchants resolved their disputes, were prohibited.

However, arbitration became imperative for the settlement of disputes between commercial companies, in the Commercial Code of 1829, it was later practically suppressed with the entry into force of the Civil Procedure Law and the prohibition of other courts than the judicial ones.

In the field of company law, at the end of the twentieth century, with the decline of legal positivism in Spain and the rest of the countries of the European Union, arbitration has become the usual solution to disputes in the international arena.

In the field of family business, as in any arbitration of commercial companies, for there to be arbitration, the so-called arbitration agreement must be expressly agreed, submitting to arbitration the dispute that may arise, and this must be regulated in the bylaws and also in the family protocol. The discrepancy between the two texts on this point, or the pointing out of certain matters to be resolved in arbitration, as opposed to others in the judicial sphere, is always a problematic solution.

Since litigation is the last resort, arbitration can be an ideal environment for the resolution of the dispute, when the real solution has not occurred precisely avoiding the dispute.



❧ CONCLUSIONS

I. The founder is the one who decides the vision and who must guarantee unity.

In effect, it is the founder who decides whether his company is family or not. And once you decide and incorporate members of your family, the next decision you will have to make is whether you want to structure it as a multigenerational company.

In other words, they will not only think about the present generation, but also about how to turn the family business into a project for the future, attractive to the next generation.

That will be his vision, to create a business entity that is successfully projected into the future and shared by successive generations of the family.

And for that unity is essential. Unity is based on love, understood as love for the company and for the family, both equally. Without love, unity breaks down, and then problems that can lead to conflict will begin.

Will a well-established legal structure help to preserve unity? We believe that it will. The legal structure does not guarantee unity or business results, but it helps in difficult times to maintain unity, and above all, it will satisfy desire, that is, before conflict arises.

Of course, there is no unit that can withstand a long wait without results, without benefits or perceptions of any kind. They must

be capitalized for all eventualities, and also so that the liquidity commission can have resources that allow family members to receive benefits, donations or remuneration, whether or not they work in the company. We will have thought about all this beforehand, it will be duly worked on at the documentary level, and it is part of what we must regulate in the legal structure.

II. We will create the right legal structure and make it work.

The genesis of the legal structure is just as important as monitoring its proper functioning for years.

This must be a shared task, that is, the founder must include other people in the family and the family business in the genesis of the legal construction. And especially it must have experts in family business, who from the beginning start the debate together with the members of the family.

The family council should include counselors who do not belong to the family, and who do not have a close relationship with family members that entails subordination and obedience. For example, it is not recommended that the lawyer or trusted advisor of the founding entrepreneur be on the family council.

The directors are not there to be comfortable with the founder and agree with him in everything he raises in debates and meetings. That is as easy as it is ineffective. Family council members are there to help generate ideas and debate, to shape and revise the vision and mission, and then have that vision and mission translated to the board of directors and fulfilled.

In other words, the debate must be done at the top, in the family council, and the company's administrative body must execute what is decided above.

Therefore, in order to create the appropriate legal structure, the first step is the embryo of the family council. In that embryo will be experts in family businesses, business consultants and jurists, who will listen to the founder, the family, other non-family advisors, and will begin to build the basket with these wickers.

III. The legal structure is complex and dynamic, subject to control.

The structure should consist first of all of a family protocol, which regulates, in detail and flexibility at the same time, all of the above: the vision, the purpose, the mission, the governing bodies of the family business and the committees, the administrative body of the family company, the succession to the next generation, the process of resolving wishes before they become conflicts, among other possible issues.

And it must be drafted thinking that its full effectiveness will be achieved with the publication of the family protocol in the Mercantile Registry. In other words, anyone will be able to access it, and therefore it will be effective in front of everyone.

If there are internal affairs that must be kept confidential, which may occur to avoid alerting the competition especially, we may keep specific shareholders' agreements reserved, in execution of the protocol. In this case, the shareholders' agreements will be binding only between the grantors and their heirs.

The bylaws of the family company must be drafted as an instrument for the execution of the family protocol.

The founders and other owners of shares or participations must also grant the legal instruments of succession - will and succession agreement - and marriage agreements, which are necessary to ensure that the family business is transmitted to the next generation.

All this must be reviewed periodically, and renewed or, at least, ratified by the new members of the family who join the company and therefore the family protocol. And if no one joins for many years, it must be formally reviewed and ratified within a reasonable period of time, at most every ten years.

IV. What will we do if all of the above fails.

If it is well done, it should not fail, as it will include solutions for when problems arise. The problems will be solved if they have been able to be channelled, with the provision that the protocol itself has regulated, through the liquidity commission, the dispute resolution commission, etc.

Usually the conflict will arise if the person who has wished to leave the company at market value has not been allowed to leave the company, or if there is no liquidity due to the impossibility of distribution, or there is a lack of remuneration for certain family members.

Above all, it is necessary to avoid situations of abuse, which lead to holders of the share capital in a minority situation being left without the perception of liquidity. There is no greater prison in mercantile life than to be the owner of a magnificent patrimony

that has no use for the enjoyment of the one who possesses it. If this happens, either due to the imperative of the bad result or the need to capitalize for new projects, the affected person must be released within a reasonable period, which we will have agreed in the family protocol.

If, in spite of everything, the lawsuit is inevitable, the consequences will be substantial and lacerating for the family and probably also for the company.

The size of the company will be a relevant issue at this point, and also its degree of professionalization. In other words, the larger, more capitalized and professionalized the family business is, with non-family managers in positions of greater responsibility, the less the company will suffer the onslaught of a conflict between partners.

On the other hand, in small and medium-sized companies, the liquidity to finance a judicial or arbitration process, and the number of years that the conflict may last, can give us an idea of the suffering it will be for the company and for the family.

In short, in this work we have been able to reflect on proven methods in legal and business practice that allow us to avoid conflict in the family business. I believe that in order for peaceful coexistence to be maintained in the company, the interests of the parties must be resolved, within a reasonable period of time, thus ensuring that the business project is projected into the future while overcoming the obstacles that we find along the way.



⊗ BIBLIOGRAPHY

ALONSO LEDESMA, C, T.: “The autonomy of the will in the exclusion and separation of partners”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, January-March 2013.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”. *InDret* 4/2005. www.indret.com.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Right of separation in the case of lack of distribution of dividends: article 348 bis LSC enters (again) into force on January 1, 2017». *Spanish Association of Tax Advisors*, January 2017.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. and FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «A proposal for alternative wording of article 348 bis LSC”. *THE COMMERCIAL LAW* nº 33, February 2017, Nº 33, Feb. 1, 2017, Ed. Wolters Kluwer.

BRENES CORTÉS, J.: “The right of separation, main novelties after the latest modifications operated in the law of companies”. *Revista Derecho de Sociedades* 37, July-December 2011.

BRENES CORTÉS, J.: “Right of the minority to the dividend: the controversial art. 348 bis LSC.” *Revista Aranzadi Doctrinal* no. 8/2012 part Study, BIB 2012\3383.

BRENES CORTÉS, J.: “The right of separation in case of lack of distribution of dividends: the entry into force of the controversial article 348 bis of the Capital Companies Act”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, July–September 2017.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, 1990.

CALAVIA MOLINERO, JM, Government and Administration in the Family Business, Royal European Academy of Doctors, 2017

CAMPINS VARGAS, A.: “Right of separation due to non-distribution of dividends: is it a right available to the partners?” *DIARIO LA LEY*, Year XXXIII, Number 7824, 2012.

CAMPINS VARGAS, A. and ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Abuse of the majority in the distribution of dividends and the right of separation of the shareholder in capital companies”. *Liber amicorum, Juan Luis Iglesias* (García de Enterría, J.- coord.-), 2014.

CÁCERES CÁRCELES, C.: “The exercise of the right of separation of the shareholder in case of non-distribution of dividends. The reforms introduced by art. 348 bis of the LSC”. *Business Law no. 263-264*, September-October 2012.

CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*. Thomson Reuters Civitas, 2016

NATIONAL SECURITIES MARKET COMMISSION: “Unified Code of Good Governance of Listed Companies approved on 22 May 2006 by the Board of the CNMV”.

CUCURULL POBLET, T.: “La política de dividendos en la empresa familiar (A propósito de la reforma del artículo 348 bis de la Ley”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Nº 753*, 2016 [01] January - [02] February 2016.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*. Civitas 1997.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Civitas, 1984

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. College of Registrars, 1997.

DE LA CÁMARA, M.: *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*. Civitas, 1995.

DE LA CÁMARA, M.: *The share capital in the public limited company, its increase and decrease*. General Council of Notaries, 1996.

DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil I*. Civitas, 1997.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: *The Right to Participate in the Distribution of Social Profits. In the light of the doctrine established by the Judgment of the Supreme Court of May 26, 2005*. Edit. Aranzadi, 2006.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volume IV, The Particular Obligatory Relations*. Civitas Thomson - Civitas, 2010.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volume I, Theory of the Contract*. Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Studies on civil jurisprudence*. Madrid, 1966-69.

DIGEST OF JUSTINIAN, I,I 1,3, edited by Álvaro D'Ors, 1968.

DOMAT, J.: "Les Loix Civiles dans leur ordre naturel. Le Droit Public et Legum delectus", New edition, *MDCCLXXI*.

FARRANDO MIGUEL, I.: "The right of separation of the partner in the Law of Public Limited Companies". *Law* 3308/1989.

FELIU REY, M.I.: "Right of separation, corporate flexibility and autonomy of the will". *Derecho de los Negocios*, nº 260, Year 23, May 2012.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “Directors liability in corporate law: cross jurisdiction survey”; *International Practice Group*, www.ipg-online.org; 2014.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “La acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”. *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3 2013.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “The responsibility of directors in the Law of Public Limited Companies”. *Book Homage to Mr. Jesús López Medel*. Editorial Colegio de Registrars, 2000.

FERNÁNDEZ-CUELLAS, R.: “Objective Jurisdiction and Arbitration in Commercial Disputes: Need for Reform”. *La Notaría*, nº 11/ 2015.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.: “Separation and exclusion of partners. AA. VV., in the work Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas “. *Volume II, Law and Commerce Notebooks, General Council of Notaries*, 2016.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de Sociedades. Vol. I*, 2010.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. The family protocol. Family business and registry publicity. Thomson – Civitas, 2008.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “The application of results in commercial companies” (*Special study of article 213 of the Law on Public Limited Companies*). 1997.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “The so-called shoot-out clauses and auction clauses as statutory mechanisms to remedy situations of corporate deadlock”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, July – September 2017.

FERNÁNDEZ FARRERES, *Associations and Constitution*. 1987.

- FLOURENTZOU, “M.: Minority shareholders: applicability of unfair prejudice”. *M. Shambartas*, 2017.
- GALGANO, F.: *History of commercial law. Società editrice il Mulino*, Bolonia, 1980.
- GALLO, M. A. and GÓMEZ, G, Evolución y desarrollo de la empresa y de la familia. Ediciones Universidad de Navarra, 2015.
- GARCÍA SANZ, A.: “Right of separation in case of lack of distribution of dividends”. *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 38, 2012-1.
- GARCÍA-TUÑÓN, A.M.: “The rights to dividend and separation in the light of art. 348 bis of the Capital Companies Act: a general review”. *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 49, January - April 2017.
- GARRIDO DE PALMA, V.M., La empresa familiar ante el Derecho. The Individual Entrepreneur and the Family Society, Civitas, 1995.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “General Theory of Commercial Companies”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1974.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J: “Curso de Derecho Mercantil”, *MCMXXXVI*.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F.: “Reforms on the separation and exclusion of partners”. In the work *Las Reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Directors), Thomson Reuters Aranzadi, 2nd Ed., November 2012.
- GIRÓN TENA, J: “Civil Societies and Commercial Companies: Distinction and Relations in Spanish Law”. *Revista de Derecho Mercantil*, 1947.

IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “On the obligatory right to the dividend, What barbarity! Is there a right?” Blog on legal and political news, <http://hayderecho.com>, July 27, 2011.

IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “The new regulation of the right to dividend in capital companies (not listed)”, *Derecho de los Negocios* no. 263-264, September-October 2012.

ILLESCAS ORTIZ, R.: “The right of the shareholder to the dividend today: a note”. *Derecho de los Negocios*, nº 21, June 1992.

ILLESCAS ORTIZ, R.: “Have capital companies become interest-bearing depository institutions?” *Business Law* No. 254, November 2011.

IRACULIS ARREGUI, N.: “The separation of the shareholder without the need for justification: for non-distribution of dividends or by the shareholder’s own will”. *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 38, 2012-1.

LUCAS MARTÍN, E.P.: “Brief description of the logic of article 348 bis LSC. Complutense University”, *Working Papers of the Department of Commercial Law*, 2013/77, May 2013, available at http://eprints.ucm.es/21684/1/Somera_descripci%C3%B3n_de_la_l%C3%B3gica_del_art._348_bis_LSC.pdf

LUCENÓ OLIVA, J.L.: “Right of the minority to the dividend: a solution and many doubts (Urgent comment on the new article 348 bis of the LSC)”. *DIARIO LA LEY*, year XXXII, Number 7709, October 5, 2011.

MACKEY, J & SISODIA, R, *Conscious capitalism – liberating the heroic spirit of business*, Harvard Business Review Press, 2014.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “The rights to dividend and separation in the light of art. 348 bis of the Capital Companies Act: a general review”. *Revista de Derecho de Sociedades* 49, January – April 2017.

- MARSDEN, A.: “Shareholder protection from unfairly prejudicial conduct. Case and statute citator, 2017”. *Commercial-chambers.org*, *Commercial Chambers*, 2017
- MARTÍNEZ ROSADO, J.: *Los pactos parasociales*. Editorial Marcial Pons, 2017.
- McAFEE, P.: “Amicable divorce: Dissolving a partnership with Simple Mechanisms”. *Journal of Economic Theory*, 56, 1992.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Sociedad anónima y fin de lucro”. *Legal Studies on the Public Limited Company*, 1995.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ and RODRÍGUEZ ARTIGAS: “Carácter mercantil en AAVV”. *Commentary on the Legal Regime of Commercial Companies*, Volume XIV, Vol. 1 A, 1999.
- MORENO UTRILLA, D.: *La sindicacion de bloqueo en las Sociedades Anónimas*. Tirant lo Blanch, 2015.
- NEWINGTON-BRIDGES, Ch.: “A practical guide to unfair prejudice petitions and their interaction with derivative claims”. *St John’s Chambers*, 2016
- NGO DA THAN: *The family limited company*. 1963.
- ORTEGA PARRA, S.: *The participation of the partner in the corporate profits*. Tirant lo Blanch, 2015.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: “Asociación y sociedad, a propósito de una errata del Código Civil”. *Yearbook of Civil Law*.
- PAZ-ARES, C. “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003. Violation of agreements, challenge of agreements and principle of non-contradiction”, *RDM*, no. 325/2022.
- PAZ-ARES, C.: *Comentarios al Código Civil*. Ministry of Justice, Volume I.

- PAZ-ARES, C.: “Ánimo de lucro y concepto de sociedad, AAVV”. *Commercial Law of the European Economic Community Studies in Homage to José Girón Tena*, Civitas, 1991
- PAZ-ARES, C.: “Las sociedades mercantiles”. In *the work Lecciones de Derecho Mercantil*, director Aurelio Menéndez, Thomson - Civitas, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “Normas de solvencia y deberes de administradores sociales”. *The Notary of the XXI Century*, Nº 60 (March-April) 2015 .
- REECE THOMAS, K – RYAN, C.L. *The law and practice of Shareholder’s Agreements*, Butterworths, 2007.
- RODAS PAREDES, P.: *The separation of the partner in the Capital Companies Act*. Marcial Pons, 2013.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (director): *Derecho de Sociedades I y II. Comments on jurisprudence*. Thomson Reuters, 2010.
- RUIZ NUÑEZ, M.: “Article 348 bis LSC: individual interest vs social interest”. *Revista de Derecho de Sociedades* Nº 49, January - April 2017.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.: “About the statutory regime for the transfer of shares and shares and on the separation and exclusion of partners of capital companies in the proposal for the Commercial Code”. Volume I of the book *Legal Studies in Memory of Professor Emilio Beltrán*, ROJO, A. and CAMPUZANO, A.B. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2015.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Economic crisis and corporate governance”, in *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013.
- SEGURA DE LASSALETTE, R.: “Stable Government of the Family Business in AA. VV”, *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cuatrecasas – Aranzadi, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, M.J. and SAMBEAT SASTRE, J.Ma.: “Analysis and criticism of article 348 bis of the Capital Companies Act”. *DIARIO LA LEY*, Year XXXIII, Nº 7825, March 2012.

SILVÁN RODRÍGUEZ, F. and PÉREZ HERNANDO, I.: “Right of separation and dividends: The controversial article 348 bis LSC”. *DIARIO LA LEY*, Year XXXIII, No. 7813, March 2012.

SUSAETA, I. https://www.linkedin.com/posts/isusaeta_familiaempresaria-empresafamiliar-protocolofamiliar-activity-7344262722236076032-pR59?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAAZLtYYByWnG-GRaMJpzxSGhhOr1awwVKBvQ

TUSQUETS TRIAS DE BES, F.: *Abús de dret i tutela de la minoria en les societats de capital*, discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2012.

URÍA, R.: *Derecho Mercantil*. 27 ed., 2000.

VALMAÑA CABANES, A.: *Legal (indirect) configuration of the minimum dividend. The statutory audit of annual accounts. Adapted to the new Law 22/2015, of 20 July, on Auditing of Accounts*. Wolters Kluwer Bosch, 2016.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. Bosch, 2nd ed., 2015.

VÁZQUEZ ALBERT, D.: “Responsabilidad del administrador de hecho y del administrador oculto en la reforma de gobierno corporativo”, in AA. VV *Reform of capital companies and improvement of corporate governance*”, *Revista Jurídica de Catalunya and Thomson Reuters* – Aranzadi, 2015.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *The protection of corporate minorities against oppression*. Thomson Civitas, 2007.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: “La separation por justa causa tras las recientes reformas legislativas”. *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 283, January-March 2012.

VELA TORRES, P.-J.: “The right of separation of the partner in capital companies: an incomplete and partially failed reform”. *Derecho de los Negocios*, Nº 268, March-April 2013.

VIVANTE, C.: *Tratado de Derecho Mercantil. Volume II*, 1911.

VICENT CHULIÁ, F., Legal Organization of the Family Society, Book Homage to Fernando Sánchez-Calero, vol. V, McGraw Hill 2002.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendium of Commercial Law*. 1991.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introduction to Commercial Law. Volume I*, 23rd Ed., Edit. Tirant lo Blanch, 2012.

VILARRUBIAS GUILLAMET, F. and FAURIA PLANAS, A.: “Scope of the suspension of the right of separation of the shareholder due to lack of distribution of dividends”. *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 41, year 2013-2.

VILARRUBIAS, F. and FAURIA PLANAS, A.: “The intended suspension of the right of separation of art. 348 bis LSC”. *El Notario del Siglo XXI*, magazine issue 49 (May-June 2013).

WARD, J.L, en The family business consulting group, thefbcg.com



Discurso de contestación

Excmo. Sr. Dr. Jaume Llopis Casellas

Excm. Sr. President de la Reial Acadèmia Europea de
Doctors, Dr.Alfredo Rocafort Nicolau

Molt il·lustres Acadèmics,

Distinguides senyores I senyors.

Benvolguts amics,

Your Excellency, Mr. President of the Royal European
Academy of Doctors, Dr.Alfredo Rocafort Nicolau

Distinguished Academicians,

Distinguished ladies and gentlemen

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia Europea de
Doctores, Dr.Alfredo Rocafort Nicolau

Muy ilustres Académicos,

Distinguidas señoras y señores

Es para mi un gran honor tomar la palabra en este acto solemne, para dar respuesta al brillante discurso de ingreso que acabamos de escuchar y para darte, estimado Rodolfo, la más cálida y sincera bienvenida como Académico Numerario de nuestra Real Academia Europea de Doctores.

LAUDATIO

Permítanme comenzar con una coincidencia vital que da sentido al momento que hoy vivimos. Fue en el gimnasio del Círculo Ecuéstre donde conocí por primera vez al Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas. Curiosamente, el mismo lugar donde algunos meses antes coincidí también con el Dr. Manuel Sans Segarra, recientemente nombrado Académico de la RAED y hoy padrino del nuevo Académico de Número al que tenemos el honor de dar la bienvenida. Ese espacio, aparentemente cotidiano, se convierte hoy en símbolo de encuentros que trascienden el azar

y configuran amistades, complicidades y caminos compartidos dentro de esta institución.

Orígenes familiares y espíritu emprendedor

Para entender la trayectoria del Dr. Fernández-Cuellas hay que remontarse a sus orígenes. Nacido en una familia de comerciantes de Barcelona, hijo de Juana y Álvaro, creció rodeado del espíritu de la empresa familiar. Sus padres continuaron el negocio iniciado por sus abuelos: tiendas de moda femenina y venta al por mayor de confección. Su madre, Juana, excelente diseñadora, había aprendido el oficio de su propia madre, Fernanda, discípula del mítico Cristóbal Balenciaga en los talleres de Casa Balenciaga, en San Sebastián.

Esa herencia de oficio y pasión por la excelencia marcó profundamente a Rodolfo, que desde pequeño colaboraba puntualmente en la empresa familiar. Aunque pronto optó por el mundo del derecho, la huella emprendedora siempre le acompañó. No es casual que, ya como abogado, fundara junto a otros socios Miliners Abogados y Asesores Tributarios en 2003, despacho que lideraría durante diecisiete años hasta su integración en Augusta Abogados, donde hoy es socio responsable del área de Mercantil & Innovación.

Formación y academia

Su carrera académica comienza en la Universidad de Barcelona, donde se licencia en Derecho en 1988. Pero no se conforma con una simple titulación. Movidio por la curiosidad intelectual y la voluntad de ser un jurista completo, inicia el camino del

doctorado en Derecho Civil. Su tesis, “El contrato electrónico, formación y cumplimiento”, dirigida por el profesor Alfonso Hernández Moreno y presidida por el maestro Luis Díez-Picazo, obtiene la calificación de Excelente cum laude en 2006. Esa investigación, adelantada a su tiempo, anticipaba los retos jurídicos que Internet plantearía a las relaciones contractuales.

Como docente, destacó primero en la misma Universidad de Barcelona, donde creó la asignatura de Derecho de Internet en 1999, cuando aún eran pocos los que intuían el alcance de la revolución digital. Posteriormente, su trayectoria docente continuó en la Facultad de Derecho de ESADE, donde fue profesor de Derecho Mercantil y participó activamente en la implantación del Plan Bolonia en los estudios de Derecho. También fue codirector del Seminario de Derecho Mercantil, contribuyendo a formar generaciones de abogados con un enfoque práctico y europeo.

Vocación profesional: derecho mercantil y societario

El Dr. Fernández-Cuellas ha dedicado más de treinta años a la abogacía mercantil, combinando el rigor técnico con una vocación de servicio a empresas, familias e instituciones. Su experiencia abarca desde operaciones complejas de M&A, adquisiciones, joint ventures o fusiones, hasta la defensa de intereses en litigios y arbitrajes.

Su estilo negociador se guía por una convicción: el mejor pleito es aquel que no existe porque se ha sabido evitar a tiempo. Este principio le ha llevado a destacar como árbitro en prestigiosas cortes arbitrales y a resolver conflictos empresariales que parecían irresolubles.

En este ámbito, permítanme compartir una anécdota profesional que él mismo recuerda con especial estima. Siendo aún un joven abogado, le asignaron un caso enquistado en una empresa familiar multigeneracional. El conflicto entre hermanos había derivado en litigios eternos, privando a uno de los socios de toda retribución a pesar de ser propietario de un importante patrimonio. Rodolfo, con paciencia y determinación, reabrió vías de diálogo entre abogados y logró un acuerdo definitivo que restituía la dignidad y los derechos de su cliente. Ese caso, que le marcó positivamente, ilustra a la perfección su capacidad de transformar situaciones envenenadas en oportunidades de reconciliación y justicia.

Innovación y derecho tecnológico

Si una palabra define al Dr. Fernández-Cuellas, esa es pionero. A principios del siglo XXI, cuando pocos abogados españoles hablaban de tecnología, él ya estaba inmerso en el derecho TMT (Tecnología, Medios y Telecomunicaciones). Su estancia en Taylor Wessing, en Londres, le permitió captar la vanguardia en derecho tecnológico y, al regresar a Barcelona, impulsó esta área en su despacho.

Gracias a esa apuesta, se vinculó a algunos de los actores más relevantes de la revolución digital. Entre ellos, destaca su relación con Google, empresa de la que fue abogado y apoderado en el momento de su fundación en España. Con el tiempo, su labor se ha expandido a campos emergentes como la inteligencia artificial, el *blockchain*, las criptomonedas, los videojuegos, la biotecnología y la *deep-tech*.

En todas estas áreas, el Dr. Fernández-Cuellas ha liderado la defensa de inversores internacionales, ha redactado contratos

clave para empresas multinacionales y ha guiado negocios a través de regulaciones cambiantes. Su reputación en este ámbito es reconocida tanto en España como internacionalmente.

Producción científica y aportaciones doctrinales

La aportación intelectual del Dr. Fernández-Cuellas se refleja en una obra extensa y diversa. Ha publicado cuatro monografías de referencia, entre las que destacan *“La perfección del contrato en Internet”* (2001), *“El contrato electrónico, formación y cumplimiento”* (2013) y *“La dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital”* (2018), esta última publicada por la Real Academia Europea de Doctores con motivo de su ingreso como Académico correspondiente y adoptada por muchas empresas familiares como guía para prevenir conflictos.

A nivel internacional, hay que subrayar su participación en el libro blanco sobre Inteligencia Artificial Responsable (*Responsible AI – A global policy framework*, 2019), elaborado con International Tech Law y considerado un referente ético y jurídico global.

Sus más de 20 artículos en revistas especializadas abordan temas como el arbitraje, la responsabilidad de los administradores sociales o la resolución de controversias mercantiles. Su obra, rigurosa y práctica a la vez, refleja la esencia del jurista que sabe unir teoría y praxis.

Instituciones y compromiso cívico

La vinculación del Dr. Fernández-Cuellas con instituciones internacionales es extensa: International Practice Group (donde

preside el comité de ética), STEP, American Bar Association, International Technology Law Association y World Tech Legal, de la que es vocal del consejo de administración.

A la vez, su compromiso con la sociedad catalana se manifiesta en la participación en diversos *think tanks* y entidades cívicas, como el Cercle per al Coneixement y El País de Demà – Grup de Poblet, junto a destacadas personalidades del mundo académico, político y empresarial. También es miembro del Cercle d’Economia, del Círculo Ecuestre y de la Fundación Capitalismo Consciente, y recientemente ha sido nombrado miembro de Concordia Council, asociación internacional con sede en Estados Unidos.

Dimensión personal y ética

Pero más allá del jurista y del académico, está la persona. En 1995, Rodolfo se casó con una mujer a la que él mismo describe como “maravillosa, inteligente, divertida y, sobre todo, de una calidad humana insuperable”: Diana Marly. Juntos han formado una familia de la que se sienten orgullosos, con sus hijos Sandra y Rudi, que —según él dice— se parecen mucho a su madre. Ese orgullo familiar refleja la coherencia vital de un hombre que ha dedicado parte de su carrera a defender y fortalecer las empresas familiares.

Su lema vital se remonta a Ulpiano, el jurista romano: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* —vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo. Este principio no es para él una cita erudita, sino una guía de conducta presente en cada decisión profesional y personal.

Conclusión

En el Dr. Rodolfo Fernández-Cuellas se conjugan los rasgos del jurista completo: la excelencia académica, la competencia profesional, la visión innovadora y la ética innegociable. Su trayectoria es testimonio de cómo el derecho puede ser a la vez tradición e innovación, prudencia y audacia, ciencia y humanismo. Hoy, con esta laudatio, no sólo ensalzamos sus méritos objetivos —que son numerosos— sino también su dimensión humana y su compromiso con la justicia, la familia y la sociedad. Por todo ello, nos honra inmensamente celebrarlo en este acto solemne, en el marco de nuestra Academia, sabiendo que su ejemplo nos inspira a todos a ser mejores profesionales y mejores personas.

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO

Estimado Rodolfo,

Tu discurso de ingreso ha sido una lección magistral de cómo el derecho mercantil, lejos de ser una disciplina técnica y abstracta, se convierte en un instrumento fundamental para garantizar la armonía de las empresas, de las familias y, en definitiva, de la sociedad.

Nos has hablado de la empresa familiar, auténtica columna vertebral del tejido económico de nuestro país. Has subrayado la importancia de prevenir los conflictos con protocolos familiares, con estatutos adecuados, con una visión a largo plazo que haga posible la continuidad de la empresa más allá de las generaciones. Has remarcado que el abogado no debe ser sólo un litigante, sino también un mediador y un negociador capaz de crear puentes allí donde hay fracturas.

Has sabido también integrar tu mirada sobre la innovación tecnológica: la inteligencia artificial, el *blockchain*, las plataformas digitales. Temas que, lejos de ser futuro, ya son presente y que plantean nuevos retos jurídicos, éticos y económicos.

Todo ello lo has hecho bajo el faro que guía toda tu trayectoria: el antiguo principio de Ulpiano, al que me he referido antes. Vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo.

La mirada complementaria de la empresa

Permítanme que, desde mi experiencia en el mundo de la empresa, añada una reflexión. He tenido la suerte de dedicar la mayor parte de mi vida profesional a la dirección de empresas y a la docencia en el IESE. Desde esta perspectiva, puedo afirmar que las ideas que nos ha expuesto hoy el Dr. Fernández-Cuellas son de enorme trascendencia práctica.

Las empresas familiares representan más del 80% del tejido empresarial español y europeo. Son una fuente de empleo, de innovación y de cohesión social. Pero también son vulnerables a los conflictos internos: la sucesión, las diferencias de criterio entre familiares, la confusión entre patrimonio personal y empresarial. Aquí es donde el papel del abogado, como el del Dr. Fernández-Cuellas, se vuelve decisivo. Él nos ha recordado que no basta con la técnica jurídica: hace falta empatía, habilidad negociadora y visión estratégica.

Y aquí radica una de sus grandes aportaciones: entender que el derecho mercantil no es sólo un conjunto de normas, sino una herramienta para garantizar la continuidad y sostenibilidad de los proyectos empresariales y familiares.

El valor de la innovación

Otro aspecto que quisiera resaltar de tu discurso es tu insistencia en la innovación tecnológica. En un momento en que la inteligencia artificial, el *big data* o la biotecnología transforman los negocios y las relaciones sociales, necesitamos juristas que sepan leer ese cambio y darle respuestas.

Tu recorrido como pionero del derecho TMT en España, tu papel asesorando a multinacionales como Google o liderando casos complejos en *blockchain* y criptomonedas, te convierten en un referente indiscutible. Has sabido unir el mundo jurídico con el mundo tecnológico, y eso es precisamente lo que demanda nuestro tiempo: capacidad de adaptación, rigor jurídico y visión global.

La ética como guía

Me gustaría destacar, además, la dimensión ética que impregna toda tu obra. En un mundo cada vez más acelerado y competitivo, es fácil olvidar los principios fundamentales. Tú, en cambio, has sido fiel a la máxima de Ulpiano y has defendido siempre que el abogado y el empresario deben vivir con honestidad, respetar al otro y dar a cada uno lo que le corresponde.

Este enfoque ético no es una declaración teórica. Se ha concretado en tu labor como árbitro, como defensor en litigios complejos, como consejero de empresas familiares. Y también en tu vida personal, como marido de Diana y padre de Sandra y Rudi, a quienes no podemos dejar de mencionar hoy.

El valor humano y personal

El Dr. Fernández-Cuellas no es sólo un jurista brillante. Es también una persona cercana, con una trayectoria marcada por la humildad, la generosidad y la capacidad de crear confianza. Lo hemos visto en sus relaciones profesionales, en su labor docente y en su participación en instituciones como el Cercle per al Coneixement, El País de Demà o el Cercle d'Economia. Es un hombre que, con diálogo y perseverancia, es capaz de transformar el conflicto en acuerdo, el resentimiento en reconciliación.

La RAED como espacio de diálogo

Hoy, Rodolfo, pasas de ser Académico correspondiente a Académico de Número de nuestra Real Academia Europea de Doctores. Este paso simboliza no sólo un reconocimiento a tus méritos, sino también un compromiso renovado con la ciencia, con la sociedad y con los valores que esta institución representa.

La RAED es un espacio de diálogo interdisciplinar, donde conviven científicos, juristas, médicos, economistas, ingenieros y pensadores. Tu voz, experta en derecho mercantil e innovación, enriquecerá este diálogo y nos ayudará a afrontar los retos de nuestro tiempo con una mirada más amplia.

Querido Rodolfo, tu ingreso como Académico de Número es motivo de alegría y orgullo para todos nosotros. Nos aportas no sólo tu saber jurídico, sino también tu experiencia vital, tu pasión por la innovación y tu compromiso ético y humano.

En nombre de la Real Academia Europea de Doctores, te doy la más cálida bienvenida. Estamos convencidos de que tu trayectoria y tus aportaciones serán una fuente de inspiración para todos y de que tu contribución a la RAED será valiosa y duradera.

Benvingut, Rodolfo. Aquesta centenària, prestigiosa i Real
Acadèmia que es casa teva. Enhorabona, felicitats i una forta
abraçada



**PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA
EUROPEA DE DOCTORES**

Publicaciones



Revista RAED Tribuna Plural





JAUME LLOPIS CASELLAS

Licenciado en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales por la Universidad de Barcelona, Master en Economía y Dirección de Empresas por IESE Business School. Universidad de Navarra y Doctor en Economía y Dirección de Empresas por la Universidad Ramón Llull. Profesor de Dirección Estratégica de IESE Business School, ha ejercido también como profesor invitado en IPADE (México), AESE (Portugal), IDE (Ecuador), INCAE (Nicaragua), IEEM (Uruguay), MDE (Costa de Marfil), Instituto San Telmo (Sevilla), y EADA (Barcelona). Desde 1992 ha organizado los Encuentros de Empresarios de Alimentación y Bebidas de IESE Business School en España, y desde 2015 en México. Su curso Qué hacen los Buenos Directivos. Prioridades de la Alta Dirección, cuenta con más de 34.000 alumnos inscritos en la plataforma online Coursera.

Ha sido Presidente y Director General de Moulinex España y LATAM, Director de Nestlé España, Director General primero de AGF-Unión Fénix, Consejero Delegado de Borges International Group y Presidente de Galacteum. Además, acumula una larga experiencia como miembro de más de 40 Consejos de Administración, y es Senador del FC Barcelona.

Conferenciante habitual, *coach* y autor de 8 libros, algunos *best sellers* empresariales, fue elegido Mejor Director de Marketing de España en 1975 por la revista Marketing Actualidad y Mejor Directivo del Año en 1982 por la AED (Asociación Española de Directivos). En 2023 fue investido como Académico Numerario de la Real Academia Europea de Doctores.



El buen gobierno de la empresa familiar pasa por incorporar los propietarios y familiares los principios básicos de visión y misión, integrarlos a través de la unidad y la generosidad de sus miembros. En ese objetivo será clave construir sólidamente la estructura jurídica que preserve la unidad y, en definitiva, el proyecto de empresa familiar multigeneracional.

La estructura jurídica no garantiza la unidad, pero ayuda a que permanezca, a renovarla con el paso de los años y generaciones, y será elemento esencial para evitar el estrés que lleva al conflicto. Evitar el conflicto en la empresa familiar es tan importante como conducir con éxito la cuenta de explotación. No debe confundirse evitar el conflicto con intentar solucionar un conflicto ya existente.

Así debemos preguntarnos:

¿Cómo empresa familiar nuestro propósito es transmitirla a las futuras generaciones y que permanezca?

¿Hemos construido la estructura jurídica adecuada para ello?

¿Contamos con procedimientos reales dirigidos a evitar el conflicto?

Rodolfo Fernández-Cuellas

1914 - 2025

Colección Real Academia Europea de Doctores



**Generalitat
de Catalunya**



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EDUCACIÓN, CULTURA
Y DEPORTE