



Cuaderno 7

¿En qué consiste el “Protocolo Familiar”?



¿En qué consiste el “Protocolo Familiar”?

NORGESTION viene prestando desde su fundación, a inicios de la década de los 70, sus servicios profesionales de asesoramiento integral a empresarios y directivos en cuatro áreas diferenciadas:

- El Corporate Finance o asesoramiento sobre las estructuras corporativas y la consultoría estratégica.
- El Asesoramiento Jurídico y Tributario.
- El Asesoramiento Patrimonial.
- El Asesoramiento y la Gestión en situaciones especiales y de cambio.

Estos **"Cuadernos NORGESTION"** pretenden sintetizar y divulgar parte de nuestro conocimiento y experiencia en diferentes temas que consideramos de interés.

Títulos de la Colección **“Cuadernos NORGESTION”**

-
- | | |
|--|--|
| 1 - ¿Cómo comprar o vender una empresa? | 11 - ¿Qué es un Chief Restructuring Officer (CRO)? |
| 2 - ¿Qué es el Capital Riesgo? | 12 - ¿Qué es un Gestor Temporal de Empresas? |
| 3 - ¿Qué es un “Management Buy Out” (MBO)? | 13 - ¿Qué es el BME Growth ? |
| 4 - ¿Qué es una “Due Diligence”? | 14 - ¿Cómo abordar el reto de la internacionalización? |
| 5 - ¿Cómo funciona un Consejo de Administración? | 15 - ¿Qué impacto tiene la actividad internacional en la fiscalidad? |
| 6 - ¿Cómo se gestiona una Empresa Familiar? | 16 - ¿Existe financiación alternativa para la Pyme? |
| 7 - ¿En qué consiste el “Protocolo Familiar”? | 17 - ¿Cómo participan las personas trabajadoras en la empresa? |
| 8 - ¿Cómo se valora una empresa? | 18 - ¿Cómo enfocar un proceso de integración entre empresas? |
| 9 - ¿En qué consiste una fusión de empresas? | 19 - ¿Cómo instrumentar la financiación no bancaria a largo plazo? |
| 10 - ¿Cómo realizar una reestructuración financiera? | 20 - ¿Cuáles son los deberes y la responsabilidad de los Consejeros? |

¿En qué consiste el “Protocolo Familiar”?

Índice

¿Qué es un “Protocolo Familiar”?	5
Naturaleza contractual	7
Pacto “entre caballeros”	7
Pactos de carácter contractual	8
Pactos inscribibles en el Registro Mercantil	8
Órganos de Gobierno específicos de la Empresa Familiar	8
Consejo de Familia	8
Asamblea Familiar	10
El Asesor Externo	10
Claves para el correcto funcionamiento del Protocolo Familiar	11
Otros aspectos a considerar en el Protocolo Familiar	13
Regulación Legal	14
Conclusión	15

Objetivo de este Cuaderno

Suministrar al lector información sobre el Protocolo Familiar; cuáles son las razones para elaborarlo y los elementos que lo componen, tanto desde una perspectiva familiar como empresarial.

NORGESTION tiene una dilatada experiencia en el asesoramiento a empresas familiares de muy diversos sectores (industriales o de servicios) y dimensiones. Este asesoramiento incluye la colaboración en la preparación de un Protocolo Familiar; la participación en el Consejo de Administración como Consejeros Independientes o como Secretarios, o el apoyo continuado en procesos de “profesionalización” de la gestión.

¿Qué es un “Protocolo Familiar”?

El Protocolo Familiar es un instrumento que regula las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa. Se trata de un mecanismo que trata dar respuesta a los problemas que pueden surgir a la hora de plantearse la titularidad, sucesión y gobierno de una Empresa Familiar y que puede llegar a afectar a las relaciones profesionales, económicas o incluso personales entre familia y empresa.

Este conjunto de pactos o códigos de conducta que suscriben los miembros del grupo familiar para garantizar la permanencia de la empresa es lo que se recoge en un Protocolo Familiar. Es, en realidad, un criterio único de actuación que aborda cuestiones de ámbito empresarial y familiar.

El origen de los Protocolos Familiares puede encontrarse fundamentalmente en los países de tradición anglosajona, donde es considerado como un indicador de buen gobierno de las Empresas Familiares.

Precisamente la figura del Protocolo Familiar se encuentra indisolublemente unida a la realidad de la Empresa Familiar que, como es bien conocido, constituye la parte fundamental del tejido empresarial español. La complejidad de este modelo de empresa, en razón a los elementos personales y profesionales que confluyen en la misma, es lo que impulsa en ocasiones la necesidad de elaborar un Protocolo Familiar. En definitiva, se trata de articular un mecanismo de reflexión y unos pactos que aseguren la continuidad de las sociedades de carácter familiar en un entorno económico cambiante, globalizado y competitivo, dotándolas de una mayor profesionalización.

Tal es el auge que la figura del Protocolo Familiar está adquiriendo en nuestro país que el legislador ha querido regular, de forma novedosa, diversos aspectos relativos a la publicidad de los Protocolos Familiares en el Registro Mercantil y en los sitios Web de las sociedades (Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero), publicidad que, en cualquier caso, es voluntaria.

El citado Real Decreto 171/2007 recoge una definición bastante acertada de lo que puede entenderse por un Protocolo Familiar; considerando como tal *“aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*.

El Protocolo es un mecanismo que, además de favorecer el cambio generacional, contribuye al equilibrio entre las cuestiones empresariales y familiares. Será necesario para ello delimitar exactamente los intereses de la familia y los de la sociedad, para evitar injerencias de un lado o de otro, causa habitual de crisis en las Empresas Familiares.

El equilibrio entre ambos campos de intereses permitirá prevenir y anticiparse a los conflictos que pudieran

suscitarse. Por ello, en este tipo de documentos se abordan cuestiones tales como los derechos inherentes a la propiedad, la administración y gestión de la empresa o el trabajo asalariado por miembros de la familia en la empresa (cuestión siempre espinosa). Así, algunos de los contenidos más relevantes del Protocolo serán los siguientes:

- Regulación de los aspectos relativos a la disposición y administración de las acciones/participaciones de la Empresa Familiar.
- Régimen de derechos y obligaciones inherentes a la condición de miembro de la familia.
- Definición de la política de contratación de familiares en la Empresa Familiar y su retribución.
- Establecimiento de las normas que regirán la sucesión entre familiares.

Por lo general, la regulación del Protocolo suele circunscribirse principalmente al patrimonio empresarial de la familia. Sin embargo, por su carácter de pacto pri-

vado entre partes, el Protocolo no tiene un contenido predefinido, pudiendo regularse en él todo lo que los propios miembros de la familia estimen conveniente. En este sentido, es un negocio jurídico totalmente abierto y carente de las formalidades que se recogen para los órganos sociales de una sociedad.

Es más, debido a que la regulación del Protocolo es libre y voluntaria, en caso de divergencia, los pactos que integren el Protocolo prevalecerán sobre los propios estatutos de la propia sociedad entre los miembros de la familia que hayan suscrito el Protocolo en cuestión.

Naturaleza Contractual

Es interesante destacar la naturaleza contractual de los pactos o acuerdos que se recogen en un Protocolo Familiar. Según nuestro Código Civil, las partes *“pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*. Por tanto, dentro de los límites establecidos, los contratantes pueden establecer los pactos que consideren convenientes, los cuales tendrán fuerza de ley entre ellos.

Las obligaciones o pactos que se derivan de estos documentos suelen ser muy variados, ya que un Protocolo Familiar es un contrato *atípico*, es decir, no se ajusta en sentido estricto a ninguna regulación o figura legal concreta.

Según sus caracteres y alcance obligatorio, podríamos distinguir tres categorías de Protocolos:

Pacto “entre caballeros”

Se trata de pactos de mera observancia que no acarrearán, en términos legales, ni derechos ni obligaciones. En todo caso son pactos morales que ante un eventual incumplimiento podrían ser reprochables desde un punto de vista ético.

Pactos de carácter contractual

Estos pactos crean derechos y obligaciones entre los firmantes pero no frente a terceros. Su incumplimiento puede originar las sanciones oportunas. Incluso cualquiera de sus miembros puede acudir a los Tribunales para exigir su cumplimiento.

Pactos inscribibles en el Registro Mercantil

Este tipo de acuerdos vincula a los firmantes y, además, con la ayuda de otro *vehículo* (los estatutos corporativos de la sociedad), los pactos pueden desarrollarse y acceder al Registro Mercantil. La protección legal que recibe este tipo de pactos puede hacerse valer frente a la familia y frente a terceras personas.

Órganos de gobierno específicos de la Empresa Familiar

Además de los órganos sociales propios de cualquier sociedad mercantil como la Junta General de Socios y el Consejo de Administración, en las Empresas Familiares y en los Protocolos Familiares se pueden contemplar otros distintos, de carácter familiar, como la Asamblea Familiar y el Consejo de Familia. Es frecuente, asimismo, la existencia de otros órganos de carácter accesorio como la figura del asesor externo, que resulta muy práctica para facilitar el proceso de intercomunicación familiar o resolver los conflictos que pudieran suscitarse.

I. Consejo de Familia

Dentro de la estructura del Protocolo, el Consejo de Familia es el órgano ejecutivo y de gobierno de la familia en relación con la empresa, aunque “per se” no tiene facultades formales para decidir en nombre de la misma. Suele estar integrado por el fundador de la familia, así

como por las cabezas de cada rama familiar (es decir, el padre y los hijos del cabeza de familia).

Sus funciones consisten, entre otras, en:

- Servir de enlace y promover la armonía entre la familia y el grupo empresarial familiar.
- Proponer, preparar y elaborar el Protocolo Familiar.
- Velar por el cumplimiento, aplicación y, en su caso, revisión del Protocolo Familiar.
- Servir de cauce y encontrar soluciones a los posibles conflictos entre miembros de la familia.
- Designar los miembros de los órganos de administración de las Empresas Familiares (sin perjuicio de que su nombramiento formal será efectuado por la Junta General de Socios de la sociedad en cuestión).

El Consejo de Familia no tiene funciones tasadas, por lo que puede decidir sobre todas las cuestiones o requisitos que le atribuya el Protocolo Familiar concreto que se firme.

Resulta conveniente regular en el Protocolo determinados puntos relativos al funcionamiento y composición del Consejo de Familia, con la finalidad de que exista una respuesta eficaz ante los problemas que puedan suscitarse entre la familia y los órganos sociales de la Empresa Familiar.

A continuación, se enumeran algunos de los que consideramos de mayor importancia:

- Número de miembros: por razones de operatividad y, como norma general, es recomendable que el número de miembros que integran el Consejo de Familia sea reducido. Suele estar representado por el cabeza de familia y los miembros que integran cada rama familiar.
- Periodo de validez del cargo: es conveniente que llegado el momento oportuno se produzca el cambio generacional y el fundador *ceda el timón* a la persona que se haya designado para ser su sucesor, cuestión necesaria pero siempre, por nuestra experiencia, delicada.

- Incompatibilidades: en ocasiones para evitar conflictos de intereses, puede resultar conveniente que los miembros del Consejo de Familia no sean los mismos que los del Consejo de Administración de la Empresa Familiar. No obstante, todo depende de la armonía que exista en las relaciones entre familia y empresa. Sin embargo, otras veces, puede resultar muy útil que en el Consejo de Administración figure un miembro del Consejo de Familia para velar por la aplicación del Protocolo.

II. Asamblea Familiar

Durante las primeras generaciones tal vez no resulte muy necesario la constitución de una Asamblea Familiar si ya se cuenta con un Consejo Familiar. Sin embargo, conforme van avanzando las generaciones y va aumentando el número de miembros de la familia, cada vez se hace más necesaria la constitución de una Asamblea Familiar. En ella deben estar representadas las distintas ramas familiares. Es un órgano fundamental para mantener la cohesión de la familia, para que todos estén representados y todos puedan manifestar sus inquietudes.

III. El Asesor Externo

La necesidad de nombrar a un profesional que ayude a solucionar los conflictos que puedan surgir en el seno de la familia y de la Empresa Familiar a veces resulta fundamental. En muchas familias no hay costumbre de sentarse a dialogar debido a los choques generacionales y se hace precisa la intervención de un tercero que contribuya a objetivar los conflictos.

Sus funciones deben ser:

- Identificar los puntos clave de los conflictos.
- Procurar el diálogo y entendimiento entre los miembros de la familia.
- Proporcionar soluciones desde la práctica profesional.
- No posicionarse y actuar de manera imparcial.

Claves para el correcto funcionamiento del Protocolo Familiar

A continuación, sin ánimo de ser exhaustivos, se exponen algunos de los aspectos que deben resaltarse para que un Protocolo Familiar alcance plena eficacia en su funcionamiento:

I. Forma societaria de la Empresa Familiar

El tipo social más adecuado es el de la Sociedad Limitada, dada su flexibilidad y convivencia de elementos personalistas y capitalistas. Es un *traje hecho a medida* en el que, por ejemplo, el régimen de restricción en la transmisión de las participaciones satisface en mayor medida las pretensiones de permanencia entre los miembros de la familia.

II. Capitulaciones o convenios matrimoniales

Para que los compromisos establecidos en el ámbito del Protocolo Familiar alcancen plena eficacia es usual que los miembros de la familia otorguen ante Notario capitulaciones o convenios matrimoniales, estableciendo

como régimen económico de su matrimonio el de separación de bienes y la aceptación del Protocolo Familiar. De esta manera, las participaciones del grupo familiar permanecerán siempre dentro del mismo.

Debemos advertir sin embargo, que la situación varía sobre todo cuando los cónyuges de los hijos no han sido parte en el Protocolo.

III. Disposiciones testamentarias

Al igual que con las capitulaciones matrimoniales, para dar cumplimiento al Protocolo, es conveniente que los miembros de la familia otorguen testamento con la finalidad de preservar la propiedad de la Empresa Familiar dentro de la familia. Precisamente en la normativa que rige las sucesiones se han introducido en los últimos años disposiciones que ayudan a la conservación de la Empresa Familiar y al mantenimiento del control sobre su capital.

IV. Pactos entre socios

Los miembros de la familia pueden establecer los pactos que estimen convenientes sobre la Empresa Familiar; sin necesidad de darles publicidad. Estos pactos surten eficacia, en principio, entre ellos y, en general, obedecen a razones de limitar el alcance de esos acuerdos a determinadas personas o dotarlos de una mayor confidencialidad.

En otras ocasiones, cuando se pretende que su eficacia alcance también a terceros, los estatutos, las capitulaciones matrimoniales o el testamento, pueden ser los instrumentos jurídicos oportunos para lograr estas pretensiones.

V. Acuerdos sociales y estatutarios

Resulta conveniente que los pactos relativos a los aspectos corporativos de la empresa (transmisión de acciones, nombramiento de consejeros, régimen de adopción de acuerdos, reparto de beneficios, etc.) tengan su reflejo en los estatutos de la Empresa Familiar; siempre que dichos pactos se ajusten a las leyes societarias aplicables.

Sin embargo, el Protocolo Familiar puede establecer particularidades que no encuentran acomodo en los estatutos sociales o que incluso sean ajenas a las propias leyes societarias; en estos casos se suele establecer que, en caso de divergencia, el Protocolo prevalece sobre los Estatutos, aunque esta prevalencia, evidentemente, solo desplegará sus efectos entre los firmantes del Protocolo.

VI. Profesionalidad

La familia debe abstraerse de sus intereses personales cuando tome decisiones empresariales y organizar la gestión y administración de la empresa atendiendo al interés social. Por ello, suele ser útil abordar los criterios para regular el acceso de familiares a la empresa como empleados.

Es importante recoger la capacitación necesaria de los miembros para acceder a distintos puestos directivos (por ejemplo, su formación, experiencia previa fuera de la empresa, perfil profesional, edad, etc.).

VII. Mecanismos para la resolución de conflictos.

Además de los conflictos derivados de la actividad empresarial, hay que añadir los conflictos derivados de los propios vínculos familiares. Estos conflictos, que pueden surgir por la discrepancia de intereses generacionales o de cualquier otro tipo, deben ser resueltos de la manera más armoniosa y objetiva posible.

Por ejemplo, en lugar de acudir a los tribunales de justicia es frecuente someter la resolución del conflicto a un arbitraje. Normalmente se tratará de un arbitraje de equidad, en el que un tercero neutral e imparcial (árbitro) resuelve la controversia dictando un laudo, que es de obligado cumplimiento para las partes, según su leal saber y entender (es decir, sin sujeción al ordenamiento jurídico que pueda ser aplicable a la controversia).

Otra vía de resolución puede pasar por acudir a la mediación del asesor externo reseñado en el expositivo anterior; quien procurará clarificar las posturas que mantiene cada miembro y coordinar las pautas a seguir.

Otros aspectos a considerar en el Protocolo Familiar

Resulta práctico que el Protocolo Familiar dedique un apartado específico para organizar adecuadamente los bienes y derechos que integran el patrimonio familiar. Esta regulación puede ayudar a evitar conflictos futuros en el seno del grupo familiar. Entre los acuerdos que se encuentran en los Protocolos, el control de acceso a la propiedad y la política de transmisión de la propiedad son aquellos que mayor calado tienen.

I. Derechos económicos

Deben establecerse los principios económicos del grupo familiar; recogiendo, por ejemplo, algunas de siguientes consideraciones:

- Establecer una política de reparto de dividendos.
- Regulación del derecho de salida individual de los miembros de la familia, a través de la venta de sus participaciones sociales o acciones en las Empresas Familiares.

- Valorar las participaciones o acciones cada cierto tiempo, por si algún miembro quiere ejercer el derecho de separación.
- Establecer un derecho de adquisición preferente para la venta de las acciones o participaciones sociales de las Empresas Familiares a favor de los miembros de la familia.

II. Conducta empresarial

Bajo este epígrafe se pueden incluir, entre otros aspectos:

- Pactos de exclusividad o de no competencia para que los miembros de la familia no puedan realizar en el mercado ninguna actividad que pueda calificarse como desleal frente a la Empresa Familiar.
- Regulación del uso de las marcas o nombres comerciales de la Empresa Familiar.
- Todo pacto que aluda a conductas arriesgadas en el funcionamiento de la empresa (concesión de avales, garantías, etc.).

Regulación legal

La realidad económica de España, con alrededor de un 65% de Empresas Familiares, ha contribuido a desarrollar distintos instrumentos normativos para prevenir los relevos generacionales y asegurar la continuidad de dicho modelo empresarial.

En esta línea, el Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero, ha configurado una norma que permite dar publicidad a los Protocolos Familiares o a determinadas cláusulas de los mismos de manera voluntaria.

El órgano de administración de la sociedad será el encargado de publicar el Protocolo en atención al interés social, si bien, lógicamente, deberá contar con el consentimiento expreso de los afectados si la publicación afecta a datos de carácter personal.

Conclusión

La aparición de la figura del Protocolo Familiar en nuestro país es bastante reciente en comparación con países anglosajones, donde la cultura del Protocolo Familiar se encuentra arraigada entre las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades.

La sucesión en la dirección es un reto al que se enfrentan todas las Empresas Familiares, no siempre con éxito, como lo demuestra el hecho de que sólo un porcentaje pequeño de las mismas alcanza la tercera generación familiar. Por ello, debe afrontarse con una adecuada profesionalización que permita resolver de manera óptima la separación entre la familia, la propiedad y la empresa, evitando que los conflictos familiares empañen el entorno empresarial.

Suscribir un Protocolo Familiar, a través de un proceso dialogado y correcto, contribuye de manera eficaz a la armonía familiar y a la continuidad de la empresa. Por ello, hemos resumido algunos elementos que deberían

tenerse en cuenta para que un Protocolo sea útil y perviva en el tiempo:

- Adaptar el Protocolo a las circunstancias particulares de cada familia.
- Prever la situación de las generaciones actuales y las venideras.
- Combinar aspectos empresariales y personales.
- Establecer unos criterios en el Protocolo Familiar que garanticen con éxito la evolución del modelo de empresa.
- Elaborar un acuerdo marco flexible que permita desarrollar acuerdos posteriores.
- Los valores que quieren plasmarse en el Protocolo deben ser asumidos e interiorizados por cada uno de los miembros de la familia con un alto grado de compromiso.



Notas del lector

Editado por



Socio Fundador



Bangalore, Barcelona, Beijing, Bilbao, Birmingham, Bogotá, Bologna, Chennai, Chicago, Den Bosch, Frankfurt, Helsinki, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kiev, Kolkata, London, Madrid, Mauritius, Moscow, Mexico City, Miami, Milan, Mumbai, New Delhi, New York, Nottingham, Pamplona, Paris, Rio de Janeiro, San Sebastián, Sao Paulo, Sevilla, Singapore, Stockholm, Surat, Sydney, Tokyo, Toronto, Warsaw.



