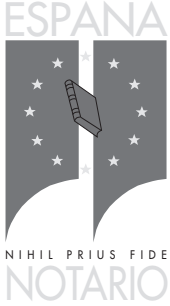
ESPAÑA
NOTARIO

Cuadernos de
Derecho y
Comercio

LA EMPRESA FAMILIAR

Extraordinario
2017



Cuadernos de Derecho y Comercio

Extraordinario 2017

La empresa familiar

Consejo General del Notariado

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad, ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado
General Martínez Campos, 46 - 28010 Madrid
Correo de contacto: cdc@notariado.org

Distribución: Editorial DYKINSON, S. L. - Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISSN: 15757-4812
Depósito Legal: M-1339-1987

Preimpresión:
SAFEKAT, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L
Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

Imprime:
JACARYAN, S. A.
Avda. Pedro Díez, 3 - 28019 Madrid

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE
Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA
Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA
María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real
Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Carmen Alonso Ledesma
Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Alberto Alonso Ureba
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

M.ª Luisa Aparicio González
Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

José M.ª de la Cuesta Rute
Catedrático emérito de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Alberto Díaz Moreno
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

José Miguel Embid Irujo
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia

Salvador Torres Ruiz
Notario de Granada

Gaudencio Esteban Velasco
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

José Manuel García Collantes
Notario de Madrid

Rafael Illescas Ortiz
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid

Josep Massaguer Fuentes
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Xavier O'Callaghan Muñoz
Catedrático de Derecho Civil. Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Santiago Ortiz Navacerrada
Catedrático de Derecho Procesal

José Cándido Paz-Ares Rodríguez
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Rodríguez Artigas
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Angel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Patricio Toscano Romero
Abogado del Estado

COLABORADORES PERMANENTES

Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny
Leticia Ballester Azpitarte
María Teresa Barea Martínez
Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Luis L. Bustillo Tejada
Antonio Domínguez Mena
Íñigo Fernández de Córdova Claros
María Teresa García Ludeña
José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz
Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz
Miguel Llorente Gonzalvo
Antonio Lopera Perales
María López Mejía
Manuel Lora-Tamayo Villacieros
Jesús Martínez-Cortés Gimeno
Ignacio Martínez-Gil Vich
María del Rosario de Miguel Roses
Rafael Morales Gordillo
Blanca Palacios Guillén
Juan Pérez Hereza
Carlos Pérez Ramos
Jorge Prades López
Francisco Javier Ramírez González
Cristina Requena Torrecillas
Amanay Rivas Ruiz
Rocío Rodríguez Martín
Fernando Rodríguez Prieto
Luis Rojas Martínez del Mármol
Jorge Sáez-Santurtún Prieto
Ernesto Tarragón Albella
Manuel Gerardo Tarrío Berjano
José Francisco Velasco Peche
Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto
Joaquín Zejalbo Martín
María de Zulueta Segarra

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

NACIMIENTO

CAPÍTULO I: El empresario individual y la búsqueda de la limitación de responsabilidad, por *Jesús Lleonart Castro* 17

CAPÍTULO II: La organización de la empresa familiar: comunidad de bienes, sociedad civil y cuentas en participación, por *Ana Berrocal Lanzarot* 53

CAPÍTULO III: Fórmulas societarias existentes al servicio de la empresa familiar, por *Íñigo Guillermo Revilla Fernández* 189

ORDENACIÓN

CAPÍTULO IV: Los estatutos en la sociedad familiar: límites a la autonomía de la voluntad, por *María Isabel Viruel León* 235

CAPÍTULO V: Pactos parasociales: naturaleza y eficacia jurídica, por *Pedro José Maldonado Ortega* 257

CAPÍTULO VI: El protocolo familiar, por *María Teresa Barea Martínez* ... 297

CAPÍTULO VII: Los consejeros delegados en la empresa familiar tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo. Especial referencia a su retribución, por *Rafael Jordá García* 345

CAPÍTULO VIII: Hacia un estatuto de la empresa familiar: necesarias reformas legales, por *Francisco Javier Olmedo Castañeda* 369

CAPÍTULO IX: Los grupos de empresas, por *Eduardo Hijas Cid* 443

TRANSMISIÓN

CAPÍTULO X: La transmisión *inter vivos* de la empresa familiar, por *Cristina Marqués Mosquera* 501

CAPÍTULO XI: La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar, por *Ignacio Martínez-Gil Vich* 581

CAPÍTULO XII: La sucesión *mortis causa* en la empresa familiar, por *Emilio García Alemany* 631

SITUACIONES DE CONFLICTO

CAPÍTULO XIII: Obligaciones y responsabilidades de los representantes de la empresa familiar ante el conflicto de intereses, por *Blanca Andrea Villanueva García-Pomareda, Lucía Cagigas Courel* 735

CAPÍTULO XIV: Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención, por *Jesús Martínez-Cortés Gimeno* 765

CAPÍTULO XV: El conflicto y los "ADR" en la empresa familiar, por *Cristina Fernández Cámara* 853

EXTINCIÓN

CAPÍTULO XVI: Insolvencia de la empresa familiar, por *Ricardo Cabanas Trejo, Leticia Ballester Azpitarte* 881

CAPÍTULO XVII: Disolución y liquidación de la empresa familiar, por *Ignacio Pérez-Olivares Delgado* 905

FISCALIDAD

CAPÍTULO XVIII: Fiscalidad de la empresa familiar. Especial referencia a la sucesión, por *Javier Máximo Juárez González* 937

PRESENTACIÓN

Al igual que en años anteriores, a la hora de decidir la materia sobre la que debía versar el número especial de 2017 se ha intentado buscar una materia que estuviera de actualidad y que tuviese un interés práctico. Es por ello que este año hemos decidido editar una obra sobre la empresa familiar por entender que no solo tiene mucho interés, habida cuenta de la importancia que este tipo de empresas representan en nuestro tejido empresarial y, en definitiva, en nuestra economía, sino porque, además, la figura de la empresa familiar permite abordar muchísimas cuestiones relacionadas con cualquier tipo de empresa.

La obra pretende arrojar una visión lo más completa posible de los diferentes aspectos y situaciones que puede plantear la empresa familiar. Es por ello que se ha estructurado en seis bloques distintos: nacimiento, ordenación, transmisión, situaciones de conflicto, extinción y fiscalidad.

En el primer bloque relativo al nacimiento de la empresa familiar se estudia tanto la figura del empresario individual y los distintos mecanismos existentes para la limitación de su responsabilidad, como las fórmulas tanto societarias como no societarias que pueden utilizarse para la explotación de la empresa familiar. Entre estas últimas, se hace especial hincapié en la sociedad civil, la comunidad de bienes y las cuentas en participación.

El segundo bloque está dedicado a la ordenación de la empresa familiar y dentro de él se estudian: en primer lugar, la forma de adecuar la sociedad dedicada al desarrollo del negocio familiar a sus vicisitudes, ya sea vía estatutos sociales, mediante pactos parasociales o mediante la firma de una protocolo familiar; en segundo lugar, algunos aspectos relativos a la figura a los consejeros en la empresa familiar, ante el reciente cambio legislativo experimentado en torno a su retribución; en tercer lugar, los grupos de empresas, con especial referencia a la forma de constituirlos y su organización; y finalmente, la conveniencia de introducir en nuestro ordenamiento una estatuto de la empresa familiar.

El tercer bloque tiene por objeto la transmisión de la empresa familiar, distinguiéndose entre la transmisión inter vivos y mortis causa. Dentro de la primera,

se analizan tanto la compraventa de las acciones y participaciones sociales de la sociedad a través de la cual se desarrolla la actividad empresarial, con referencia a la conveniencia de introducir en el contrato de compraventa determinadas manifestaciones y ganancias, como la posible utilización de las modificaciones estructurales para articular la transmisión inter vivos con determinados fines. Y en relación con la transmisión mortis causa, se estudia tanto la importancia del título sucesorio a la hora de la organización de la sucesión de la empresa familiar, sin duda un aspecto clave para su supervivencia, como la forma de articular la transición y el cambio de manos de la empresa al fallecimiento el patriarca, con referencia a posibles mecanismos existentes en nuestro derecho para garantizar la continuidad empresarial.

En el cuarto bloque se abordan, en primer lugar, tanto los deberes que corresponden a los gestores o representantes de la empresa familiar para evitar incurrir en conflictos de intereses, como las diversas situaciones de conflicto que pueden darse en el marco de la empresa familiar en sus distintos ámbitos, así como diversos mecanismos que pueden pactarse o introducirse de cara a su prevención. En segundo término, se estudian los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento para resolver los conflictos una vez originados al margen de la vía judicial.

El quinto bloque está dedicado a la muerte jurídica de la empresa familiar: su extinción. En él se estudian tanto los mecanismos existentes ante las situaciones de insolvencia que pueden darse en una empresa familiar, como los procesos de disolución y liquidación de la misma.

Por último, se dedica un capítulo a las cuestiones de mayor interés práctico en materia de fiscalidad en relación con las empresas familiares.

Se trata por tanto de una obra de carácter colectivo en la que se ha tratado de analizar desde distintos puntos de vista la complejidad que suele caracterizar este tipo de empresas, donde el componente personal se ha de conciliar siempre con el financiero o empresarial y donde los lazos familiares no siempre permiten llegar al equilibrio adecuado entre los diversos intereses en juego.

Para la elaboración de la obra hemos tenido la suerte de contar con un amplio elenco de cualificados profesionales, la mayoría de ellos colaboradores habituales de la revista, los cuales han contribuido a que esta obra nos ofrezca, como reza su título, un amplio panorama de la empresa familiar en la actualidad.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Directora de «Cuadernos de Derecho y Comercio»

PRESENTATION

As in previous years, when deciding on the subject matter for our 2017 special issue, we have attempted to identify a subject of current interest and with a practical interest. For this reason, we have decided this year to publish a work on family-owned businesses as these are thought to be not only of great interest, in view of the importance represented by such companies in our business fabric and, in short, in our economy, but also because, in addition, the concept of the family-owned businesses enable a great many issues to be discussed in connection with any kind of business.

This work strives to offer as complete an overview as possible of the different aspects and situations that might arise in family-owned businesses. For this reason, it has been structured in six distinct blocks: birth, organization, conveyance, situations of conflict, termination, and taxation.

The first block on the birth of family-owned businesses studies both the concept of individual entrepreneurs and the various mechanisms in place for the limitation of their liability, as well as the corporate and non-corporate formulas that can be used for the exploitation of a family-owned business. Among these, special emphasis is placed on civil partnerships, jointly-owned property, and joint ventures.

The second is devoted to the organization of family-owned businesses and studies: first of all, how to adapt a company dedicated to the pursuit of the family business to life's ups and downs, whether through the company's Articles of Association, agreements between members, or through the signing of a family protocol arrangement; secondly, certain aspects relating to the concept of directors of family-owned businesses, in view of the recent legislative changes with respect to their remuneration; thirdly, company groups, with particular reference to how these should be set up and organized; and finally, the suitability of introducing a special status for family-owned businesses into our legal system.

The third block deals with the conveyance of family-owned businesses, with a distinction being drawn between inter vivos and mortis causa transfers. In the

first case, an analysis is made of the sale of shares and/or stock certificates in the company through which the business activity is carried out, with reference to the suitability of introducing into the purchase deed certain representations and warranties, and also of the possible use of structural modifications to articulate the inter vivos conveyance for certain purposes. With respect to mortis causa transfers, the review studies both the importance of the successor's title when organizing the inheritance of the family-owned business, undoubtedly a key aspect for its survival, as well as how the transition and handover of the company should be managed on the death of the patriarch, with reference to the possible mechanisms that exist in our legal system to ensure the continuity of the business.

The fourth block discusses, first of all, the duties corresponding to the managers or representatives of the family-owned business in order to avoid the creation of conflicts of interest, and also the different scenarios of conflict of interest that might arise within the context of family-owned businesses in their various areas, as well as the multiple mechanisms that can be agreed on or introduced with a view to their prevention. Secondly, it reviews the mechanisms that exist in our legal system to resolve such conflicts once they arise without the need to resort to the courts.

Block five is devoted to the legal death of the family-owned business: its termination. It studies both the mechanisms that exist to deal with situations of insolvency that might arise in a family-owned business, and also the processes for its winding-up and dissolution.

Lastly, a chapter is devoted to the questions of greatest practical interest in taxation with regard to family-owned businesses.

This is therefore a collective work in which an attempt has been made to analyse, from different perspectives, the complexity habitually characterizing companies of this type, where the personal component must always be reconciled with the financial or business part and where family relationships do not always enable an adequate balance to be reached between the different interests at play.

For the preparation of this work, we have been fortunate in being able to call on an extensive cast of qualified professionals, most of them habitual contributors to the journal, who have turned this work, as its title indicates, into an extensive overview of family-owned businesses at the present time.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Editor of *Cuadernos de Derecho y Comercio (Notes on Law and Business)*

NACIMIENTO

CAPÍTULO I: EL EMPRESARIO INDIVIDUAL Y LA BÚSQUEDA DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

JESÚS LLEONART CASTRO
Notario

RESUMEN

Una aproximación a la figura del empresario individual en el Derecho español, contemplada desde una perspectiva actual. Analizamos su régimen jurídico y las diferentes opciones de que el empresario individual dispone para mitigar el más severo de sus aspectos: la responsabilidad patrimonial universal. Aportamos una visión crítica del nuevo emprendedor de responsabilidad limitada y realizamos una breve digresión de las posibilidades que ofrece el Derecho comparado.

Palabras clave: empresario individual, autónomo, comerciante, sociedad unipersonal, emprendedor de responsabilidad limitada, trust, fondo patrimonial.

CHAPTER I: INDIVIDUAL BUSINESS OWNERS AND THE QUEST TO LIMIT LIABILITY

JESÚS LLEONART CASTRO
Notary Public

ABSTRACT

An approach to the figure of the individual business owner in Spanish Law, contemplated from a modern-day perspective. We analyse the legal regime and the different options available to individual business owners to mitigate the most serious of their characteristics: universal liability. We provide a critical view of new entrepreneurs with limited liability and digress briefly into the possibilities offered by comparative law.*

Keywords: individual business owner, self-employed individual, trader, sole partner company, limited liability entrepreneur, trust, equity fund.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. Un revitalizado interés por el empresario individual.—II. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA FRENTE A OTRAS AFINES.—III. LAS PRIMERAS APROXIMACIONES AL EMPRESARIO INDIVIDUAL.—IV. PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL RÉGIMEN DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL.—V. EL EMPRESARIO INDIVIDUAL Y SU ESTATUTO JURÍDICO. 1. Capacidad para el ejercicio del comercio. 2. El empresario individual y el matrimonio.—VI. LA VÍA SOCIETARIA: LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.—VII. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. 1. El objeto de la limitación: la vivienda habitual. 2. El alcance de la limitación: trescientos mil euros. 3. La oponibilidad de la limitación: las deudas afectadas. 4. Las formalidades de la limitación: inscripciones registrales. 5. La publicidad de la limitación: documentación y cuentas anuales. 6. La pérdida de la limitación: fraude y negligencia grave. VIII. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: UN REVITALIZADO INTERÉS POR EL EMPRESARIO INDIVIDUAL

El Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, en su anexo I define la empresa como «*toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica*». La utilidad del concepto es directamente proporcional a su ambigüedad, al contrario de lo que ocurre con su eficacia. Es decir, el concepto, cuanto más ambiguo, más útil resulta para el fin perseguido: ofrecer una aproximación semántica al objeto definido abarcando una mayor cantidad de supuestos. Sin embargo, conforme la especificación se acentúa buscando una mayor efectividad, se restringe el ámbito de influencia del concepto, cayendo en la casuística y perdiendo toda utilidad, sacrificando, incluso, en determinadas ocasiones, otros valores, como la seguridad jurídica. Lo cual no viene sino a demostrar que la realidad no puede encorsetarse en clasificaciones estancas, conceptos sempiternamente largos ni formulaciones genéricas vacías de contenido. Este concepto de empresa ofrecido por el legislador comunitario no es una excepción. No obstante, merece la pena destacar el acierto del mismo en lo que se refiere a su expresión «*independientemente de su forma jurídica*». El afán de abstracción de la citada definición lleva a ubicar la nota distintiva en el ejercicio de una actividad económica, circunstancia ésta que no puede ser más ambigua y, por tanto, no puede sernos menos útil. Empero, el reconocimiento de la riqueza en que la empresa puede presentarse, ya no sólo en el tráfico jurídico, sino en la sociedad en general, es un pequeño triunfo que no podemos sino destacar.

Efectivamente, tanto son actividades económicas las ejercidas por sociedades cotizadas, cuyas decisiones empresariales, vicisitudes internas (y hasta aspectos personales de sus miembros) copan las portadas de la prensa económica (y de la común), como lo son las que emprende el pequeño negocio artesanal del pueblo de veraneo, a cuyos brazos acudimos para escapar de la tensión de la urbe, y cuyos entresijos no llegan nunca a trascender a la imprenta, sino que se mantienen en el

comentario coloquial. Todas las empresas tienen como nota común la decisión de emprender. La organización de medios personales y materiales, la ponderación de márgenes de beneficios y eventuales responsabilidades: la implicación que, en definitiva, implica el emprendimiento y que estructura la vida de las empresas desde su nacimiento hasta su extinción. Sin embargo, este primer y básico punto común viene a convertirse en único, en el momento en que el régimen normativo se ordena en torno, no a la actividad económica acometida, sino al tamaño de la empresa.

El afán clasificatorio, cuya utilidad también podría ser objeto de análisis, tiende a establecer zonas fronterizas para diferenciar entre las grandes y las pequeñas y medianas empresas (estas últimas, por sus iniciales, PYMES). Estos baremos que tanto pueden ser jurídicos, financieros (según el volumen anual de negocios o las cifras del balance general) o laborales (número de trabajadores empleados), contemplan cifras que, claramente, olvidan una figura en concreto: al empresario individual. Ni siquiera los parámetros en los que se desenvuelve la pequeña empresa constituyen un marco idóneo para el empresario individual. La Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, define a las PYMES como «*empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros*» y, dentro de éstas, a las microempresas, como aquellas que ocupan «*a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros*». Nuestro denostado empresario individual, con su microempresa, depende para su ubicación en una u otra categoría del éxito de su negocio y del número de empleados. Estas clasificaciones, la mayoría estériles, nos permiten comprobar que el empresario individual necesita de un estatuto jurídico unitario, diferenciado y específico del que, en la actualidad, carece.

La situación que hasta la actualidad podríamos definir como de *desinterés general* por el empresario individual ha virado ligeramente a la luz de las nuevas tendencias legislativas de los últimos años. De la hegemonía del empresario social hemos pasado a una mayor preocupación legislativa por el empresario individual, en lo que PEINADO y RONCERO han venido a llamar la irrupción del «emprendedor» en el Derecho Mercantil, un empresario individual etiquetado como emprendedor que claramente está identificado con la persona física[1]. La ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI, en adelante) son buen ejemplo del giro mencionado y que se ha venido a reafirmar en el año 2015 con las leyes 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial y, especialmen-

[1] PEINADO, J. I. y A. RONCERO, A.: «La irrupción del "emprendedor" en el Derecho Mercantil», en la revista *La Ley Mercantil,* número 2, 2014, pp.4-7.

te, con la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Existe una mayor conciencia social y, por consiguiente, una creciente preocupación legislativa por paliar los efectos de la recesión económica, cuyo pesado tránsito durante los últimos años todavía se deja notar, corrigiendo en la medida de lo posible las situaciones en las que los empresarios menos protegidos (los que no han contado con una estructura jurídica y corporativa a modo de red de seguridad) se han visto despojados, a veces incluso de forma indefinida, de toda posibilidad de recuperación económica. Un ejemplo claro es la aparición de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, en el que nos detendremos más adelante. No obstante, esta preocupación política y legislativa, no puede catalogarse de «nueva», ya que, en las últimas décadas, se han observado movimientos similares dirigidos a, en última instancia, minimizar el impacto del mayor riesgo que asume el empresario individual: la responsabilidad patrimonial universal.

Resulta indubitado que el emprendimiento, a cualquier escala, favorece el desarrollo económico de los países, no solo por la evidente repercusión en el producto interior, sino por la generación de puestos de trabajo, la renovación de los medios de producción nacionales, la adaptación de las sociedades a las novedades tecnológicas, generando respuestas a nuevas necesidades, etc. Beneficios que deben protegerse en todas las dimensiones de la empresa, cualquiera que sea su tamaño.

II. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA FRENTE A OTRAS AFINES

En el artículo 1 del Código de Comercio, al hacer referencia a los comerciantes, se especifica que, además de las compañías mercantiles o industriales constituidas con arreglo al propio Código, son comerciantes «*los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente*». El empresario individual, por tanto, es aquella persona física que, teniendo capacidad para ello, se dedica de manera habitual a la realización de una actividad comercial, industrial o de prestación de servicios; y lo hace asumiendo el control y la llevanza de su empresa o negocio y ordenando todos los medios materiales y personales necesarios para ello. De esta actividad económica asume tanto los beneficios como las responsabilidades que de ella se derivan y lo hace de forma personal, con su propio patrimonio. Esta distinción entre comerciantes que hace el Código de Comercio sigue vigente hoy día aunque se haya producido un revestimiento en la categoría del comerciante persona física, al que hoy se refiere, tanto la doctrina como el legislador, como «*empresario*».

Del concepto de comerciante o empresario se ha excluido tradicionalmente a los profesionales liberales. Algo similar, aunque por razones diferentes, ha ocu-

rrido con artesanos, agricultores y ganaderos, cuyas compraventas el artículo 326 del Código de Comercio no reputa mercantiles. Hay autores que consideran que la exclusión de los profesionales liberales carece de sentido, toda vez que en la actualidad es muy habitual que éstos adopten formas societarias para la prestación de su actividad. En ese caso pasarán a estar sometidos al estatuto del comerciante por razones de forma; por ello parece que la exclusión de que sean considerados comerciantes por razón de su actividad obedece, según URÍA y MENÉNDEZ[2], a «razones exclusivamente históricas». Sin embargo, VICENT CHULIÀ[3] cree que «los conceptos de empresario individual y de profesional titulado libre o profesional son distintos. En el segundo pesa decisivamente la formación intelectual y la titulación académica universitaria, que califican los servicios que ofrece, aunque a veces también venda profesionalmente productos».

La mayor aproximación al empresario individual ha sido realizada por el Derecho laboral, a través de la figura del trabajador autónomo. El autónomo, al ser un pequeño empresario, opta por el autoempleo como una fórmula de desarrollo profesional. Sin embargo, autónomo y empresario individual no sólo no son sinónimos, sino que, en ningún caso pueden usarse como conceptos indistintos, pese a que no es extraño ver en la práctica una utilización indistinta de ambos. El concepto de autónomo engloba mayores supuestos y tiene una mayor amplitud; y ello, tal y como antes mencionábamos, se debe a su mayor flexibilidad. El artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, relativa al estatuto del trabajo autónomo (en adelante, LETA), define a los autónomos como las «personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena». Este concepto tan flexible pretende dar cabida a distintas actividades económicas (un concepto amplio que pretende ser útil) utilizando un mecanismo conceptual que, como comentábamos *supra*, puede minar otros aspectos, tales como la eficacia del mismo o la seguridad jurídica. Si bien, es cierto que esta flexibilidad se antoja necesaria para poder cobijar las especialidades de cada caso particular.

La aproximación con el empresario individual resulta clara en cuanto ambos parten de la existencia de una persona física; si bien, el concepto de autónomo puede dar cabida a otras figuras diferentes, como los administradores de sociedades de capital en algunos casos, socios industriales en sociedades personalistas, etcétera. También resultan conectados ambos conceptos por la necesaria habitualidad en la prestación de servicios que exige la LETA, y el ejercicio habitual del comercio a que se refiere el Código de Comercio; o por la evidente obtención de un lucro o ventaja patrimonial, objetivo último perseguido por ambos. El trabaja-

---

[2] URÍA, R. y A. MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil, I,* Civitas, 2006, p.73.

[3] VICENT CHULIÁ, F. : *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. 1, Tirant lo Blanch, 2010, p. 144.

dor autónomo, igual que el empresario, será quien perciba los beneficios derivados se la actividad y, por consiguiente, los riesgos y responsabilidades derivadas de la misma, tal y como preceptúan la actuación en nombre propio del comerciante y el principio de responsabilidad patrimonial universal. De la misma manera, el autónomo desarrolla su trabajo fuera del ámbito de dirección y organización de un tercero y tiene plena potestad para gestionar y dirigir su actividad. Esta independencia la encontramos también en el empresario individual. No obstante, la aparición de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente ha venido a romper la aparente unidad del régimen del trabajador autónomo. Con contornos poco claros se establecen ciertas especialidades para aquellas personas que trabajan para una persona física o jurídica de la que dependen económicamente por recibir de ella al menos el setenta y cinco por ciento de sus ingresos. Estos trabajadores, más limitados que los autónomos, no pueden, por ejemplo, recurrir a la contratación o subcontratación de terceras personas.

Las PYMES en España responden en gran medida al modelo de empresario individual persona física, que sigue siendo una realidad mayoritaria en nuestro país. Ello ha dado lugar a que la escasa regulación mercantil del empresario individual se vea desbordada por la proyección normativa del trabajo autónomo, dando lugar a un fenómeno de absorción por el Derecho laboral que ha venido a desbordar y ampliar el margen de acción de que gozaba el empresario individual en el Derecho mercantil. El enorme desarrollo del trabajo autónomo en España se debe a la general apreciación de las ventajas que presenta en el mercado laboral. Su mayor flexibilidad, la autonomía, la mayor adaptación a las circunstancias del trabajador o el hecho innegable de que no toda la población activa puede ser asalariada por cuenta ajena son sólo algunos ejemplos. Mientras el empresario individual no goza de un estatuto mercantil unitario y suficiente, el trabajador autónomo ha visto cómo la proliferación del autoempleo ha tenido una respuesta paralela por parte del legislador laboral que ha terminado por incentivar, aún más, la opción del autoempleo. Consecuencia directa y normal de esta circunstancia es la extralimitación del Derecho laboral, que en su afán de crecimiento del autoempleo ha acabado construyendo un régimen que desborda al del propio empresario individual y acaba siendo aplicado a supuestos diferentes.

En definitiva, si la actividad mercantil elegida para ser desarrollada es compatible con su ejercicio a través del empresario individual (baste recordar que existen actividades que exigen formas concretas, tales como la banca) y la persona física que la va a desarrollar opta por esta forma jurídica (cosa que no necesariamente ha de hacer, como veremos después al hablar de la sociedad unipersonal), el régimen laboral del empresario individual será el de trabajador autónomo. Pero no todos los trabajadores autónomos serán empresarios individuales: trabajadores autónomos económicamente dependientes, administradores de determinadas sociedades, socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias, familiares del empresario que trabajan en la empresa…

aunque estén dados de alta en el régimen de autónomos, no tendrán la condición de empresarios individuales. El régimen laboral del autoempleo, estrechamente unido en su génesis al empresario individual, ha crecido para dar cabida bajo su ala a supuestos distintos, a veces incluso ni relacionados con el empresario.

III. LAS PRIMERAS APROXIMACIONES AL EMPRESARIO INDIVIDUAL

Como mencionábamos *supra*, el revitalizado interés por el empresario individual no es genuinamente novedoso de estos últimos años, sino que hace varias décadas se vino observando una creciente preocupación por el aspecto más desalentador de su régimen jurídico: la responsabilidad. El empresario persona física cuando actúa en el tráfico jurídico lo hace en su propio nombre, sin perjuicio de las posibilidades de actuación a través de sus representantes, factores o mancebos, apareciendo como titular de los créditos que se devenguen a su favor, pero también como único responsable de las obligaciones contraídas. En nuestro ordenamiento jurídico, el cumplimiento de las obligaciones y, en general, el buen funcionamiento del tráfico negocial se sustentan en la responsabilidad, que constituye un anejo inseparable de la deuda, siendo ambas dos caras de la misma moneda. El artículo 1.911 del Código Civil recoge el principio de responsabilidad patrimonial universal, garantía básica de los acreedores, al decir que «*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*». El riesgo de emprender estriba precisamente en comprometer el patrimonio presente y futuro del empresario, una apuesta a una sola carta que a veces opera como freno del emprendimiento, en su fase de «nacimiento», y a veces como «causa de la muerte» o «arma homicida» en su fase final. Esa misma responsabilidad, en cuanto a los bienes futuros, operaba antes, continuando con nuestra metáfora, como una «lápida» o una «losa» que impedía que el emprendimiento pudiera resucitar. Las leyes de segunda oportunidad pretenden, con requisitos, corregir esta última tendencia.

La responsabilidad del empresario individual ha sido una de las principales preocupaciones del legislador, tanto nacional como comunitario. Ya desde los años ochenta, con la creación del grupo en el Parlamento Europeo sobre la Pequeña y Mediana Empresa, que fue a su vez una respuesta a la celebración en 1983 del «Año Europeo de la Pequeña y Mediana Empresa y de la Pequeña Industria», puede observarse la creciente atención que en la Unión Europea ha recibido el empresario individual, llegando hasta nuestros días y marcando la pauta de prácticamente todas las mejoras de las que se ha beneficiado.

Uno de los hitos más importantes fue la aprobación de la Duodécima Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único. En sus

considerandos la Directiva menciona la búsqueda de armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la unipersonalidad de las sociedades. Una iniciativa que responde al programa de acción para las pymes aprobado por Resolución de 3 de noviembre de 1986 y cuya principal preocupación es la necesidad de que en los Estados miembros «conviene prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad, sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que, en casos excepcionales, imponen una responsabilidad a dicho empresario con respecto a las obligaciones de la empresa». Para dar cumplimiento a esta medida y, en consecuencia, con el funcionamiento de las directivas, se impone la obligación, de resultado, para los Estados miembros de admitir la unipersonalidad, originaria y sobrevenida, de determinados tipos sociales. La única posibilidad de eximirse de dicho compromiso era acogiéndose a la alternativa que planteaba su artículo 7: «*un Estado miembro podrá no permitir la sociedad unipersonal cuando su legislación prevea, para los empresarios individuales, la posibilidad de constituir empresas de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, siempre y cuando se prevean, con respecto a estas empresas, unas garantías equivalentes a las impuestas en la presente Directiva*». O se admitían las sociedades unipersonales o se recogía la figura del emprendedor de responsabilidad limitada (u otras figuras similares que produjeran el efecto señalado, tal y como se hizo en otros ordenamientos europeos). En España se optó por la primera de las opciones aunque, con el paso de los años, se ha acabado admitiendo la segunda.

En este punto resulta un tanto descorazonador observar que la solución ofrecida por nuestro legislador para paliar la responsabilidad del empresario individual fuera la de huir de la forma jurídica del empresario individual. Un mensaje que podríamos traducir en «la mejor manera de evitar el daño es no acercarse al peligro» y que no aportaba nada nuevo a la situación prexistente. La responsabilidad ha sido siempre conocida y asumida como riesgo de los emprendedores y la creación de un camino alternativo puede no convencer a quienes eligen la forma jurídica del empresario individual por sus indudables ventajas. No cuestionamos aquí, ni mucho menos, la tremenda utilidad que la unipersonalidad de las sociedades ha traído consigo, pero sí que podemos criticar que su fundamento último, como vemos, proteger al empresario individual, no acabó siendo conseguido (es decir, la norma no fue eficaz), lo cual ha quedado demostrado por la aparición en los últimos años de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, cuya eficacia cuestionaremos también.

La primera norma destinada a materializar las iniciativas comunitarias a favor de la microempresa fue la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa. Uno de sus hitos más destacados fue la creación del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) y los antiguos PAIT (puntos de asesoramiento e inicio de tramitación), hoy PAE (puntos de atención al empren-

dedor) como clave de bóveda en la proposición del legislador de resolver los conflictos existentes en la creación de las empresas que suponen una barrera para los emprendedores a la hora de iniciar su actividad empresarial.

La impresión que desde sus orígenes causó el régimen de la sociedad Nueva Empresa era que estaba dirigido principalmente a proporcionar un engranaje societario a los empresarios individuales. El carácter personal de su régimen quedaba evidenciado por la prohibición de que fueran socios las personas jurídicas o la limitación a cinco del número máximo de socios en el momento de su fundación. La sociedad Nueva Empresa contemplaba la existencia de un único socio *ab initio*, pero no podía una misma persona física tener la condición de socio único en más de una sociedad Nueva Empresa. Sin embargo, la deficiente técnica legislativa dejó sin contemplar cuestiones tan básicas como la sanción en caso de incumplimiento de esta prohibición, llegando también a incurrir en contradicciones con el régimen general de unipersonalidad. La aplicación del régimen específico de la sociedad Nueva Empresa, la entrada en juego, subsidiariamente, del régimen de unipersonalidad general y la aplicación en último término del régimen de la Ley de Sociedades de Capital, dio lugar a un entramado legislativo complejo y que, en lugar de rebajar, aumentó las barreras a los emprendedores. Sobre todo cuando las características inicialmente exclusivas de la Nueva Empresa (tramitación telemática o estatutos orientativos) acabaron extendiéndose con carácter general a todas las sociedades. Todo ello hizo que la sociedad Nueva Empresa no contara con el éxito que inicialmente se esperaba.

IV. PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL RÉGIMEN DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL

Los primeros requisitos jurídicos exigidos al empresario individual, así como los primeros efectos frente a terceros, aparecen vinculados al nacimiento de los gremios. Los gremios medievales, cuyo fundamento último era la mutua protección de sus miembros, así como el fomento de las actividades de los mismos, elaboraban listas de pertenencia, de carácter privado. Sin esta pertenencia, aunque podía ejercerse el comercio, no se gozaba de la protección dispensada por el gremio. Estas matrículas registrales fueron expandiéndose para acabar siendo aplicadas a los consulados, las primeras agrupaciones de comerciantes sociales. Los registros de comerciantes en los consulados, cuyos primeros precedentes se remontan a la Baja Edad Media, se expandieron enormemente porque, además de la pertenencia al gremio, servían como fuero para dirimir los conflictos entre comerciantes. No obstante, progresivamente esta primigenia jurisdicción mercantil se fue extendiendo a conflictos en los que una de las partes no tenía la condición de comerciante, llegando poco a poco a la mercantilización de la materia en atención a su objeto, los actos de comercio, y no del sujeto, los comerciantes. La paulatina desaparición de los gremios, empujada por el cambio de los principios

económicos operado en la Edad Moderna, dio lugar a una apertura en el acceso a los datos inscritos, constituyendo así el germen necesario para el nacimiento del Registro Mercantil.

En el Código de Comercio de 1829 nace el Registro Mercantil sobre la base de dos pilares: el registro de documentos, por un lado, y la matrícula general de comerciantes, por otro. Esta última tenía por objeto ofrecer una publicidad ordenada de los comerciantes y para ello reforzaba su obligatoriedad al decir en su artículo 1 que eran comerciantes aquellos sujetos que reunieran los dos requisitos de dedicarse habitual y ordinariamente al tráfico mercantil y se hallaren inscritos en la matrícula de comerciantes. Paradójicamente, este carácter obligatorio y *cuasiconstitutivo* de la inscripción se suavizaba cuando el artículo 2 extendía las Leyes y jurisdicción del comercio a quienes, no siendo comerciantes, realizaban operaciones de comercio accidentalmente. Del juego combinado de ambos preceptos, y como una forma de superar la aparente antinomia (o por lo menos, falta de unidad de criterio) y, sobre todo, la reinante confusión, se acabó extendiendo la aplicación de las normas del Código de Comercio a quienes, sin estar inscritos, se dedicaban habitualmente al comercio.

La exigencia de inscripción, cuya obligatoriedad fue reforzada y mantenida en los años posteriores acabó diluyéndose a partir de la irrupción de los principios liberales que tuvo lugar en España en la segunda mitad del siglo XIX. El Código de Comercio de 1885, respondiendo a las tendencias mantenidas en la Comisión de reforma de 1869, acaba recogiendo el carácter potestativo de la inscripción, por un lado, y como requisito para tener la condición de comerciante, únicamente, el ejercicio habitual del comercio, por otro. La inscripción en el Registro Mercantil se configuraba, por tanto, como un derecho, y no como una obligación; sin perjuicio de la obligatoriedad de la inscripción de ciertos comerciantes, como el naviero, impuesta por el Reglamento del Registro Mercantil de 1956 y que fue extendiéndose progresivamente a otros supuestos en décadas posteriores, como es el caso de las sociedades.

V. EL EMPRESARIO INDIVIDUAL Y SU ESTATUTO JURÍDICO

Aunque el ámbito conceptual de «empresario», por ser un concepto más amplio, abarca supuestos diferentes, ya que engloba no sólo a los titulares de una actividad empresarial, sino también a quienes son titulares de una industria, en muchas ocasiones su utilización por el legislador no pretende expandir su campo de acción, sino que se sigue refiriendo (con el añadido de «individual» detrás) al comerciante persona física, aquella persona natural que, con capacidad de obrar para ello, desarrolla de forma habitual una actividad comercial, industrial o de servicios. Como sabemos, el comerciante individual no corporativo, al que se refiere el artículo 1 del Código de Comercio, a diferencia de éste, recibe sobre sus

hombros todo el peso de la responsabilidad patrimonial de los actos que acomete. Tal y como mencionábamos *supra* debemos recordar que no todo empresario es mercantil y así, tradicionalmente, se han excluido de tal consideración a los agricultores y ganaderos y a cooperativistas y mutualistas (sí sería empresaria la cooperativa), sin olvidar a los profesionales liberales.

El concepto del Código es defectuoso y no absoluto, por cuanto carece de la nota esencial, definitoria, del comerciante individual: el ejercicio de la actividad en nombre propio. Además, está desfasado, pues hoy se entiende que la actividad mercantil (y por tanto, el sector del actuar humano disciplinado por el Derecho Mercantil) trasciende de la mera intermediación que define el comercio, para abarcar también las actividades productivas y de prestación de servicios. Ello no ha hecho sino apoyar la sustitución del término «comerciante individual» por el de «empresario individual», que puede definirse como la persona física que, en nombre propio, por sí o por medio de delegados, realiza habitual o profesionalmente una actividad constitutiva de empresa, es decir, de ordenación de factores productivos dirigida a la producción de bienes o prestación de servicios para el mercado.

Tener la condición de comerciante conlleva la aplicación del estatuto jurídico de éste, a saber, una serie de normas de carácter mercantil que tienen por objeto responder a las especialidades de la actividad que desempeña y que constituyen un régimen especial o diferenciado de los contratantes civiles. Fundamentalmente, obligaciones contables y de publicidad (aunque, como hemos visto, salvo en el caso del naviero, la inscripción en el Registro Mercantil no es preceptiva). Sí que es obligatoria, ex artículo 25 del Código de Comercio, la llevanza, directamente por el empresario, de «*una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios*». Ser comerciante implica la posibilidad de acceder al Registro Mercantil (artículo 16 del Código de Comercio), para la publicación de hechos empresariales relevantes y con el objetivo de facilitar la contratación con el empresario: facilitar y abaratar el acceso a los datos del empresario, como hace el Registro, supone facilitar y abaratar la contratación en sí misma. Por esto mismo, el artículo 19 impone la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil a todos los comerciantes, salvo al empresario individual, para quien es potestativa (excepto el naviero, para el que sí es preceptiva). Obviamente, el empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales. Respecto al contenido de la inscripción, el artículo 22 del Código de Comercio, en su apartado primero, dispone que «*en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán los datos identificativos del mismo, así como su nombre comercial y, en su caso, el rótulo de su establecimiento, la sede de éste y de las sucursales, si las tuviere, el objeto de su empresa, la fecha de comienzo de las operaciones, los poderes generales que otorgue, el consentimiento, la oposi-*

ción y la revocación a que se refieren los artículos 6 a 10; las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y de divorcio y los demás extremos que establezcan las Leyes o el Reglamento». Al Registro Mercantil, por tanto, acceden los comerciantes en cuanto ejercen una actividad mercantil, por lo que la inscripción no tiene un valor taumatúrgico, esto es, la publicidad registral no es constitutiva de la actividad comercial. No obstante, es necesario complementar esta inscripción potestativa con una presunción de ejercicio habitual del comercio, para aplicar las exigencias de su estatuto jurídico a los comerciantes que cumplan el requisito de dedicarse habitualmente al comercio, pasen o no por la publicidad registral. Así lo dispone el artículo 3 del Código de Comercio: «*existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil*».

Ser comerciante, sin embargo, tiene más consecuencias. La primera de ellas es la sujeción a la jurisdicción mercantil. Fuero especial que se ha visto reforzado toda vez que, desde la reforma operada en el artículo 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 2015, de los procesos concursales de la persona natural que no sea empresario conocerán los jueces y tribunales del orden civil, cuando antes siempre era materia de los jueces mercantiles aunque se tratase del concurso de personas físicas no comerciantes. En segundo lugar, implica la entrada en juego de las especialidades mercantiles en materia de obligaciones y contratos. El artículo 61 del Código de Comercio recoge la fatalidad de los términos de cumplimiento (sin plazos de gracia o cortesía que difieran de las obligaciones mercantiles); el artículo 62 recoge la certeza en la exigibilidad de las obligaciones puras, ya que si no hay plazo fijado por las partes o la ley, la obligación es exigible a los diez días de contraerse (si aquélla concede acción declarativa) o el día siguiente (si la acción es ejecutiva); o el especial régimen de constitución en mora del artículo 63, ya que si hay plazo fijado legal o convencionalmente, la mora se produce desde el día siguiente sin necesidad de interpelación alguna, y si no lo hay, desde la reclamación judicial o notarial de la obligación. Resulta paradigmático que, en la contratación mercantil, el pacto de solidaridad es casi constante y su carácter impuesto viene dado en otras muchas ocasiones por normas especiales, pero también la jurisprudencia ha llegado a reconocer la existencia de una solidaridad tácitamente convenida aun en ausencia de pacto.

1. Capacidad para el ejercicio del comercio

Los dos requisitos a los que alude el artículo 1 del Código de Comercio, capacidad para comerciar y ejercicio habitual, no pueden interpretarse de forma independiente, sino que es necesario observarlos bajo la misma luz hermenéutica. La

capacidad no puede ser entendida como capacidad abstracta o puntual para comerciar, el legislador exige la aptitud jurídica para un ejercicio habitual y prolongado del comercio. Y teniendo en cuenta que el comerciante, el empresario individual, lo que hace al comerciar es intermediar en el tráfico y realizar actividades de prestación de servicios o de intercambio de bienes, no es errónea la conclusión de que la capacidad para comerciar no es otra que la capacidad para contratar. Esta capacidad se examina siempre desde la aptitud de la persona física no sólo para prestar el consentimiento, sino también para comprender el alcance de todas las consecuencias que, como dice el Código Civil (artículo 1.258), además de lo expresamente pactado obligan a las partes, conforme a la naturaleza del contrato, según la ley, el uso y la buena fe. La consecuencia legal más importante de una obligación es la asunción del compromiso de llevar a cabo la prestación propia, así como el consentimiento avanzado de que en caso de falta de cumplimiento se despliegue el cumplimiento forzoso de dicha obligación mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales. Contratar no es solo obligarse personalmente, es (de hecho, lo es principalmente) vincular el propio patrimonio al cumplimiento de dicha obligación, como garantía básica del mismo. Consecuencia lógica de dicha premisa es que la capacidad para el ejercicio habitual del comercio, exigida por el Código de Comercio en su artículo 4, sea tener la mayoría de edad y la libre disposición de los bienes.

El requisito de la capacidad, aparentemente meridiano, se ha visto ensombrecido y sometido a debate a raíz del tenor del artículo 5: «*los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio*». Resulta evidente la aparente antinomia entre ambos artículos, ya que los menores e incapacitados no gozan de la libre disposición de sus bienes, bienes de los que, por otro lado, sí son titulares. Este matiz es importante y nos da una clara pista de la solución. Efectivamente la plena capacidad de la que goza el mayor de edad (artículo 322 del Código Civil), que es la misma que tienen todos aquellos cuya capacidad no ha sido modificada judicialmente, es capacidad de obrar. Es la aptitud para el ejercicio de los derechos, asunción de obligaciones y conclusión de actos jurídicos y no hace más que expresar las limitaciones derivadas de presupuestos añadidos a la mera existencia (la edad y la aptitud para el autogobierno). Sin embargo, la aptitud para la tenencia y goce de los derechos, la capacidad jurídica, marca los límites existenciales del ser humano. Cualquier persona puede ser titular de derechos, ya que la capacidad jurídica la tienen todos los seres humanos en cuanto tales, es una cualidad esencial de persona y es general. Además, es constante en todas las personas físicas, consecuencia necesaria del reconocimiento de su dignidad. Sin embargo, la capacidad de obrar es contingente y variable.

Una primera lectura del artículo 5, acompañada de una interpretación literal, podría llevarnos al absurdo de defender que los menores e incapacitados pueden ejercer el comercio (debidamente asistidos por sus representantes legales) si lo que hacen es continuar una actividad empresarial preexistente. El menor, por ejemplo, que heredara una empresa, podría aparecer como titular de la misma y asumir las consecuencias de todos los actos que sus representantes concluyeran en su nombre…, pero no podría (a través de sus representantes) llegar a esa misma situación iniciando la actividad empresarial *ex novo.* Podría parecer que el ordenamiento consideraría esta situación como inestable o no recomendada, aunque no le ponga límite temporal. Si hubiera una norma que permitiera esa continuación de la actividad empresarial durante un período limitado de tiempo y sólo para la realización de los actos necesarios para proceder a la extinción o traspaso de la empresa, aquella interpretación literal tendría sentido. Este argumento todavía podría salvarse defendiendo que la minoría de edad es una situación a todas luces limitada temporalmente; sin embargo, es de fácil refutación virando el examen hacia el incapacitado, donde nos encontraríamos ante la misma contradicción: podría continuar la actividad empresarial *sine die* (en casos en los que no haya visos de recuperación total de la capacidad de obrar), pero no podría iniciarla *ex novo.*

Por todo lo que antecede tiene más sentido examinar el precepto de forma sistemática, en conexión con las normas civiles de capacidad y telemática, sin perder de vista la finalidad prevista por el legislador. Si el menor o quienes tengan modificada judicialmente la capacidad pueden ser titulares de derechos, pero no ejercitarlos sino a través de sus representantes legales, debe imponerse una interpretación de los artículos 4 y 5 del Código de Comercio que les reconozca capacidad general para ser comerciantes aunque necesiten de sus «guardadores» para el ejercicio del mismo. Y tanto si ello supone una continuación de la actividad como si se trata del inicio de la misma.

El artículo 91 del Reglamento del Registro Mercantil parece sustentar esta tesis, por otro lado ya acogida por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1945. Este precepto a lo largo de tres párrafos, se encarga de la inscripción en el Registro Mercantil del empresario individual que sea menor o incapacitado. En sus dos primeros párrafos se encarga de recoger, como regla general, la necesaria inscripción de la identidad de sus representantes legales cuando aquéllos son comerciantes, dejando para el último párrafo, y tratándolo como un supuesto excepcional, las menciones necesarias que debe tener la inscripción cuando se trata de continuación por menores e incapacitados de una actividad empresarial preexistente.

Abona esta interpretación el principio, legislativamente sentado por el artículo 2.1 de la Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de interpretación restrictiva de las incapacidades de los menores.

No obstante la existencia de capacidad (aptitud objetiva) para ejercer el comercio, debemos recordar que puede haber personas afectadas por determinadas prohibiciones, que no tengan aptitud subjetiva, para ejercer el comercio. Estas prohibiciones las recogen los artículos 13 y 14 del Código de Comercio y se refieren a las personas inhabilitadas en los procesos concursales y en leyes especiales, en el primer caso, y a las prohibiciones vinculadas al desempeño de funciones públicas, en el segundo. Debiendo entenderse estas últimas completadas por la ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y la ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

2. El empresario individual y el matrimonio

Dejando a un lado los efectos personales del matrimonio, la repercusión económica y patrimonial que éste produce es innegable. Y lo hace cualquiera que sea el régimen económico por el que se rija, ya que la comunidad de vida que implica el matrimonio impone necesariamente una contingencia de intereses patrimoniales incluso en los regímenes de separación. La repercusión del ejercicio del comercio por el empresario individual en el matrimonio es una de las mayores preocupaciones del Código de Comercio, hasta el punto de que es la cuestión a la que mayor cantidad de artículos dedica (en sede del comerciante persona física). Es cierto que estos artículos, 6 a 12 del Código, se basan en la existencia de un régimen de comunidad y en la existencia de tres masas patrimoniales de bienes: las personales del empresario y su cónyuge y la común. Por supuesto, estos preceptos no tienen en cuenta la progresiva evolución que sufre la naturaleza de los regímenes de comunidad, como la sociedad de gananciales, en los que la idea de un patrimonio común separado va quedando atrás, en aras de la tesis partidaria de que la sociedad de gananciales no es más que un conjunto de normas que afecta al régimen de administración y disposición de determinados bienes, pero que no genera titularidades conjuntas (donde no las hay) ni masas patrimoniales distintas de las de cada cónyuge.

En este punto no podemos dejar de observar la evolución legislativa del Código Civil en lo que a igualdad entre cónyuges y régimen económico matrimonial se refiere y cuyo colofón encarnan hoy dos artículos que deben operar como faro interpretativo de esta cuestión. Por un lado, el artículo 66 del Código Civil, al recoger que «*los cónyuges son iguales en derechos y deberes*» y, por otro, el artículo 1.323, que como corolario de dicha igualdad proclama la independencia de los cónyuges, que deben considerarse (con excepciones) como extraños en el tráfico: «*los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*».

Los dos preceptos más importantes sobre el ejercicio del comercio por el empresario individual casado son el primero y el último. El artículo 12 sienta, en línea con los principios básicos de la contratación y de funcionamiento de la sociedad de gananciales, la regla general de la autonomía de la voluntad: «*lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario, contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil*» (inscripción que ha de practicarse conforme a lo dispuesto en los artículos 87 y 92 del Reglamento del Registro Mercantil). Esta libertad, no obstante, debe entenderse modalizada por los preceptos anteriores al mismo que revisten carácter imperativo. Y el primero, y más importante, es el artículo 6, que recoge un grado mínimo de responsabilidad del comerciante: «*en caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas*». Esta norma limita el alcance de los pactos capitulares de los cónyuges, toda vez que se considera de *ius cogens*, y que cualquier alteración de su esencia supondría una quiebra del principio de responsabilidad patrimonial universal y, por ende, de la protección de los acreedores en el tráfico. Si esta regla pudiera excepcionarse nadie confiaría en el comerciante casado.

El cónyuge del comerciante puede, si así lo desea, añadir a esta vinculación de la actividad empresarial el resto de los bienes comunes del matrimonio (los no adquiridos a resultas del comercio), tal y como prevé el artículo 6 *in fine.* El consentimiento de esta vinculación puede ser expreso o tácito, derivado de *facta concludentia* o presunto, según lo dispuesto en los artículos 7 y 8. El artículo 7 presume otorgado este consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo. Por su parte, el artículo 8 lo presume cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro. Del juego combinado de estos preceptos, con presunciones como las citadas que se dan materialmente en todos los casos de ejercicio del comercio por persona casada, se deduce que si llega a manifestarse alguna manifestación de voluntad en relación al ejercicio del comercio por el cónyuge no será el consentimiento del artículo 6, sino la oposición del artículo 8. Esta oposición (y el consentimiento) deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

Si el apoyo prestado por el cónyuge del comerciante quiere ensancharse, éste siempre podrá vincular sus propios bienes, dice el artículo 9, con un «*consentimiento expreso para cada caso*». Es decir, no hay consentimientos tácitos ni presunciones para esta vinculación. La discusión en este supuesto gira en torno a sí «*para cada caso*» es un consentimiento expreso para cada acto de comercio o si se admitiría un consentimiento general, expresado una única vez. Ésta última parece la interpretación más acorde con el funcionamiento del tráfico mercantil y la agilidad que se predica del mismo. El artículo 10, por último, permite revocar el consentimiento expreso del artículo 9 y la presunción de los artículos anteriores

libremente en todo momento. Siempre, reitera el artículo 11, mediante escritura pública que se debe inscribir en el Registro Mercantil. Un consentimiento que siempre quedaría revocado, *ex lege*, por la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio, tal y como especifica el artículo 102 del Código Civil.

El mismo artículo 6 del Código de Comercio contiene una expresión que ha suscitado una enorme polémica en tanto en cuanto choca abiertamente con el régimen dispositivo de los regímenes económicos matrimoniales de comunidad (sociedad de gananciales en el derecho común, conquistas navarro, consorcio foral aragonés, etc.). Y es que, después de decir que quedarán vinculados los bienes propios del comerciante y los adquiridos como consecuencia del ejercicio de su actividad, dice que podrá «*enajenar e hipotecar unos y otros*». Cuestión que los citados regímenes matrimoniales no permiten. Sin ir más lejos, el artículo 1.377 del Código Civil dispone que corresponde a ambos cónyuges conjuntamente la disposición de los bienes gananciales, siendo tales los adquiridos por el cónyuge comerciante, como consecuencia del artículo 1.347.1 del Código (en tanto que son adquiridos como consecuencia del trabajo o industria de uno de los cónyuges). Muchos autores entienden que debe prevalecer el Código Civil, pues su régimen es de carácter tuitivo para el cónyuge del comerciante, cuya intervención es, no solo necesaria, sino también prudente. De la práctica notarial podemos derivar también que esta solución es la observada con carácter general. La reforma del artículo 1.375 operada por la ley de reforma del Código Civil de 1981 es posterior a la reforma sufrida por el artículo 6 del Código de Comercio (ley 14/1975, de 2 de mayo), por lo que el principio *lex posterior derogat priori* sustentaría esta posición. Otros defienden la prevalencia del Código de Comercio, dado su consideración de ley especial y permiten la enajenación y gravamen unilateral de «*los gananciales por comercio*». La mayoría de la doctrina, sin embargo, ha defendido una tesis ecléctica: el artículo 1.377 del Código Civil resultará de aplicación a la enajenación de inmuebles, puesto que ésta es una materia genuinamente civil y, por tanto, debe regirse por el Código Civil, y el artículo 6 del Código de Comercio se aplica a la enajenación y gravamen de los bienes inmuebles que, aunque comunes, sean adquiridos a resultas del comercio.

Mencionábamos a raíz de este problema sobre la disposición de los bienes del artículo 6, que en el régimen de sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias obtenidas por ellos en sus respectivas actividades. Consecuencia lógica de ello es que los bienes gananciales respondan de las deudas contraídas por el cónyuge comerciante en el desarrollo de su trabajo o industria, tal y como dispone el artículo 1.365.2.º del Código Civil. Este precepto contiene, además, una remisión al Código de Comercio para cuando uno de los cónyuges sea comerciante, remisión que se entiende efectuada a los artículos 6 a 12 que acabamos de examinar.

Por supuesto, el régimen patrimonial civil derivado del matrimonio no puede obviarse tampoco en cuanto a lo dispuesto en el artículo 1.320 del Código Civil, que dispone que «*para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*». Como todas las normas que regulan el denominado régimen económico matrimonial primario (artículos 1.315 a 1.324 del Código Civil), son aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea su régimen y, por supuesto, independientemente de que uno de los cónyuges se dedique o no al comercio.

En cuanto al régimen de separación de bienes, la tradicional presunción muciana inspiraba el artículo 1.442 del Código Civil, pero éste ha sido sustituido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por una remisión a la Ley Concursal en caso de que uno de los cónyuges fuera declarado en concurso. Se establece en el artículo 78.1 de la misma la siguiente regla: «*declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso*». Este precepto, basado en la presunción muciana, trata de evitar que se haga ineficaz la adecuada integración en la masa activa de la parte que corresponde al concursado en los bienes adquiridos por ambos cónyuges. En el régimen de separación de bienes, más allá de esta cuestión y de la aplicación de las normas de régimen económico matrimonial primario, la condición de empresario individual de uno de los cónyuges no tiene mayor repercusión.

VI. LA VÍA SOCIETARIA: LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Dentro de la Unión Europea, en la disyuntiva planteada por la Duodécima Directiva que mencionábamos *supra*, la mayoría de los Estados miembros optaron por la trasposición de la norma acogiendo a la sociedad unipersonal, en detrimento de admitir la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, siendo la excepción más destacada la de Portugal.

Las mayores dificultades para la admisibilidad de la sociedad unipersonal en España eran de carácter doctrinal. Efectivamente, de los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio se desprende la necesaria intervención de dos o más personas para el nacimiento de la sociedad. La idea de colaboración

de, como mínimo, dos socios para el ejercicio de una actividad económica, con un fin lucrativo común en un ánimo de repartir pérdidas y ganancias, subyace en todo contrato de sociedad. La sociedad, como contrato, es el paradigma de los contratos plurilaterales, donde, aunque fueran sólo dos los intervinientes, las declaraciones de voluntad de los contratantes no son contrapuestas. Por ello no se generan mecanismos de protección de intereses particulares (como el artículo 1.124 del Código Civil o la *exceptio non adimpleti contractus*). Esta circunstancia fue esgrimida por muchos autores para negar su naturaleza contractual, pero se ha acabado imponiendo la postura que aboga por defender su esencia contractual sobre la base de su carácter organizativo. Los consentimientos (elementos esenciales de todo contrato) existen también en la sociedad; el hecho de que los fines de aquéllos no sean contrapuestos, ni paralelos, por cierto, sino convergentes, no debe alterar la naturaleza del acuerdo. Habiendo, además, objeto y causa, que los hay, la existencia del contrato en la génesis de las sociedades es indubitada.

Sin embargo, la posibilidad de que la sociedad naciera por la emanación de una única declaración de voluntad vino a hacer tambalear estos cimientos ya de por sí discutidos en su construcción. Un importante sector doctrinal negaba su nacimiento por voluntad de un único socio en cuanto se presentaba como un instrumento para transgredir el principio de responsabilidad patrimonial universal, mediante una configuración legal de dudoso encaje jurídico y sin cobertura legal expresa. Esta reticencia también la encontrábamos en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, donde la unipersonalidad sólo fue admitida, en un primer momento, cuando ésta resultaba sobrevenida y siempre que fuera posible una vuelta a la normalidad. Por tanto, era contemplada como una vicisitud excepcional, casi más un capricho del azar, que debía caracterizarse por ser reversible y temporal, pero que no podía admitirse como una opción deliberadamente elegida por el socio único.

La conocida Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990 resolvió la cuestión admitiendo la unipersonalidad de las sociedades. Respondiendo a estas cuestiones defendía la ausencia de toda incompatibilidad entre el concepto de sociedad y la sociedad unipersonal, ya que bajo el paraguas de la sociedad se engloban muchos supuestos y sólo algunos son incompatibles con aquélla. Tal es el caso de las sociedades unipersonales, cuyo sustrato es decididamente obligatorio y que crea un entramado de relaciones obligatorias entre socios que exige la existencia inexcusable de más de uno. Sin embargo, en las sociedades capitalistas, como mencionábamos antes, se realza la finalidad organizativa del contrato societario «dirigido a constituir una organización objetiva y establecer sus reglas de funcionamiento» y a éste se puede llegar contractualmente o por vía de una única declaración de voluntad. De la misma forma que los puestos que ocuparían los socios en dichas sociedades pueden ser desempeñados por varias personas o por una sola. «La sociedad unipersonal constituirá así, probablemente, una «*contradictio in terminis*», pero no una «*contradictio in substantia*». Esta resolución vino

también a rebatir el argumento sobre la incompatibilidad entre la unipersonalidad y la esencia de la personalidad jurídica. Defendía que el fundamento de la personalidad jurídica de una sociedad no es siempre el mismo: así como en las sociedades personalistas la personalidad jurídica (imperfecta por su vinculación con la de sus socios) se articula sobre el principio de pluralidad, en las capitalistas lo hace sobre el principio de unidad (y en ella esa personalidad jurídica es perfecta, con una hermética separación personal y patrimonial). Se insiste también desde la Dirección general en que la unipersonalidad no podía ser nunca una excusa para obviar el régimen organizativo societario. Las sociedades debían contar con un órgano de Administración y una Junta general (aunque ésta tuviera un único socio). Sobre la garantía que presenta para los acreedores, resulta paradigmática la defensa esbozada por el Centro Directivo de la unipersonalidad. Frente al clásico argumento de la quiebra de los acreedores de la garantía que supone la responsabilidad patrimonial universal del empresario, basada en que la creación del entramado societario limitaba o reducía ésta, concluye la resolución que rechazar la unipersonalidad sería devastador para los acreedores de la sociedad. La satisfacción de sus créditos quedaría en entredicho, ya que el patrimonio social, inicialmente circunscrito para garantizar las deudas de los acreedores sociales, quedaría abierto al ataque de los acreedores personales del socio único. Si no se admitiera esa unipersonalidad bastaría vender una acción o una cuota de copropiedad de una acción para hacer desaparecer aquélla y deshacer formalmente una situación que materialmente no variaría un ápice. En definitiva, la DGRN venía a defender la conveniencia de no prohibir una situación fáctica que resultaba infructuoso vetar. Una reflexión sobre la oportunidad y la utilidad de «ponerle puertas al campo».

El iter legislativo culminó con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que admitió las sociedades unipersonales en sus artículos 125 a 129 (siendo aplicables también a las sociedades anónimas según el artículo 311 de su ley reguladora). En la actualidad, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las regula en los artículos 12 a 17, disponiendo en su artículo 19 que «*las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral*». La ley parte de dos enfoques o situaciones posibles de unipersonalidad: originaria y sobrevenida. La primera se refiere al caso de sociedades constituidas por un solo socio, sea persona física o jurídica. Ya no sería un contrato bilateral de organización, sino un negocio jurídico unilateral, una declaración de voluntad tendente al nacimiento de la sociedad, tras cumplirse las formalidades legales: se precisa escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, donde se hará constar la identidad del socio único. La segunda tendría en su origen un contrato celebrado por dos o más socios, pero que ha desembocado en la tenencia de todas las participaciones o acciones en un solo socio. Esta unipersonalidad sobrevenida debe hacerse constar en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses, bajo «*pena*» de responsabilidad personal, solida-

ria e ilimitada del socio único de las deudas sociales contraídas mientras dure la unipersonalidad. Una situación que cesaría una vez inscrita la unipersonalidad.

En ambos casos se impone un obligado régimen de publicidad, haciendo constar la condición de sociedad unipersonal en toda la documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en los anuncios legales. Mientras el socio único ejerce las competencias de la Junta, por medio de decisiones del mismo que se equiparan a los acuerdos y que, igualmente, se consignan en acta, bajo su firma o la de su representante, la administración puede ostentarla aquél o ser confiada a terceros. El propio socio o los administradores de la sociedad pueden ejecutar y formalizar estas decisiones. Más férreo resulta el régimen de los contratos celebrados por la sociedad unipersonal con el socio único. La ley exige que consten por escrito, se transcriban en un libro especial legalizado y se mencionen en la memoria anual de forma expresa e individualizada, con indicación de su naturaleza y condiciones; en caso contrario no serían oponibles a la masa en caso de concurso de la sociedad o del socio. Se establece además un plazo de dos años, a contar de la fecha de celebración de estos contratos, durante el cual el socio responde frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos». La pérdida del carácter unipersonal debe hacerse constar en escritura pública que se inscribe en el Registro Mercantil, bien mediante escritura de transmisión de participaciones o acciones, bien mediante una escritura específica.

Las vías legislativas abiertas en la Unión Europea sobre las sociedades unipersonales mantienen estas previsiones (publicidad, régimen de acuerdos, contratación de la sociedad con el socio único) junto a otras (capital mínimo de un solo euro y acción o participación única, registro electrónico y sin intervención notarial de la unipersonalidad, falta de reservas legales…) muchísimo más discutidas y controvertidas. Este freno, que se antoja sempiterno, ha dado lugar a reconocer el éxito relativo de la sociedad unipersonal. Si bien su adopción está realmente extendida en España y vino a satisfacer pretensiones defendidas durante décadas, el reconocimiento de la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, y su mantenimiento en paralelo a la sociedad unipersonal, no es sino una admisión tácita de que no todas las aspiraciones de los empresarios individuales fueron colmadas con la sociedad unipersonal. La sencillez del régimen del empresario individual, basada en la minimización de los trámites y costes, resulta determinante en su elección: los sencillos trámites administrativos (darse de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, inscribir la empresa en la Seguridad Social y darse de alta en el régimen de autónomos, entre otros) y la innecesariedad de crear un entramado societario (constitución de la sociedad, inscripción en el Registro Mercantil) son factores fundamentales. Dado que el legislador no podía obviar la preferencia de los empresarios por esta sencillez burocrática, y dado que tampoco podía permanecer impasible ante las demandas de una limitación de los gravosos efectos patrimoniales de la responsabilidad patrimonial uni-

versal, en el año 2013 aparece la figura del emprendedor de responsabilidad limitada.

VII. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Un análisis sobre el emprendedor de responsabilidad limitada (ERL) debe comenzar, necesariamente, por la responsabilidad y la limitación de la misma. Pese a su enunciación doctrinal (principio de responsabilidad patrimonial *universal*) y legal («del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros»), la pretendida responsabilidad patrimonial no es tan universal como cabría pensar. Sí que es cierto que su extensión a los bienes futuros sustenta esta universalidad, pero no todos los bienes del deudor están afectados por este principio. Éste admite modificaciones no sólo legales, sino también convencionales. Ejemplo de estas últimas puede ser el pacto de limitación de responsabilidad al bien hipotecado del artículo 140 de la Ley Hipotecaria. Las modificaciones más importantes son, sin duda, las legales. Por esto, debemos partir de los artículos 605 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge una serie de bienes inembargables del deudor, bienes que el legislador sustrae de la garantía patrimonial de los acreedores. Tan variada es su naturaleza como el fundamento que justifica su inclusión en la lista. Traemos a colación estos preceptos con el ánimo de recordar que al legislador no le es ajena la función que determinados bienes tienen en la esfera personal y familiar de los deudores. Sin ir más lejos, la inembargabilidad del sueldo (de acuerdo con determinadas cantidades y porcentajes) se basa en que el endeudamiento no puede suponer un absoluto expolio de las necesidades más básicas y su fundamento último no es otro que el de la dignidad humana.

Por tanto, la exclusión de determinados bienes de la responsabilidad por deudas no es más que una opción de política legislativa, tomada en atención a las circunstancias del momento. La Exposición de Motivos de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internalización recoge entre sus motivaciones la necesidad de incentivar «*la actividad emprendedora y la asunción de riesgos*» para corregir la tendencia con el objetivo de lograr una mayor iniciativa emprendedora, especialmente entre los jóvenes.

La limitación de responsabilidad contenida en la LAEI se centra en la vivienda habitual, cuya desprotección ha sido objeto de diferentes reformas en los últimos años, debido a los dramas que, a raíz de la crisis económica, se han vivido en nuestro país.

Sin embargo, la exclusión de la vivienda habitual de la responsabilidad patrimonial ni es novedosa, ni generosa, ni se antoja suficiente. No es novedosa porque en Derecho comparado ordenamientos jurídicos como el argentino, el francés

o el norteamericano (en determinados Estados) ya la recogen. Tampoco es especialmente generosa, pues sólo se excluye la vivienda habitual y sólo lo hace para este «emprendedor de responsabilidad limitada», cuando en determinadas provincias de Argentina es un derecho (renunciable expresamente) de todas las personas físicas, a través de la institución del «bien de familia». En Francia, por otro lado, encontramos la posibilidad de separar más bienes, además de la vivienda habitual, de carácter personal, configurando éstos como un auténtico patrimonio separado. La suficiencia de la medida es un debate más amplio en el que tenemos que juzgar otros factores determinantes y que analizaremos a continuación.

1. El objeto de la limitación: la vivienda habitual

La pretendida responsabilidad limitada de este emprendedor no es sino una responsabilidad patrimonial universal de la que se excluye un único bien: la vivienda habitual. Dice el artículo 8.1 que ésta no se verá por la responsabilidad y acción del acreedor. Y ello pese a que en su tramitación parlamentaria se esbozó la posibilidad de crear un auténtico patrimonio separado, un conjunto de bienes y derechos apartados del poder coactivo del acreedor, que sí hubiera incentivado el emprendimiento. Un vestigio, quizá erróneo, de este supuesto aparece en el artículo 22 de la LAEI, donde se habla de cancelación de inscripciones en el Registro de la Propiedad, en el de Bienes Muebles o cualesquiera otros en que los bienes inembargables estuvieren inmatriculados.

Para gozar de este beneficio es necesario, en primer lugar, gozar de un inmueble «propio o común» (dice el artículo 8) que constituya la vivienda habitual del deudor. El primer problema aparece para todos aquellos emprendedores que no son titulares en propiedad de un inmueble, ni solos ni en común con otros, y que no pueden sustituir la exclusión de la vivienda habitual por la de otros bienes que posean. Una primera posibilidad, que no podemos tildar de mínima, que hará absolutamente inútil en muchos casos la figura del emprendedor de responsabilidad limitada.

Otro de los problemas es que la ley excluye la vivienda habitual del deudor, pero no la define. En los últimos años ha crecido la preocupación del legislador por la acreditación del carácter habitual de la vivienda; por ejemplo, mediante la presunción *iuris tantum* de este carácter en las ejecuciones hipotecarias cuando se ha declarado expresamente este carácter en la escritura de préstamo hipotecario. Sin embargo, en la práctica notarial, es un problema que viene de antiguo, a raíz del artículo 1.320 del Código Civil y el necesario consentimiento del cónyuge del titular en la enajenación de la vivienda habitual. El juego combinado de la manifestación del disponente sobre el carácter de la misma y la protección de los adquirentes de buena fe viene a solucionar la mayoría de los problemas; un mecanismo que no podría solucionar la papeleta en este caso. En la práctica, dependerá de la

manifestación del emprendedor y de la aceptación o no por parte del acreedor embargante. Una situación de precario equilibrio que dará lugar a no pocas tensiones y discusiones en sede judicial. Todo ello sin perjuicio de que la vivienda habitual, no como concepto jurídico, sino como realidad fáctica, es absolutamente mutable, a veces incluso de manera muy ágil, lo que llevaría a una adaptación registral. Y esta circunstancia está sólo prevista, como luego veremos, para las enajenaciones, pero no para el cambio de vivienda habitual por un empresario entre varias de su propiedad. Quedaría siempre en manos del empresario el ir al Registro a señalar el cambio de vivienda habitual, pero con la tranquilidad, o la incertidumbre, de que el legislador no ha previsto la sanción para el caso de no hacerlo. Una sanción que habría de pasar en todo caso por la pérdida del beneficio.

2. El alcance de la limitación: trescientos mil euros

Para beneficiarse de la limitación de la responsabilidad, la vivienda habitual del deudor no debe superar los 300.000 euros de valor. Excepcionalmente, cuando se trate de viviendas situadas en poblaciones de más de un millón de habitantes, se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior. Tal sería el caso de ciudades como Madrid o Barcelona, cuyo valor se supone más alto y que, ciertamente lo es, pero no con exclusividad. El valor de los inmuebles en ciudades que no alcanzan el millón de habitantes, como San Sebastián, Ibiza, Bilbao o Pamplona o ciudades cercanas a esos núcleos de población superiores al millón de habitantes no se vería beneficiado por ese coeficiente, que parece diseñado a prisa y corriendo. La limitación de responsabilidad, como vemos, va reduciéndose a cada vez menos empresarios.

Tampoco se especifica si lo que debe encontrarse dentro de estos umbrales económicos es el inmueble en su conjunto o la participación que ostente el deudor. Esto, sin duda, es una torpeza del legislador, que ha previsto la circunstancia de que la vivienda habitual sea propia del deudor o común, pero no ha resuelto esta contingencia. Lo lógico sería entender que no debe alcanzar el límite el valor de la cuota del deudor. Pero ello nos llevaría, necesariamente, a un debate sobre los regímenes económicos matrimoniales, suscitando más preguntas que respuestas. La primera de ellas es muy sencilla: en el régimen de la sociedad de gananciales no hay cuotas, así que, por lógica, habría que aplicarlo al cincuenta por ciento (por ser ésta la regla general al dividir los bienes gananciales en la liquidación); ¿supone eso favorecer a los empresarios casados frente a los no casados y a los casados bajo regímenes de comunidad frente a los casados en regímenes de separación? No es, ni mucho menos, descabellado reconocer que son muchos los bienes gananciales pagados con dinero de uno solo de los cónyuges y que, sin embargo, tienen carácter ganancial. Es más, la protección del otro cónyuge es la razón que subyace en esta circunstancia y es el fundamento último de este régi-

men. Dos empresarios que han realizado el mismo esfuerzo económico para adquirir su vivienda habitual se encontrarían en una situación muy diferente según el carácter ganancial o no de ésta. De manera automática resultaría favorecido el empresario casado en gananciales al ser más posible que el cincuenta por ciento del valor de la vivienda no alcance los trescientos mil euros. O si se reduce la cuota sobre la propiedad, ¿debería acaso reducirse en el mismo porcentaje el límite máximo? Es decir, si ostenta el deudor la propiedad de la mitad de la vivienda, ¿el límite de los trescientos mil euros debería reducirse a la mitad? Otro interrogante sin respuesta. Razones de justicia material deberían llevarnos siempre a defender esta última interpretación.

Superar el límite previsto por la ley conlleva automáticamente la exclusión del beneficio, al no haber una desafección por tramos de valor. Tener una vivienda cuyo valor sea de trescientos mil diez euros tiene el tratamiento que residir en un *château* de seis millones de euros. No entendemos por qué no se ha optado por una desafección progresiva como, por ejemplo, hace el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones.

Sin embargo, el mayor problema lo presenta en realidad el criterio de valoración. De todos los posibles, el legislador ha escogido el más controvertido. Dice el artículo 8.2 LAEI que aquélla se realizará «*conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil*». El Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, establece en su artículo 10 que «*la base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda*». El concepto de valor real no coincide ni con el de valor declarado ni, en principio, con el de «*precio o contraprestación satisfecha*». Hecha esta aproximación negativa a su concepto, la correcta delimitación del mismo parte de establecer como premisa básica la ausencia de definición legal o reglamentaria. La jurisprudencia, por su parte, ha mantenido en la cuestión de la base imponible una posición ambigua y oscilante. Aunque sí está claro que la noción de valor real no coincide con la de valor catastral, por lo que la administración puede comprobar valores, aunque se hayan declarado por los interesados unos valores iguales o superiores a los catastrales; así resulta claramente del artículo 46.1 del Texto Refundido: «*la Administración podrá, en todo caso, comprobar el valor real de los bienes y derechos transmitidos o, en su caso, de la operación societaria o del acto jurídico documentado*». Dicha comprobación habrá de realizarse siempre por uno de los medios previstos en el artículo 57 de la Ley General Tributaria y siempre ha de estar debidamente motivada. Pese a ello, el Tribunal Supremo no ha llegado a configurar una doctrina uniforme y clara sobre el concepto de valor real. Predomina su consideración como valor de mercado al devengo, pero no faltan sentencias que lo equiparan al precio efectivamente satisfecho. Por su parte, la

jurisprudencia administrativa se ha mantenido en la indefinición del legislador al señalar que «la base imponible del impuesto no está constituida por el precio, sino por el valor de los bienes, de acuerdo con los artículos 10 y 46 del TR». Esta comprobación, como vemos, basada en el «podrá», absolutamente potestativa, no siendo una obligación ineludible de la Administración. De ahí la necesidad de su debida motivación, ya que su ejercicio no puede obedecer a un mero capricho, sino al indicio o sospecha de un ánimo defraudatorio. En nuestro análisis, por tanto, ese valor real se ha de identificar con el valor declarado en la transmisión. De nuevo, un gran interrogante: ¿ha de sufrir algún cambio en caso de una comprobación de valores por la Administración?, ¿podría perderse la inembargabilidad si como resultado de la comprobación el valor fuera superior al límite legal?, ¿qué ocurriría si entre tanto (recordemos que la prescripción de la acción comprobatoria se produce a los cuatro años ex artículo 66 LGT) se hubieran contraído deudas?, ¿podría alegar el deudor limitación de responsabilidad de la que gozó mientras estuvo inscrita? Todo ello sin olvidar que, al existir un límite fijo establecido por la ley, será habitual ver a las partes declarar valores por debajo de ese límite con el ánimo de acogerse al beneficio, aumentando así el fraude fiscal y, por consiguiente, las comprobaciones de valores y, como consecuencia final, inseguridad jurídica que planteábamos. Otra cuestión polémica se deriva de que el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas está cedido en su gestión y liquidación a las Comunidades Autónomas, encargadas de efectuar dicha comprobación. La elección de uno de los medios de comprobación previstos en la Ley General Tributaria es discrecional por cada administración competente. En la práctica notarial observamos que el sistema de comprobación difiere en cada Comunidad Autónoma y que consecuentemente los valores no resultan idénticos según se aplique uno u otro medio. Esas pequeñas diferencias, debido a lo inferior y rígido que es el límite de los 300.000 euros se antojan decisivas para gozar o no de la limitación de responsabilidad. ¿Van a acabar todas estas comprobaciones en una tasación pericial contradictoria? ¿No son acaso todos estos problemas un freno al posible interés de esta figura?

Además de lo expuesto, no podemos dejar de criticar la opción que ha tomado el legislador por la «base imponible». El impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas se caracteriza por establecer deducciones en la base imponible realmente restrictivas. Sólo son deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes que, o aparecen directamente establecidas sobre los mismos o, teniendo naturaleza perpetua, temporal o redimible, les afecten directamente. Es decir, cargas de naturaleza real que el Reglamento del Impuesto especifica en su artículo 37 de la siguiente manera: «*serán deducibles las cargas que, como los censos y las pensiones, disminuyen realmente el capital o valor de los bienes transmitidos sin que merezcan tal consideración las cargas que constituyan obligación personal del adquirente ni aquéllas que puedan suponer una minoración en el precio a satisfacer, pero no una disminución del valor de lo transmitido, aunque se hallen garantizadas con prenda o hipoteca*». También aclara que «únicamente

serán deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas, aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca». ¿Tan difícil era hacer referencia a la base liquidable en lugar de a la base imponible? ¿Es que acaso el legislador considera justo reducir la base a efectos de pagar el impuesto, pero no a efectos de beneficiarse de una limitación de responsabilidad? ¿Y por qué, no es el fundamento el mismo? Preferiríamos pensar que esto no es otro descuido infantil del legislador, pero cualquier atisbo de esperanza que pudiera quedarnos a estas alturas está condenado a apagarse.

3. La oponibilidad de la limitación: las deudas afectadas

El artículo 9.1 LAEI establece los requisitos para la oponibilidad a terceros de «*la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional*»; en el artículo 7 también se hace referencia a las deudas «*traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional*». Obligaciones que pueden nacer de este tráfico tanto pueden ser contractuales, incluidas por supuesto, y extracontractuales, por lo menos no excluidas. Y todas éstas deben ser posteriores en su nacimiento a la inscripción de la no sujeción del inmueble en el Registro de la Propiedad. De estas deudas, la Disposición Adicional Primera LAEI excluye «*las deudas de derecho público de las que resulte titular el emprendedor de responsabilidad limitada para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en el Real Decreto-legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*». En este caso, la Administración podrá desarrollar las actuaciones de cobro establecidas en la normativa indicada con la especialidad de que, si entre los bienes embargados se encontrase la vivienda habitual del ERL, su ejecución será posible solo si no se conocen otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente y susceptibles de realización inmediata y cuando entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material del procedimiento de enajenación medie un plazo mínimo de dos años.

Sin embargo, el artículo 9.3 LAEI dispone que «*salvo que los acreedores prestaren su consentimiento expresamente, subsistirá la responsabilidad universal del deudor por las deudas contraídas con anterioridad a su inmatriculación en el Registro Mercantil como emprendedor individual de responsabilidad limitada*». Es decir, prevé expresamente la posibilidad de redención de la vivienda habitual por los acreedores para deudas anteriores al acceso al Registro de su condición de ERL. Una llamada del legislador al buen hacer y entender de los acreedores.

El artículo 9.3 nos pone también sobre la pista de la fecha. Aquí se especifica claramente que las deudas deben ser anteriores a la inmatriculación en el Regis-

tro. Lo amplía el artículo 10.3 diciendo que el registrador de la Propiedad habrá de denegar la anotación preventiva del embargo trabado sobre el bien no sujeto, con la única excepción de que del mandamiento «resultare» que se trata de deudas no empresariales o profesionales, o que éstas estuvieren contraídas con anterioridad a la inscripción de la limitación de responsabilidad o que fueren tributarias o de la Seguridad Social. Es decir, lo determinante es la fecha de nacimiento de la deuda, no la fecha de la traba. Las deudas anteriores a la inscripción, en cuyos procedimientos de ejecución se embarguen bienes con posterioridad a aquélla, no se verán afectadas por la limitación de la responsabilidad. Cuestión diferente es que del propio mandamiento no «resultare» alguna de estas condiciones, como podría ser el caso del carácter personal o empresarial de la deuda.

4. Las formalidades de la limitación: inscripciones registrales

La limitación de la responsabilidad prevista, o, más bien, la limitada exclusión de la vivienda habitual, conlleva la asunción de una serie de compromisos ineludibles para operar como garantía frente a los acreedores. Estos requisitos formales se basan en la necesidad de dar publicidad registral, además de la publicidad material que luego veremos, a la condición de ERL. El instrumento básico de dicha publicidad es la inscripción del ERL en el Registro Mercantil, que deviene obligatoria para gozar de la exclusión estudiada. Y no sólo porque el artículo 10.1 LAEI disponga que «la condición de emprendedor de responsabilidad limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio», sino también porque el artículo 19.2 del Código de Comercio nos recuerda que si el comerciante no estuviera inscrito no podría pedir la inscripción de ningún otro documento ni aprovecharse de los efectos legales del Registro.

Del tenor literal del artículo 10.1, pero también de la regulación que se desprende del articulado de la LAEI, podemos extraer que esta inscripción registral no es como todas las demás, esto es, declarativa. La condición de ERL «se adquirirá» con la inscripción en el Registro. Es decir, no sólo se erige como la única inscripción de comerciantes obligatoria, salvo lo dispuesto en el Código de Comercio sobre el naviero, sino que además es la primera inscripción taumatúrgica: será ERL cuando se inscriba en el Registro, por obra y gracia de la propia inscripción.

Además de las circunstancias ordinarias de la inscripción en el Registro Mercantil, dice el artículo 9.1, ésta contendrá una indicación del activo no afecto. Será título para inmatricular al ERL el acta notarial que se presentará obligatoriamente por el notario de manera telemática en el mismo día o siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil o la instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente a dicho Registro. Con-

forme al artículo 10 LAEI, inmatriculado el ERL, el registrador Mercantil expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al registrador de la Propiedad de forma inmediata, siempre dentro del mismo día hábil, para su constancia en el asiento de inscripción de la vivienda habitual de aquel emprendedor. En la hoja abierta al bien inmueble el Registrador de la Propiedad inscribirá su no sujeción a las resultas del tráfico empresarial o profesional. Y, a partir de entonces, el registrador denegará cualquier anotación preventiva del embargo trabado sobre la vivienda habitual no sujeta, con las excepciones que comentábamos *supra*.

En caso de enajenación de la vivienda habitual no sujeta, se extingue respecto de ella la no vinculación, pudiéndose trasladar, dice el artículo 10.4, la no afección a los bienes subrogados por nueva declaración de alta del interesado. Un precepto no muy acertado en su redacción porque subrogación, real entendemos, salvo que se trate de permuta de dos viviendas habituales será raro encontrarla. Consideramos que se refiere a la posibilidad de, repitiendo el proceso necesario, señalar una nueva vivienda habitual propiedad del empresario para que goce de la no sujeción.

5. La publicidad de la limitación: documentación y cuentas anuales

Además de la publicidad registral, la LAEI impone una publicidad material al ERL. Deberá hacer constar en toda su documentación, con expresión de los datos registrales, su condición de «Emprendedor de Responsabilidad Limitada» o mediante la adición a su nombre, apellidos y datos de identificación fiscal las siglas «ERL». Los términos exigidos son muy similares a los que examinábamos *supra* para la sociedad unipersonal, aunque aquí la redacción es más ambigua, pues sólo hace referencia a «toda su documentación». Esto se complementa con el mandato al Colegio de Registradores para que, bajo la supervisión del Ministerio de Justicia, mantenga un portal público de libre acceso en el que se divulgarán, sin coste para el usuario, los datos relativos a los emprendedores de responsabilidad limitada inmatriculados.

El emprendedor de responsabilidad limitada deberá formular las cuentas anuales correspondientes a su actividad empresarial o profesional (artículo 11 LAEI), de conformidad con lo previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Además estará obligado a presentarlas en el Registro Mercantil, una obligación que no alcanzaba antes a los empresarios individuales, ya que su inscripción no es obligatoria. Gozar del beneficio de exención de la vivienda habitual conlleva la asunción de la obligación de inscripción en el Registro Mercantil y, por consiguiente, de depósito de las cuentas anuales en el Registro del domicilio del depositante. Además, estará obligado, en su caso, a la auditoría de cuentas, según la remisión al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal. Impone la ley también que «transcurridos siete meses desde

el cierre del ejercicio social sin que se hayan depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil, el emprendedor perderá el beneficio de la limitación de responsabilidad en relación con las deudas contraídas con posterioridad al fin de ese plazo. Recuperará el beneficio en el momento de la presentación». Una dura sanción que impone la pérdida del beneficio, o más bien la suspensión mientras no se realice la presentación y que, resulta paradójico, no se ha recogido para otras obligaciones que asume el emprendedor de responsabilidad limitada: tales como la de publicidad de su condición en toda su documentación. Por último, se prevé la posibilidad, para los que tributen por el régimen de estimación objetiva, «la posibilidad de cumplir sus obligaciones contables y de depósito de cuentas mediante el cumplimiento de los deberes formales establecidos en su régimen fiscal y mediante el depósito de un modelo estandarizado de doble propósito, fiscal y mercantil, en los términos que se desarrollen reglamentariamente». Desarrollo reglamentario que, como no podía ser de otra manera, no ha llegado todavía.

6. La pérdida de la limitación: fraude y negligencia grave

Además de por la falta de depósito de las cuentas anuales, la LAEI ha previsto un caso de pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad. Dice el artículo 8.4 que «no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable». Resulta inteligente el designio del legislador de no definir qué ha de entenderse por fraude o negligencia grave, dejando su arbitrio a los jueces, bien al juez que por sentencia firme lo dictamine, bien al juez que califique como culpable al concursado. Aunque lo omita el articulado, habría que incluir estos casos entre las excepciones vistas del artículo 10.3, y sería un caso en que el registrador de la Propiedad podría, y debería, practicar la anotación preventiva de embargo sobre el bien exento de responsabilidad. No obstante, el precepto vuelve a suscitar enormes dudas. Si se acredita la negligencia grave del emprendedor, por ejemplo, en un proceso extrajudicial de reclamación de una deuda, queda claro que el demandante del mismo podrá dirigirse contra el bien excluido y que, respecto a dicho acreedor, no podrá el deudor acogerse al beneficio de limitación de responsabilidad. Si este bien no fuera finalmente ejecutado, ¿se mantendría el beneficio sobre el mismo? Es decir, ¿podría continuar disfrutando del beneficio frente a otros acreedores? ¿Es acaso la pérdida del beneficio por negligencia grave una sanción no sólo absoluta, sino también irrevocable y, lo que es peor, perpetua? Lo mismo ocurriría en caso de concurso cuando fuera el deudor calificado como culpable. Entendemos que el bien sería incluido en la masa activa y no gozaría de la exención. Pero si llegara a un acuerdo con los acreedores, vía convenio, y sus bienes no fueran realizados (recordemos que el fin último del concurso es la satisfacción ordenada de los acreedores

y que durante todo su articulado encontramos protegidas las medidas favorecedoras de la continuidad de la actividad del concursado), si, en definitiva, superase la situación concursal, ¿su vivienda habitual volvería a responder de las resultas del comercio? Esta pregunta se antoja aún más complicada de responder que la anterior, si cabe, toda vez que en la Ley Concursal no hay ni una sola mención al emprendedor de responsabilidad limitada. Y esta es otra circunstancia que acentúa nuestra sensación de que la figura que analizamos ha sido incluida aprisa y corriendo, sin la adecuada reflexión, haciéndole un hueco con calzador en el ordenamiento jurídico, pero sin dotarla de posición jurídica en el mismo: sin relacionarla con el resto de instituciones que lo conforman, abandonándola a su propia suerte. Ver al emprendedor a la deriva en el mar de medidas que pretenden «incentivar el emprendimiento» nos hace presagiar el más triste de los naufragios.

VIII. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

A modo de conclusión, ofreceremos una imagen breve de las técnicas de limitación de responsabilidad de los empresarios individuales en el Derecho comparado. La más destacable, sin ninguna duda, es la ofrecida por el Derecho francés. El empresario individual o *entrepreneur individuel* es la persona física que ejerce en nombre propio una actividad económica y que tiene la obligación de inscribirse en el *registre du commerce et des sociétés* y de llevar contabilidad, simplificada en ciertas ocasiones. Durante las últimas décadas se han observado movimientos legislativos tendentes a limitar su responsabilidad, inicialmente universal, por las deudas. Movimientos que culminaron en 2003, con la conocida *Loi Dutreil,* donde se planteaba la posibilidad de permitir al empresario individual declarar inembargable la vivienda habitual, pero que, conforme avanzó su tramitación parlamentaria y tal y como se consolidó en reformas posteriores, se extendió a todo el patrimonio inmobiliario no afecto a su actividad empresarial. Este beneficio era accesible para las personas físicas inscritas en el Registro mercantil y de sociedades y para los agricultores y profesionales. Dicha declaración debe hacerse mediante escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (y en el registro de publicidad legal correspondiente a su actividad, sea el mercantil y de empresas, o el del artesano o el de los agentes comerciales), para que surta efectos frente a terceros, pero sólo en cuanto a créditos posteriores. Exceptuados quedan, por supuesto, los créditos de la Administración, pero sólo si el empresario ha incumplido grave y reiteradamente sus obligaciones fiscales o si ha realizado maniobras fraudulentas. Tras la reforma operada en el año 2015, tal declaración no es siquiera necesaria cuando se trata de la vivienda habitual, que ha quedado declarada, *ex lege*, inembargable, para todos los comerciantes inscritos (así como artesanos, profesionales o agricultores). Por la vía de la declaración, por tanto, podrán hacerse inembargables los demás bienes inmuebles no afectos a la actividad comercial.

Sin perjuicio de ello, desde su inclusión en el año 2007, se ha venido utilizando en Francia la figura del *trust* o *fiducie*, operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto ellos, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios, quien(es) los mantienen separados de su propio patrimonio, actuando dentro de un objetivo determinado en provecho de uno o varios beneficiarios. Su revocación es libre desde su firma por el constituyente y sólo con el acuerdo del beneficiario desde que éste lo acepta. El esquema legal previsto para este contrato permite designar como beneficiarios al mismo constituyente o al fiduciario, que tienen que estar determinados o ser determinables por los elementos del contrato. Por otro lado, la figura del fiduciario inicialmente debía ser asumida por una persona jurídica, en la modalidad de la *fiducie-gestion,* pero desde el año 2008 pueden serlo también determinadas personas físicas, que siempre habrán de manifestar que actúan por cuenta del fiduciario, cuando así lo hagan. La principal característica de este contrato es la de constituirse un patrimonio separado al que van a pasar los bienes aportados, que no pasan a ser propiedad del fiduciario en ningún momento.

Pese a la existencia de semejantes posibilidades, en 2010 se ha creado en Francia la figura del empresario individual de responsabilidad limitada, que puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado sin necesidad de creación de una persona jurídica. Es más, puede constituir varios patrimonios de afectación para varias actividades, con el límite, claro está, de no poder incluir un mismo bien en diferentes patrimonios. Además del *entrepeneur individuel* pueden acudir a esta figura artesanos, agricultores, ganaderos, profesionales liberales, agentes comerciales, el *auto-entrepeneur,* microempresas o menores de edad debidamente representados y autorizados. Es obligatoria la constancia en el registro encargado de la publicidad legal del empresario individual o beneficiado. El régimen legal diferencia también, en los bienes adscritos, entre los necesarios para el ejercicio de la actividad y los que, a criterio del empresario, puedan utilizarse para ésta.

En Estados Unidos, a raíz de la figura texana de la *Homestead exemption law* de 26 de enero de 1839, se ha ido extendiendo al resto de Estados y desarrollando la figura de las *homestead exemptions*, en las que se permite la exclusión de la vivienda habitual de la agresión de los acreedores. Esta protección de la vivienda habitual, no ligada al deudor comerciante, sino otorgada a todos los deudores con carácter general, permite, con limitaciones, excluirla del poder coactivo de los acreedores. El alcance de la medida es diferente en cada Estado, existiendo algunos donde es absolutamente inembargable y otros donde la exención es sólo parcial, según determinados valores. En estos últimos, la cantidad obtenida tras la enajenación deberá ser suficiente para abonar al deudor la cantidad exenta.

El Código Civil italiano contempla la figura del fondo patrimonial, aplicable a todos los matrimonios, cualquiera que sea su régimen económico. Esta figura,

una vez constituida, mantiene su vigencia mientras subsista el matrimonio e incluso disuelto éste hasta si hay hijos menores de edad hasta que alcancen la mayor edad. Los cónyuges pueden crear un patrimonio separado que tiene por objeto satisfacer las necesidades de la familia, de manera que los bienes que formen parte de él sólo podrán ser embargados por deudas de esta naturaleza, además de los bienes personales del cónyuge deudor (y en este caso no es necesario hacer excusión en los bienes del fondo). La titularidad de los bienes del fondo puede ser de uno o de los dos cónyuges, siendo esto último lo que se presume, salvo pacto en contrario, en el acto de constitución. Consecuencia de su inclusión en el fondo es la restricción de su régimen de enajenación, que a partir de ese momento solo podrá ser llevada a cabo por ambos cónyuges, siendo necesaria, además, autorización judicial si hay hijos menores.

En Italia se ha extendido también la figura del *trust* en términos similares a los que hemos visto para los franceses, una figura que con carácter general está admitida en los ordenamientos anglosajones, pero no en los países del Civil Law, salvo las excepciones de Italia y Francia. En el resto, figuras semejantes podrían ser la fiducia *cum amico*, cuya admisibilidad ha sido objeto de discusión, por ejemplo, en España, pero que no viene a satisfacer de manera suficiente las expectativas del fiduciante, ya que, al no constituirse en un patrimonio separado, pasan a formar parte del patrimonio del fiduciario, corriendo la suerte de los demás bienes de éste, por ejemplo, en caso de insolvencia.

En definitiva, puede observarse cómo es una tónica general de los ordenamientos jurídicos comparados el considerar como un freno al emprendimiento la excesiva responsabilidad (universal, al fin y al cabo) de los empresarios. Las respuestas que en Derecho comparado se han ofrecido son más enérgicas y, sobre todo, más ágiles que la tímida y, como hemos visto, torpe regulación del emprendedor de responsabilidad limitada patrio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, Matilde: «Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado», en *Reseña Legislativa Española y Comparada*, número 23, 2015, pp. 329-346.

GARCÍA MANDALÓNIZ, Marta: «El emprendedor, ¿de responsabilidad limitada?», en *Un nuevo estatuto para el empresario individual,* Santiago HIERRO ANÍBARRO (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «El Estatuto civil del empresario individual», en *Un nuevo estatuto para el empresario individual,* Santiago HIERRO ANIBARRO (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: *La sociedad unipersonal en el derecho español*, La Ley, 2004.

HIERRO ANÍBARRO, Santiago: «La política legislativa del nuevo estatuto jurídico del empresario individual», en *Un nuevo estatuto para el empresario individual,* Santiago HIERRO ANÍBARRO (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

LÓPEZ AHUMADA, J. Eduardo: «El fenómeno de laboralización y expansión del trabajo autónomo: la atracción del empresario individual por el Derecho del Trabajo», en *Un nuevo estatuto para el empresario individual,* Santiago HIERRO ANÍBARRO (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Inscripción del empresario individual en el Registro Mercantil», en *Un nuevo estatuto para el empresario individual,* Santiago HIERRO ANÍBARRO (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

ZABALETA DÍAZ, Marta: «El régimen jurídico del empresario individual en el Derecho comparado», en *Un nuevo estatuto para el empresario individual,* Santiago HIERRO ANÍBARRO (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

(Trabajo recibido el 11/10/2017
y aceptado para su publicación el 15/12/2017)

CAPÍTULO II: LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR: COMUNIDAD DE BIENES, SOCIEDAD CIVIL Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN

La empresa familiar puede constituirse utilizando los diversos instrumentos jurídicos que el ordenamiento español ofrece a los operadores jurídicos. Así puede valerse para este fin de figuras jurídicas civiles, como la comunidad de bienes y la sociedad civil; o mercantiles, como las cuentas en participación. El presente estudio se va a centrar, precisamente, en el análisis de tales figuras jurídicas.

Palabras clave: empresa familiar, comunidad de bienes, sociedad civil, cuentas en participación, préstamos participativos.

CHAPTER II: ORGANIZING FAMILY-OWNED BUSINESSES: JOINT OWNERSHIPS, GENERAL PARTNERSHIPS, AND JOINT VENTURE STOCKHOLDINGS

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Untenured Doctoral Lecturer in Civil Law. UCM

ABSTRACT

Family-owned businesses can be incorporated using the various legal instruments offered by the Spanish legal system to economic operators. It is thus possible to make use of such civil law legal concepts as joint ownerships and general partnerships; or business law options such as joint venture stockholdings. The present study focuses, precisely, on the analysis of these legal concepts.

Keywords: family-owned business, joint ownerships, general partnerships, joint venture stockholdings, equity loans.

SUMARIO: I.—Consideraciones previas. II.—Comunidad de bienes. 1.—Concepto, fundamento y constitución jurídica. 2.—Constitución de la comunidad de bienes. 3.—Tipos de comunidad. 4.—Diferencias entre la comunidad de bienes y la sociedad civil. 5.—Régimen jurídico de la comunidad de bienes. 5.1.—Principios rectores de la comunidad de bienes. 5.2.—Los sujetos de la comunidad de bienes. 5.3.—El objeto de la comunidad de bienes. 5.4.—La cuota de la comunidad de bienes. 6.—El contenido de la situación de comunidad de bienes. 6.1.—El uso o utilización de la cosa común. 6.2.—La obligación de contribuir a los gastos de conservación. 6.3.—La administración de la cosa común: actos de alteración, de disposición y de administración y disfrute de la cosa. 7.—La extinción de la comunidad. La acción de división. 7.1.—Formas de practicar la división de la cosa común. 7.2.—La posición de los acreedores y cesionarios. 7.3.—La indivisibilidad de la cosa común. 7.4.—Efectos de la división de la cosa común. III.—El contrato de sociedad. 1.—Consideraciones previas. 2.—Concepto y caracteres. 3.—Naturaleza. 4.—La constitución de la sociedad civil. 4.1.—La existencia de un fondo común. 4.2.—El fin o ánimo de lucro. El lucro partible. 4.3.—La intención de constituir la sociedad o *affectio societatis*. 5.—Clases de sociedades. 5.1.—Sociedades civiles y mercantiles. 6.—Estructura del contrato de sociedad. 6.1.—Elementos personales. 6.2.—Elementos reales. Objeto. 6.3.—Elemento formal. 7.—El contenido del contrato de sociedad. 7.1.—Obligaciones de los socios entre sí o con la sociedad. 7.1.1.—Las aportaciones. 7.1.2.—El cobro de los créditos. 7.1.3.—Reintegros y responsabilidades. 7.2. Obligaciones de la sociedad con los socios. 7.3.—Derechos de los socios de asociarse con tercero. 7.4.—La administración de la sociedad. 7.5.—La distribución de las pérdidas y las ganancias. 7.6.—Obligaciones de los socios o la sociedad con terceros. 8.—La condición de socio. La cuota social. 9. La responsabilidad de la sociedad y de los socios. 10.—La extinción y liquidación de la sociedad. IV.—Las cuentas en participación. 4.1.—Concepto y caracteres. 4.2.—Naturaleza jurídica. 4.3.—Régimen jurídico de las cuentas en participación. 4.3.1.—Elementos personales. 4.3.2.—Elementos reales. 4.3.3.—Elementos formales. 4.4.—Contenido del contrato de cuenta en participación. 4.4.1.—Relaciones jurídicas internas. 4.4.2.—Relaciones jurídicas externas. 4.5. Extinción. V.—Otras formas de constitución de la empresa familiar: la compañía familiar gallega. VI.—Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El tejido empresarial y económico español está configurado en su mayoría por empresas familiares —PYMES— y, en especial, las que adoptan formas societarias.

En una aproximación económica, SÁNCHEZ RUIZ nos recuerda el modelo de tres círculos de la empresa familiar formulada a finales de los noventa por GERSICK, DAVIS, HAMPTON y LANSBERG. Así, en el círculo de la familia se contiene aquellos sujetos que son miembros de ésta, pero que al mismo tiempo pueden o no ser socios, directivos o trabajadores de la empresa familiar. En el círculo de la propiedad se integran los socios-titulares de las partes sociales, quienes, en principio, pueden ser o no miembros de la familia, y a la vez pueden ostentar o no cargos de administración y dirección de la empresa; en este ámbito es esencial determinar el reparto del capital que suele estar mayoritariamente en manos de la familia, que ejerce el control de la sociedad o grupo familiar; y, por último, en el círculo de la empresa donde deben resolverse cuestiones tales como la estructura organizativa de la gestión o administración, los requisitos para el acceso a cargos de gestión o funciones ejecutivas por parte de los miembros de la familia, las relaciones con los administradores que no son familiares, ni socios, así como las condiciones para la incorporación a puestos de trabajo de los miembros de la familia[1].

Desde un punto de vista jurídico, VICENT CHULIÁ distingue entre empresa familiar de titularidad individual —como comunidad de trabajo no asalariado que se desenvuelve en actividades que exigen poca inversión— y empresa familiar de

[1] SÁNCHEZ RUIZ, M.: «Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares», *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar,* coordinadora Mercedes Sánchez Ruiz, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 16-17.

titularidad societaria —sociedad familiar y grupo de sociedades— en la que se engloba el régimen jurídico de las principales formas jurídicas adoptadas por las empresas familiares[2]. Por su parte, GARRIDO DE PALMA destaca tres características de la empresa familiar: a) La propiedad de la empresa se encuentra en manos de familiares en la medida suficiente para atribuir la capacidad de decisión en los asuntos más relevantes; b) Existe una unidad de decisión y dirección en la que participan los miembros de la familia; y c) Actúa con vocación de continuidad «un nexo de unión del presente con el futuro por la vía de la dirección y gestión familiar de la empresa»[3].

En este contexto carece el ordenamiento español de un concepto de empresa familiar. No obstante, en el preámbulo del Real Decreto-Ley 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se describen las sociedades familiares en sentido amplio como «aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenece total o parcialmente a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí». Si bien, no faltan en la doctrina definiciones de lo que representa la empresa familiar. PÉREZ FADÓN entiende por empresa familiar «aquella cuyo patrimonio o capital pertenece a una persona o grupo de personas unidas por matrimonio o por lazos de parentesco, que además intervienen directa y efectivamente en la dirección de la misma». Así pues, los caracteres definitorios de la «empresa familiar» son: «que se trata de una empresa, lo que excluye la simple tenencia de bienes o derechos; que sea propie-

---

[2] VICENT CHULIÁ, F.: «Organización jurídica de la sociedad familiar», *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero,* t. V, McGraw Hill, Madrid 2002, pp. 4537-4538.

[3] GARRIDO DE PALMA, V.: «La familia empresaria ante el Derecho», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, T. IV*, coordinadores Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 64-67. Asimismo, SERRANO GÓMEZ, E.: «Los protocolos familiares», *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 339-341, señala como características de esta modalidad empresarial las siguientes: «1. La titularidad de la empresa corresponde a un mismo grupo familiar, de tal manera que, a medida que pasa el tiempo y aumenta el número de miembros, son más las ramas familiares propietarias que se ven involucradas directamente en el funcionamiento empresarial. Se trata de un grupo familiar con vínculos de parentesco que pueden ser consanguíneos, por afinidad y, por supuesto, por adopción; 2. La familia interviene directamente en la gestión de la empresa y en las resoluciones referidas a la misma. En este sentido, la empresa familiar se caracteriza porque la toma de decisiones no recae en sujetos ajenos a la familia, sino que es precisamente ésta la que decide qué postura adoptar ante cada supuesto que se plantee; 3. Existe una marcada implicación de los miembros de la familia en los avatares y circunstancias que pueda atravesar la empresa familiar, ya que existe una conexión directa y fluida entre el estado de la familia y lo que sucede en el seno de la empresa; 4. Los puestos directivos están principalmente ocupados por miembros de la familia; 5. El fundador o fundadores pretenden que la empresa se transmita de generación en generación y que la marca empresarial sea reconocida cada vez más con el paso del tiempo; 6. Suelen ser empresas que otorgan una mayor protección a sus trabajadores, lo cuales suelen sentirse satisfechos con la tarea que desarrollan y gozan de mayores prestaciones asistenciales que la media, lo que propicia que habitualmente permanezca gran parte de su vida laboral en la misma empresa; y, 7. Están mejor orientadas al mercado y su adaptabilidad a los vaivenes económicos es más fácil».

dad de una persona o grupo de personas ligadas por matrimonio o parentesco y que, además, se ocupen de dirigirla»[4]. Por su parte, CALVO MEIJIDE la conceptúa como «aquella organización integrada por un conjunto patrimonial de bienes y derechos y por unas relaciones jurídicas de muy diversa índole y, de forma especial, por las relaciones de trabajo, entendido todo ello como una unidad organizativa de producción, destinada por el empresario al ejercicio y desarrollo de una actividad mercantil, industrial, comercial o de prestación de servicios, con el fin de obtener un lucro, asumiendo el empresario la responsabilidad derivada de su actividad mercantil»[5]. En todo caso, como indica FERNÁNDEZ TRESGUERRES, «no es su dimensión —PYME o gran empresa— ni su forma —empresario individual, sociedad de personas o de capital— la nota que define a este tipo de empresas. Desde una perspectiva positiva hay que estar a un elemento subjetivo determinante y envolvente para definirla: la cualidad de las personas que ostentan la propiedad de la empresa»[6].

Efectivamente, en la conceptuación de la empresa familiar el eje central viene representado por el control de la familia en todo lo que representa la gestión y dirección de la empresa y, asimismo, la vocación de continuidad como elemento esencial o configurador de la empresa familiar[7].

Sobre tales bases, el principio general aplicable en la elección de la forma de una empresa familiar es el de la libertad. Las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico en relación con la estructura no quedan reservadas al ámbito del Derecho Mercantil, sino que las empresas pueden también elegir formas propias del Derecho Civil. Así, respecto a las primeras, debe atenderse a la clásica distinción entre sociedades mercantiles personalistas —en las que los socios responden personalmente de las deudas sociales (artículos 127 y 237 del Código de Comercio)— y las sociedades de capital, fundamentalmente por la clara ventaja para el socio de la limitación de su responsabilidad por las deudas sociales al no responder personalmente. El Real Decreto-Ley 1/2010, del 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, señala como sociedades de este tipo la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones (artículo 1.1). Respecto a las formas propias del Derecho Civil, hay que destacar la sociedad civil (artículos 1665 a 1708 del Código Civil), la comunidad de bienes, e incluso acogerse a figuras

---

[4] PÉREZ FADÓN, J. J.: *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 18.

[5] CALVO MEIJIDE, A.: «Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos», *Actualidad Civil 2001-4*, p. 1261.

[6] FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A.: *Transmisión «mortis causa» de la condición de socio*, Thomson Aranzadi, Pamplona 2008, p. 119.

[7] ROCA JUNYENT, M.: «La empresa familiar en el ordenamiento interno y comunitario», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* t. IV, coordinadores Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005, p. 31.

generales como empresario individual, persona física. Lógicamente, la forma que finalmente adopte la empresa dependerá, entre otros factores, de los fines concretos que persiga, de la financiación de la que disponga o de los riesgos que pretendan asumir. Como indica RODRÍGUEZ ARTIGAS, «lo cierto es que cualquiera de los tipos sociales existentes sirve a la sociedad familiar: me refiero a la sociedad anónima, a la sociedad de responsabilidad limitada o a la sociedad comanditaria o, incluso, a las cuentas de participación»[8].

De las formas societarias descritas, las elegidas de forma mayoritaria son las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada frente a la sociedad colectiva o comanditaria simple. Si bien, entre las sociedades de capital, la forma social predominante es la sociedad de responsabilidad limitada, entre otros aspectos, por su flexibilidad, lo que permite adaptar la forma social a cada realidad empresarial y, en su caso, a la familiar; asimismo por la posibilidad de incluir la desigualdad de voto como la restricción en la transmisión de la condición de socio, o la regulación y reconocimiento expreso de la separación de socios y porque en los estatutos se pueden incluir aspectos relacionados con la transmisión de participaciones que no pueden darse en la sociedad anónima, o en fin, se puede convenir la existencia de participaciones sin voto con el objeto de poder disponer de recursos ajenos sin disminución del control familiar. Esta idoneidad objetiva del régimen de la sociedad limitada la tuvo en cuenta el legislador cuando aprobó la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada de Nueva Empresa. Pues, además de la creación en nuestro ordenamiento de un subtipo de sociedad limitada como es la Sociedad Limitada de Nueva Empresa, también se introdujo modificaciones al régimen general de la Sociedad Limitada. Así, por ejemplo, las mencionadas participaciones sin voto o la regulación de la adquisición de participaciones propias. También se aprovechó para modificar diversos preceptos del Código Civil (artículos 1056.2, 1271 y 1406.2) relativos al régimen económico matrimonial y al Derecho de Sucesiones; y en su Disposición Final segunda, apartado tercero, estableció una habilitación expresa para la regulación reglamentaria de la publicidad de los protocolos familiares, «*así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción*». En aplicación de tal habilitación se aprobó el mencionado Real Decreto-Ley 171/2007. Actualmente, este subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada se regula en los artículos 434 a 454 de la Ley de Sociedades de Capital.

En este contexto, al constituir la empresa familiar, se pueden utilizar cualquiera de los instrumentos jurídicos que el ordenamiento español pone en manos de los operadores jurídicos, entre éstos hay que destacar los que se contienen en el

[8] RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: «La empresa familiar y las reformas de la Ley de Sociedades Limitadas», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* t. IV, coordinadores Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005, p. 389.

ámbito civil; la comunidad de bienes y la sociedad civil; y en el ámbito mercantil: las cuentas en participaciones y los préstamos participativos, entre otros. Estos últimos los define MARTÍNEZ GUTIÉRREZ como «la facultad reconocida al acreedor de participar en los beneficios obtenidos por la empresa deudora»; y, asimismo, precisa que «cuando este préstamo se instrumente a través de un título-valor, y la deudora es la sociedad, se llega a una situación híbrida entre una acción y una obligación. En efecto, se asemeja a la primera porque participa de los beneficios de la entidad, mientras que se asemeja a la segunda porque tiene la naturaleza de un empréstito y el derecho al cobro de interés»[9]. Por su parte, QUESADA GONZÁLEZ señala acertadamente que «la realidad nos muestra que en la actualidad comunidad y sociedad son dos formas de agruparse, con regulación legal distinta, con las que se puede realizar una actividad económica rentable, beneficiosa o productiva. Los interesados pueden elegir una u otra en función de las reglas a las que prefieran quedar sometidos». Y añade: «otra cosa es que para el desarrollo de actividades empresariales sea mucho más adecuada la sociedad que la comunidad de bienes. Mas impedir que las partes constituyan comunidad de bienes con fines empresariales en lugar de sociedades sería necesaria la intervención del legislador»[10]. Por tanto, la elección de uno u otro instrumento jurídico para la organización del patrimonio familiar o empresarial requiere un proceso de análisis y adaptación a la realidad empresarial y familiar que se pretende constituir y a los fines que se persiguen.

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar en las tres primeras figuras jurídicas indicadas —comunidad de bienes, sociedad civil y cuentas en participación— y en alguna institución foral, como la compañía familiar gallega.

II. COMUNIDAD DE BIENES

1. Concepto, fundamento y constitución jurídica

La comunidad de bienes representa una de las posibles opciones jurídicas que el ordenamiento ofrece para la constitución de un patrimonio familiar y/o empresarial. Tiene lugar cuando la titularidad de una cosa o derecho pertenece simul-

---

[9] MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á.: «Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles», *Lecciones de Derecho Mercantil*, coordinadores Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y Alberto DÍAZ MORENO, Tecnos, Madrid, 2015, p. 539, quien, asimismo, señala que el origen de estos tipos de préstamos se contienen en el artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, sobre reconversión de empresas; si bien, su regulación actual se contiene en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.

[10] QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C.: «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinadores generales Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, t. I, *Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión, persona jurídica y patrimonio*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 308.

táneamente a varias personas en *pro indiviso*[11]. Se trata de un supuesto de cotitularidad en la que exista una titularidad común sobre una cosa o derecho por varios sujetos[12]. Destaca MIQUEL GONZÁLEZ que la situación de comunidad responde a «un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad»[13]. Por su parte, ARANA DE LA FUENTE entiende que el Código Civil, aparte de la titularidad exclusiva, regula también la titularidad compartida, es decir, los supuestos de pluralidad de sujetos o cotitularidad de un derecho subjetivo y añade que la comunidad de bienes es «una categoría genérica que puede referirse a múltiples tipos de relaciones jurídicas»[14]. Asimismo, LACRUZ BERDEJO sostiene que la comunidad de bienes en general es «la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho en cosas ajenas», pues, por definición, el derecho en cosa ajena no es objeto de propiedad»[15]. El artículo 392.1 del Código Civil señala que hay comunidad *«cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece en pro indiviso a varias personas»*. A continuación, en su apartado 2, establece que *«a falta de contratos o disposiciones especiales se regirá la comunidad por las prescripciones de este título»*[16]. MIQUEL GONZÁLEZ señala en relación a este precepto que «en su primer párrafo este artículo define la comunidad de bienes y en el segundo establece el ámbito de aplicación de las normas del título que encabeza y no su carácter supletorio»; asimismo, manifiesta que «la definición legal parte de la unidad del derecho y de su atribución a varias personas, por tanto, ni de la

---

[11] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. III, director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 3235; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *Curso de Derecho Civil*, t. III, Derechos reales, coordinador Pedro DE PABLO CONTRERAS, reimpresión actualizada de la 4.ª edición, Colex, Madrid, 2016, p. 173.

[12] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: «La comunidad de bienes en el derecho español», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 28.

[13] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, t. I, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 1067.

[14] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *Código Civil comentado,* vol. I, directores Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016, p. 1577.

[15] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. III, Derechos reales, vol. II, tercera edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO, Dykinson, Madrid, 2009, p. 363.

[16] Señala LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos Reales. Derechos reales e hipotecarios*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 35, que «acierta en lo fundamental el artículo 392 al considerar la comunidad como género de las situaciones de cotitularidad y en configurar a la copropiedad como una especie concreta de dicho género».

En el ámbito del derecho foral se regula las situaciones de comunidad y la comunidad ordinaria indivisa en los artículos 551-1 a 552-12 del Código Civil catalán; las Leyes 370 a 392 del Fuero Nuevo de Navarra regula las comunidades de bienes y derechos; y en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, dedica los artículos 56 a 63 a los montes vecinales en mano común; los artículos 65 a 67 a las comunidades en materia de aguas; los artículos 71 a 74 a las agras y los vilares; y los artículos 157 a 162 a la compañía familiar gallega.

concurrencia sobre un mismo objeto de una pluralidad de derechos ni de la unidad del sujeto al que se atribuye el derecho en comunidad (no hay personalidad jurídica)»[17].

El prototipo de comunidad de bienes recae en derecho de propiedad, pero nada impide la existencia de una cotitularidad sobre otros derechos reales sobre cosa ajena. Así, la comunidad de bienes puede tener lugar sobre el derecho de propiedad —copropiedad— o bien sobre un derecho real limitado —usufructo (artículos 469 y 521 del Código Civil), servidumbres (artículo 531 del Código Civil) e hipoteca— y también sobre derechos de crédito —créditos indivisibles mancomunados—[18]. ARANA DE LA FUENTE define la comunidad «como la situación que existe cuando la titularidad del derecho de propiedad o de otro derecho pertenece en *pro indiviso* a varias personas. Lo que determina el nacimiento de la comunidad es, en suma, la pertenencia de un mismo derecho a varios sujetos»[19]. Advierten DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que también hay comunidad de bienes «cuando lo que se encuentra en cotitularidad no es un derecho subjetivo aislado, sino un patrimonio o un conjunto de bienes o una masa patrimonial (herencia al que concurren varios herederos)»[20]. Por su parte, ECHEVARRÍA SUMMERS señala como caracteres de la comunidad de bienes: «a) La existencia de una pluralidad de sujetos frente a un único objeto; b) La asignación a cada uno de los comuneros de una cuota o parte alícuota sobre la cosa o derecho, de la que podrá disponer libremente (…); c) La posibilidad de salir en cualquier momento del estado de indivisión mediante el ejercicio de la «*actio communi dividundo*» (…); d) La falta de personalidad jurídica, puesto que la comunidad se configura como una titularidad fraccionada y no como una unidad jurídica que absorba a todos los comuneros»[21].

Sobre tales bases no habrá comunidad en el caso de concurrir sobre un mismo objeto varios derechos heterogéneos pertenecientes a distintos titulares. Tampoco entran en el concepto legal de comunidad de bienes los supuestos de comunidad dividida o *pro indiviso* —titularidad separada de una parte de las facultades que

---

[17] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1066-1067.

[18] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 174; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, t. I, vol. III, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 67; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1578; MIQUEL GONZÁLEZ J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 2, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid 1986, p. 22.

[19] ARANA DE LA FUENTE I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1578.

[20] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 67.

[21] ECHEVARRÍA SUMMERS, FCO.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil,* coordinador Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2009, pp. 547-548. Asimismo, *vid*. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 1994 (RJ 1994/912).

integran el contenido del derecho de propiedad—[22]. Se habla de cotitularidad, copropiedad, condueños, o copartícipes.

En este contexto el párrafo segundo del artículo 392 del Código Civil establece el régimen jurídico al que se somete la comunidad. Así ésta se regirá por el contrato o disposición especial aplicable y, en defecto de ambos, por las disposiciones contenidas en los artículos 393 a 406 del Código Civil[23]. En todo caso, como precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «la aplicación supletoria de estos preceptos debe hacerse respetando el modelo de comunidad que ha establecido bien la voluntad de los intervinientes, bien las disposiciones legales aplicables preferentemente»[24]. Por lo que, existiendo pactos, la comunidad se regirá por lo pactado, siempre que los pactos no sean contrarios a las normas imperativas contenidas en los artículos 398.3. 400, 403 y 405 del Código Civil. Se reconoce la constitución de una comunidad por medio de contratos, distinguiéndose de la comunidad nacida de forma incidental[25]. Ahora bien, faltando acuerdos, o en lo que éstos no prevean o sean nulos por ser contrarios a las reglas imperativas, se aplicarán los artículos 392 a 406 del Código Civil, salvo que se trate de alguno de los diversos tipos de comunidad regulados por disposiciones especiales.

2. Constitución de la comunidad de bienes

El Código Civil no establece modos específicos de constitución de la comunidad, sino que se constituye por los modos de adquisición de los derechos reales; por lo que para que exista comunidad basta con que varios sujetos adquieran el mismo derecho[26]. MARTÍNEZ DE AGUIRRE precisa que esto quiere decir que «un contrato por el que varias personas se obligan a constituir una comunidad sobre un bien determinado no genera por sí sola la comunidad sobre un bien, sino que también es preciso realizar, en cumplimiento de ese contrato, los actos que de acuerdo con el sistema de adquisición y transmisión de los derechos en nuestro Ordenamiento tengan precisamente esa consecuencia»[27]. Sobre la base de lo establecido en el artículo 392.2 del Código Civil la comunidad puede tener lugar como consecuencia de un negocio jurídico o bien por imponerlo la ley directamente. La

---

[22] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3235.

[23] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 52-53.

[24] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 174.

[25] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en el derecho español*, *op. cit.,* p. 193; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1071-1072; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1579; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 3241-3242.

[26] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1069; del mismo autor, Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 33; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1583.

[27] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 178.

primera será una comunidad de bienes de origen voluntario o negocial cuyo nacimiento no deriva solo del contrato, sino que resulta necesario que se efectúen las correspondientes y recíprocas transmisiones de cuotas sobre el bien o bienes que constituyen la comunidad[28]. MIQUEL GONZÁLEZ afirma que la comunidad es el resultado de atribuciones patrimoniales, si bien, «no hay ningún contrato de comunidad, o al menor, no hay contrato que pueda quedar perfilado por los requisitos causales por la regulación de la comunidad de bienes (…). El contrato al que se refiere el artículo 392.2 es muy discutible que sea un contrato creador de una comunidad de bienes, regida en todo caso por las disposiciones de la comunidad, pero desde luego es muy claro que tal contrato no está regulado por las disposiciones de la comunidad, que no regulan un contrato de comunidad en ningún momento»[29].

Por el contrario, la comunidad de origen legal o incidental tiene su razón de ser en que es la norma legal la que atribuye la titularidad de un mismo derecho a una o varias personas —por ejemplo, la de los herederos respecto de los bienes hereditarios[30].

Ahora bien, se ha discutido en la doctrina si es posible el llamado contrato de comunicación de bienes. Para LOIS PUENTE no hay impedimento legal para admitirlo, pues, a su juicio, está explícitamente aceptado por el artículo 392.2 del Código Civil, que posibilita que pueda haber contratos que regulen la comunidad de bienes y ordena tal precepto que a tales contratos se deba atender para su reglamentación[31], por lo que varias personas pueden acordar poner en común bienes para usarlos, disfrutarlos y conservarlos en común, o bien intentar, como señala el citado autor, incrementarlos negociando con ellos y que tal puesta en común genere una comunidad[32].

3. Tipos de comunidad

La posibilidad de organizar la situación de comunidad responde a dos modelos: a) comunidad romana, ordinaria o por cuotas; b) comunidad germánica o en mano común.

---

[28] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1583; MIQUEL GONZÁLEZ J. M.ª, «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1069; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p 69.

[29] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 33.

[30] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1583; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 69.

[31] LOIS PUENTE, J. M.: «Los patrimonios indivisos en el Derecho común español y en la Ley Gallega de Derecho Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinadores generales Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, t. I, *Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión, persona jurídica y patrimonio*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 322-323.

[32] LOIS PUENTE J. M.: «Los patrimonios indivisos en el Derecho común español y en la Ley Gallega de Derecho Civil», *op. cit.,* p. 322. Asimismo, en esta línea, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 33.

La comunidad romana se fundamenta en dar preminencia al derecho del individuo y conciben la comunidad como una situación incidental o transitoria. Se caracteriza porque el derecho sobre el que recae la comunidad se divide en cuotas ideales —expresada en fracciones o tantos por cientos— que se atribuyen a cada uno de los comuneros. Así, según el artículo 393 del Código Civil, la cuota sirve para determinar la participación del comunero en beneficios y cargas y con arreglo al artículo 399 del Código Civil, todo condueño tiene la plena propiedad sobre su parte y la de los frutos y utilidades que le corresponden, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla. Los comuneros pueden disponer libremente de su cuota, transmitirla a un tercero y salir así de la comunidad, del estado de indivisión. Asimismo, nadie está obligado a permanecer en comunidad, los comuneros pueden en cualquier momento ejercer la acción de división poniendo con ello fin a la situación de comunidad. El artículo 400 del Código Civil establece que cada comunero puede pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común[33].

A la comunidad romana se contrapone la comunidad germánica o en mano común en el que prevalece la comunidad, el grupo sobre el individuo. Se basa en una concepción colectiva y en la que no existen cuotas, sino que cada comunero tiene un derecho global sobre el bien, pues la propiedad pertenece a todos sin distinción de cuotas ideales entre los partícipes; si bien, el derecho sobre el todo está limitado por la presencia del derecho de propiedad de los demás comuneros. Al no haber cuotas, no hay posibilidad de vender, donar o permutar el derecho de propiedad y salir así de la comunidad. Por último, no se admite la posibilidad de división de la cosa común, no existe acción de división. Esta caracterización de la comunidad germánica responde a una situación estable y permanente de la propiedad frente al carácter transitorio de la comunidad romana[34].

La comunidad de bienes regulada en los artículos 392 a 406 del Código Civil responde al modelo romano o por cuotas. Asimismo, el artículo 552.1-1 del Código Civil catalán establece que *«la comunidad ordinaria indivisa comporta la existencia de tantos derechos como cotitulares. El derecho de cada titular queda limitado por los derechos de los demás cotitulares»*. Ahora bien, como indica

---

[33] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1580; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3237; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 176; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos Reales*, *op. cit.,* p. 36.

[34] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1580; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3237; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 176; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos reales,* vol. II, 3.ª edición revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Dykinson, Madrid 2009, pp. 393 a 395; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos Reales*, *op. cit.,* p. 36.

LACRUZ BERDEJO[35] en nuestro derecho, hay una serie de figuras que se pueden reconducir al modelo germánico, así la sociedad de gananciales, pues la comunidad posganancial —disuelta y no liquidada— deja de estar regulada por las normas propias de la sociedad de gananciales y se aplica el régimen de comunidad por cuotas[36]; la comunidad de aprovechamientos de pastos, leñas y vecinales de montes (artículo 600 a 604 del Código Civil). Respecto de la comunidad hereditaria, faltan algunas de las notas de la comunidad germánica, puesto que los herederos puedan disponer de su parte libremente y pueden pedir la división de la herencia común, por lo que parece que la comunidad hereditaria no se ajusta al modelo de comunidad germánica, aunque comporte algunos de sus rasgos —la cotitularidad de un derecho hereditario en abstracto en cuanto que la cuota que pertenece a cada uno recae sobre el caudal hereditario, no sobre cada uno de los bienes que lo integran—[37], pues el coheredero está facultado para disponer de su cuota hereditaria global (artículo 1967 del Código Civil) que podrá ser objeto de anotación preventiva (artículo 46 de la LH); y ningún coheredero está obligado a permanecer en la comunidad hereditaria, de la que puede salir mediante el ejercicio de la acción de partición de la herencia (artículos 1051 y 1052 del Código Civil)[38]. De ahí que se califique a la comunidad hereditaria de comunidad incidental[39].

4. Diferencias entre la comunidad de bienes y la sociedad civil

El artículo 1665 del Código Civil dispone que *«la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias»*, por lo que la comunidad de origen voluntario puede presentar alguna similitud con la sociedad. Si bien, no cabe duda que existen diferencias en la forma de organizar un patrimonio, pues se trata de figuras diversas donde hay un patrimonio común de varias personas. MIQUEL GONZÁLEZ señala que la sociedad la define el Código Civil como contrato y la comunidad no. No obstante, aunque es posible constituir la comunidad

---

[35] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. III, Derechos reales, *op. cit.,* pp. 395 a 399.

[36] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005/1298); de 10 de junio de 2005 (RJ 2005/6491); de 10 de junio de 2010 (RJ 2010/5387); de 1 de julio de 2013 (RJ 2013/4637) y de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5895). Para ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1581, se rige por las normas de la comunidad ordinaria y la hereditaria.

[37] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1581-1582. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004/150).

[38] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1582.

[39] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3238; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 177.

como un contrato, no se entiende adquirida la copropiedad sino cuando se produce la entrega (artículo 609); mientras que la relación jurídica societaria tiene lugar cuando los socios prestan su consentimiento (artículo 1679 del Código Civil)[40]. Por otra parte, la sociedad es una agrupación de persona con personalidad jurídica, mientras que la comunidad de bienes carece de ella[41].

Ahora bien, la ley reconoce sociedades carentes de personalidad, habiendo puesto los socios bienes en común y se les aplica el régimen de comunidad de bienes (artículo 1669 del Código Civil), sin que la sociedad se convierta en comunidad, pues el citado artículo 1669 se limita a hacer remisión al régimen jurídico de la comunidad[42].

Por otra parte, la *affectio societatis* —voluntad de los socios o comuneros de explotar bienes con ánimo de lucro— determina la existencia de una sociedad y no de comunidad. Cuando los socios constituyen un patrimonio activo destinado a una explotación que permite obtener ganancias y distribuirlas entre los socios hay sociedad —carácter dinámico de la sociedad—. En cambio, en la comunidad el patrimonio puede permanecer inactivo o ser objeto de aprovechamiento estático, sin que exista un fin lucrativo[43].

Por lo que, desde tal perspectiva, se puede señalar que, cuando varias personas deciden mediante contrato crear una comunidad de bienes, estamos ante un contrato de sociedad, pero si está ausente alguno de los requisitos legales que caracterizan el contrato de sociedad —la obtención de lucro y el reparto de las ganancias— y falta la personalidad jurídica no estamos ante una sociedad, sino ante un contrato diferente que puede suponer una comunidad sobre bienes puestos en común[44]. No obstante, señala QUESADA GONZÁLEZ que «la realidad nos muestra que existen comunidades de bienes con un fin (entre otros) de lucro, que se dan a conocer en el tráfico con las siglas "C. B.", cuya constitución es incluso notarial, lo que me permite concluir que, en la actua-

---

[40] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1071; del mismo autor, «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 37.

[41] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3239.

[42] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1586; MIQUEL GONZÁLEZ J. M.ª, «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1070.

[43] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 175; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1586; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3240; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p 69; QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C.: El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», *op. cit.,* p. 269. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6470); de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1499); se crea un patrimonio comunitario para su aportación al tráfico comercial, con el fin principal y directo de obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles; y de 23 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8240).

[44] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 175.

lidad, comunidad y sociedad son dos formas de agruparse, con regulación legal distinta, con las que se puede realizar una actividad económica rentable, beneficiosa o productiva. Los interesados pueden elegir una u otra en función de las reglas a las que prefieran quedar sometidos»[45]. Quizá en la elección de una u otra figura influyen motivos fiscales. De solo tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto de Sociedades y también el hecho de ser más propicio para el desarrollo de una actividad empresarial —empresa familiar—, la sociedad civil que la comunidad de bienes[46].

En todo caso, afirma MIQUEL GONZÁLEZ, que el problema de la distinción entre comunidad y sociedad se agrava si se tiene un concepto de sociedad muy estricto, en la medida en que dejaría fuera de la regulación situaciones que quizá sean de difícil encaje en las reglas de comunidad. «Comunidad y sociedad no son dos figuras incompatibles. No sólo porque el pacto rija antes que las normas de la comunidad o sociedad, sino que lo que importa es determinar cuándo deben aplicarse las normas de comunidad y las de sociedad. El verdadero nudo del problema de la distinción reside en que se ha convenido un contrato entre los comuneros mediante aportaciones. En tal caso, si se trata de un contrato de sociedad o no, se aplicarán las reglas de la comunidad»[47].

Ciertamente, la comunidad y sociedad no son incompatibles, pues el artículo 1699.2 del Código Civil establece que se aplican las normas de la comunidad a las sociedades carentes de personalidad jurídica, sin que por ello deje de ser una sociedad y, asimismo, el artículo 392.2 del citado cuerpo legal establece que la regulación contenida en los artículos 392 a 406 solo rige «*a falta de contrato o disposiciones especiales*». Así, pues, la ley prevé la aplicación en ciertos supuestos de las normas de la comunidad como de la sociedad[48].

---

[45] QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C.: «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», *op. cit.,* pp. 271-272.

[46] GARCÍA-PITA y LASTRE J. L.: «Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el Derecho de sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio,* número 33, 2000, p. 160, señala al respecto que «el verdadero "boom" de las "C.Bs", que llegan incluso a presentarse como revestidas de ánimo de lucro, pueden tener su razón de ser en el deseo por parte de pequeños comerciantes que actúan en el tráfico de forma asociada de huir de las rígidas exigencias del Derecho Mercantil de sociedades con rigurosas imposiciones en materia de inscripción registral, de llevanza de una contabilidad ordenada y de depósitos y publicidad de las cuentas de ejercicio».

[47] MIQUEL GONZÁLEZ J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 39.

[48] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1587-1588; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3240. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1499), que señala que se ha de aplicar las reglas de la comunidad de bienes a los aspectos relativos a la titularidad; rigiéndose en lo relativo a los aspectos organizativos por las normas de la sociedad civil.

5. Régimen jurídico de la comunidad de bienes

5.1. Principios rectores de la comunidad de bienes

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS[49] sintetizan los principios rectores del régimen de comunidad de bienes, destacando los siguientes:

1. El principio de autonomía privada. La primera fuente por la que se rige la comunidad es por el acuerdo de las partes. Solo a falta de reglas voluntarias se aplica el régimen legal contenido en el Código Civil.

2. El principio de proporcionalidad. El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, es proporcional a sus respectivas cuotas que se presumen iguales (artículo 393 del Código Civil).

3. El principio democrático o mayoritario. Los acuerdos relativos a la administración y mejor disfrute de la cosa sigue el régimen de las mayorías, que no son mayorías de personas, sino de cuotas o intereses (artículo 398 del Código Civil).

4. El principio de libertad individual. Cada comunero puede poner fin a la comunidad, bien solicitando en cualquier momento que se divida la cosa común ejercitando la acción de división correspondiente (artículo 400 del Código Civil) o, asimismo, puede ceder, enajenar o gravar su cuota (artículo 399 del Código Civil) o finalmente puede renunciar a su cuota, liberándose o eximiéndose de determinadas obligaciones (artículo 395 del Código Civil).

5.2. Los sujetos de la comunidad de bienes

La situación de comunidad exige una pluralidad de personas —condueños, copropietario o comuneros—. Al menos han de ser dos, aunque no hay límite máximo en cuanto al número —el artículo 392 del Código Civil se refiere a «varias personas»—. Pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, tanto concurriendo entre sí, como unas con otras. No es preciso para las personas físicas que tengan capacidad de obrar plena para ser comunero —titular de los bienes en copropiedad—, sin perjuicio de necesitar actuar por medio de la representación legal, tratándose de menores o incapacitados, cuando quieran ejercer los derechos que tienen en comunidad[50].

---

[49] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* pp. 68-69; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* pp. 178-179; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1585.

[50] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1068; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1582-1583.

5.3. El objeto de la comunidad de bienes

El artículo 392.1 del Código Civil establece que es preciso que el derecho pertenezca a varios sujetos en *pro indiviso*. De forma que no hay comunidad cuando existen derechos diversos sobre un mismo objeto, ni tampoco cuando el objeto pertenece en *pro indiviso* a varias personas[51]. El objeto de la comunidad pueden ser objetos concretos o determinados, o un conjunto de cosas que forma una unidad física o una masa patrimonial o «*universitas iuris*» —herencia[52].

5.4. La cuota en la comunidad de bienes

La propiedad de los comuneros recae sobre la cosa entera, pero no es igual al del propietario exclusivo, pues está limitada por los derechos de los demás comuneros[53]. Ahora bien, cada comunero tiene una cuota ideal sobre la cosa que se ostenta en común, atribuyendo un derecho exclusivo. La cuota se expresa numéricamente y de manera ideal no material. No se alude a una porción material de la cosa, sino a una cuota ideal. La cuota-parte da la medida en que se limitan respectivamente los titulares en sus derechos sobre la cosa común[54]. Las cuotas se expresan habitualmente en tantos por cientos o en fracciones[55]. Supone una medida de la concurrencia de los derechos de los comuneros y la medida en que cada comunero participa en la propiedad de la cosa común[56]. Representan, asimismo, la determinación del ámbito de actuación autónoma de cada comunero en la comunidad de bienes y de quienes optan por conformar bajo esta forma jurídica el patrimonio familiar o empresarial.

La cuota-parte de cada comunero cumple, como señala ARANA DE LA FUENTE, una doble función: «por un lado, determina la magnitud de la parte que comprende a cada uno en cotitularidad, no sólo entre los comuneros, sino también frente a terceros (cuota de propiedad); y, por otro, opera como medida respecto de los derechos y deberes de los partícipes entre sí, es decir, en el marco de la relación obligatoria legal existente entre ellos (cuota de beneficios y cargas)»[57].

Por otra parte, la cuota permite determinar la participación de cada comunero en los beneficios, cargas y gastos de la comunidad —proporcional a sus respectivas cuotas (artículo 393 del Código Civil)—; para determinar el sistema de toma

---

[51] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1069.
[52] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1583.
[53] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3243; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1588.
[54] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3243.
[55] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 179.
[56] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3243.
[57] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1589.

de decisiones —por mayoría (artículo 398 del Código Civil)—; o para determinar las consecuencias de la división de la cosa común —se adjudican la cosa resultante de la división en proporción a sus respectivas cuotas (artículo 402 del Código Civil); o de su venta —se reparte en función de las cuotas los beneficios o el precio resultante de la venta (artículo 404 del Código Civil)[58].

De acuerdo con el artículo 393 del Código Civil, los comuneros participan en beneficios y cargas de igual forma que lo hacen en la cotitularidad sobre la cosa común, esto es, conforme a su cuota y en proporción a la misma, presumiendo la igualdad de las mismas[59].

Ahora bien, nada impide que los comuneros puedan acordar un reparto en beneficios y cargas que no sea proporcional a sus cuotas. En este sentido opera la doctrina mayoritaria al considerar que el citado artículo 393.1 del Código Civil admite prueba en contrario. Asimismo, precisa esta doctrina que atribuir a un condueño una cuota mayor en los beneficios y en las cargas a lo que le corresponde permite pensar en la constitución de una especie de usufructo[60]. En todo caso, si lo que se pacta es una mayor cuota en las cargas, se entiende que deja de ser una obligación *propter rem*, pues el exceso no depende de la titularidad de la cosa, sino del pacto[61].

En este contexto, la doctrina entiende por beneficios los rendimientos y utilidades que proporcionan la cosa común; como las que se derivan del uso, los frutos naturales, civiles e industriales; las accesiones, la indemnización del seguro concertado por los comuneros en previsión de la destrucción de la cosa común; la plusvalía que puede resultar de la venta de la cosa común, el resarcimiento ante el daño causado por un tercero en la cosa común y el derecho de voto en la toma de decisiones[62].

En cuanto a las cargas, se consideran obligaciones *propter rem* por venir determinadas por la titularidad del derecho real que conlleva la consideración de

---

[58] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 179.

[59] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3244. *Vid.* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1989 (RJ 1989/94); de 18 de julio de 1990 (RJ 1990/5948); de 26 de marzo de 1991 (RJ 1991/2448) y de 30 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6076); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 17 de noviembre de 1998 (Ac 1998/7855); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17, de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003/107606); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14, de 22 de noviembre de 2005 (JUR 2006/9277); y de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, de 10 de enero de 2008 (JUR 2008/125846).

[60] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1590; PÉREZ CONESA C.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3244.

[61] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1073.

[62] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1590; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3245; ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 547.

deudor de los comuneros. ARANA DE LA FUENTE las define como «todas aquellas obligaciones que recaen sobre los comuneros como consecuencia de ser titulares del derecho real de propiedad u otro derecho real sobre la cosa común»[63]. En el término carga se puede entender comprendidos: los pactos de conservación de la cosa común (artículo 395 del Código Civil); los de administración aprobados por mayoría (artículo 398 del Código Civil); los pactos de mejora derivados de obras realizadas en la cosa común y que sean consentidas (artículo 397 del Código Civil); los impuestos, el reconocimiento de daños causados por la cosa común[64].

Si un comunero realiza gastos en la cosa común por encima de lo que le corresponde no supone un aumento de su cuota, sino que tendrá un derecho de reembolso frente a los demás por la parte que le corresponde. Como consecuencia de las cargas asumidas por todos los comuneros, la responsabilidad de éstos frente a terceros no será solidaria, sino que cada uno responde en proporción a su cuota, por su parte[65].

Ahora bien, el artículo 395 del Código Civil permite a todo comunero liberarse de su obligación de soportar los gastos o cargas renunciando «*a la parte que le pertenece en el dominio*». Por su parte, el artículo 393.2 del Código Civil establece una presunción *iuris tantum* de igualdad de las cuotas[66]. Para MIQUEL GONZÁLEZ no estamos ante una presunción, sino ante una regla de interpretación, cuando se trate de adquisiciones por negocio jurídico *inter vivos* a título oneroso de los que resulta la comunidad, como es el caso de una compra conjunta de un bien por varios sujetos[67].

Si las partes —comuneros— no establecen nada en el contrato de adquisición del bien, se presume que lo han hecho de forma igualitaria y todos tienen la misma cuota en copropiedad. Si la copropiedad tiene lugar con respecto a un negocio jurídico gratuito, como la donación o sucesión *mortis causa*, el donante será el que determine la cuota de participación de los donatarios (artículo 637.1 del Código Civil); y cuando se adquiere a título de herederos, si el testador no expresa la parte en que sucede cada uno, lo harán por partes iguales (artículo 765 del Código Civil). En caso de comunidad legal, la extensión de las cuotas será la que determine la norma y, si no se establece nada al respecto, se presumen iguales. Cuando la comunidad de bienes tiene lugar por la mezcla o confusión de dos cosas de

---

[63] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1591.

[64] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1591; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3245; ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 547; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 41

[65] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1591; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3245.

[66] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1592.

[67] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 393 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1074.

igual o diferente especie pertenecientes a diferentes propietarios —accesión mobiliaria (mezcla, confusión o conmixtión)—, cada uno de ellos adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponde, teniendo en cuenta el valor de las cosas mezcladas o confundidas (artículo 381 del Código Civil).

En este contexto, respecto al derecho de cada comunero en relación con su cuota, el artículo 399 del Código Civil dispone que *«todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir a otro en el aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad»*. Este precepto viene a consagrar el derecho individual que corresponde a cada comunero sobre su cuota, que puede enajenarla, cederla o gravarla sin que ello afecte a la cosa común y sin que necesite el consentimiento de los demás comuneros, ni éstos puedan oponerse. No obstante, se reconoce a los demás comuneros un derecho de retracto contemplado en el artículo 1522 del Código Civil —retracto de comuneros—[68]. Estos actos dispositivos pueden provenir tanto de negocios jurídicos *inter vivos* gratuitos u onerosos, o *mortis causa*[69]. Asimismo, tiene el comunero la plena propiedad sobre los frutos y utilidades que le correspondan, cuyo reparto está sometido al correspondiente acuerdo mayoritario —se trata de un acto de administración y mejor disfrute de la cosa, como analizaremos (artículo 398 del Código Civil).

No obstante, esta libre disposición de la cosa está sujeta a algún límite, en concreto se refiere el citado precepto a los derechos personales, aludiendo con esta expresión tanto a derechos de crédito como a derechos reales intransmisibles —el derecho de uso o habitación (artículo 525 del Código Civil)—[70]. Y también a la prohibición de disponer que haya impuesto el donante (artículo 637.1 del Código Civil).

Ahora bien, el adquirente de la cuota enajenada por un comunero se integra en la comunidad como un comunero más y participa de los beneficios y de las cargas de la cosa común. Si bien, no está obligado a respetar los compromisos adquiridos en sus relaciones personales por el comunero enajenante, salvo que así lo hubiera aceptado expresamente[71].

Además de la enajenación de la cuota o cesión plena de la misma, puede tener lugar la cesión limitada de la cuota, esto es, como precisa PÉREZ CONESA, «a lo que se atribuya al comunero en la división de la cosa común o que enajene una

---

[68] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18, 22 de abril de 2004 (JUR 2004/247537).

[69] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 399 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1619.

[70] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *et al*., *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 379, precisa que los derechos personales son los personalísimos o intransmisibles.

[71] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 399 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3281.

porción material determinada del objeto siempre que la misma le sea atribuida tras la división»[72]. En este caso el adquirente no ingresa en la comunidad, simplemente adquiere un derecho a que se le entregue lo pactado —bien sea a lo que le corresponda en la división o bien sea una porción material concreta de la cosa— una vez tenga lugar la división; si bien podrá concurrir a ésta u oponerse a la que se verifique sin su consentimiento en los términos previstos en el artículo 403 del Código Civil, como analizaremos en este estudio. También, como establece el artículo 399 del Código Civil, cualquier comunero puede ceder el aprovechamiento de su parte y ser sustituido en el mismo por otra persona; lo que se cede es el derecho al aprovechamiento de la cuota durante el tiempo pactado, por lo que no se convierte en comunero.

Por otra parte, cualquiera de los comuneros puede constituir gravámenes sobre su cuota. El artículo 399 del Código Civil alude a la hipoteca, que tendrá una eficacia limitada a lo que se adjudique al comunero en la división. Si bien, el acreedor hipotecario podrá concurrir a la división de la cosa común u oponerse a la que se verifique sin su concurso (artículo 403 del Código Civil).

Finalmente, el citado artículo 399 del Código Civil se refiere a la plena propiedad que tiene el comunero sobre los frutos y utilidades que produce la cosa común. Por frutos se entiende los naturales, civiles e industriales; y por utilidades «las accesiones, el tesoro, los derechos de suscripción preferente de acciones, el importe de un traspaso, etc.»[73].

Ahora bien, ningún comunero puede apropiarse de frutos concretos, pues no tiene derecho a una parte material y determinada de los mismos. Para que cada comunero adquiera la parte que le corresponde de tales frutos se ha de dividir entre ellos, esto es, proceder a su distribución proporcional a su cuota mediante el correspondiente acuerdo mayoritario. MIQUEL GONZÁLEZ entiende al respecto que «cada condueño tendrá la plena propiedad de los frutos y utilidades que le correspondan, pero está sometido a los acuerdos de la mayoría sobre administración, por lo que pueden existir, además de pactos, acuerdos sobre el modo de proceder a la recogida y reparto de los mismos» y añade: «cada condueño tiene derecho a frutos en especie, pero se trata de un importe neto, esto es, después de descontar los gastos y ningún condueño tiene derecho a una parte determinada de los frutos, sino que se requiere su partición, del mismo modo que sucede con la cosa común; para adquirir la propiedad exclusiva sobre una parte determinada, un partícipe no puede apropiarse por eso de frutos determinados»[74].

---

[72] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 399 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3282. En esta línea, ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 399 del Código Civil», *op. cit.,* p. 560; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 75.

[73] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 399 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1622.

[74] MIQUEL GONZÁLEZ J. M.ª: «Comentario al artículo 399 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1099-1100. Asimismo, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L.: *et al*., *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 372 y

6. El contenido de la situación de comunidad de bienes

6.1. El uso o utilización de la cosa común

En la comunidad de bienes, además de las facultades que se atribuyen sobre su cuota como propietario de la misma (artículo 399 del Código Civil), existen otras que se pueden ejercitar directamente sobre la cosa común. El artículo 394 del Código Civil establece al respecto que *«cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su destino»*. Representa el uso de la cosa común y los beneficios que de la misma se pueden derivar para los integrantes del patrimonio empresarial o familiar un aspecto esencial en la conformación de esta figura jurídica. Se vienen a consagrar el uso solidario de la cosa o derecho común en los términos y con los límites que fija el propio precepto[75]. El uso no se sujeta a la medida de la cuota, no se impone el criterio de la cuota para determinar el alcance de la facultad de uso atribuida a cada uno de los partícipes, sino que cualquiera de los comuneros puede utilizar la totalidad de la cosa común con independencia de la cuota que tengan en la comunidad. Por lo que la facultad de uso de cada cotitular o comunero es igual que la que correspondería al titular exclusivo, si bien con los límites que fija el propio artículo 394 del Código Civil[76]. Si se respeta por todos los comuneros el uso de la cosa común que corresponde a cada comunero, el uso de la misma que exceda de su cuota —viene usando más que los demás, aunque tal uso fuera incompatible con el de los otros— no se considera uso ilícito, o sin justificación, o sin causa, por lo que no determina una acción de responsabilidad —resarcimiento del daño— o de enriquecimiento injusto; y, además, los demás comuneros no pueden oponerse a tal uso, salvo que vulnere un acuerdo de uso, o se le haya requerido para que cese en el uso[77]. No obstante, hay casos donde es necesario tener en consideración la cuota que corresponde a cada uno de los comuneros y acordar el uso de la cosa común, cuando no es posible el uso solida-

---

la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.ª, de 25 de septiembre de 2003 (JUR 2006/24330).

[75] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1075; ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 548. *Vid.* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 1991 (RJ 1001/2437).

[76] *Vid*. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/6085); de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007/3096); de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2964); y de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/555).

[77] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1075; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1594; PÉREZ CONESA C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3248. *Vid.* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/555) que, en todo caso, señala que se le requerirá por el comunero lesionado por uso incompatible con su derecho.

rio porque la propia naturaleza de la cosa impide la posibilidad de usarla todos de forma simultánea y directa la cosa común[78].

Ahora bien, las partes pueden pactar sobre el uso de la cosa común; tales pactos se incluyen en «*la administración y mejor disfrute de la cosa común*» (artículo 398 del Código Civil) y podrán adoptarse con el consentimiento de los comuneros que representen la mayoría de las cuotas[79]. Se puede pactar un reparto del uso por turnos, acordando determinados períodos temporales —por turnos—, o por zonas[80]. Todo ello cuando no resulte posible un uso simultáneo por los comuneros o, en su caso, aconsejable; por lo que, en esencia, con estos acuerdos se evitan usos conflictivos. Estos pactos o acuerdos tienen que respetar los límites que fija el artículo 394 del Código Civil —no impedir a ningún comunero utilizar la cosa según su derecho y no perjudicar el interés de la comunidad—. Si se excede con el uso el tiempo acordado, usando la cosa, el comunero puede ser considerado precarista[81]. Por otra parte, si lo que se pretende es atribuir el uso de la cosa común con carácter permanente a uno de los comuneros, haciendo inviable el uso de los demás, se requerirá el acuerdo unánime de todos los comuneros, al implicar una alteración del derecho al uso de todos ellos[82]. En este contexto, los comuneros son poseedores, si bien no tienen una posesión exclusiva, sino limitada por la concurrencia de los demás comuneros; el uso de la cosa determina la posesión de la misma (artículo 445 y 450 del Código Civil). Los comuneros son coposeedores en concepto de dueño de la cosa común. Si uno de los comuneros tiene el uso de la cosa, los demás son poseedores mediatos. Sobre tales bases, la posesión ganada por un copropietario aprovecha a

---

[78] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 548. *Vid.* también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 1996 (RJ 1996/1994).

[79] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1593; ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 549; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 38. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8853) y de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/555).

[80] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1076; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 38, que, asimismo, señala que en otros casos, si la cosa lo permite, «pueden adoptarse criterios de reparto espacial: ocupación por parte de los comuneros de la planta baja del chalé, mientras otros ocupan las superiores o viviendas adyacentes»; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 3248 y 3249, quien precisa que lo más conveniente es que los comuneros convengan una utilización sucesiva del bien común por periodo de tiempos similares. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5895) y las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 8 de mayo de 2015 (JUR 2015/166687), uso alternativo entre comuneros; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, de 21 de marzo de 2016 (JUR 2016/255812), uso por turnos.

[81] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1077; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3249.

[82] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 180; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1593-1594; ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 549.

los demás, de manera que es suficiente con que uno de los comuneros haya poseído *ad usucapionem* para que cualquiera de los comuneros pueda hacer valer la usucapión frente al verdadero dueño (artículo 1933 del Código Civil), así como la interrupción respecto de uno perjudica a los demás. En cambio, no es posible la usucapión entre comuneros, ya que «su posesión no es propia ni personal, sino que lo hace en representación y provecho de la comunidad»[83].

El uso de la cosa común está sometido a los límites señalados en el artículo 394 del Código Civil. El primero de tales límites es el uso conforme al destino de la cosa común: para la doctrina el destino de la cosa común será el que las partes hayan acordado; y el que deriva de la propia naturaleza de la cosa; o los usos del tráfico[84]. Si la naturaleza de la cosa común permite varios destinos, salvo que se haya acordado uno por mayoría de los comuneros al ser un acto de administración, el uso se considera lícito cuando respete cualquiera de los destinos[85]. Asimismo, otro límite es que no perjudique el interés de la comunidad. Señala ARANA DE LA FUENTE que por interés de la comunidad ha de entenderse «el conjunto de comuneros, es decir, la suma de los intereses de los comuneros»[86]. Este límite tiene por finalidad la protección del interés general de la comunidad en el caso que pueda entrar en colisión con el interés particular de alguno de los comuneros[87]. Se trata de una cuestión de hecho que los tribunales habrán de determinar en cada caso. Finalmente, no se ha de impedir a los comuneros servirse de la cosa común. Así cada comunero debe respetar la facultad de uso de los comuneros y no poseer de forma exclusiva frente a éstos. Un uso extralimitado o que resulte excesivo y que impida la utilización de la cosa común por los demás comuneros es, además de ilegítimo, contrario al interés de la comunidad[88].

En todo caso, la vulneración de cualquiera de los límites expuestos convierten al uso de la cosa común por parte de cualquiera de los comuneros en ilegítima y posibilita que se pueda ejercitar frente al infractor las acciones judiciales oportunas, incluidas las posesorias[89].

---

[83] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 550. *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9991) y de 27 de abril de 2011 (RJ 2011/3719).

[84] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en el derecho español*, *op. cit.,* p. 232; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1595; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3250. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 1968 (RJ 1968/648).

[85] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1076; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1595.

[86] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1595.

[87] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3251.

[88] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3251.

[89] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1595; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3252. Asimismo, *vid.*

Ahora bien, el artículo 394 del Código Civil establece que cualquiera de los comuneros está legitimado para ejercitar acciones en defensa de la cosa común frente a terceros. No resulta necesaria una actuación judicial conjunta de todos los comuneros, por lo que no es necesario el requisito procesal del litisconsorcio activo necesario, ni tampoco es necesario que el comunero defienda judicialmente la comunidad ostentando la representación de los demás para ello[90]. Pueden actuar por vía de acción, excepción o por reconvención[91]. No se precisa que en la demanda se haga constar que se actúa en nombre e interés de la comunidad, sino que se demuestra que no se hace en beneficio exclusivo, pues se debe actuar en interés o beneficio de la comunidad, salvo que se pruebe que se actúa en interés exclusivo del actor o de la minoría de los comuneros[92]; no obstante, ninguno de los comuneros se debe oponer a la actuación individual de un comunero, pues, si se opone, el que litiga, entonces carece de legitimación activa al no actuar en interés de la comunidad[93]. Ahora bien, la sentencia que se pronuncie a favor del comunero litigante beneficia a todos; y, asimismo, la resolución judicial desfavorable no les perjudica, pues no tiene efectos frente a los comuneros que no fueron parte en el proceso, salvo que hubiera estado representado por el comunero litigante, y, por tanto, lo hubieran consentido. Al respecto, no podrá alegarse la excepción de cosa juzgada respecto de los comuneros que no participaron en el pleito[94].

En cuanto a la legitimación pasiva, al carecer la comunidad de personalidad jurídica, el tercero que ejercita acciones contra la comunidad de bienes tendrá que demandar a todos los comuneros en una suerte de litisconsorcio pasivo necesario[95].

---

las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6977); y de 29 de julio de 2013 (RJ 2013/8425); y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 21 de mayo de 1993 (RJ 1993/4065).

[90] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3252; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 39; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *et al*., *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 374. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8472); de 14 de marzo de 1994 (RJ 1994/1779) y de 10 de abril de 2003 (RJ 2003/3701).

[91] *Vid*. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2003 (RJ 2003/1047).

[92] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9194) y de 13 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8237).

[93] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1077; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* pp. 72-73. *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 2001 (RJ 2001/6675) y de 16 de octubre de 2014 (RJ 2014/6896).

[94] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3252; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1077.

[95] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1597; ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 394 del Código Civil», *op. cit.,* p. 549; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 376. *Vid*., asimismo, las sentencias

6.2. La obligación de contribuir a los gastos de conservación

Los comuneros están obligados a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común sin necesidad de acuerdo de la mayoría (artículo 395 del Código Civil). Aquel comunero que no quiera cumplir con este deber puede eximirse de hacerlo renunciando a su cuota, en cuyo caso la porción renunciada acrece a los demás comuneros en proporción a sus respectivas cuotas.

El artículo 395 del Código Civil, además, legitima a cualquier comunero para actuar por sí solo en la conservación de la cosa común, ya que tal forma de actuación se hace en interés de la comunidad (artículo 394 del Código Civil).

La contribución a estos gastos viene determinada por la cuota —proporcional a sus respectivas cuotas (artículo 393 del Código Civil)— y es una obligación que no necesita acuerdo de los comuneros para su realización, pues, pertenece a la categoría de obligaciones *propter rem*[96]. No obstante, se puede convenir un reparto desigual en la forma de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, si bien habrá de acordarse por la mayoría de los comuneros.

Como señala MIQUEL GONZÁLEZ, la conservación de la cosa común «es una facultad individual. Cada uno de los comuneros está facultado para adoptar las medidas de conservación necesarias, sin que sea preciso obtener un acuerdo de la mayoría y además está legitimado para exigir a sus compañeros la contribución que a cada uno corresponda conforme al artículo 393» y añade que «cada partícipe puede realizar con independencia de la voluntad de los demás su interés en la conservación en la cosa común, por ello legitima para actuar por sí solo y para exigir de los demás la contribución a los gastos necesarios para ella»[97].

La conservación no está sujeta a la voluntad de la mayoría de los comuneros, sino que es una facultad individual de cada uno de éstos. De forma que cualquiera puede preferir no realizarlos con el correspondiente deterioro que puede sufrir la cosa y, asimismo, ningún comunero puede impedir que otro pueda ejercitar por sí mismo actos de conservación de la cosa común. ARANA DE LA FUENTE considera como gastos de conservación «aquellos que resultan necesarios para el mantenimiento del destino de la cosa común, excluyendo los que pueden resultar simplemente útiles u oportunos»[98]. Por su parte, PÉREZ CONESA incluye dentro del concepto de gastos de conservación «no sólo los gastos necesarios de mantenimiento, sino también los de reparación para que la cosa común no se destruya

---

del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993/3723) y de 13 de mayo de 2005 (RJ 2005/6375).

[96] LACRUZ BERDEJO. J. L.: *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 376; ECHEVARRÍA SUMMERS, FCO.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 550.

[97] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1078.

[98] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1598.

o perezca como consecuencia de su deterioro»[99]. Igualmente, MIQUEL GONZÁLEZ manifiesta al respecto que «no se trata solo de gastos necesarios para que la cosa no se deteriore o perezca físicamente, sino también de aquellos necesarios para mantenerla productiva o, en una palabra, al servicio del destino al que está afectada»[100]. Por lo que debe reputarse gastos de conservación los necesarios para mantener la cosa en condiciones de servir al destino al que la cosa está afectada y tendentes a evitar el deterioro o destrucción de la cosa.

Sobre tales bases, hay que señalar que el artículo 395 del Código Civil concede a todos los copropietarios o comuneros el derecho a obligar a los demás a realizar tales gastos sin necesidad de acuerdo. Este derecho de conservación está representado en el derecho individual de cada comunero de exigir a los demás el deber de contribuir a los gastos ordinarios y de conservación de la cosa común. Si un comunero asume la realización de obras de conservación y reparación de la cosa común, los gastos que se deriven de tales obras podrán ser objeto de reclamación a los otros comuneros mediante una acción de reembolso. Lo cierto es que los comuneros están obligados a contribuir a tales gastos de conservación de la cosa común desde que adquieren la condición de copartícipe; y en todo caso, desde que son requeridos para el que los haya ejecutado[101].

Ahora bien, en principio todos están obligados a contribuir a tales gastos de conservación en proporción a sus cuotas, que se presumen iguales. Si se diera el caso que uno de los comuneros ha usado de la cosa común en exclusiva no podrá exigir a los demás la parte proporcional que les correspondía en el importe de tales gastos, pues conllevaría un enriquecimiento injusto o un ejercicio abusivo del derecho[102].

Por otra parte, si la cosa se ha transmitido a un tercero por parte de uno de los comuneros, dicha transmisión no conlleva la asunción por aquél de la obligación de contribuir a los gastos de conservación, salvo que el comunero —acreedores— consienta el cambio de deudor —asunción de deuda— (artículo 1205 del Código Civil)[103].

En este contexto hay que precisar que no queda incluido en la partida de gastos de conservación los gastos útiles o para el mejor disfrute de la cosa que tienen por

---

[99] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3256.

[100] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1079.

[101] *Vid*., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 1993 (RJ 1003/6743).

[102] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1598; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3255. Asimismo, *vid*. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2001 (RJ 2001/1469).

[103] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1598.

finalidad el aumento de valor o utilidad de la cosa, pues éstos no pueden llevarse a cabo sin el acuerdo mayoritario de los demás comuneros al ser un acto de administración ordinaria[104]. Asimismo, los gastos de puro lujo o recreo o suntuarios que están destinados al embellecimiento de la cosa, al ser actos de administración extraordinaria, requieren en este caso el acuerdo unánime de los comuneros[105].

Hemos señalado en líneas precedentes que la obligación de contribuir a los gastos de conservación se puede extinguir para cualquier comunero, si éste renuncia a su derecho, adquiriendo los demás copartícipes su parte —acrece a los demás (artículo 395.2 del Código Civil)—. Se trata de una renuncia liberatoria que exime al comunero de contribuir a los gastos de conservación[106]. ARANA DE LA FUENTE señala que la renuncia liberatoria es «un negocio unilateral que no requiere el consentimiento de los demás comuneros. Si se exigiera, nos hallaríamos ante una dación en pago de deudas»[107]. En cuanto a la renuncia del comunero a su derecho en la comunidad de bienes, aunque tiene eficacia *ipso iure*, para la mayoría de la doctrina resulta necesario, asimismo, que aquélla llegue a conocimiento del resto de los comuneros, de ahí su eficacia recepticia y la posibilidad de revocación antes que sea comunicada a los comuneros[108]. Esta renuncia puede realizarse en cualquier momento y puede tener lugar de forma expresa o tácita (*facta concludentia*); si bien, debe ser clara precisa e inequívoca[109]. Ahora bien, no opera la renuncia, tanto si se pactó la irrenunciabilidad como si el comunero que pretende renunciar a su cuota hubiera aceptado el acuerdo sobre los gastos de conservación[110]. La renuncia comporta que la cuota-parte del comunero renunciante acrece a los demás de forma proporcional, asumiendo los gastos de la parte acrecida en la misma forma.

6.3. La administración de la cosa común: actos de alteración, de disposición y de administración y disfrute de la cosa

Esencial supone la forma de gestionar el patrimonio común en el que puede constituirse el patrimonio familiar o empresarial. Así, el Código Civil, en relación con los actos de alternación de la cosa común, exige la unanimidad de los comu-

---

[104] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1079.

[105] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 550.

[106] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al*., *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 377, habla de renuncia justamente calificada de abdicativa por la jurisprudencia.

[107] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1599.

[108] *Vid.,* por todos, ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1599.

[109] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3258; ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 551.

[110] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en el derecho español*, *op. cit.,* pp. 253-254; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1600.

neros, aunque tal alteración beneficie a todos (artículo 397 del Código Civil); y con respecto a la administración y disfrute de la cosa, el acuerdo de la mayoría de las cuotas (artículo 398 del Código Civil). Ciertamente, los actos de alteración suponen una modificación en la sustancia o forma esencial de la cosa, mientras que los actos de administración son los relativos a la gestión ordinaria de la cosa.

Centrándonos en los actos de alteración de la cosa común, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria interpreta la expresión en sentido amplio, comprensiva tanto de las alteraciones materiales como las alteraciones jurídicas[111]. Si bien no faltan autores que consideran que el artículo 397 del Código Civil solo hace referencia a las alteraciones materiales[112]. Han de ser modificaciones sustanciales de la propia estructura de la cosa común, pues si se trata de alteraciones necesarias para el buen fin de los actos de conservación o reparación de la cosa no necesitan de ningún acuerdo de los comuneros; o, si se orientan tales alteraciones a favorecer el uso, procurando un mejor disfrute de la cosa, requerirán en este caso del acuerdo mayoritario de los comuneros[113]. Por lo que tales alteraciones sustanciales requieren consentimiento unánime[114] y la exigencia de este consentimiento unánime de los comuneros para tales alteraciones sustanciales de la cosa común determinan que la falta de unanimidad conlleve la nulidad del acuerdo adoptado a petición de cualquiera de los comuneros[115]; la posibilidad de solicitar la suspensión de la alteración o la retirada de la ya realizada y la reposición de las cosas a su primitivo estado, aunque resulten ventaja para todos[116]; o como precisa ARANA DE LA FUENTE, hacer suya la parte correspondiente a la obra, sin el deber de abonar los gastos (artículo 362 del Código Civil)[117].

---

[111] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 557; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3268, quien además precisa que alteración material «es un cambio que afecta al estado físico de la cosa común y su configuración. Supone una modificación en las características, la esencia o la forma de una cosa». *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1998 (RJ 1998/6446), de 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9689) y de 12 de noviembre de 2009 (RJ 2009/98).

[112] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1088-1089. Para LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 40, por «alteraciones de la cosa común» deben entenderse las modificaciones de carácter material de la cosa».

[113] En esta línea, ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1609.

[114] *Vid*. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8041) y de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012/5576) y las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 13 de marzo de 1999 (AC 1999/4191); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 14 de septiembre de 1999 (AC 1999/1968) y de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.ª, de 18 de junio de 2014 (AC 2014/1445).

[115] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1609. *Vid*. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/266) y la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.ª, de 18 de junio de 2014 (AC 2014/1445).

[116] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3269.

[117] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1609.

El consentimiento puede prestarse de forma expresa o tácita con la simple aprobación de las alteraciones que se están llevando a cabo o derivado de actos de los que se puede deducir tal consentimiento. Ahora bien, si un copropietario realiza directamente las alteraciones de la cosa y los demás copartícipes no lo impiden o se oponen, aunque no hubiera contado con su consentimiento, se consideran válidos[118].

En cuanto a la disposición o la venta de la cosa común requiere el consentimiento unánime de todos los comuneros[119]. Ahora bien, si la venta de la cosa común no ha sido consentida por todos los comuneros, se suscita discrepancia en la doctrina y jurisprudencia sobre sus consecuencias. Si bien, no se plantean problemas si dicha venta es posteriormente ratificada o confirmada por los demás copartícipes (por aplicación del artículo 1259 del Código Civil)[120].

Para una parte, la falta de consentimiento unánime conlleva la nulidad de la venta por falta de objeto[121]. Sin embargo, no faltan resoluciones judiciales que optan por su validez al tratarse de venta en cosa ajena, siempre que, efectivamente, se cumpla con la obligación asumida de adquirir las demás coparticipaciones[122]. O, en fin, se insiste en la validez de la venta sobre la base del principio de conservación del negocio y de ser la compraventa un contrato generador de obligaciones, separando los efectos obligacionales del contrato de compraventa de los que derivan de la transmisión de la propiedad por tradición[123].

---

[118] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1609, señala que cabría aplicar por analogía los artículos 361 y 364 del Código Civil relativos a la accesión.

[119] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2065) y de 22 de mayo de 1996 (RJ 1996/3886) y las sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 1.ª, de 7 de noviembre de 2003 (JUR 2004/19132); y de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/58890).

[120] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *et al*., *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 379.

[121] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2006 (RJ 2006/6470); de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8133); de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5684); de 23 de junio de 2009 (RJ 2009/4233) que habla de nulidad por alteración de la cosa común no consentida; de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012/4059); y de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012/5576); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.ª, de 12 de febrero de 2000 (AC 2001/2463); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 8.ª, de 4 de junio de 2012 (JUR 2012/308062).

[122] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 3269-3270; DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 74. Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/266).

[123] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1091-1093. Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2013 (RJ 2013/2276). Para ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 395 del Código Civil», *op. cit.,* p. 557, «es necesario distinguir entre lo que es el contrato y lo que es el acto de disposición por el que se transmite la caso. El contrato como fuente de obligaciones será válido en cuanto tal, aunque no se cuente con el consentimiento del resto de los comuneros, lo que será nulo,

Ahora bien, también la constitución de un gravamen sobre la cosa común requiere el consentimiento unánime de los comuneros, pues se trata de actos dispositivos —por ejemplo, servidumbre e hipoteca)—[124]. Igualmente, si se trata de un arrendamiento de larga duración, al considerarse un acto de administración extraordinaria, requiere la unanimidad[125].

Finalmente, en cuanto a los actos de administración de la cosa común y mejor disfrute, hay que señalar que las reglas de administración de la cosa común serán las que acuerden los comuneros. Se puede acordar el nombramiento de uno o varios administradores, bien sean comuneros o no. Tanto el nombramiento, como el procedimiento por el que el administrador o administradores han de regirse en la adopción de acuerdos, exigen el acuerdo mayoritario de los comuneros[126]. En todo caso, si no se ha establecido nada al respecto y son varios los administradores nombrados —sean comuneros o terceros extraños a la comunidad—, se aplica el sistema de mayoría para la adopción de acuerdos relativos a la administración ordinaria. Así, el artículo 398 CC dispone al respecto que para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. Si bien, la mayoría a la que hace referencia este precepto es mayoría de cuotas y no de partícipes. Si un solo comunero ostenta la mayoría de cuotas, le podrá corresponder la administración de la cosa común[127]. Por otra parte, al tener dicho artículo 398 carácter dispositivo, se puede optar por un sistema distinto al mayoritario para la adopción de acuerdos.

Para ARANA DE LA FUENTE, en la noción de actos de administración y mejor disfrute, quedan comprendidos «los acuerdos sobre designación de un administrador; uso de la cosa común; obtención de frutos o beneficios de la cosa común, mediante su explotación directa o indirecta; enajenación de los productos de la cosa

---

en el sentido de que no producirá el efecto propio, es el acto de tradición que junto al título consuma la transmisión».

[124] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2006 (RJ 2006/8993); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, de 2 de noviembre de 2002 (JUR 2002/30177), arrendamiento por quince años; y de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 17 de junio de 2003 (JUR 2003/190649), arrendamiento de Díez años.

[125] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2964); de 10 de junio de 2010 (RJ 2010/5387); y de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013/3083); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 4 de diciembre de 2003 (RJ 2004/220).

[126] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en el derecho español*, *op. cit.,* pp. 301-305. Asimismo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 2.ª, de 19 de diciembre de 2001 (AC 2002/616) y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13., de 22 de mayo de 2017 (JUR 2017/177964).

[127] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 39, aclara que lo que establece el artículo 398 del Código Civil, «no tanto que haya mayoría numérica de propietarios que voten en un determinado sentido, sino que la suma de las cuotas de los propietarios que voten un acuerdo sea superior a las cuotas de aquellos que se quedan en situación minoritaria (*mayoría de cuotas*)». Por su parte, DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* pp. 70-71, hablan de mayoría no de personas, sino de intereses en la comunidad.

común; creación de un fondo comunitario para atender a los gastos comunes, etc.»[128]. Asimismo, precisa PÉREZ CONESA que «será válido el acuerdo mayoritario relativo a la realización de actividades que tengan por finalidad mejorar la productividad de la cosa común, con el consiguiente aumento del rendimiento, siempre que con dichas actividades no se altere aquella». Y añade que entrarían dentro de la expresión «*mejor disfrute*» «la explotación directa de la cosa común para la producción de frutos o de forma indirecta a través de su arrendamiento. También los gastos derivados de mejoras útiles por tener la finalidad de aumentar su valor o utilidad»[129].

Ahora bien, la adopción por mayoría de acuerdos relativos a la administración ordinaria de la cosa común exige la comunicación de los mismos al resto de los comuneros minoritarios. Los acuerdos para la administración y mejor disfrute de la cosa común válidamente adoptados tienen eficacia obligatoria para todos los copartícipes. Si el acuerdo implica la formalización de un contrato con un tercero, todos los comuneros son responsables de las obligaciones que resulten del mismo en proporción a sus cuotas.

En todo caso, el administrador o administradores tienen la obligación anual de rendir cuentas de su gestión (artículo 1720 del Código Civil).

Por otra parte, si no se alcanza la mayoría necesaria para la adopción de tales acuerdos o resultan gravemente perjudiciales para el resto de los comuneros —protección de los minoritarios— se puede recurrir a la autoridad judicial, quien podrá proveer, si lo considera pertinente, el nombramiento de un administrador (artículo 398.3 del Código Civil)[130]. Están legitimados para recurrir el acuerdo los comuneros que votaron en contra y los ausentes. Se deberá probar el perjuicio y la gravedad del mismo. No se establece en el citado artículo 398.3 CC plazo para instar la impugnación del acuerdo, por lo que se entiende que podrá hacerse en cualquier momento antes que se ejecute[131]. El procedimiento judicial será el del juicio verbal

---

[128] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 398 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1614.

[129] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 398 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3274. Por su parte, ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 398 del Código Civil», *op. cit.,* p. 558, son de administración «todas aquellas cuestiones que regulan el disfrute de la cosa sin alterar su sustancia, mientras que son de disposición los actos que representan la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o la alteración material de la cosa». MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 398 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1094 señala al respecto que «los actos de administración no se oponen a los actos de disposición en todo caso, porque existen nociones diversas de unos y otros. Concebida la administración como noción económica dentro de ella caben actos de disposición en sentido jurídico (ventas de frutos o mercancías)».

[130] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 40, señala que «sin duda es aplicable a los casos de empate, pero también a aquellos casos en que la desidia o dejación del comunero (o comuneros) mayoritarios, por cuotas, pretenda provocar la imposibilidad real de administrar la cosa común».

[131] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 398 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1096.

(artículos 249 y 250 de la LEC). Este recurso subsidiario a la autoridad judicial se considera una norma imperativa como medida protectora[132].

En este contexto, si un comunero tiene interés en contratar con la comunidad, para evitar un posible conflicto de intereses y que los comuneros minoritarios puedan lograr la mayoría, se ha propuesto por la doctrina excluir su derecho a voto, si bien, contar con su cuota para computar la mayoría[133]. Si sobre la cosa existiera un derecho de usufructo, en el cómputo de las cuotas se debe incluir la que corresponde al usufructuario, ya que el artículo 490 del Código Civil le legitima para ejercer todos los derechos que corresponden al propietario. Si una parte de la cosa fuera común y la otra parte pertenecen privadamente a uno o varios copartícipes, lo dispuesto en el artículo 398 solo será aplicable a la parte común (artículo 398.4).

7. La extinción de la comunidad. La acción de división

La comunidad se extingue por la desaparición del objeto —la pérdida o destrucción de la cosa sobre la que recae—; por consolidación de la propiedad en un solo titular; por la renuncia de todos los comuneros a su derecho en la comunidad, por la usucapión de un tercero y, sobre todo, por la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción de división[134]. Como pone de relieve MIQUEL GONZÁLEZ, «una característica de la comunidad frente a la sociedad que se concreta en la ausencia de vinculación jurídico-obligacional a mantener la situación de comunidad», por lo que añade «además de la acción de división, ello se manifiesta en la facultad de cada condueño de transmitir su parte (artículo 399) y también en la facultad de renuncia liberatoria (artículo 395)»[135].

En este contexto, el artículo 400 del Código Civil dispone que: *«ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de Díez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención»*. Se trata de una facultad que deriva del derecho de copropiedad, tiene carácter imprescriptible según establece el artículo 1965 del Código Civil, por lo que cada comunero es libre de ejercitarla en cualquier momento, salvo que se hubiera pactado otra cosa y no está sujeta a la necesidad de previo acuerdo mayoritario o unánime

---

[132] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 398 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1617; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 71.

[133] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1095; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1615; PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 397 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3275.

[134] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 184.

[135] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 439.

de la comunidad[136]. Esta división de la cosa común se impone a los demás comuneros y es una característica fundamental de la comunidad ordinaria[137]. Cada uno de los comuneros está legitimado para pedir la división de la cosa común en cualquier momento. Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división y oponerse a la que se verifique sin su concurso en los términos establecidos en el artículo 403 del Código Civil. Los terceros que tengan sobre la cosa común un derecho real o de crédito anterior a la división, aunque carecen de legitimación para pedir la división de la cosa común, sin embargo ésta no les perjudica, pues se mantienen pese a la división (artículo 405 del Código Civil). Están legitimados pasivamente los demás comuneros, ya que contra todos ha de dirigirse la acción en una suerte de litisconsorcio pasivo necesario que el juez ha de apreciar de oficio[138].

La capacidad para pedir la división de la cosa común por la remisión del artículo 406 al artículo 1052 del Código Civil corresponde a todos los comuneros que «tengan la libre administración y disposición de los bienes». El cauce procesal para el ejercicio de la acción de división de la cosa común es el juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía[139]. El efecto de la acción de división es la extinción de la comunidad de bienes y la atribución a cada comunero de un derecho exclusivo sobre una parte material de la cosa común, o sobre un bien concreto o determinado o, en su caso, la cantidad de dinero que resulte del reparto del precio obtenido en la venta de la cosa común en subasta pública.

Ahora bien, el Código Civil establece algunos límites a la acción de división de la cosa común. Tales límites son: 1. Acuerdo de los comuneros de mantener la cosa indivisa durante el tiempo determinado (artículo 400.2 del Código Civil); 2. La indivisibilidad funcional de la cosa común (artículo 401 del Código Civil); 3. El ejercicio del derecho debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe que consagra el artículo 7 del Código Civil[140].

Respecto al pacto de indivisión, señalar que este pacto de no división es necesario que sea aprobado por unanimidad para que vincule a todos los comuneros.

---

[136] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 561-562, señala, asimismo, que la acción de división es indiscutible e incondicional y añade que se trata de una acción real que debe dirigirse contra el resto de los comuneros. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10386).

[137] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2011 (RJ 2011/301) y de 17 de julio de 2012 (RJ 2012/9331); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, 29 de octubre de 1997 (AC 1997/1982).

[138] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2008 (RJ 2008/1550).

[139] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 562.

[140] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 562.

En caso que solo una parte de los partícipes hayan convenido la indivisión, quedan éstos obligados a no pedir la división, lo que no impide a los demás partícipes ejercitar la acción de división y que ésta prospere, sin que los que lo convinieron puedan oponerse[141]. No requiere este pacto de indivisión forma determinada, admitiéndose el pacto verbal, si bien ha de ser expreso, pues su existencia no se presume[142]. Este pacto, asimismo, tiene un límite temporal máximo de vigencia, al no poder exceder de Díez años. Si se pacta la indivisión, pero no se fija plazo, frente a quienes consideran que tal pacto es nulo, la mayoría de la doctrina se inclina por su validez con una duración de Díez años[143]. Si se hubiera pactado un plazo superior, tampoco se considera nulo, y queda reducido a los Díez años establecidos en el artículo 400 del Código Civil[144].

Este plazo puede prorrogarse. Si bien, una parte de la doctrina considera que, solo se admite una prórroga[145]; mientras que la doctrina mayoritaria se inclina por admitir un número ilimitado de prórrogas[146]; si bien, todas ellas deben ser consentidas por los comuneros y el plazo máximo de duración de cada una de ellas es, asimismo, de Díez años. La prórroga no se presume, ha de ser expresa[147].

En caso de que uno de los comuneros transmita a un tercero su cuota, se discute si el pacto de indivisión es eficaz frente al tercer adquirente. Al respecto, la posición mayoritaria de la doctrina entiende que se transmite el derecho sobre la cuota tal como está y el adquirente pasa a forma parte de la comunidad en la que se ha pactado excluir la facultad de división durante un tiempo, a salvo los adqui-

---

[141] Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 185; Pérez Conesa, C.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3291; Echevarría Summers, Fco.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 563.

[142] Arana de la Fuente, I.: «Comentario al artículo 398 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1627. Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2008 (RJ 2008/4356).

[143] Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 76; Pérez Conesa, C.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3291; Arana de la Fuente, I.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1627; Echevarría Summers, Fco.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 563.

[144] Pérez Conesa, C.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3291. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003/3040) y de 25 de enero de 2008 (RJ 2008/225).

[145] Beltrán de Heredia y Castaño, J.: *La comunidad de bienes en el derecho español*, *op. cit.,* p. 340.

[146] Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 185; Arana de la Fuente, I.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1627; Lasarte Álvarez, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 42-43; Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 383.

[147] Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 185; Arana de la Fuente, I.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1627; Lacruz Berdejo J. L., *et al*., *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 383, quien, asimismo, precisa que «no parece que la prórroga obligue a celebrar nuevo convenio, siendo suficiente para la validez de ésta que se manifieste expresamente con el consentimiento de todos los partícipes».

rentes protegidos por la publicidad del Registro de la Propiedad cuando la cosa sea inmueble, que no quedarán vinculados en su caso por el pacto de indivisión[148].

Con respecto a la indivisibilidad funcional de la cosa común, dispone el artículo 401.1 del Código Civil que *«sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina»*. Se excluye la división por resultar la cosa inservible para el uso a la que se destina (indivisibilidad funcional). La expresión «uso a que se destinan» para MIQUEL GONZÁLEZ se refiere «a las cosas comunes que tienen una utilidad en relación a otras cosas de los partícipes (vestíbulos, patios, etc.). Son cosas que están vinculadas a otras por una función de subordinación y servicio»[149]. Además de esta indivisibilidad, cabe la indivisibilidad material y jurídica (artículo 404 del Código Civil); o la indivisibilidad económica por el grave desmerecimiento económico que acarrea la división (artículos 406 y 1062 del Código Civil)[150]. Se trata, por tanto, de cosas vinculadas a otras en función de subordinación y servicio.

Ahora bien, aunque no es posible la división material, cabe plantear si es posible la división económica. Hay una tendencia doctrinal y jurisprudencial que entiende que el artículo 401.1 del Código Civil no solo excluye la división material, sino también la división económica —la venta de la cosa común (artículos 404 y 1062 del Código Civil)—, cuando la cosa se encuentra permanentemente afecta al servicio de otros bienes de los comuneros[151]. Sin embargo, para otra parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que el artículo 401.1 del Código Civil se complementa con los artículos 404 y 1062 del citado cuerpo legal, que posibilita la división económica mediante la venta de la cosa y el reparto del pre-

---

[148] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1104; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 185; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1627.

[149] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 401 del Código Civil», *op. cit.,* p. 474; del mismo autor, «Comentario al artículo 401 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1106. En esta línea, ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 401 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1630, se limita «a las cosas que tienen utilidad en relación a otros bienes de los comuneros, es decir, a cosas que están al servicio o son accesorias de otras principales (por ejemplo, el pozo común a dos fincas, el patio o vestíbulo común a dos casas, la rampa de acceso al garaje de la comunidad)». Asimismo, PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 401 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3295, debe interpretarse el artículo 401.1 del Código Civil en sentido estricto. Así son «las cosas que están vinculadas por una función de servicio a otras propias de los comuneros. Ese es el uso a que se destinan y deben estar vinculadas a dicho destino de manera objetiva y permanente, no por efecto de un pacto entre los comuneros. Ello explica que si se dividieran resultarían inservibles para cumplir con la función y el destino señalados, a los cuales sirven».

[150] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2009 (RJ 2009/2392).

[151] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 401 del Código Civil», *op. cit.,* p. 476. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2008 (RJ 2008/204) y de 27 de marzo de 2009 (RJ 2009/2392).

cio, salvo que acuerdo unánime de los demás interesados para la adquisición de la cosa por uno de los comuneros, indemnizando a los demás[152].

Por otra parte, el artículo 401.2 del Código Civil establece un mecanismo especial de división de la cosa común, cuando éste sea un edificio. Si las características del mismo lo permiten y a solicitud de cualquier comunero, podrá realizarse la división mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos en la forma prevista en el artículo 396 del Código Civil. El efecto que conlleva esta división es la transformación de la comunidad ordinaria sobre un edificio en un régimen de propiedad horizontal[153].

7.1. Formas de practicar la división de la cosa común

Conforme a lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil, la división de la cosa común puede hacerse por los interesados ya sea a través de un contrato de división concluido por todos —división convencional— o mediante la designación por acuerdo unánime «de árbitros o amigables componedores» —división arbitral.

La división de la cosa común podrá hacerse «*por los interesados*» —división convencional—, que son los comuneros integrantes en la comunidad en el momento de practicarse la división mediante un contrato de división que PÉREZ CONESA define como «el acuerdo de los comuneros que tiene por finalidad extinguir la comunidad de bienes y efectuar las operaciones oportunas para la distribución entre todos ellos de la parte que les corresponde en la misma»[154]. El contrato de división debe ser acordado por unanimidad de los comuneros; deben consentirlo todos y, en cuanto a la capacidad exigible, resulta aplicable el artículo 1052 del Código Civil por la remisión del artículo 406 del citado cuerpo legal, siendo preciso que los comuneros tengan la libre administración y disposición de sus bienes[155].

---

[152] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 401 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1631. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2009 (RJ 2009/2904); de 22 de enero de 2013 (RJ 2013/1825) y de 19 de julio de 2013 (RJ 2013/4540).

[153] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 401 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3297.

[154] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 402 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3300. Asimismo, ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 402 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1634, conceptúa el contrato de división como «negocio jurídico dispositivo y de atribución patrimonial, por el que los titulares de los derechos en comunidad disuelven esta, mediante la atribución a cada uno de ellos, en propiedad exclusiva, de una porción de la cosa común».

[155] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 44, señala asimismo que «es relativamente frecuente establecer unánimemente entre los condueños que, una vez conformes todos en la fijación de los lotes, se proceda mediante sorteo a la adjudicación definitiva de los lotes».

No están legitimados para intervenir en esta división los terceros titulares de derechos reales sobre cosa ajena, ni los que lo sean de derechos de crédito contra la comunidad, pues al ser derechos anteriores a la división, no se verán afectada por ésta (artículo 405 del Código Civil)[156]. Ni tampoco son partes en esta división los cesionarios de cualquier comunero, pues son terceros protegidos en los términos previstos en el artículo 403 del Código Civil[157].

Esta división convencional no está sujeta a forma alguna, de ahí que el consentimiento que presten los comuneros puede ser expreso o tácito. El efecto de esta división es extinguir la comunidad y atribuir a cada comunero la parte material de la cosa común que le corresponde en proporción a su cuota o la entrega de un bien concreto o determinado. Ahora bien, el artículo 450 del Código Civil presume que cada uno de los comuneros ha poseído exclusivamente, durante la indivisión, la parte que le corresponde al dividir. Asimismo, por aplicación de los artículos 1069 a 1071 del Código Civil, tras la división, los propietarios responden entre sí por evicción y vicios ocultos de los bienes adjudicados, salvo pacto en contrario.

Finalmente, otra forma posible de división es la realizada por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes[158]. La falta de acuerdo entre los comuneros para la división de la cosa común puede determinar el ejercicio de la división extrajudicial —por medio de árbitros o amigables componedores—, o por la vía judicial. La división arbitral en sentido estricto exige acuerdo unánime de los comuneros de encomendar dicha división a un árbitro. Como regla general, el arbitraje es de derecho, solo puede decidir los árbitros en equidad, si los comuneros lo autorizan expresamente[159]. El laudo arbitral produce efecto de cosa juzgada y, frente al mismo, los comuneros solo pueden ejercitar la acción de anulación y, en su caso, la revisión, conforme a lo establecido para las sentencias firmes en la Ley de Enjuiciamiento Civil[160].

La división puede hacerse también «por amigables componedores». Para ello, los comuneros, mediante acuerdo unánime, pueden encomendar a un tercero que lleve a cabo la división de la cosa común. Este tercero es un arbitrador. Tanto el árbitro como el arbitrador, al hacer la división, debe hacerla estableciendo lotes proporcionales, evitando los suplementos en metálico. No obstante, la norma del

---

[156] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 1990 (RJ 1990/4100) y la Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2000 (RJ 2000/1089).

[157] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 402 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1634.

[158] Para DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* p. 78, «la división "por árbitros o amigables componedores" no es alusión al arbitraje en sentido técnico, es el trasunto de la figura del contador-partidor de la herencia».

[159] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 402 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3303.

[160] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 1996 (RJ 1996/1994).

artículo 402.2 del Código Civil es dispositiva, por lo que puede pactarse una adjudicación de lotes no igualitaria o proporcional.

Además de la división realizada por los comuneros, la efectuada por árbitros o amigables componedores, cabe la división judicial por los trámites del juicio declarativo que corresponde según su cuantía (artículos 249, 250 y 251.3. 6.ª de la LEC)[161].

7.2. La posición de los acreedores y cesionarios

Los comuneros no son los únicos que pueden resultar afectados por la división de la cosa común, también pueden los acreedores y cesionarios a los que se refiere el artículo 403 del Código Civil. Estos acreedores y cesionarios son los particulares de cada comunero[162] que tienen, una vez notificados, la posibilidad de asistir a las operaciones divisorias —«*concurrir a la división*»—[163] y, asimismo, están facultados para oponerse con carácter previo a la división que se practique sin su concurso[164]. Sea como fuera, la oposición solo beneficia al acreedor o cesionario que la haya manifestado, no pudiendo beneficiar a los restantes acreedores o cesionarios que no se han opuesto. También podrán impugnar la división consumada si se ha realizado en fraude de sus derechos, o realizado pese a su oposición o adolezca de alguna irregularidad que invalide la división[165]. No

---

[161] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 45.

[162] En esta línea, ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 403 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1637, señala que por acreedores «todos los titulares de derechos de crédito no satisfechos en el momento de realizarse la división de los que sea deudor algún comunero». Asimismo, en relación con los cesionarios para MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 403 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1111, «los que sin ingresar en la comunidad deriven sus derecho de un condueño, así los usufructuarios de una cuota parte que traen causa de un comunero, los adquirentes de una cuota parte bajo condición suspensiva en situación de dependencia; aquellos a los que un codueño haya transmitido una parte material de la cosa común o alguna cosa concreta del patrimonio colectivo, el acreedor hipotecario de una cuota-parte y el adquirente de la parte que corresponde a un socio en una sociedad civil al no ingresar en la sociedad (artículo 1696) es un cesionario en sentido estricto en el sentido del artículo 403».

[163] ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 403 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1638, precisa que «representa la posibilidad de asistir a las operaciones divisorias y manifestar su opinión o consignar las protestad que consideren oportunas, pero no eleva a los acreedores o cesionario la condición de partes en la división, ni su consentimiento es preciso para verificarlo válidamente».

[164] ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 403 del Código Civil», *op. cit.,* p. 567, señala que «la oposición previa debe dirigirse contra todos y cada uno de los comuneros y no sólo frente al deudor o cedente, porque la división que se va a realizar es de toda la cosa común» y añade que «en esta oposición deberá acreditarse la existencia del derecho de crédito o de la cesión, así como la voluntad contraria a que la división se efectúe sin su intervención». Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2011 (RJ 2011/301).

[165] PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 403 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3306.

obstante, para MIQUEL GONZÁLEZ solo se podrá impugnar la división hecha en fraude de sus derechos[166].

Si se impugna la división, el artículo 403 *in fine* del Código Civil señala que queda a salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener la validez. Por ello, la prueba que no se verifica en fraude de los derechos de los acreedores y cesionarios corresponde al deudor comunero o cedente. Como estamos ante una acción rescisoria, el plazo para su ejercicio es de cuatro años (artículo 1299 del Código Civil).

7.3. La indivisibilidad de la cosa común

El artículo 404 del Código Civil regula el supuesto en que la cosa común por su naturaleza es indivisible, esto es, no puede dividirse en porciones materiales individuales que pueden ser adjudicadas en exclusiva a cada uno de los comuneros. Se refiere a los supuestos que las cosas no se puedan dividir materialmente, también a aquellas cosas que pueden dividirse físicamente, pero desmerece mucho la división (artículo 1062 del Código Civil, al que remite el artículo 406), a las que resulten inservibles para el uso a la que se destinan (artículo 401.1 del Código Civil) o, en fin, los casos en que la división conllevaría un elevado gasto a los comuneros[167].

Ahora bien, la indivisibilidad a la que hace referencia el artículo 404 del Código Civil no impide que pueda pedir el comunero la división de la cosa común mediante una división económica, esto es, mediante la venta de la cosa común que debe realizarse mediante acuerdo unánime de los comuneros —bien se puede optar por vender la cosa común a un tercero y repartirse el precio entre ellos, o bien adjudicarla a uno de los comuneros debiendo abonar a los demás el valor de sus participaciones o cuotas en la comunidad—. Y a falta de acuerdo, puede solicitarse judicialmente la venta «*en pública subasta y la admisión de licitadores extraños*»—[168]. Una vez efectuada la venta en pública subasta, ningún comunero puede ejercitar el derecho de retracto frente al tercero adjudicatario de la cosa.

---

[166] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 403 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1111-1112. Asimismo, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.*, p. 45.

[167] En esta línea, PÉREZ CONESA, C.: «Comentario al artículo 404 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3309; ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario al artículo 404 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1641. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2008 (RJ 2008/204) y de 8 de marzo de 2013 (RJ 2013/2171).

[168] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6627); de 25 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6743); de 11 de abril de 2011 (RJ 2011/3445); de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012/10105) y de 8 de marzo de 2013 (RJ 2013/2171).

En todo caso, se puede también incluir en el ámbito de aplicación del artículo 404 del Código Civil los casos de indivisibilidad jurídica, cuando la normativa aplicable —normativa urbanística— impida la división material de la cosa[169].

Finalmente, hay que señalar que la indivisibilidad de la cosa común se considera una cuestión de hecho de apreciación por los tribunales de instancia y revisable en casación[170].

7.4. Efectos de la división de la cosa común

El efecto de la división de la cosa común es atribuir al comunero la parte material de la cosa común o el bien que le ha sido adjudicado en titularidad exclusiva y, como precisa LASARTE ÁLVAREZ, esa atribución singular «se produce con efectos retroactivos, pues, de conformidad con el artículo 450, a efectos posesorios, habrá de entenderse que cada uno de los copropietarios «ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión»»[171]. Además, los comuneros quedan obligados recíprocamente al saneamiento por evicción y por vicios ocultos respecto de los bienes que le han sido adjudicados (artículos 406 y 1069 del Código Civil)[172].

Ahora bien, como dispone el artículo 405 del Código Civil, *«la división de la cosa común no perjudicará a terceros, que conservarán los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que les pertenecieren antes de hacer la división»*. Los terceros a los que se refiere este precepto son aquellos que ostentan un derecho sobre la cosa común cuya existencia es anterior a la división, bien se trate de derechos de crédito o bien de derechos reales sobre cosa ajena constituidos por todos los comuneros. Ninguno de estos terceros es parte en la división de la cosa común y, además, la división realizada no les perjudica, pues siguen conservando sus derechos tras la división, por lo que podrán ejercitar éstos como si la división no hubiera tenido lugar. El artículo 405 hace referencia a los derechos reales de hipoteca o servidumbre, pero también se aplica a cualquier otro derecho real que ostente un tercero antes de la división. Y respecto a los derechos de crédito que igualmente, conservan su fuerza al extinguirse la comunidad, todos los comuneros están obligados a cumplir; de forma que si la obligación es solidaria

---

[169] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 384. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2009 (RJ 2009/2904).

[170] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2009 (RJ 2009/287).

[171] LASARTE ÁLVAREZ C.: *Compendio de Derechos reales*, *op. cit.,* p. 45.

[172] Para DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 78, el acto divisorio es «un acto con efectos extintivos con respecto de la situación de comunidad y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos. Puede, por tanto, ser considerado como acto dispositivo patrimonial».

conserva tal carácter, pese a la división y todos los comuneros que han dejado de serlo tras la división están obligados a cumplir por la totalidad de la deuda; y, asimismo, se mantiene con tal carácter, si la obligación es mancomunada indivisible.

La división de la cosa común no conlleva la división del derecho de crédito, que permanece inalterado y podrá ser ejercitado contra los comuneros que han dejado de serlo tras la división. Asimismo, los privilegios o preferencia que tuviere el crédito para su cobro se siguen conservando tras la división y, en consecuencia, se aplican las reglas generales de prelación de créditos[173].

Finalmente, el artículo 406 del Código Civil señala que son aplicables a la división de la cosa común las reglas de la división de la herencia (artículos 1035 a 1087 del Código Civil). Coincide la doctrina en considerar que la remisión es a los artículos 1051 a 1081, pues no parece que sean aplicables a la división de la cosa común los artículos 1035 a 1050 que disciplina la colación; ni los artículos 1082 a 1087, relativos al pago de las deudas hereditarias[174].

III. CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL

1. Consideraciones previas

Resulta clásica la distinción de los tipos sociales en sociedades de personas (o personalistas) y sociedades estatutarias (entre las que forman un grupo específico las sociedades de capital, en las que éste representa una cifra formal de garantía). Las primeras vienen a tener como presupuesto básico la relación de confianza entre los socios, esto es, su carácter personal (*intuite personae*), de donde se infiere que la condición de socio es intransmisible, y que la sociedad se extingue en caso de muerte de un socio, que los acuerdos se adopten por unanimidad y de manera informal y los socios —que son los que gestionan la sociedad— respondan personal e ilimitadamente por las deudas sociales. En las segundas, sin embargo, la organización a que da lugar el contrato de sociedad se independiza de los socios en virtud de una normativa objetiva e interna (los estatutos), y por eso la condición de socio es transmisible, la adopción de acuerdos está sometida al principio mayoritario, el patrimonio social es plenamente autónomo, existen órganos encargados específicamente de la gestión de la sociedad y la responsabilidad

---

[173] Echevarría Summers, Fco.: «Comentario al artículo 405 del Código Civil», *op. cit.,* p. 570; Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 79.

[174] Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: «La comunidad de bienes», *op. cit.,* p. 189; Pérez Conesa C.: «Comentario al artículo 406 del Código Civil», *op. cit.,* p. 3319-3320; Arana de la Fuente I.: «Comentario al artículo 406 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1648; Miquel González, J. M.ª: «Comentario al artículo 406 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1117. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 1992 (RJ 1992/4378).

de los socios por las deudas sociales es limitada. Responden al modelo estructural de sociedad de personas la sociedad civil, la comanditaria simple y la colectiva; mientras que al modelo estructural de sociedad estatutaria son todas las sociedades de capital: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y de garantía recíproca[175].

Las sociedades civiles constituyen una forma de organizar el patrimonio empresarial o familiar. Su regulación se contiene en el Libro IV, «Obligaciones y contratos», título VIII, «De la sociedad», artículos 1665 a 1708 del Código Civil. Esta forma de organización, no obstante, no goza de especial predicamento entre los operadores jurídicos, quizá por la vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 del Código Civil), que hace que otros tipos de sociedades mercantiles de base cooperativa sean más atractivas, esencialmente, por la limitación del riesgo[176].

A ello contribuye, todavía más, que la operatividad de tal tipo societario se ha visto mermada tras la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, pues en su artículo 1, tras señalar en el apartado 1 que «*Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente»;* añade en sus apartados 2 y 3 que: *«2. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las Leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley. 3. Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada*». Con ello se elimina uno de los últimos ámbitos en que podría tener especial aplicación este tipo societario, aunque, a los efectos de fijar la extensión de responsabilidad, la propia regulación de la sociedad civil opera como tipo subsidiario[177]. Así se dis-

---

[175] De Pablo Contreras, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *Curso de Derecho Civil,* vol. II, Derecho de obligaciones, Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz (coordinador), Colex, Madrid, 2000, p. 628.

[176] Perdices Huetos, A.: «Contratos asociativos», *Tratado de Contratos*, t. III, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Nieves Moraleja Imbernón y Susana Quicios Molina (coordinadoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 2803.

[177] Perdices Huetos, A. B.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (director), Tirant lo Blanch, Valencia,

pone en la Disposición Adicional segunda de la LSP:*«1. El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley. Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación. 2. Si el ejercicio colectivo a que se refiere esta disposición no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional».* Y de todas formas, las sociedades profesionales que ejercen una actividad profesional pueden adoptar cualquiera de las formas societarias admitidas por la ley, sean éstas civiles o mercantiles, cumplido los requisitos establecidos en la LSP, por lo que se regirán en primer lugar por lo dispuesto en esta Ley y supletoriamente por las normas correspondientes a la forma social adoptada. Además, las sociedades civiles profesionales, conforme la Disposición Adicional cuarta de la Ley 2/2007, pueden inscribirse en el Registro Mercantil.

Sobre lo expuesto, pese a que pueda no ser una alternativa práctica frente a otros tipos sociales, tiene como mérito el servir de modelo como sociedad en general; de forma que sus normas serán aplicables con carácter residual o subsidiario.

Sea como fuere, la sociedad civil sigue apareciendo como una opción contractual ofrecida por la Ley, de la que pueden valerse los operadores jurídicos para organizar la empresa familiar. De ahí que debamos concretar su régimen jurídico de base esencialmente contractual.

Asimismo, motivaciones fiscales pueden determinar la elección de esta figura jurídica societaria, pues las sociedades civiles, dependiendo del tipo, pueden tributar por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas —en adelante, IRPF— o por el Impuesto de Sociedades —en adelante, IS.

Al respecto, la Disposición Transitoria decimonovena de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en relación

---

2013, p. 11484, dispone al respecto que «el régimen legal de la sociedad civil no se elige, sino que se acaba aplicando por defecto, sin un diseño contractual acabado y casi por accidente, la —discutida— noción de sociedad civil irregular o de los llamados acuerdos atípicos de colaboración. Es más, las veces que el puro cálculo fiscal lleva a su elección, la sociedad civil se integra en cuestiones de régimen concreto recurriendo a los tipos mercantiles, como, por ejemplo, a la hora de configurar una razón o denominación social para la misma, caso donde incluso se llegan a adoptar denominaciones de fantasía»; y añade «así las cosas, al día de hoy, la utilidad real de este tipo social no es tanto la de una opción contractual, sino la de servir a la sociedad en general, funcionando tanto como modelo residual de sociedad como proporcionando una suerte de parte general a los contratos asociativos».

con las sociedades civiles con objeto mercantil, establece que podrá acordarse su disolución y liquidación con aplicación del régimen fiscal previsto en esta disposición siempre que concurran las siguientes circunstancias: «*a) Que con anterioridad a 1 de enero de 2016 les hubiere resultado de aplicación el régimen de atribución de rentas previsto en la sección 2.ª del Título X de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; b) Que a partir del 1 de enero de 2016 cumplen los requisitos para adquirir la condición de contribuyente del Impuesto sobre Sociedades; c) Que en los seis primeros meses del ejercicio 2016 se adopte válidamente el acuerdo de disolución con liquidación y se realicen con posterioridad al acuerdo, dentro del plazo de seis meses siguientes a su adopción, todos los actos o negocios jurídicos necesarios para la extinción de la sociedad civil»,* por lo que precisa acertadamente BALLESTER AZPITARTE que con esta disposición se posibilita que «aquellas sociedades que venían tributando por el régimen de atribución de rentas (sección 2.ª del Título X de la LIRPF), pero que por razón de la naturaleza mercantil de su objeto pasarán a tributar en el ejercicio 2016 por el Impuesto de Sociedades, puedan disolverse y liquidarse acogiéndose a las condiciones de la disposición, siempre y cuando adopten válidamente el acuerdo de disolución en los seis primeros meses de 2016 y con posterioridad al mismo realicen todos los actos o negocios jurídicos necesarios para la extinción de la sociedad dentro de un nuevo plazo de seis meses, contados, esta vez, desde la adopción del acuerdo»[178].

Por otra parte, se establece en esta misma Disposición Transitoria un régimen de exenciones fiscales para las disoluciones con liquidación de las sociedades civiles que hayan cumplido los plazos señalados y se encuentren en las circunstancias descritas[179].

---

[178] BALLESTER AZPITARTE, L.: «SCPS: transformarse o morir. Análisis de los cambios en la tributación de las sociedades civiles con objeto mercantil en el ejercicio 2016, al hilo de la resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2015, relativa a la persona jurídica de la sociedad irregular», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 64, diciembre 2015, p. 153.

[179] Así, en su apartado 2 se indica que corresponde la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto «Operaciones societarias», hecho imposible «disolución de sociedades» del artículo 19.1.1.º del Texto Refundido del Impuesto aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Asimismo, no se devengará el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las adjudicaciones a los socios de inmuebles de naturaleza urbana de los que sea titular la entidad. Si bien, se precisa que en la posterior transmisión de los mencionados inmuebles se entenderá que éstos fueron adquiridos en la fecha en la que lo fueron por la sociedad adquirida. Finalmente, una tercera exención tributaria tiene lugar en relación al IRPF. A tal fin, se dispone en la letra c) del apartado 2 de la citada Disposición Transitoria que el valor de la adquisición y, en su caso, de titularidad de las acciones o participaciones en el capital de la sociedad que se disuelve, una vez determinada conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria trigésimo segunda de la LIS, se aumentará en el importe de las deudas adjudicadas al socio y se disminuirá a la vez en el de los créditos y dinero o signo que lo represente adjudicado. Si el resultado de las operaciones descritas resulta negativo, dicho resultado se considera renta o ganancia patrimonial, según que el socio sea persona jurídica o física, respectivamente. En este supuesto, cada uno de los restantes elementos del

En todo caso, desde el 1 de enero de 2016, la sociedad civil con objeto mercantil tendrá la consideración de contribuyente del IS. A tal fin, el artículo 7.1 a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades, considera contribuyente del Impuesto de Sociedades a las personas jurídicas que tengan su residencia en territorio español, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil. Por lo que, conforme al artículo 8.3 de la LIRPF, no tendrán la consideración de contribuyente las sociedades civiles no sujetas al Impuesto sobre Sociedades, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Las rentas correspondientes a los mismos se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes respectivamente de acuerdo con lo establecido en la sección 2.ª del Título X de esta Ley. En la misma línea, el artículo 6.1 de la LIS cuando señala que «*las rentas correspondientes a las sociedades civiles que no tengan la consideración de contribuyente de este impuesto, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como las retenciones e ingresos a cuenta que hayan soportado, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes respectivamente, de acuerdo con lo establecido en la sección 2.ª del Título X de la LIRPF*».

Sobre tales bases, si se optase por el modelo clásico de sociedad civil para la constitución de una empresa familiar, tendría que tratarse de sociedades civiles sin objeto mercantil, las cuales serán, principalmente, las destinadas a la explotación agrícola, ganadera, las de carácter artesanal, o que pretendan el ejercicio de una profesión liberal. Si bien, respecto de este último supuesto nos remitimos a lo ya indicado.

2. Concepto y caracteres

En relación con el concepto de sociedad, CASTÁN TOBEÑAS señala que, «en un sentido amplio, comprende este vocablo toda organización humana necesaria o

---

activo adjudicados distintos de los créditos, dinero o signo que lo represente, se considerará que tiene un valor de adquisición cero. Si, en cambio, el resultado de las operaciones fuese cero o positivo, se considera que no existe renta o pérdida o ganancia patrimonial cuando dicho resultado sea cero, cada uno de los restantes elementos del activo adjudicados distintos de los créditos, dinero o signo que lo represente tendrán como valor la adquisición cero. Si el resultado fuese positivo, el valor de adquisición de cada uno de los restantes elementos de activo adjudicados distintos de los créditos, dinero o signo que lo represente, será el que resulte de distribuir el resultado positivo entre ellos en función del valor de mercado que resulte del balance final de liquidación de la sociedad que se extingue. En todo caso, los elementos adjudicados al socio que sean distintos de los créditos, dinero o signo que lo represente, se considerarán adquiridos por éste en la fecha de su adquisición por la sociedad. En este contexto precisa, asimismo, la citada Disposición Transitoria que, hasta que finalice el proceso de extinción de la sociedad civil en los plazos indicados, continuará aplicándose el régimen de atribución de rentas previsto en la sección 2.ª del Título X de la LIRPF, sin que la sociedad civil llegue a adquirir la consideración de contribuyente por el IS.

voluntaria, total o especial, de interés público o de utilidad privada, de tendencia moral o de fin lucrativo». Y, en un sentido técnico o restringido es «la entidad social caracterizada por su origen voluntario (contractual) y su finalidad privada y estrictamente lucrativa (obtención de ganancias). En esta acepción la sociedad se contrapone a la asociación que es la entidad o agrupación creada para cualquier fin ideal o desinteresado»[180]. En igual sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS manifiestan que «en sentido genérico se llama "sociedad" a toda agrupación o conjunto de personas que coexistan y tratan de realizar una finalidad y objeto. En un sentido más limitado, la palabra "sociedad" se reservará para aquellas agrupaciones cuya constitución es voluntad para sus miembros, distinguiéndola de las comunidades, que se pretende que son espontáneas o naturales o en todo caso independientes de la voluntad individual (por ejemplo, la familia, el municipio, etc.)»[181].

Por su parte, ALBALADEJO define el contrato de sociedad «como aquél por el que dos o más personas se agrupan, obligándose a aportar bienes o servicios ("industria") al ejercicio conjunto de una actividad económica lucrativa, para repartir entre sí las ganancias»[182].

CAPILLA RONCERO, como uno de los máximos especialistas en la materia, la conceptúa como «contrato por virtud del cual varias personas colaboran patrimonialmente para conseguir un fin lucrativo común y partible, mediante el desempeño de una actividad lícita»[183].

El artículo 1665 del Código Civil ofrece un concepto legal en los siguientes términos: «*la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias»*. Asimismo, nuestro Código Civil utiliza con carácter genérico la idea de asociación contenida en el artículo 35, donde distingue las que tienen interés público y otras que son de simple interés particular, entre las que el citado precepto menciona las civiles, mercantiles e industriales. Por tanto, el concepto genérico es el de asociación, que abarca todas las agrupaciones o conjunto de personas cualesquiera que sean los fines que persigan[184].

---

[180] CASTÁN TOBEÑAS J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, decimoquinta edición revisada y puesta al día por José FERRNANDIS VILELLA, Reus, Madrid, 1993, p. 583.

[181] DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general*, novena edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 458.

[182] ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, t. II, Derecho de Obligaciones*, decimotercera edición, Edisofer, Madrid, 2008, p. 760.

[183] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, vol. 1.º, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Edersa, Madrid, 1986, pp. 3-4; del mismo autor, *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1984, p. 26.

[184] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, t. 2, vol. II, décima edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 232.

En este contexto son requisitos esenciales del contrato de sociedad:

a) El ser un contrato en que varias personas se unen en una relación basada en la confianza. En la composición del grupo, cada uno tiene en cuenta para asociarse las cualidades y la persona de quienes serán sus consocios; de modo que, en principio, solo con ellos quiere formar una sociedad. Por eso la intervención del *intuitus personae* en la elección de los socios resulta determinante[185]. Cada uno se implica en el grupo en atención a la presencia y actividad de los demás socios; de ahí el carácter intransmisible de la condición de socio; y la disolución de la sociedad o el derecho a pedirla cuando uno de los socios falta.

b) La puesta en común de dinero, bienes o industria (patrimonio social).

c) El estar presidida por el propósito de obtención de una ganancia, que ha de hacerse común entre sus socios (ánimo de lucro) y además dividirse entre ellos, al igual que, como veremos, las pérdidas. Este ánimo de lucro constituye el fin esencial del contrato y le dota de un sustrato económico.

d) El ejercicio de una actividad común dirigida a la consecuencia de un fin lucrativo común[186].

Todos los socios deben contribuir a la consecución de ese fin. Esta comunidad de contribución es justamente, como señala PAZ-ARES, «lo que diferencia las relaciones societarias de las relaciones parciarias, en las que se pacta una participación en los resultados, por ejemplo, un préstamo o un contrato de trabajo, cuya retribución no se fija en intereses fijos o en un salario determinado, sino en una parte del beneficio. En estos casos ambas partes están interesadas en lograr el beneficio más elevado, pero no trabajan en común para el logro de ese objetivo. El objetivo solo lo busca el prestatario o el empleador». En realidad, añade el autor, «en los negocios parciarios no hay comunidad en la contribución porque no hay comunidad en el fin. La prestación que realiza una de las partes —préstamo, trabajo, licencia de un derecho de propiedad industrial, etc.— viene remunerada por las ganancias obtenidas por otra. El fin es individual, una parte quiere obtener la prestación y la otra la remuneración. La garantía es simplemente una magnitud de cálculo»[187]. La sociedad, asimismo, persigue la obtención de un lucro partible entre los socios, con

---

[185] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 4 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307130).

[186] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil,* t. III, *Contratos*, décimosexta edición, Marcial Pons, Madrid 2014, p. 270. Vid. asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10, de 14 de diciembre de 2002 (JUR 2003/64628).

[187] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1314.

arreglo al criterio previamente establecido en el contrato social (artículo 1689.1 CC)[188]. Las ganancias se repartirán con la periodicidad establecida en el propio contrato (en defecto de pacto, anualmente); o bien a la liquidación de la sociedad. No obstante, hay contraposición de intereses, pues, como señala ALBALADEJO, «aunque, en última instancia, de forma mediata, se persiga un fin común, mediante la sociedad (entidad) que se crea, al plantear su creación chocan los intereses de las partes (conseguir la mayor participación posible en las ganancias con el mismo sacrificio —representado por su aportación— que quepa. Lo mismo que, por ejemplo, en la compraventa se pretende obtener la cosa a cambio de menor precio)»[189].

Finalmente, el último de los caracteres es el propósito de una actividad duradera en beneficio del común de los consocios, con proyección de futuro[190]. Lo cierto es que quienes pactan un contrato de sociedad consienten en llevar a cabo juntos un asunto o negocio, formando una colectividad, compartiendo medios, responsabilidad, resultados favorables o adversos y acaso también la dirección y el trabajo; todo dirigido a la obtención de ganancias y con proyección de futuro. En relación con esto último, señala LACRUZ BERDEJO que «reside la diferencia fundamental de la sociedad con los contratos que se agotan en el intercambio de prestaciones como la compraventa. En aquélla aún la aportación de una cosa en propiedad es una prestación continua, pues lo esencial no es que la sociedad reciba el dominio de la cosa aportada, sino que esté teniendo para el cumplimiento de los fines suscritos por el socio aportante. El contrato dura mientras persiste la entidad creada al servicio de esos fines; está cumpliéndose continuamente, mediante la cooperación, actual o potencial, de los socios»[191].

Como tal contrato, para la mayoría de la doctrina, tienen como caracteres esenciales: su carácter preparatorio, porque crea una entidad destinada a celebrar

---

[188] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1945 (RJ 1945/136); de 23 de mayo de 1962 (RJ 1962/2521); de 18 de noviembre de 1986 y de 21 de marzo de 1988 (RJ 1988/2221).

En contra, PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1307, quien «siendo consciente de las dificultades que entraña la empresa, entiende no obstante que esta doctrina ha de someterse a una profunda revisión. No se trata de realizar una interpretación generosa del «ánimos de partir entre sí las ganancias», de manera que también puedan incluirse los supuestos en que el provecho para los socios consiste en economías no rediticias. Se trata de prescindir drásticamente del requisito, renunciando a la vertebración del concepto de sociedad sobre bases causales. La sociedad ha de construirse como un fenómeno organizativo neutral desde el punto de vista de la naturaleza del fin. Lo que tradicionalmente se considera como una propiedad esencial con relevancia conceptual debe degradarse a un mero rasgo de caracterización del tipo legal de la sociedad civil».

[189] ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. II, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* p. 761.

[190] LASARTE ÁLVAREZ C.: *Principios de Derecho Civil*, t. III, Contratos, *op. cit.,* p. 270; DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 232.

[191] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil,* t. II, *Derecho de Obligaciones,* vol. II, «Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito», 3.ª edición revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2005, p. 258.

otros contratos[192]; consensual, pues se perfecciona por el mero consentimiento[193]; no transmisivo de por sí, sino que las cosas que se prometen aportar se transmiten mediante la entrega[194]; plurilateral, al ser varias las personas que se unen para realizar una actividad futura común; o bilateral, cuando sean dos los socios; con ello se da origen a derechos y obligaciones recíprocos[195]. A la celebración del contrato de sociedad pueden concurrir, por tanto, varias personas, orientada su voluntad a la creación de una organización con el objeto de ejercer una actividad común dirigida a la obtención de un lucro partible[196]; y oneroso, en cuanto existe

---

[192] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* pp. 257-258, considera, sin embargo, que «el pacto entre los socios no prepara otros contratos, si bien predispone una nueva individualidad destinada casi siempre al tráfico, en el cual actuará mediante los contratos que en cada momento viene convenirle. Tampoco es un contrato-marco, es decir, trazando las líneas de ulteriores convenciones»; y añade «lo que singulariza a la sociedad frente a los restantes contratos es ese *status* que nace como resultado perseguido por las partes; *status* o individualidad jurídica en cuyo marco los socios van a desarrollar en el cumplimiento del fin social múltiples contratos y actividades previstos genérica, pero no específicamente, por el convenio que les ata».

[193] *Vid*. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1960 (RJ 1960/468) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 18 de marzo de 1997 (AC 1997/622).

[194] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2340) en cuyo *Fundamento de Derecho 2.º* dispone que: «… aunque no se hubiesen efectuado las aportaciones por parte de un socio, la sociedad por eso no deja de existir, puesto que el propio artículo mil seiscientos sesenta y cinco declara que por ese contrato las personas que lo constituyen "se obligan" a poner en común dinero, bienes o industria, con lo que denotan el carácter meramente consensual de este contrato, y no de carácter real, como ocurriría si se perfeccionase solamente con la realización de las aportaciones, ya que en otro caso no tendría sentido la acción de la sociedad contra el socio para que se verifique las aportaciones prometidas»; las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7792) y de 9 de octubre de 1987 (RJ 1987/6929).

[195] Precisa LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* p. 257, que «el contrato de sociedad tiene, así, un doble aspecto. De una parte representa un negocio que se celebra en un momento y provoca ciertas mutaciones y vinculaciones jurídicas. De otra parte, el contrato crea y reglamenta una entidad colectiva duradera a la que señala su destino futuro»; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2009, p. 1903.

Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5042), que dispone que: «no responde a un contrato con obligaciones recíprocas y prestaciones ligadas por el nexo de interdependencia, propias del negocio conmutativo, sino que la creación de una sociedad mercantil —o civil— comporta un convenio plurilateral sin la contraposición de intereses característicos del contrato recíproco o de cambio, lo que significa, como ha hecho notar la doctrina científica, que los socios no desplazan sus prestaciones de forma que cada uno reciba la del otro, sino que los concentran o fusionan para obtener el fin común hacia el que convergen».

[196] Como señala MARÍN LÓPEZ J. J.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1904, consecuencia de la plurilateralidad es que «los vicios de consentimiento que afectan a uno solo de los consocios (o a varios) no provocan la nulidad del contrato en su totalidad, sino la nulidad parcial, circunscrita al socio o socios que padecieron el vicio. La doctrina de la conservación del negocio aconseja optar por esta alternativa, aun sin pronunciamiento legal explícito».

El Código Civil no establece un número mínimo de los contratantes, dos o más personas, establece la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1958 (RJ 1958/1287); pero si tiene únicamente dos, la muerte o el fallecimiento de uno de ellos obliga necesaria y forzosamente a la liquidación de la sociedad [sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1959 (RJ 1959/2956)].

una equivalencia entre las prestaciones de los socios y las ganancias que éstos esperan obtener[197]. Todos los socios han de asumir la carga de la contribución a la consecución de un fin común a cambio de la obtención de una parte en los beneficios. Así, cada consocio aporta su parte en vista de las aportaciones ajenas, y se entiende que entre todas las aportaciones existe una equivalencia subjetiva. Es por ello que, en caso de evicción de una cosa aportada, el consocio que la ha entregado para que formara parte del fondo social está sujeto al saneamiento, como un comprador (artículo 1681 del Código Civil); y en el momento de disolverse la sociedad, cada socio puede retirar sus aportaciones, en especie o en valor[198]. No se trata, sin embargo, de un contrato sinalagmático al que resulte de aplicación el artículo 1124 del Código Civil, sino de cooperación, en la que los intereses de las partes no se contraponen, sino que se coordinan en interés común[199].

No obstante, puede haber gratuidad en la distribución de las ganancias y las pérdidas, cuando se atribuye a uno de los socios una cuota en las ganancias superior a la que corresponde a sus aportaciones o una menor pérdida (artículos 1689 y 1691 CC)[200].

Naturaleza

La doctrina mayoritaria considera que la sociedad es un contrato; si bien no encaja en los típicos contratos de cambio, porque lo que se persigue es un objeto

---

[197] Castán Tobeñas J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* pp. 584-585; Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 271; González García J.: «El contrato de sociedad», *Curso de Derecho Civi*l, t. II, coordinador Francisco Javier Sánchez Calero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 475-476. *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 17 de mayo de 1999 (AC 1999/5665).

[198] Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* p. 260.

[199] De Pablo Contreras, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *op. cit.,* p. 635; Capilla Roncero, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 40-45; Perdices Huetos, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2808, quien, asimismo, precisa que «la causa asociativa es, en fin, lo que caracteriza a la sociedad. Dicha causa se cifra en que la sociedad se ha de constituir para la consecución de un fin común como idea que vertebra el concepto de sociedad y que nos permite distinguir del contrato de sociedad de otros (por ejemplo, de cambio cuyo ejemplo paradigmático es la compraventa)». *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1995 (RJ 1995/5920).

[200] Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 260, si bien precisa que «aún entonces ha de pensarse, en principio, que estas irregularidades corresponden a lo que podríamos llamar «aportaciones invisibles» de un socio: de amistades, prestigio, significación en el mundo económico, o cualidades semejantes que tienen una repercusión imprecisa, pero cierta en los negocios de la sociedad. Pero, aún si la voluntad de los consocios al pactar estas modalidades fuera la de donar, siempre habría que distinguirse, de una parte, el contrato de sociedad con su conjunto de aportaciones (que determina las cuotas sociales); y de otra, el pacto sobre distribución de ganancias y/o pérdidas que, en su caso, pueden interpretarse como una liberalidad del propio grupo o ente a sus consocios».

o fin común y no intereses individuales, en los que su satisfacción se logra mediante un intercambio de prestaciones[201]. En la sociedad, lo socios no se deben ni tienen derecho recíprocamente a nada, sino que todas sus aportaciones las destinan de modo funcional a la obtención de un fin común. Como precisan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, «lo que cada socio obtiene para sí lo recibe directamente de los rendimientos de la actuación y patrimonios comunes, no de cada uno de los consocios. En suma, la sociedad es un contrato asociativo, porque la nota que le caracteriza es la colaboración o cooperación de los contratantes para conseguir el fin que pretenden, no las prestaciones que han de realizarse. Otra nota del contrato asociativo es un contrato organizativo, en tanto que establece una relación necesariamente estable y compleja en la que hay que regular aquella cooperación o colaboración y los elementos que sirven como instrumentos para ello»; y añaden: «el alejamiento del contrato de sociedad del esquema del contrato de cambio origina un especial régimen del incumplimiento de la obligación del socio de realizar la aportación. Cuando la sociedad (si es persona jurídica), o los demás socios exigen su cumplimiento, lo hacen para que sea posible alcanzar el fin común previsto, que beneficiará a todos. Por ello, si incumplen, podrán los socios pedir la disolución de la sociedad, porque falta el presupuesto de colaboración, cuya primera y principal manifestación es realizar la aportación»[202].

Desde esta perspectiva, señala PAZ-ARES que «el contrato de sociedad es un contrato con una doble vertiente: obligatoria (genera derechos y obligaciones para las partes) y organizativa (pone en pie una organización unificada para el desarrollo del objeto social»[203]. Esta organización es de base asociativa, pues la forman un grupo de personas; y, asimismo, en cuanto a tal es creador de relaciones jurídicas, por lo que puede ser titular activo como pasivo de las mismas. Para ello, el propio ordenamiento la dota de personalidad jurídica. De forma que, en la configuración de este tipo societario, por una parte, el legislador ha considerado como normal y típico la sociedad externa con personalidad jurídica, con la que coexiste,

---

[201] CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 38-39, que, como señala, forma parte de una categoría de contratos específica como son los llamados contratos plurilaterales, también llamados contratos de colaboración o asociativos; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 270.

[202] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 459.

[203] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1316.

En similares términos, la Resolución de la DGRN (Propiedad) de 25 de noviembre de 1995 en cuyo *Fundamento de Derecho 3.º* dispone que: «… La sociedad civil es ante todo un contrato (artículo 1665 del Código Civil) por más que su naturaleza sea discutida y su contenido variado o con una doble vertiente, esencialmente obligatorio en cuanto disciplina las relaciones entre los socios y éstos y la sociedad, pero también con un cierto aspecto organizativo de grupo, tanto en el aspecto patrimonial como en el de la propia actividad de la sociedad, han de aplicárseles las reglas generales de los contratos, de suerte que tan sólo el mismo consentimiento unánime de los socios exigido para su celebración puede amparar su modificación o la extinción de sus efectos, sin perjuicio de la posibilidad de denuncia unilateral en los casos y condiciones que la propia Ley ha previsto». También la Resolución de la DGRN (Propiedad) de 25 de noviembre de 1998 y la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 3 de abril de 2002.

como así trataremos aquella sociedad interna que no es conocida por terceros, por carecer de su publicidad, como tal, y que no por ello deja de ser sociedad, si bien genera solo efectos obligatorios entre las partes.

En este contexto hay quienes descartan la naturaleza contractual de la sociedad mediante el argumento de que en la sociedad no concurren los rasgos identificadores de la figura del contrato: la presencia de un conflicto de intereses y la naturaleza económica de ese conflicto. Se dice que en la sociedad hay un fin común que las partes pretenden alcanzar, por lo que la contraposición de intereses queda sustituida por la idea de cooperación; lo que les lleva a calificar el negocio constitutivo de la sociedad de acto unilateral colectivo, que se da cuando varios sujetos manifiestan una voluntad no contrapuesta a los demás y dirigida a conseguir un mismo efecto en interés de todos. No obstante, la tendencia mayoritaria en la doctrina es considerarlo un contrato[204]. Asimismo, no faltan autores que hablan, en cambio, de acto complejo o de acuerdo, porque las declaraciones de voluntad van dirigidas al mismo fin y se unifican en una sola voluntad[205].

De lo que no hay duda es que a la sociedad no se le puede negar su naturaleza contractual, en tanto que en su creación, como durante su vida, hay intereses contrapuestos que el propio contrato social con los caracteres indicados sustenta.

4. La constitución de la sociedad civil

Son elementos esenciales para la constitución de la sociedad: la formación de un fondo común con las aportaciones de los socios; y el intento de obtener, mediante las operaciones realizadas en común, un lucro partible entre los socios y del que pueden participar todos. Más discutible para algunos es que se califique como tal la intención de constituir sociedad o *affectio societatis* o *animus contrahendi societatis*[206].

---

[204] PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11485; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1903.

[205] CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 37-38.

[206] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/7624), en su *Fundamento de Derecho 2.º* señala que: «para que exista una sociedad se exige la concurrencia de unos elementos objetivos y subjetivos, a saber: aportaciones de actividades o bienes, que pasan a formar un patrimonio común (patrimonio separado, que no necesariamente ha de generar autonomía patrimonial entendida como personalidad jurídica propia), un fin común, y una *"affectio societatis"* o *"animus contrahendi societatis"*». A estos requisitos se refiere una profusa doctrina jurisprudencial y en tal sentido cabe mencionar las sentencias de 8 de marzo y 9 de octubre de 1995 y 29 de septiembre y 28 de noviembre de 1997, en relación con las aportaciones; las de 21 de febrero de 1987, 6 de octubre de 1990, de 24 de julio y 21 de octubre de 1993, 14 de octubre de 1997 y 5 de febrero y 14 de abril de 1998, en lo que respecta a la creación de un patrimonio o fondo en común, como consecuencia de la puesta en común de bienes y actividades; y las de 20 de marzo y 19 de noviembre de 1984; 30 de abril de 1986; 21 de febrero, 22 de mayo y 2 de

4.1. La existencia de un fondo común

El artículo 1665 del Código Civil obliga a los socios a poner en común dinero, bienes o industria. Por tanto, cada uno de los socios ha de aportar u obligarse a aportar algo a la sociedad; y, además, lo que aporte ha de hacerse común a todos los socios[207]. La puesta en común de un patrimonio lleva siempre consigo una comunidad de goce que puede revestir diversas formas jurídicas, por razón del carácter y naturaleza de las aportaciones que lo integran. De forma que, la propiedad o titularidad de los bienes puede seguir perteneciendo al socio aportante, o pasar a en *pro indiviso* al conjunto de los socios; o puede ser adquirida por la sociedad como tal persona jurídica[208]. Ahora bien, las aportaciones pueden ser en propiedad (artículos 1673, 1674 y 1678 del Código Civil), o como aportaciones de goce (artículos 1675, 1678 y 1687 del Código Civil); pudiendo configurarse como patrimonio autónomo si la sociedad civil tiene personalidad; o como un patrimonio indiviso, si la sociedad no tiene personalidad, rigiéndose, entonces, por las reglas de la comunidad de bienes (artículo 1669 del Código Civil)[209]. Asimismo, la aportación se puede hacer en usufructo, bien porque el socio no tuviese más que este derecho sobre la cosa; o porque se establece como usufructuaria a la sociedad, manteniendo el socio la nuda propiedad.

En todo caso, conviene indicar el valor de las aportaciones *in natura*, a fin de formar la cifra del capital social; siendo precisa, a estos efectos, la aceptación del valor de los bienes que entrega cada socio, por los consocios[210].

Como hemos indicado, es posible que las aportaciones sean solo de industria (como derecho actual a obtener de los socios la prestación de servicios)[211], comprendiendo la actividad del socio, profesional o no; intelectual o manual; pero también todas aquellas connotaciones y cualidades que puedan proporcionar ganancias como el nombre y la fama[212]. Sin embargo, la propia estructura de la sociedad civil exige que, en relación con este tipo de aportación, al menos exista

---

junio de 1987; 23 de mayo de 1989; de 19 de marzo de 1990; 24 de julio de 1993; de 8 de marzo de 1995; y 27 de enero, 14 de octubre y 28 de noviembre de 1997 en cuanto a la *«affectio societatis»*. *Vid.* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 7 de marzo de 2007 (RJ 2007/1530) y de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9046); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12, de 14 de enero de 2004 (JUR 2004/251724) y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 12 de marzo de 2004; y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, de 28 de abril de 2004 (AC 2004/2183).

[207] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 1987 (RJ 1987/727).

[208] Capilla Roncero, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* p. 273.

[209] Brioso Escobar, E. L.: «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1980, pp. 7-9.

[210] Lacruz Berdejo J. L.: *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 270.

[211] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 1994.

[212] Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, op. cit.,* p. 270.

un patrimonio mínimo o fondo social, compuesto por cosas o créditos partibles, sobre el que se sustente la propia sociedad; lo que supone que tendrá escasa eficacia práctica una sociedad en que las únicas aportaciones sean de industria. Además, el valor representado por la misma puede formar parte del capital social y tendrá una eficacia limitada en la distribución de beneficios. No obstante, como matiza LACRUZ BERDEJO, es posible teóricamente la aportación de industria y aplazar la formación del fondo partible al momento en que se produzca en la sociedad cualesquiera movimientos económicos de signo positivo.

De todas formas, el problema es más bien teórico, pues en la práctica es difícil encontrar una sociedad que no cuente con medios materiales, por mínimos que éstos sean.

Aparte de la aportación de bienes muebles e inmuebles, también cabe aportar derechos reales limitados y derechos personales, como la transmisión de bienes en uso, sin ceder su dominio. Cabe cualquier bien, «o incluso cualidad personal que tenga un valor económico dentro del ente social, puede ser objeto de aportación; asimismo una abstención valiosa, o el uso del nombre de una persona conocida y el crédito que proporciona»[213].

En todo caso, las aportaciones de bienes han de ser valoradas, a fin de concretar la cifra del capital social, que no es lo mismo que el activo o patrimonio social, pues se trata de una deuda de la sociedad frente a los socios aportantes.

Si la sociedad tiene personalidad jurídica (artículo 1669.1), el patrimonio social es autónomo respecto del patrimonio individual de los socios. Es más, conforme al artículo 38.1 del Código Civil, lo defendible es que la titularidad de ese patrimonio común corresponda a la sociedad persona jurídica[214].

4.2. El fin o ánimo de lucro. El lucro partible

Lo que individualiza y tipifica a la sociedad como contrato de cooperación es el fin común que las partes se hubieran propuesto o convenido[215]. Un fin común

---

[213] LACRUZ BERDEJO J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* pp. 261-262, quien, asimismo, matiza que «con ello no se quiere decir que la sociedad se pueda constituir sin elemento objetivo: un quid social o común a los socios, distinto de ellos mismos. Mas ese elemento puede consistir en créditos de carácter —a veces— tan personal e irrealizable como la mencionada aportación de industria; lo que se requiere como presupuesto de existencia de la sociedad es, no una masa de bienes materiales divisible, sino cualquier ente que puede ser objeto de promesa, e instrumento, y fuente de ganancias, sea cual fuere su consistencia. Lo que sí tiene la sociedad desde el momento de comenzar a existir es un patrimonio».

[214] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1903.

[215] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2005 (RJ 2005/6395).

que, como manifiesta PAZ-ARES, representa «la especificidad funcional y jurídica del contrato de sociedad. El fin común encarna el elemento comunitario que diferencia a la sociedad de los demás contratos (señaladamente, de los contratos de cambio) y vertebra el contrato de sociedad tanto en su dimensión obligatoria (el fin común es la causa de las obligaciones derivadas del contrato social), como en su dimensión organizativa (el fin común es la ley de la entidad resultante del contrato de sociedad)»[216]. Dentro del fin común, como concepto abstracto o genérico, ha de distinguirse, como señala DE PABLO CONTRERAS, «el más concreto concepto de "objeto social", esto es, la actividad precisa que los socios han previsto llevar a cabo para alcanzar dicho fin»[217].

El contrato de sociedad opera sobre la base de obtener un beneficio económico, esto es, obtener una ganancia común y divisible entre los socios. Un fin de lucro o ventaja económica[218]. Lo que el propio Código Civil señala como «ánimo de repartir entre sí las ganancias»[219]. Se indica por la doctrina que son cuatro los postulados sobre los que opera: 1. La sociedad se constituye para obtener una ganancia; 2. Esta ganancia ha de ser común a todos los socios; 3. Una intención de los socios de obtener una ganancia; 4. La ganancia o pérdida sea común a todos ellos y repartida entre ellos. Por lo que en nuestro Código Civil la ganancia partible supone un incremento positivo en relación con los bienes o el patrimonio social; asimismo, representa el beneficio perseguido por la sociedad y supone un provecho pecuniario que aumenta el capital individual de cada socio como consecuencia del propio funcionamiento de la sociedad y del rendimiento de las aportaciones que conforman su capital social[220]. Una excepción a esta regla lo representa el artículo 1678 del Código Civil en el caso de sociedad particular que tiene por objeto el uso de cosas determinadas.

Por otra parte, el artículo 1665 del Código Civil identifica fin de lucro con ganancia partible, lo que para DE PABLO CONTRERAS resulta inexacto, pues «en realidad, el fin de lucro ha de ser entendido como propósito —de los socios que repercute en la sociedad como causa del contrato— de obtener un beneficio económico, tanto si se trata de un lucro directo para la sociedad susceptible de ser partido luego entre los socios, cuanto si de lo que se trata es de conseguir un lucro indirecto, esto es, un ahorro o ventaja patrimonial para los socios consecuente con

---

[216] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1323.

[217] DE PABLO CONTRERAS, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *op. cit.,* p. 639.

[218] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10, de 14 de diciembre de 2002 (JUR 2003/64628).

[219] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 1962 (RJ 1962/2521); de 18 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6442); de 21 de marzo de 1988 (RJ 1988/2221) y de 27 de enero de 1997 (RJ 1997/143) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 28 de abril de 2004 (AC 2004/2183).

[220] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 275, MARÍN LÓPEZ J. J., «Comentario al artículo 1665», *op. cit.,* p. 1904.

la prestación a éstos por la sociedad de determinados servicios, medios o simples utilidades»[221].

4.3. La intención de constituir sociedad o «affectio societatis»

Se configura como un elemento para la existencia de la sociedad, bien como elemento autónomo o integrado en otros requisitos de la sociedad[222]. Señala con acierto CASTÁN TOBEÑAS que «aunque la noción de *affectio societatis* tenga todavía indudable arraigo en la doctrina científica, y en la jurisprudencia de algunos países, como Francia e Italia, son ya bastantes los escritores que impugnan con valentía la existencia de este pretendido elemento característico, del contrato de sociedad o los que lo mantienen con escasa fe y más todavía los que lo rechazar implícitamente al pasarlo en silencio». Y es que, realmente, añade «tanto si se aceptase un criterio subjetivo para definir la *affectio societatis* (considerándola como la intención de asociarse o de someterse al régimen del contrato de sociedad), como si se prefiere un criterio objetivo (viendo en ella un elemento económico de cooperación o colaboración activa), siempre resulta que la *affectio societatis* viene a refundirse en los otros requisitos del contrato de sociedad, y no es, en definitiva, más que la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituye la finalidad y la esencia de dicho contrato»[223].

En esta línea, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS señalan que «efectivamente la sociedad no requiere de una voluntad "mística", ni tampoco de un consentimiento que sea distinto del que requieren los demás tipos contractuales. En todos los contratos se constata una representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos y una cierta voluntad de alcanzarlos». La *affectio societatis,* concluyen «no parece ser otra cosa que el genérico consentimiento contractual unido al fin que las partes persiguen. Pero ese fin se valora en todos los contratos para interpretar sus pactos y sus estipulaciones y para someterlos a una determinada calificación, no es específico del de sociedad»[224].

Por su parte, PERDICES HUETOS destaca que «más allá de la tautología que supone exigir el consentimiento de dos o más personas físicas o jurídicas para la formación de un contrato (artículos 1099 y 1255 del Código Civil), en este punto lo que se trata de exigir es la existencia de la voluntad de constituir una sociedad y no otro

---

[221] DE PABLO CONTRERAS, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *op. cit.,* p. 640.

[222] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1987 (RJ 1987/3555); de 19 de marzo de 1990 (RJ 1990/1707); de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/7624); y de 7 de marzo de 2007 (RJ 2007/1530); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 10 de octubre de 2008 (JUR 2009/7992).

[223] CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* pp. 592-593.

[224] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 461.

tipo de contrato; lo que supone en el fondo desviar la sede de la clásica formulación de la *"affectio societatis"* desde el ámbito de la voluntad al de la causa». Y precisa que, hay que «destacar en este punto que será la voluntad de los socios la que determine un punto tan clásico como si la sociedad tendrá o no personalidad jurídica (artículo 1699 del Código Civil). Serán los socios, en efecto, quienes decidan si quieren presentarse en el tráfico como un grupo unificado (sociedad externa o con personalidad jurídica), o si, por el contrario, los fines de su agrupación no exigen o precisan de esa unión *ad extra* (sociedad interna o sin personalidad)». No se trata, en fin, «de un mero capricho o de una decisión libre de los socios, sino que depende de lo que los mismos quieran conseguir con esa sociedad»[225].

No obstante, nuestro Tribunal Supremo, en diversas ocasiones, lo mantiene como elemento esencial del contrato de sociedad. Se establece que «a diferencia de otros contratos menos complejos, en la sociedad hay que agregar a los elementos generales comunes a toda relación contractual la intención de constituir sociedad (*affectio societatis; animus contrahendae societatis*), considerada como elemento distinto del consentimiento», consintiendo aquélla en la suma de dos voluntades: la voluntad de unión, «primer elemento esencial de la causa del contrato de sociedad»; y «la voluntad de poner en común ciertos riesgos, tanto los de pérdida como los de ganancias»[226]. Sin embargo, no faltan tampoco resoluciones que privan de autonomía a la *affectio* y la hacen coincidir con el consentimiento emitido sobre el objeto o causa del contrato[227].

Aunque en la doctrina el requisito de la *affectio societatis* no suele valorarse como independiente del consentimiento, señala LACRUZ BERDEJO que «acaso, como todo, puede hablarse de una *affectio societatis* como elemento característico

---

[225] PERDICES HUETOS A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2807.

[226] *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 1969 (RJ 1969/4711); de 2 de octubre de 1978 (RJ 1978/3001); de 22 de mayo de 1987 (RJ 1987/3555); de 19 de marzo de 1990 (RJ 1990/1707); de 27 de enero de 1997 (RJ 1997/143); de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/7624); la *«affectio societatis»* es un requisito subjetivo —intención de constituir la sociedad—, de esencial concurrencia y que se puede revelar por los elementos objetivos, supone un *«plus»* añadido al simple consentimiento contractual (sentencias de 30 de abril de 1986 y 21 de febrero de 1987), y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial (sentencia del 8 de marzo de 1995), o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos (sentencia de 23 de mayo de 1989)»; y de 7 de marzo de 2007 (RJ 2007/1530). También las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 16 de febrero de 1998 (AC 1998/408); y de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, de 2 de septiembre de 1999 (AC 1999/1833). La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de 10 de octubre de 2008 (JUR 2009/79992) señala que *la affectio societatis* supone un «plus» añadido al simple consentimiento contractual y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial, o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos.

[227] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 1984 (RJ 1984/1313); de 19 de marzo de 1990 (RJ 1990/1707); de 9 de febrero de 1994 (RJ 1994/6); de 6 de octubre de 1995 (RJ 1995/838); de 17 de julio de 1996 (RJ 1996/5724) y 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1490).

del contrato de sociedad y distinto del consentimiento contractual, precisamente, una vez prestado éste, para designar la voluntad de unión, implícita, pero operante en cada momento, merced a la cual el contrato no se disuelva en las sociedades que no tiene plazo fijado de duración, en las cuales, a diferencia de los otros contratos, los efectos se mantienen por voluntad continuada de las partes (artículo 1700.4.º del Código Civil)»[228].

5. Clases de sociedades

CASTÁN TOBEÑAS establece una clasificación que tomamos como base de nuestra exposición, atendiendo por una parte *al objeto y la legislación que las rige*: sociedades civiles y mercantiles; por *su composición personal, fija o variable*: sociedades de personas y sociedades de capital. En la primera se atiende a las cualidades peculiares de los socios, por lo que su composición personal es regularmente invariable; en la segunda sólo se tiene en cuenta la aportación patrimonial con que el socio contribuye a la formación de capital social y por ello la cualidad del socio es fungible y variable la composición personal de la sociedad; *por la base de crédito de la sociedad y extensión de la responsabilidad de los socios*: sociedades colectiva, comanditaria, que puede ser simple o por acciones; y anónima; *por la estabilidad del capital social*: en sociedades de capital fijo y sociedades de capital variable; *por la forma de constitución y prueba*: sociedades expresas y tácitas; y *por la extensión de la comunidad que se forma entre los socios*: sociedad de todos los bienes presentes; sociedad universal de ganancias y sociedades particulares[229].

No obstante, vamos a centrar nuestro estudio únicamente en la distinción entre sociedad civil y mercantil.

5.1. Sociedades civiles y mercantiles

El artículo 1670 del Código Civil señala que *«las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio»*, y que *«en tal caso le serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código»*.

De forma que serán sociedades mercantiles todas aquellas que adoptan alguna de las estructuras o tipos regulados por la Ley mercantil, con la ventaja de su sen-

---

[228] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 259.

[229] CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* pp. 591-611.

cillez y fijeza. Se indican como diferencias en cuanto a su régimen jurídico de estas dos clases de sociedades: «*1. Las sociedades civiles se pueden constituir en cualquier forma, salvo en los casos en que se aporten a ellas bienes inmuebles, mientras que las mercantiles requieren siempre la escritura pública, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes que se aporten a la sociedad. 2. Para las sociedades civiles que no se constituyan adoptando alguna forma comercial, no se prescribe ningún régimen especial de publicidad; mientras que, para las comerciales es obligatoria la inscripción en el Registro mercantil; 3. A diferencia de las sociedades civiles, las mercantiles están obligadas a llevar los libros de comercio en los términos establecidos por el artículo 33 y siguientes del Código respectivo y con la fuerza probatoria que les asigna el artículo 48; 4. En las sociedades civiles es la regla general la responsabilidad ilimitada, pero mancomunada simple de los socios por las deudas sociales; mientras que en las sociedades comerciales o es ilimitada y solidaria la responsabilidad de los socios, o está dicha responsabilidad limitada al importe de las aportaciones; 5. Las sociedades civiles se disuelvan por muerte o insolvencia de cualquiera de los socios. Las mercantiles no siempre se extinguen por estos motivos; así, la muerte de los socios comanditarios o de los accionistas no disuelve la sociedad mercantil, y la inhabilitación de un socio sólo produce efecto extintivo o rescisorio cuando el socio condenado fuese gestor de la compañía: 6. En las sociedades civiles la prescripción de las acciones se rige por las reglas ordinarias del Título XVIII del Libro IV del Código Civil. En las mercantiles existen plazos especiales, más rápidos, para la prescripción de las acciones que asisten al socio contra la sociedad, o viceversa*»[230].

---

[230] CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* pp. 602-603; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 272, señala que «el criterio de distinción entre sociedades civiles y sociedades mercantiles, teniendo en cuenta que en ambas el fin es la obtención de un lucro repartible, radica, según el artículo 1670 del Código Civil en el «objeto a que se consagren». Así, si el fin de la sociedad es la industria (exceptuadas las actividades empresariales o industriales de carácter agrario), el comercio, es decir, la realización habitual de actos de comercio, será sociedad mercantil y se aplicarán las reglas del Código de Comercio». Ahora bien, añade el autor que «si el fin de la sociedad no consiste en la realización habitual de actos de comercio, es decir, su objeto sea otro o cualquiera, con tal de que sea lícito y establecido en interés de los socios, será sociedad civil».

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 1992 (RJ 1992/4831) en su *Fundamento de Derecho 5.º* señala que: «… coincidente con la jurisprudencial iniciada por S. 2-1-1940 establece que las sociedades civiles por el objeto a que se consagren —por ejemplo, prestaciones agrarias, actividades artísticas o liberales— puedan revestir todas las formas del Código de Comercio, pero a su vez cuando se constituyen una sociedad con un objeto claramente mercantil, como lo es de autos —véase la redacción de los Antecedentes, aps. I y II, en que se establece como objeto de la sociedad explotar un negocio mercantil del género de la Alimentación por el sistema llamado «Supermercado»—, aunque para adquirir nítida su personalidad mercantil precisa escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, frente a terceros extraños a la Sociedad, ciertamente que entre los socios regirán en cuanto sea compatible con los acuerdos sociales las reglas del Código de Comercio que resolverán los problemas que surjan de un funcionamiento tendente a conseguir un claro objetivo social, cual es la explotación de un negocio lucrativo abierto al público, según acaba de decirse, de acuerdo todo ello con lo prevenido en los artículos 1665 y 1670 del Código Civil y 116 y 117 primer párrafo del Código de Comercio, de cuya interpretación

Sobre la base de lo expuesto en el citado precepto, se admite la existencia de sociedades civiles por su objeto que pueden revestir las formas reconocidas por el Código de Comercio. La referencia a la forma se concreta en sociedades colectivas y comanditarias simple, pues las leyes de sociedades anónimas y limitadas dicen que, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil, y en cuanto no se rijan por disposición que le sean específicamente aplicables, se someten a los preceptos de dichas leyes. Aunque se adopte un tipo mercantil, no por ello se varía la naturaleza de la sociedad, que seguirá siendo civil, pues para el Código Civil y el Código de Comercio sólo son mercantiles las sociedades sometidas al estatuto de comerciante. De forma que se regirá por los preceptos mercantiles correspondientes al tipo adoptado en cuanto al contrato y sus efectos (mercantilidad objetiva), y por las reglas civiles ordinarias en cuanto a su actuación como sujeto en el tráfico jurídico, al quedar dichas sociedades sustraídas al estatuto del comerciante (mercantilidad subjetiva). A diferencia de las formas capitalistas que, en todo caso son mercantiles o comerciantes, las formas de sociedades mercantiles de personas —colectiva y comanditaria— con objeto civil sólo son objetivamente mercantiles, pero permanecen subjetivamente civiles; lo que significa que esas sociedades, a pesar de su forma, no son comerciantes, ni quedan sometidas a su estatuto[231]. Ni el Código Civil, ni el Código de Comercio permiten, en cambio, que una sociedad mercantil por su objeto o actividad (dedicada al ejercicio del comercio) pueda adoptar la forma de sociedad civil. Si ello sucediese, la sociedad habría de considerarse como colectiva, que es el tipo general del tráfico mercantil[232]; y tendrá la consideración de comerciante[233].

De otra parte, señala LASARTE ÁLVAREZ que «las leyes de sociedades de capital consagran el criterio de que ambos tipos de sociedades —anónima y de responsabilidad limitada—, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil. En tales sociedades, los socios no responden con su patrimonio personal o privativo de las deudas sociales, pues su responsabilidad está limitada a las aportaciones que hubieran realizado al patrimonio social», por ello concluye que «se dice que, en realidad, la que responde es única y exclusivamente la sociedad, no los socios»[234].

---

en correcta hermenéutica no cabe sino lógicamente esa consecuencia doctrinal expuesta, pero sin que por lo tanto ello imponga una diferente forma de practicar la liquidación de la sociedad en este caso, más que en la forma prevenida, ajustada a lo convenido, en el artículo 1708 del Código Civil».

[231] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2811.

[232] DE PABLO CONTRERAS, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *op. cit.,* pp. 632-633, para quien son también sociedades objetivamente civiles las sociedades cooperativas, las mutuas de seguro y de previsión social y las sociedades agrarias de transformación, pues en el artículo 1 de su Estatuto regulador las define como: *«sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales»*.

[233] La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 25 de abril de 2002 (JUR 2002/192709) señala que, aunque las partes le hayan dado una forma civil, si su objeto es mercantil, tendrá la consideración de comerciante.

[234] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 273.

6. Estructura del contrato de sociedad

6.1. Elementos personales

Los socios son las partes que integran la sociedad y pueden ser personas físicas o jurídicas[235]. Al respecto, la única regla específica en relación a los mismos que establece el Código Civil es que no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (artículo 1677). Con esta prohibición se pretende evitar que, con el contrato de sociedad universal que podía implicar una donación, se pudieran eludir las disposiciones que precisamente impiden a determinadas personas realizar donaciones entre sí. Hasta la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981 estaban prohibidas las donaciones entre cónyuges; lo que llevaba como consecuencia, atendiendo a la regla del citado artículo 1677, que no podían tampoco celebrar entre sí el contrato de sociedad universal; no así la posibilidad de constituir sociedad particular. Con la reforma, la cuestión ha quedado zanjada desde que el artículo 1323 CC posibilita a los cónyuges contratar entre sí; por lo que pueden celebrar tanto contratos de donación como de sociedad universal sin ningún tipo de limitación.

Por ello, la aplicación de esta prohibición queda reducida a las sociedades universales constituidas por el tutor, el curador y el defensor judicial con su pupilo (artículos 215 y 221.1.º); por el representante del ausente con éste (artículo 185.II), o por el testador con aquellas personas a las que no puede atribuir bienes *«mortis causa»* (artículos 752 y 754). Tampoco pueden constituir entre sí sociedad universal el notario autorizante de la escritura social y sus parientes hasta el cuarto grado, con los otros socios (artículos 22, 27 y 28 de la Ley Notarial, de los que se deduce igualmente la prohibición de constituir sociedades particulares). No afecta, sin embargo, tal prohibición a la sociedad constituida por el testador y los herederos declarados indignos para sucederle, si en el momento de la constitución de la sociedad conocía aquél la causa de indignidad (artículo 757); sí, en caso contrario. Tampoco afecta a la eventual constitución de una sociedad universal entre los titulares de la patria potestad y los sujetos de ésta, que se regirán por el artículo 166; ni tampoco, en fin, a la constituida entre el menor acogido y sus acogedores[236]. De celebrarse un contrato de sociedad universal contra la prohibición establecido en este precepto, tal contrato es nulo *ex* artículo 6.3, y no simplemente anulable (artículos 1264, 1301 y 1302 del Código Civil), en cuanto no contiene una norma de incapacidad, sino que va en contra de una norma prohibitiva[237].

Respecto a los menores emancipados, aunque a los efectos de operar en el tráfico civil tiene la misma capacidad que el mayor de edad, sin embargo, teniendo

---

[235] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6654).

[236] Marín López, J. J.: «Comentario al artículo 1677 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1918.

[237] Capilla Roncero, Fco.: «Comentario al artículo 1677 del Código Civil», *op. cit.,* p. 114; Paz-Ares C.: «Comentario al artículo 1667 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1393.

en cuenta que para formar parte de una sociedad civil se han de aportar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, que pueden ser bienes muebles, tanto en propiedad como en usufructo, tal aportación, al ser considerada como «enajenación» (o gravamen), en virtud del artículo 323 del Código Civil, les quedaría vedado realizar tales aportaciones sin el consentimiento de sus padres o del curador[238]. Ahora bien, si lo que se aportan son ciertos bienes muebles, al responder los socios civiles con todos sus bienes presentes y futuros, de manera que pueden quedar igualmente comprometidos bienes inmuebles, parece que tampoco podrán constituir sociedades civiles sin contar con el consentimiento de los padres o del curador, tal como establece el citado artículo 323. De ahí que no faltan quienes creen que, incluso para la constitución de una sociedad, el menor emancipado precisa de autorización, pues los socios civiles responden de las obligaciones sociales con sus bienes presentes y futuros; y, en consecuencia, quedar afectados los bienes inmuebles o ciertos muebles del menor en estas sociedades. Lo que, a juicio de LACRUZ BERDEJO, resulta criticable, pues supone «una interpretación extensiva del artículo 323, que restringe indebidamente el ámbito de actuación del emancipado, a quien le está prohibiendo enajenar o gravar los inmuebles, pero —mientras medie fraude— sin abstraer tales bienes de su responsabilidad patrimonial universal, tanto por obligaciones no contractuales como por las surgidas en el curso de ejecución de un contrato»[239].

El representante legal del menor (y del incapacitado, salvo que otra cosa determine la sentencia de incapacitación) podrá constituir sociedad en nombre de éste, si bien precisará autorización judicial, si aportase bienes inmuebles (artículos 166 y 271.2 del Código Civil).

Con relación a las personas jurídicas, las mismas tienen capacidad para celebrar este contrato; y ser participantes en una sociedad civil; sin que el carácter *«intuitue personae»* propio de éste se oponga[240].

6.2. Elementos reales. Objeto de la sociedad civil

El socio queda obligado a aportar a la sociedad «dinero, bienes o industria», es decir, queda obligado a dar (bienes) —para lo que se exigirá la capacidad y

---

[238] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 241; GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 482.

[239] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 268. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil,* t. II, *Derecho de obligaciones,* op. cit., p. 765.

[240] DE PABLO CONTRERAS, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *op. cit.,* p. 636; asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1983 (RJ 1983/958); de 8 de julio de 1986 (RJ 1986/4421) y de 25 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6654); y la Resolución de la DGRN de 20 de octubre de 1992.

legitimación correspondiente—, o hacer (industria)[241]. Dos son las condiciones que debe reunir el objeto de una sociedad, según establece el artículo 1666 del Código Civil. El ser lícito[242], determinado o determinable, sin necesidad de nuevo contrato[243], y establecerse en interés de todos los socios.

La ilicitud del objeto conlleva, además de la disolución de la sociedad, si ésta ha obtenido ganancias, según establece el citado precepto en su apartado segundo, que éstas se destinen a los establecimientos de beneficiencia (públicos o privados) del domicilio de la sociedad y, en su defecto, a los de la provincia. Por su parte, si se conviene un pacto por el que se excluya a alguno de los socios de toda participación en las ganancias, tal pacto se considerará nulo (artículo 1691). En todo caso, si la ilicitud pesara únicamente sobre la aportación de un socio, lo correcto sería declarar la nulidad parcial del contrato en relación con ese socio[244]. Si pesara sobre el objeto en su totalidad, la ilicitud, sea inicial o sobrevenida, conlleva la nulidad radical del negocio jurídico que representa el contrato de sociedad. Sobre tales bases, no puede ser objeto social los servicios y/o actividades que sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, ni tampoco las cosas o servicios imposibles (artículos 1271.3 y 1272); tampoco si se trata de un negocio o actividad reservado legalmente a las sociedades con forma anónima (por ejemplo, actividades bancarias).

Ahora bien, si la ilicitud es penal, se aplica a las aportaciones, en cuanto son ganancias provenientes de un delito, el Código Penal; por el contrario, si no hay ilicitud penal, sino torpeza de la causa, surge la duda como señala PAZ-ARES, «si las partes "culpables" pueden solicitar la restitución —*in natura* o en equivalente en metálico— de la aportación (artículo 1306 del Código Civil). La doctrina mayoritaria es decididamente partidaria de la solución afirmativa. La argumentación aducida por unos es estimar que la regla *cessat repetitio* del artículo 1306.1 no es aplicable al contrato de sociedad por estar prevista únicamente para los contratos de intercambio. La argumentación que emplean otros se funda en la consideración de que, si bien no cabe repetir con base en el contrato nulo, nada obsta para que las partes soliciten la devolución de sus aportaciones mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria o de la acción de enriquecimiento injusto. A su entender, ha de estarse a lo expresamente prevenido por el artículo 1306.1, permitiéndose la retención —y rechazándose la devolución— de lo aportado. La

---

[241] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1985 (RJ 1985/3319); de 2 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8128) y de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995/1244).

[242] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, de 4 de mayo de 2005 (JUR 2008/158351).

[243] Precisa MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1666 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1905, que «la correcta determinación del objeto es fundamental en la vida de la sociedad, pues se relaciona con aspectos tales como su disolución por la consecución del mismo (artículo 1700.2.º); o el ámbito de desenvolvimiento de la actividad de los administradores (artículos 1687-1698)».

[244] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1666 del Código Civil», op. cit., p. 1905.

razón se halla en la propia *ratio* de la regla *nemo auditur* que informa el precepto. Esta regla, en efecto, no se vincula a los contratos sinalagmáticos, sino que se fundamenta en la dignidad de la administración de justicia, que no puede emplear sus medios para atender reclamaciones de quien, por basar su acción en un acto ilícito, es indigno procesalmente. En efecto, es contrario a la dignidad de la función judicial "rebajarse" a arreglar los "negocios sucios" de los administrados. Precisamente por esta razón tampoco puede admitirse el ejercicio de la acción reivindicatoria o de la acción de enriquecimiento. Esta no es una solución autónoma, sino una manera de vestir o disimular la subterránea derogación de la regla *nemo auditur*. Lo que el ordenamiento expulsa por la puerta (la posibilidad de repetir lo entregado en virtud de un negocio ilícito) se quiere hacer entrar por la ventana (aduciendo que no se repite con base a la ilicitud del negocio, sino mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria o de enriquecimiento, siendo así que tales acciones solo se explican en virtud de la nulidad del negocio por causa ilícita». Y concluye: «la solución que proponemos es, ciertamente, drástica (por ello ha de reservarse para los casos de verdadera torpeza e inmoralidad de la causa en la que la actitud de todos sea igualmente reprobable (*pari causa turpitudinis*), pero es la única que permite preservar la integridad del mandato contenido en el artículo 1306 del Código Civil»[245].

Ahora bien, la sociedad puede ser universal o particular; lo que trasladado al ámbito objetivo supone, como señala PERDICES HUETOS, que «la sociedad civil puede ser la comunicación de un patrimonio como manifestación y servicio de una comunidad de vida, dotándola de una infraestructura patrimonial y sin que en la misma concurra por cierto y lógicamente ánimo de lucro alguno. En efecto, se puede constituir una sociedad civil para compartir y disfrutar de todos los bienes presentes (sociedad universal, artículo 1673 del Código Civil), o bien todas las ganancias (sociedad general, artículo 1676). O, como supuesto más frecuente y que está en la mente de todos, se puede constituir una sociedad con el objeto de cosas determinadas, su uso o sus frutos, una empresa determinada o el ejercicio de una profesión o arte (artículo 1678 del Código Civil)»[246]. En la sociedad universal, el objeto viene legalmente diseñado en todos los bienes presentes o en todas las ganancias.

En este contexto puede, asimismo, ser «objeto» a los fines del artículo 1666.1 CC el negocio que constituye la actividad de la sociedad; en este sentido los artículos 1680 y 1700.2.º aluden al «negocio que sirve de objeto a la sociedad», lo que justifica la equiparación entre objeto y negocio. También es objeto «el ramo de actividad» a que se dedican los socios[247].

---

[245] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1666 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1336-1337.

[246] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* pp. 2808-2809.

[247] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1665 y 1666 del Código Civil», *op. cit.,* p. 15.

6.3. Elemento formal

El principio de libertad de forma preside la constitución de una sociedad, por lo que podrá adoptar cualquier forma, verbal[248] o por *«facta concludentia»*, con la consiguiente exigencia de prueba por cualquiera de los medios admitidos en derecho (artículos 299 a 386 de la LEC); o escrita; salvo que se aporten bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesario escritura pública (artículo 1667)[249]. En todo caso tendrá particular relevancia la actuación social externa desarrollada por los socios y los administradores sociales[250].

Si se trata de un contrato de sociedad universal celebrado entre cónyuges, aunque la Ley nada dice al respecto, en la medida que se genera una modificación sustancial del régimen económico matrimonial, ha de resultar aplicable el artículo 1327 del Código Civil, que exige escritura pública para las capitulaciones matrimoniales[251].

Más dudas plantea decidir si las normas de forma previstas en la donación (artículos 632 y 633 del Código Civil) son aplicables con carácter general a todas las clases de sociedades universales. Para PAZ-ARES, «la respuesta es probablemente afirmativa, dado que el legislador ha construido el tipo de la sociedad universal bajo el patrón de los negocios gratuitos; y ello con independencia de que en cada caso efectivamente haya acuerdo sobre la gratuidad de la atribución e incluso de que haya empobrecimiento y correlativo enriquecimiento»[252].

La excepción al principio de libertad de forma que preside la regulación del contrato de sociedad la fija el segundo inciso del artículo 1667 al exigir escritura pública cuando se aporten a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales[253]. Por lo que esta exigencia de forma no se limita a la aportación que tenga por objeto el bien inmueble, sino que se extiende a todo el contrato de sociedad. En cuanto al alcance de la omisión de tal exigencia de forma, mientras para algunos la redacción del citado precepto parece indicar que nos encontramos ante un supuesto de forma negocial o de forma *ad solemnitatem*, cuya inobservancia

---

[248] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 27 de abril de 2000 (JUR 2000/264025).

[249] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 241.

[250] Este es el parecer mayoritario en la doctrina, *vid.* entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 764; DE PABLO CONTRERAS, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *op. cit.,* p. 641.

[251] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1667 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1347; CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1677 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 106-107.

[252] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1667 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1347-1348. En contra, MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1667 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1906.

[253] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 1993 (RJ 1993/4080).

genera la nulidad del contrato[254]; otros optan no por dicha nulidad, sino que sus consecuencias son las previstas con carácter general en los artículos 1278, 1279 y 1280[255].

La doctrina jurisprudencial ha afirmado, por una parte, que no es requisito constitutivo de la sociedad; que no afecta a terceros la inobservancia de tal exigencia de forma; y que el artículo 1667 está subordinado al artículo 1278, por lo cual la validez y eficacia de la sociedad será indiscutible para los otorgantes, aunque no lo hayan elevado a escritura pública[256]. Será, por tanto, válido el convenio de sociedad entre las partes contratantes, pudiendo cualquiera de ella compelerse recíprocamente al cumplimiento de tal requisito (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 1957; de 21 de mayo de 1960; de 10 de noviembre de 1978, de 29 de febrero de 1983 y de 9 de octubre de 1995)[257]. Por otra parte, considera, igualmente, que la falta de forma «no priva de eficacia a la sociedad para los contratantes; sin embargo, el incumplimiento del expresado requisito determina que la sociedad de hecho carezca de existencia jurídica y de efectos para los terceros que contratan con la misma»[258].

---

[254] CAPILLA RONCERO, Fco.: La sociedad civil, *op. cit.,* pp. 99-100; del mismo autor, «Comentarios a los artículos 1667 y 1668 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 32-34; SCAEVOLA, Q.M.: «Comentario al artículo 1667 del Código Civil», en *Código Civil español, comentado y concordado expresamente*, revisado y puesto al día por José María Castán Tobeñas, t. XXV, Reus, Madrid, 1970, pp. 762-763.

[255] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1667 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1906; PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2812. Igualmente, PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1667 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1348, quien entiende que «esta interpretación resulta desaconsejable desde el punto de vista valorativo, y que por ello ha sometido a corrección. En este sentido conviene recordar la necesidad de preservar la coherencia del sistema impidiendo la proliferación de reglas especiales que no se funden en la especialidad de la materia. No se comprende, en efecto, por qué la transmisión de un inmueble en el contexto de un contrato de sociedad requiere mayor protección desde el punto de vista de la ratio de las normas de forma (evitar decisiones precipitadas en materias relevantes económicamente) que la transmisión de un inmueble en el seno de un contrato de compraventa. En todo caso habrá de ser al revés, puesto que, desde el punto de vista económico, la enajenación realizada por medio de compraventa es más intensa que la efectuada a través del contrato de sociedad. Aquí el socio sigue teniendo ciertos poderes sobre los inmuebles» (artículo 1695.4 del Código Civil)». *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1950; de 21 de mayo de 1960; de 22 de febrero de 1974; de 28 de junio de 1975 (RJ 1975/2616); de 10 de noviembre de 1978 (RJ 1978/4061); de 2 de junio de 1981 (RJ 1981/2492); de 9 de octubre de 1987 (RJ 1987/6929); de 21 de junio de 1990 (RJ 1990/4860); de 27 de mayo de 1993 (RJ 1993/4080); de 19 de octubre de 1995 (RJ 1995/7026) y de 17 de julio de 1996 (RJ 1996/5724).

[256] Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 19 de enero de 2001, que la falta de forma sólo priva a la sociedad de efectos frente a terceros, no constituyendo una hipótesis de forma constitutiva o *ad substantiam*.

[257] *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 1996 (RJ 1996/5724).

[258] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 28 de junio de 1950; de 13 de noviembre de 1953; de 7 de octubre de 1961; de 10 de noviembre de 1978; de 30 de abril de 1986 (RJ 1986/2068); de 27 de mayo de 1993 (RJ 1993/4080) y 2 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9487).

En todo caso, la escritura es necesaria para hacer oponible a terceros adquirentes no el contrato de sociedad, sino la aportación de bienes inmuebles. El contrato de sociedad se perfecciona por el mero consentimiento, sin que la aportación de inmuebles altere su eficacia interna, ya que la ausencia de escritura pública ha de entenderse que opera frente a terceros y no *inter partes*[259]. No obstante, resulta recomendable que toda sociedad civil quede constituida en escritura pública, ya que entre otras cosas se facilita la prueba de la propia existencia de la sociedad[260].

Por su parte, el artículo 1668 declara nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ello firmado por las partes, que se unirá a la escritura[261]. Si no se aportan bienes inmuebles, se podrá constituir en cualquier forma en los términos expuestos, salvo que la cuantía de la aportación exceda de ocho euros (1.500 pesetas), en cuyo caso deberán constar por escrito, aunque sea en documento privado (artículo 1280 del Código Civil). En todo caso, se ha de señalar que la formación del inventario, aparte de no reputarse necesaria, hay que entenderla referida a que en la escritura ha de figurar simplemente una descripción de los inmuebles[262].

En fin, ha de destacarse que la medida de la nulidad del contrato en que se ha omitido el inventario es inconsecuente con los principios del sistema; de ahí que se considere que el inventario no constituye forma negocial, sino simplemente forma *ad utilitatem,* en el sentido de las pautas que se desprenden de los artículos 1278, 1279 y especialmente del 1280 del Código Civil[263].

En este contexto, dice el artículo 1669, que *«no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos aspectos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros. Esta clase de socie-*

---

[259] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1987 (RJ 1987/6929).

[260] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 3 de febrero de 2003 (JUR 2003/128681).

[261] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 1988 (RJ 1988/5988).

[262] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1668 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1351; CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1667 y 1668 del Código Civil», *op. cit.,* p. 30. En contra, MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª: «Comentario al artículo 1668 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español,* t. XI, 6.ª ed., Reus, Madrid, 1967, p. 248, que considera el artículos 1668 «como complemento del anterior, pues de nada serviría la escritura si se omitiese el inventario de los bienes aportados».

[263] PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1668 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1351; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1668 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1907. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1986 (RJ 1986/2340); y de 24 de junio de 1988 (RJ 1988/5988) no declaran la nulidad de la sociedad, o de la aportación, por infracción del artículo 1668. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14, de 11 de diciembre de 2003 (JUR 2004/89689), señala que la escritura pública no es requisito *ad solemnitatem* necesario para que el contrato quede perfeccionado.

dades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». De la formulación negativa del precepto podemos extraer la regla contraria, tendrá personalidad jurídica la sociedad civil cuyos aspectos no se mantengan en secreto, siempre que se le dé la suficiente publicidad para que sean conocidos por terceros[264]. Al no existir Registro público donde poder inscribir este tipo de sociedades, la forma de que se conozca la sociedad, esto es, su existencia en sus relaciones con terceros vendrá del propio socio que contrata. Corresponde al mismo dar a conocer la existencia de tal sociedad y de los pactos sociales convenidos precisamente al que se relaciona con ella, lo que constituye una publicidad de hecho, es decir, de que se conozca la existencia de la sociedad en el tráfico que se logrará, como hemos expuesto, por la constante manifestación por parte de los socios en sus relaciones con terceros, que contratan por cuenta de una sociedad[265]. A partir de ese momento se presume que el tercero ya conoce la estructura societaria con la que contrata. No obstante, la propia realidad del tráfico también contribuye a dar a conocer la existencia de una sociedad[266].

Tal forma de proceder sustentada sobre una base fáctica no sólo es de difícil prueba, sino también, como apunta MARÍN LÓPEZ, «coyunturalmente presente o ausente según las circunstancias que rodean la celebración de cada concreto contrato»[267].

En este contexto, para describir tal situación, la jurisprudencia se sirve de los conceptos de sociedad regular e irregular[268]. La calificación de irregular se hace descansar en la omisión de los requisitos de forma y en la falta de publicidad que impide que la sociedad adquiera personalidad jurídica. En este punto coinciden

---

[264] PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1669 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11501, precisa al respecto que «se deducen dos tipos de sociedades: de una parte, la externa, estructurada como una organización y proyectada hacia el tráfico, y de otras, la interna, irrelevante para ese tráfico. En consecuencia, serán internas las sociedades donde los socios han decidido que su acuerdo de colaboración no trascienda frente a terceros, pero, y esto es lo importante, no porque decidan mantenerlo secreto u oculto en sentido vulgar, sino porque para los terceros la existencia de esa sociedad es perfectamente irrelevante».

[265] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1669 del Código Civil», *op. cit.,* p. 55.

[266] En esta línea señala LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II. Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 263, que «probablemente lo que exige aquí el Código Civil es simplemente que los terceros conozcan, no los pactos sociales en sí, sino la existencia de la sociedad, lo cual puede suceder porque la revele el socio al contratar con los terceros a nombre de ella: si es pública tal existencia, no creo que el hecho de contratar habitualmente los socios en nombre propio pueda servir para negar personalidad jurídica al colectivo y, al contrario, una sociedad que se mantuviera secreta no adquiriría personalidad por el hecho de pactarse en escritura pública. En cualquier caso, los pactos sociales divergentes de la normativa legal de la sociedad que no se hayan dado a conocer al tercero interesado no podrán perjudicar a éste (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1998)».

[267] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1668 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1907.

[268] Las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1931; de 22 de diciembre de 1962; de 11 de octubre de 1990 (RJ 19907857); de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6274); y de 10 de julio de 1995 consideran carente de personalidad jurídica a las sociedades irregulares.

con la doctrina que, aun cuando evita el uso de la expresión «sociedad irregular», señala que la sociedad no publicada carece de personalidad y eficacia *ad extra*[269]. Los pactos se mantienen en secreto, existe una falta de escrituración y de publicidad (inscripción)[270].

Su eficacia es plena en las relaciones internas, esto es, en las obligaciones de aportar, distribución de beneficios y deliberaciones y gobierno de la sociedad. Se precisa que las normas de la comunidad de bienes se aplicarán en los aspectos relativos a titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial, pero no en el organizativo, donde, a falta de que los interesados hayan establecido algo al respecto, se habrán de aplicar las normas de la sociedad. En el aspecto externo, los socios no pueden hacer valer la existencia de la sociedad; pero sí, viceversa, siendo, por tanto, los terceros quienes podrán oponerlo a los socios[271].

Modernamente, en la problemática que implica el tratamiento conjunto de la publicidad, personalidad y eficacia para terceros, no faltan quienes han optado por valerse de las categorías contrapuestas de sociedad interna y sociedad externa que pesan en la dogmática del derecho de sociedades y de un renovado interés en la doctrina comparada más reciente.

---

[269] CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 283-284; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 264.

[270] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1990 (RJ 1990/8269); de 27 de mayo de 1993 (RJ 1993/4080; de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7546); de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10754); y de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2004/413). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 16 de noviembre de 1999 (AC 1999/3966); de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 17 de marzo de 1992 (AC 1992/425) y de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 3 de abril de 2003 (JUR 2003/203493).

[271] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479) y de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/7707) manifiesta que: «una de las sociedades a las que el artículo 1699 del Código Civil se refiere como sociedad sin personalidad jurídica, llamadas irregulares, cuyo tráfico, por otra parte, bien hubiera podido ser considerado mercantil, y con ello calificar del mismo modo a la sociedad, con la consecuencia de calificarla como mercantil irregular y encontrar en la regulación de las sociedades colectivas las pautas de tratamiento. Pero se estimó civil y se determinó el régimen jurídico de acuerdo con el artículo 1669 II CC, precepto del que se deduce que, en cuanto no haya sido perfilado por las partes, como dispositivo que es, el régimen de estas sociedades se remite a las normas de la comunidad de bienes en los aspectos relativos a titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial, pero no en el organizativo, donde, en lo que los interesados no hayan establecido se habrán de aplicar las normas de la sociedad, con lo que se plantea el problema, cuya solución ha confundido a los juzgadores de instancia en el incidente de separar los aspectos societarios y comunitarios, pues en el caso se solapan sociedad y comunidad. Parece claro que las normas de la comunidad rigen el fondo común o sustrato material, donde está enclavada la configuración del derecho de cada comunero, en tanto que los aspectos organizativos y obligatorios se han de llevar a la sociedad, en función de las remisiones de los artículos 392.2 y 1669.2 del Código civil, y teniendo en cuenta que la comunidad de bienes es un régimen de goce y disfrute de carácter real, pero también un sistema organizativo de la titularidad de bienes y derechos».

La sociedad externa es el tipo normal de sociedad civil que registra la realidad del tráfico; también es el tipo legal; es, en fin, la que posibilita tener relaciones externas; de forma que, en lo relativo a las relaciones sociedad externa y personalidad jurídica, ésta es un atributo natural que surge en el mismo momento en que queda perfeccionado el contrato de sociedad. Cabe por ello afirmar que «la personalidad jurídica es el expediente técnico del que se vale el ordenamiento español para dotar a las sociedades civiles de capacidad para tener relaciones externas. Dicho de otro modo, es la fórmula que compendia la organización precisa para estructurar la sociedad externa»; de ahí que las nociones de sociedad personificada y sociedad externa sean equivalentes[272]. El que la personalidad jurídica sea un elemento estructural de la sociedad, como precisa MARÍN LÓPEZ, ha de ser unitario y permanente, no susceptible de división ni de intermitencia. Por tanto, el tema de la personalidad jurídica es independiente del tema de la regularidad y, asimismo, nada tiene que ver con la eficacia frente a tercero de los pactos sociales[273].

Por el contrario, las sociedades civiles sin personalidad se rigen por las normas de la comunidad de bienes. De forma que hace una remisión a lo previsto en los artículos 392 a 406 del Código Civil, que será la normativa aplicable, y no la de la sociedad. Por su parte, el artículo 392.2 establece que *«a falta de contrato, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título»*. La aplicación de tal normativa descansa en la falta de publicidad, no en la falta de contrato, pues éste existe (contrato de sociedad). La incompatibilidad entre ambas regulaciones resulta evidente. Para resolverlo, PAZ ARES ofrece como solución que «cuando la sociedad y comunidad coexisten, las relaciones obligatorias se rigen por las normas de la sociedad; y las relaciones jurídico-reales de titularidad se rigen por las normas de comunidad. Dicho de otro modo, las normas sobre comunidad estructuran la forma de titularidad del patrimonio social; la normas sobre la sociedad regulan las relaciones entre los comuneros»[274]. Por su

---

[272] PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1669 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1352 y 1354-1355.

[273] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1669 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1908.

[274] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1669 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1372-1373; PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1669 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11502, señala, igualmente que «la sociedad sin personalidad jurídica es, para empezar, una verdadera sociedad, algunas cuantas reglas se remiten al régimen de la comunidad. La cuestión es cuáles. Pues bien, las reglas de la comunidad de bienes se aplicarán a la sociedad interna en todo lo relativo a la titularidad de los bienes que surjan con motivo de la relación societaria. En efecto, al no tener personalidad jurídica y no ser por tanto sujeto de derechos (artículo 38.1 del Código Civil), la sociedad interna no puede tener un patrimonio propio; de ahí que los bienes destinados a la obtención del fin social solo pueden ser titularidad de cada uno de los partícipes. Dicho de otra forma, el «fondo social» al que por ejemplo alude el artículo 1695.2 del Código Civil será, si la aportación fue *quod dominium*, un condominio de cuotas propiedad de los socios». Finalmente, en cuanto a la aplicación del artículo 400 del Código Civil señala el autor que «cada uno puede pedir la división de la cosa común en cualquier momento y esa facultad, señala el autor, se verá moderada a la luz de los deberes de buena fe que exige la denuncia ordinaria de los artículos 1705 y 1706 del Código Civil».

parte, PERDICES HUETOS señala que se ha consolidado en la práctica jurisprudencial «una noción incorrecta y perturbadora tanto en lo conceptual como en lo práctico: la de sociedad civil irregular». A este respecto, el autor hace dos precisiones: «en primer lugar, la irregularidad es un fenómeno estrictamente registral: si no hay obligación o posibilidad de registro un tipo social no puede ser técnicamente irregular; por muchas irregularidades en sentido vulgar que rodeen su creación. En segundo lugar, e incluso en los tipos donde se admite la irregularidad en sentido propio, caso de la colectiva, eso no supone una modificación del régimen de responsabilidad salvo para el actuante (artículo 120 del Código de Comercio), y ello en gran medida como forma de presión para que aquél proceda a la regularización de la sociedad»[275].

Por otro lado, como ya hemos señalado, el artículo 1670 CC permite que las sociedades civiles, en razón de su objeto, se puedan constituir adoptando cualquiera de las formas del Código de Comercio. A estas sociedades se aplican las reglas del Código de Comercio, en la medida en que no sean contrarias al carácter materialmente civil de la sociedad, esto es, al desarrollo por parte de la sociedad de un objeto civil[276].

Por su parte, la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2001 ha rectificado la tesis de la Resolución de 31 de marzo de 1997[277], admitiendo que «no puede negarse la personalidad jurídica de una sociedad civil, aunque no revista forma mercantil, a los efectos de figurar como titular registral de determinado inmueble por ella adquirido mediante escritura pública de compraventa». Precisamente, la citada Resolución de 31 de marzo de 1997 negó la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de com-

---

En la jurisprudencia, la declaración del artículo 1669.2 ha sido interpretado, por una parte, en el sentido que la remisión a la regulación de la comunidad de bienes de la sociedad civil sin personalidad es en todos sus aspectos, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1985; de 21 de marzo de 1988; de 3 de enero de 1992 (RJ 1992/145); de 18 de marzo de 1995 (RJ 1995/1962) y 12 de julio de 1996 (RJ 1996/5885). Sobre esta doctrina, las sentencias de 27 de septiembre de 1985; de 30 de junio de 1995 y 12 de diciembre de 2003 son particularmente nítidas al declarar que la disolución y liquidación de estas sociedades se somete a las reglas de la comunidad (división de la cosa común) y no a las de la sociedad. En contra, las sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1959 y de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/7707) someten a la disolución y liquidación de las normas societarias. Otras resoluciones, por el contrario, consideran que la remisión del artículo 1669.2 significa que la aplicación de las disposiciones relativas a la comunidad de bienes se refiere únicamente al sustrato material o fondo común formado por los socios, rigiendo en todo lo demás las normas societarias, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 1982; de 19 de noviembre de 1982; de 30 de abril de 1986; de 26 de abril de 1988; de 24 de julio de 1993 y de 21 de octubre de 2005.

[275] PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1669 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11503.

[276] Para la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1967, «del mismo modo que existen sociedades civiles con forma mercantil, puede también haber sociedades mercantiles —aunque ciertamente irregulares— con forma civil».

[277] RJ 1997/2049).

praventa en la que intervenía como compradora una sociedad civil no inscrita en el Registro Mercantil, por considerar que carecía de personalidad jurídica precisamente por la falta de inscripción[278]. De nuevo, en la línea de la Resolución de 1997, se ha pronunciado la Resolución de 25 de junio de 2012.

Sobre tales bases, las sociedades civiles que adopten cualquiera de las formas del Código de Comercio no se inscriben en el Registro Mercantil, al corresponder solo a las sociedades mercantiles [artículos 16.1.2.º del Código de Comercio y 81.1 b) del Reglamento de Registro Mercantil], de forma que la publicidad, ante la ausencia de Registro, corresponde a los socios; de no querer dar a conocer tal forma de sociedad y mantenerse en secreto los pactos societarios, se aplicarán las reglas de la comunidad de bienes, con la consecuencia, entre otras, de hacer común los bienes aportados, incluso cuando la aportación es de industria o trabajo simplemente, en proporción a las cuotas.

En todo caso, las sociedades civiles y mercantiles regulares tienen personalidad jurídica propia, independiente de las personas físicas que la integran[279].

Una vez constituida la sociedad, ésta comienza a surtir efectos, si no se ha pactado otra cosa, desde el mismo momento de celebración del contrato sobre la base consensual sobre la que se asienta (artículo 1679), aunque los socios no hayan aportado debidamente el «*dinero, bienes o industria*» a que se comprometieron; quedando deudores de tales aportaciones. De forma que el momento de celebración coincidirá con la prestación del consentimiento de los socios (artículo 1254), aunque no se cumplan los requisitos de forma y siempre que no se haya pactado otra cosa. En cambio, en las relaciones con terceros, su existencia como tal sociedad surtirá efectos a partir de que se cumplan las exigencias de escritura pública o inventario, cuando éstas procedan[280].

Los socios pueden someter, no obstante, el contrato de sociedad a término o plazo inicial (artículo 1125), en cuyo caso, aun estando perfeccionado el contrato desde que los socios prestaron su consentimiento, el comienzo de la sociedad se demora hasta la llegada de ese término o plazo pactado. Igualmente, se puede someter a condición el contrato: *suspensiva*, en cuyo caso la sociedad comenzará

---

[278] Así concluía su *Fundamento de Derecho 2.º*: «las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1670 del Código Civil carecen de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se regirá por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones; y, en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (artículos 1669 y 1697 del Código Civil)». En el mismo sentido, se expresaba la Resolución de la DGRN (Propiedad) de 11 de diciembre de 1997.

[279] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. única, de 28 de enero de 2000 (AC 2000/2931).

[280] ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 765.

cuando la condición se cumpla, si es que efectivamente llega a cumplirse, pues, de no ser así, la sociedad nunca dará comienzo; y *resolutoria*, en la que el cumplimiento de la condición supone la resolución del contrato y la extinción de la sociedad, con la consiguiente apertura de la fase liquidatoria[281]. Ahora bien, dada la naturaleza del contrato social como contrato de tracto sucesivo, para MARÍN LÓPEZ, el cumplimiento de esta condición no opera *«ex tunc»* haciendo desaparecer los efectos ya producidos del contrato social (artículo 1120.1), sino *«ex nunc»,* para lo sucesivo[282].

De todas formas, la sociedad, al igual que todo contrato de tracto sucesivo, es esencialmente temporal. La sociedad, por tanto, durará el tiempo que hayan pactado los socios, expresa o tácitamente. El pacto sobre la duración constituye el término final del contrato social y, por tanto, de la sociedad[283]. No existe un plazo máximo. Puede el término final operar por referencia a un hecho distinto del transcurso del tiempo, como, por ejemplo, la jubilación de un socio.

Si no se ha pactado nada sobre la duración, la sociedad se prolongará por toda la vida de los socios, y el fallecimiento de cualquiera de ellos puede determinar su extinción (artículo 1700.3); o por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad[284].

La sociedad civil girará en el tráfico con una denominación propia, que no puede inducir a confusión con otras preexistentes, o con marcas o nombres comerciales notorios o renombrados[285].

No se contiene en el Código Civil norma alguna respecto a la nacionalidad o el domicilio de la sociedad civil con personalidad jurídica. No obstante, el artículo 9.11 del Código Civil determina que la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo rela-

---

[281] GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 483; PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario a los artículos 1679-1680 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11527.

[282] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1680 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1923.

[283] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1680 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1922; PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario a los artículos 1679-1680 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11529, señala al respecto que «del tenor del artículo 1680 del Código Civil cabe extraer una clasificación clave en relación con la duración de la sociedad. La sociedad puede ser por tiempo determinado o indeterminado, determinación que se puede hacer por voluntad expresa de las partes o *per relationem* a la duración de un negocio determinado —sociedades ocasionales—». Y con relación a estas últimas sociedades manifiesta que «son las referidas a la ejecución de un negocio que por naturaleza tenga duración limitada —obra, servicio o suministro concreto— que, a su vez, lo podrá ser en sentido estricto en tanto referidas a un acto concreto que se agota en sí mismo («*societas unius negotii*») o en sentido amplio o para empresa señalada, que suple el desarrollo de una actividad compleja y organizada —construcción inmobiliaria o de obra civil, por ejemplo—».

[284] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 1981 (RJ 1981/2492).

[285] *Vid.* la Resolución de la DGRN de 7 de diciembre de 2004.

tivo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Sobre esta base legal, y dejando los supuestos expresamente regulados como la forma de constitución (artículo 11.1 del Código Civil), la regla más conforme con la seguridad jurídica será la de atribuir la nacionalidad del lugar donde los socios hayan fijado estatutariamente la sociedad[286].

El domicilio de la sociedad civil vendrá fijado en el propio contrato social; de no ser así, se determinará conforme al artículo 41 del Código Civil.

Por último, la sociedad constituida conforme a un Derecho civil extranjero se regirá por el Código Civil del Estado correspondiente a tal nacionalidad (artículo 10.5 del Código Civil). Y, pese a la reforma concursal operada por Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio; y Ley 22/2003, de 9 de julio, la competencia judicial para conocer de las concursos de tales sociedades corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y no a los Juzgados de lo Mercantil [artículo 86.ter a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial][287].

7. El contenido del contrato de sociedad

El contrato produce efectos tanto en las relaciones internas (de los socios entre sí y con la sociedad), como en las relaciones externas (de los socios o la sociedad con terceras personas).

Al reconocerse en los términos expuestos a la sociedad personalidad jurídica, las relaciones interiores a que da lugar la sociedad se traducen precisamente en derechos y obligaciones de los socios con la sociedad.

7.1. Obligaciones de los socios entre sí o con la sociedad

7.1.1. Las aportaciones

El artículo 1681 CC señala que cada socio —puede ser integrante de una sociedad familiar— es deudor de la sociedad en dinero, bienes e industria, que se ha obligado a aportar al constituirse la sociedad, no quedando supeditado la perfección del contrato hasta el momento en que se realizan. La aportación representa la principal obligación que pesa sobre el socio; dando con ello cumplimiento a esa puesta en común de dinero, bienes o industria a que se refiere el artículo 1665 CC.

---

[286] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2815.

[287] En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1665 del Código Civil», op. cit., p. 1929, que cita el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Gijón de 1 de junio de 2005; PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2811.

La aportación como tal es un acto único que tiene lugar en el momento de la constitución de la sociedad; o en el ingreso del nuevo socio, una vez constituida, y representa, asimismo, una manifestación de la obligación de contribuir con carácter continuado a la persecución del fin social, derivada de la condición de la sociedad como contrato de tracto sucesivo[288].

La aportación ha de reunir los requisitos propios del objeto de los contratos: licitud, posibilidad y determinación (artículos 1261 y 1271CC)[289]; y su objeto puede ser muy variado: «créditos, opciones, contratos (cesión de contrato, celebración de un contrato), empresas; concesiones administrativas, derechos de propiedad intelectual e industrial; el nombre civil; abstenciones (por ejemplo, la obligación de no competencia o incluso una obligación de secreto que no tenga causa torpe); renuncias (v. gr., renuncia a una licencia o a una autorización administrativa a fin de que la obtenga o pueda obtenerla la sociedad); toda clase de trabajos o servicios; las ganancias obtenidas en la actividad industrial; derechos eventuales y expectativas; relaciones de hecho (experiencias, conocimientos, *know how*, listas de clientes, listas de proveedores, *good will*), etc.»[290]. El ámbito de la aportabilidad no tiene en la sociedad civil más límites que los derivados de la patrimonialidad de la prestación.

En este contexto, las aportaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer (artículo 1088 del Código Civil) y las aportaciones de bienes pueden ser de cosa determinada, constituyendo una obligación de dar que se rige por las reglas generales de esta clase. Por tanto, el socio aportante responde frente a la sociedad, de la misma manera que el vendedor responde frente al comprador (saneamiento por evicción y por vicios ocultos —artículos 1475 a 1483—). Conforme a lo dispuesto en el artículo 1095 del Código Civil el traspaso de propiedad de aquellos a la sociedad se hará mediante la entrega efectiva de la cosa[291].

---

[288] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1680 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1924.

[289] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1972 (RJ 1972/3333).

[290] PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1681 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1414-1415.

[291] LACRUZ BERDEJO J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* pp. 270-271, señala que «producida la evicción o descubierto el vicio, si los bienes no eran esenciales para el funcionamiento de la sociedad, parece que el aportante debe reponer el valor perdido: hay aquí, por razón de la naturaleza de la sociedad, una diferencia esencial con la venta (artículo 1489): Si son esenciales, la sociedad se disuelve o no llega a nacer. No reponiendo el socio el valor de su aportación perdida, en su caso, podrán optar los consocios por reducir la cuota del aportante en proporción al valor que falta o disolver».

Por su parte, CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 75-76, precisa que en razón de que se aporten cosas materiales o que se aporten derechos o bienes inmateriales, se puede distinguir entre la aportación de bienes materiales o corporales y la de bienes inmateriales o incorporales, centrándose estos últimos especialmente en la aportación de derechos de créditos o de la posición jurídica compleja de ser parte de un contrato. Asimismo, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 484; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 274.

Las aportaciones de bienes pueden ser en propiedad o solo para que sus frutos o su uso sean de la sociedad (artículos 1687 y 1701). La garantía del aportante es impuesta en el artículo 1681.2 para las cosas ciertas y determinadas. De ahí que, por lo que se refiere a la aportación en propiedad, queda «sujeto a la evicción en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto al comprador». Si, en cambio, la aportación es del goce o uso de la cosa, las garantías que han de prestarse a la sociedad por el aportante, a falta de mención expresa, serán las que el Código prevé para el contrato de arrendamiento, esto es, el aportante está obligado a asegurar el uso pacífico de la cosa (artículo 1554.3)[292]. Los frutos de la cosa que hay que aportar son debidos a la sociedad desde el momento en que nace la obligación de entrega (artículo 1095). Si se trata de aportaciones de industria estamos ante obligaciones de hacer.

En todo caso, la doctrina suele clasificar los títulos de aportación, atendiendo a las viejas categorías romanistas en:

1. Aportaciones a título de propiedad *(«quod dominus»),* que supone la transmisión a la sociedad de la titularidad plena del derecho que se aporta; y ha de construirse su régimen por referencia al de compraventa de cosas o derechos.

2. Aportación a título de uso *(«quoad usum»),* no hay cesión plena de la titularidad del derecho (que puede ser limitado); sino que se transmite a la sociedad las facultades de uso y disfrute del bien aportado; opera, en consecuencia, como una cesión limitada. Ha de integrarse analógicamente con el régimen del contrato de arrendamiento.

3. Aportación en función del valor *(«quoad sortem»)*, se transmite a la sociedad el valor material del bien (cosa o derecho), sin alteración de su titularidad formal; lo que supone de hecho la transmisión fiduciaria del bien o derecho a favor de la sociedad (una mera titularidad fiduciaria)[293]. El empleo de este título, que tiene lugar fundamentalmente en las aportaciones inmobiliarias, obedece al deseo de evitar gastos de formalización e impuestos[294].

Si la aportación del socio es de suma de dinero, y no se ha procedido a la misma, aquél es deudor de los intereses desde el día en que debió entregarlo, sin

---

[292] DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 242.

[293] PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1681 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11534; QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C.: «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», *op. cit.,* p. 283.

[294] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1681 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1949; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1681 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1415-1416 y 1417; CAPILLA RONCERO, Fco.: La sociedad civil, *op. cit.,* pp. 85-89, considera que la aportación fiduciaria es similar al caso de *fiducia cum amico* del mandatario.

perjuicio de indemnizar, además de los daños que el retraso le hubieren causado (artículo 1682.1.º CC). Esta regla, como precisa CASTÁN TOBEÑAS, supone una derogación del principio general del artículo 1108 CC, según el cual en las deudas de dinero los intereses moratorios hacen las veces de indemnización de perjuicios y se funda tal vez en la naturaleza del contrato de sociedad, que se constituye no para sacar el interés escueto del capital aportado, sino para obtener mayores ganancias[295]. Efectivamente, los intereses destinados a compensar la falta de productividad que la sociedad padece en tanto el dinero permanece en manos del socio incumplidor no son los típicamente moratorios, sino los frutos del capital (artículo 1095); pues no olvidemos que el dinero, en el contrato de sociedad, es un bien fructífero[296]. Estos intereses se devengan automáticamente, por lo que no es necesaria interpelación al socio incumplidor; y el *«dies a quo»* de su devengo es el momento del incumplimiento de la obligación de aportar; normalmente, desde la perfección del contrato de sociedad (artículos 1113 y 1679 CC). Salvo pacto en contrario, los intereses debidos son los legales[297]. No obstante, se puede establecer convencionalmente un plazo para hacer efectivas las aportaciones[298]. Por otra parte, señala GONZÁLEZ GARCÍA que «el retraso en el cumplimiento de la obligación da lugar a dos consecuencias: en primer lugar y, en todo caso, el socio debe intereses de pleno derecho en la cuantía de los legales, salvo previsión al respecto, con independencia de que medie o no culpa y de que se produzcan o no daños y perjuicios reales; en segundo lugar, si el retraso es culpable, el socio debe abonar la indemnización correspondiente»[299].

Si la aportación es de industria —que puede ser asumida por cualquiera de los integrantes de la empresa familiar—, el socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto de la misma (artículo 1683)[300], porque precisamente cuando ejerce la misma actividad que la que entrega a la sociedad, pudiendo realizar otra distinta de la aportada, lógico es que debe abonar a aquella las ganancias de lo que, en esencia, constituye la aportación; no obstante, de ser indeterminada la clase de industria que va a ser objeto de aportación, se entiende que el socio deberá abonar a la sociedad las ganancias que obtenga precisamente por la clase de industria que

---

[295] CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, *op. cit.,* p. 616.

[296] PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1682 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11537-11538.

[297] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1682 del Código Civil», op. cit., pp. 1949-1950.

[298] La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, de 22 de marzo de 2004 (JUR 2004/127973), ante la ausencia de fijación convencional del plazo para la entrega, entiende que por la vía del artículo 1128 del Código Civil corresponde al juez determinar el plazo, por lo que procede la generación de intereses moratorios desde el vencimiento de éste.

[299] GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 485.

[300] DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 242, para los que en este caso el socio es un aportante de cosas (dinero básicamente).

ejerza. Supone la aplicación de la obligación de no competencia como manifestación del deber general de fidelidad —deber de lealtad— que el socio tiene para con su sociedad. Si se infringe, pues, esta obligación se debe a la sociedad, en los términos vistos, las ganancias que obtenga el socio; si además esta competencia no debida causa daños a la sociedad puede determinar que, además de las ganancias, se indemnice a aquélla por los daños y perjuicios causados; además de poder ser motivo para su baja en su condición de socio y expulsión de la sociedad; pudiendo, asimismo, dar lugar a un supuesto de disolución parcial de la sociedad[301]. Si atendemos a la literalidad del precepto, esta obligación sólo alcanza al socio industrial, aunque parece que también se debe aplicar analógicamente al socio capitalista[302]. La aportación de industria, en cuanto obligación de actividad, queda al margen de las cuestiones relativas al saneamiento; y el socio industrial queda obligado a observar la diligencia de un buen padre de familia en el cumplimiento de su actividad, sometiéndose a la normativa general del Código Civil sobre las obligaciones de hacer[303].

Por otra parte, el socio que tome dinero de la caja social para aplicarlo a sus propios fines está obligado no sólo a devolver la cantidad retirada, sino también a pagar los intereses (artículo 1682.2). Y el *«dies a quo»* de éstos tendrá lugar desde el momento en que no se hace efectivo el ingreso, debiendo el socio hacerlo.

Si, como consecuencia de esta retirada de dinero del fondo social, se causan daños a la sociedad deberá el socio indemnizarlos (artículo 1686), estando sujeta esta obligación indemnizatoria a las reglas generales del Código Civil. Todo ello sin perjuicio de la sanción penal que se puede imponer a la conducta del socio, si ésta constituye delito o falta de apropiación indebida (artículos 252 a 254, 268, 269 y 623.4 del Código Penal). En todo caso, tal comportamiento del socio puede suponer una infracción del deber de fidelidad, con lo que aplicando analógicamente el artículo 1683 CC, el socio no sólo tiene la obligación de restituir a la sociedad el dinero y los intereses, sino también está obligados a entregar a la sociedad los beneficios obtenidos, constituyendo tal restitución un daño indemnizable[304].

---

[301] CAPILLA RONCERO, FCO.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 281-284; PERDICES HUETOS A.B.: «Comentario al artículo 1683 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11540-11541.

[302] MARÍN LÓPEZ J. J.: «Comentario al artículo 1683 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1927.

[303] CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* p. 121, quien, asimismo, añade que, cuando las circunstancias lo aconsejen será posible entender que el socio industrial queda sometido al régimen que regula la prestación de servicios de naturaleza laboral.

[304] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1682 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1420-1421; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1682 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1926. En contra, CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1681 a 1683 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 278-279.

En este contexto, si estamos ante aportaciones no dinerarias, salvo que sean de bienes fungibles, no se puede aplicar el régimen específico de las dinerarias, sino las disposiciones generales en materia de mora; no siendo necesaria la interpelación para que el deudor incumplidor entre en mora, siempre que al menos uno de los socios haya cumplido con su obligación de aportar (artículo 1100.3 *in fine*)[305]. Sin embargo, para PAZ-ARES «el artículo 1100.3 se funda en la estructura sinalagmática del vínculo, cosa que no sucede en el contrato de sociedad, en el que las obligaciones se contraen en atención al fin común. Es cierto, no obstante, que en el caso de todos los socios se retrasen en el cumplimiento, difícilmente puede estimarse que están en mora, pero para alcanzar este resultado (que requiere el retraso de todos) no es preciso acudir a las reglas de las obligaciones sinalagmáticas, sino que basta con aplicar ciertos principios del derecho de sociedades, y, concretamente, el principio de paridad de trato que desembocará en la novación tácita del contrato. Cuando un socio ha cumplido (o no habiendo cumplido, el retraso no le es imputable), el retraso de los demás determina su responsabilidad por mora»[306]. En todo caso, la compensación de la mora se aplica también a la obligación de aportar asumida por los socios.

Sobre tales bases, el cumplimiento de la obligación de aportar se rige por las normas generales relativas al cumplimiento e incumplimiento de los contratos. De forma que un incumplimiento de dicha obligación no impide la existencia de la sociedad; si bien, ésta tiene acción contra el socio incumplidor para exigirle el cumplimiento; no así la resolución del contrato *ex* artículo 1124 del Código Civil[307].

Respecto al riesgo que sufran las cosas aportadas a la sociedad y que no provengan de culpa de los socios, sino por caso fortuito o fuerza mayor, o por hecho de un tercero, unas veces recaerá en los socios y otras en la propia sociedad; ello dependiendo de quién sea el propietario. De forma que, el riesgo de las cosas ciertas y determinadas no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso (aportada *«quoad usum»*) y sus frutos, es del socio propietario (artículo 1687.1.º), porque éste no ha llegado a desprenderse del dominio y las cosas perecen para su dueño. Por el contrario, si aquellas pertenecen en propiedad

---

[305] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1682 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1926.

[306] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1682 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1420.

[307] No obstante, precisa LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 271, «en principio, si los socios son dos, se aplicará (junto con las de la sociedad) las reglas del contrato bilateral. Si son más, y uno no aporta lo prometido, se habrá de tener en cuenta para autorizar el uso de la *exceptio* de contrato no cumplido del artículo 1100 *in fine* a los otros, el interés de los que haya cumplido y la esencialidad de las prestaciones que faltan. No se podrá reclamar el cumplimiento, ni por la sociedad ni por los consocios, sólo a uno de los morosos y no a los otros»; y, «siendo la sociedad a tiempo determinado, la resolución por incumplimiento del deber de aportar la podrá pedir aquélla frente a un socio, continuando el resto o disolviéndose. La podrá pedir un socio, frente al resto que no ha cumplido, interviniendo el *justo motivo* del artículo 1707».

(aportada *«quoad dominum»*) a la sociedad; o las cosas aportadas son fungibles —cosas consumibles, salvo que se trate de dinero, pues el riesgo es del socio—, o no puede guardarse sin deteriorarse, o se aportan para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad[308]. También será a cargo de ésta, a falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas[309]. Por cosa fungible hay que entender cosa consumible (artículo 337). El que la sociedad soporte el riesgo supone una pérdida social; y el socio aportante tendrá derecho a las compensaciones correspondientes en el momento de la disolución social por no recibir la cosa aportada.

Si la aportación es *«quoad dominum»,* el artículo 1687.II *in fine* sienta una regla por la cual el valor de los bienes aportados que ha de tenerse en cuenta en el momento de la liquidación es el valor inicial y no el final[310].

El artículo 1687 CC se refiere a los riesgos de la cosa (*periculum rei*) y el criterio que se sigue es el del principio de *res perit domino*, esto es, el que la cosa perece para su dueño; si lo es la sociedad, el socio tiene derecho a recuperar su valor cuando aquélla se liquide; pero no tendrá tal derecho —soportando entonces él el perjuicio patrimonial— si lo es el socio (el caso de las aportaciones de mero uso o disfrute)[311].

Mientras que el citado artículo 1687 resuelve el problema de los riesgos de la cosa, el artículo 1701 CC se ocupa de la imposibilidad de entrega de la cosa prometida aportar no imputable al socio. En consecuencia, la pérdida no imputable de la cosa específica prometida en aportación *quoad dominium* —si fuera anterior a su entrega—, o *quoad usum* —en todo caso—, priva al socio de poder continuar en la empresa; pudiendo los demás socios pedir la disolución de la sociedad.

PERDICES HUETOS señala que «cosa diversa de la aportación en sentido estricto es el deber de contribución continuada a la consecuencia del fin social y que en este sentido se suele calificar como de deber de aportación en sentido amplio. En ese deber se incluiría el deber de fidelidad en sentido genérico, así como sus concretas manifestaciones positivas, caso del estricto deber de no competencia del artículo 1683 del Código Civil para el socio industrial, la imputación de pagos del artículo 1684 del Código Civil, el deber de abonar en la masa social en el caso del artículo 1685 del Código Civil para las sociedades internas o la

---

[308] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 10 ed., *op. cit.,* p. 243, aclaran al respecto que «el que la sociedad soporte el riesgo significa en cualquier caso que es una pérdida social; el socio aportante tendrá derecho a las compensaciones correspondientes *en el momento de la disolución social* por no recibir la cosa aportada».

[309] En todos los casos, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* pp. 242-243.

[310] PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1682 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1431.

[311] DE PABLO CONTRERAS, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *op. cit.,* p. 638.

prohibición de compensación entre el daño causado a la sociedad y el beneficio por ella experimentado del artículo 1686 del Código Civil»[312].

7.1.2. El cobro de los créditos

Sobre la base de un deber de fidelidad del socio a la sociedad; siempre el interés particular de aquéllos se subordina al de la sociedad, de forma que, en caso de existencia de un crédito social y un crédito particular contra un mismo deudor, el artículo 1684 CC señala que, cuando un socio autorizado para administrar cobra una cantidad exigible, deberá imputarse lo cobrado a los dos créditos en proporción a su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta sólo de su haber; pero si lo hubiese dado por cuenta del haber social, se imputará todo a éste[313]. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de que el deudor pueda usar de la facultad que se le concede en el artículo 1172 CC, en el solo caso de que el crédito personal del socio le sea más oneroso. En cierta forma, se limita la facultad de imputación de pago de una a otra deuda, solo al caso de que el crédito personal del socio sea más oneroso[314]. Por su parte, si se ha cobrado un crédito común o social, el socio que ha recibido por entero su parte de un crédito social sin que hayan cobrado la suya los demás socios, queda obligado, si el deudor cae después en insolvencia, a traer a la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado el recibo por solo su parte (artículo 1685).

7.1.3. Reintegros y responsabilidades

Resulta esencial conocer su alcance a la hora de tomar la decisión de optar o no por la sociedad civil como figura jurídica elegida para la constitución de la empresa familiar. Así, hay que señalar que debe cada uno de los socios:

1.º Reintegrar a la caja social las sumas que hubiese tomado para su particular beneficio, con los intereses desde el día que las separó y los daños y perjuicios (artículo 1682.2.º CC).

2.º Responde a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del socio, sin que pueda éste compensarlos con los beneficios que por su

---

[312] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2820.

[313] PERDICES HUETOS, A.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11543, señala que «la presente norma que, regula sin duda un supuesto más que marginal de imputación de pagos, presenta una especificación del deber de fidelidad de los administradores, que en la sociedad civil y a falta de pacto serán todos los socios (artículo 1695.1)».

[314] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 10 ed., *op. cit.,* p. 245, manifiestan al respecto que «ha de tenerse en cuenta que, si la sociedad tiene personalidad jurídica, ningún socio puede cobrar parte del mismo para él».

industria le haya proporcionado (artículo 1686 CC), ya que dichos beneficios son debidos y obligados en virtud del contrato social. Este régimen de responsabilidad se somete a las reglas generales del Código Civil en materia de responsabilidad contractual. La legitimación para exigir responsabilidad al socio corresponde a los administradores, pero también a los restantes socios *(«actio pro socio»),* actuando en beneficio e interés de la sociedad. Si el daño se ha producido, en cambio, a un socio concreto, éste tiene acción personal contra el socio dañante; al igual que el tercero no socio al que se le causa daño[315]. En todo caso, el socio obligado a indemnizar a la sociedad por el incumplimiento de su deber de diligencia no puede compensar su obligación indemnizatoria con los beneficios que haya proporcionado a la sociedad, ya provengan éstos del negocio que causó el daño o de otro[316].

Por su parte, la sociedad responde frente a todos los socios de las cantidades que haya desembolsado por ella y del interés correspondiente; también responde de las obligaciones que con buena fe haya contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección (artículo 1688)[317]. La sociedad debe al socio administrador las cantidades que éste hubiera desembolsado por ella más los intereses, cuando no se pueda acceder a los fondos de la sociedad para hacer frente a los gastos y el desembolso fuera necesario para la conclusión de los negocios sociales. Aquél tiene acción de regreso contra la sociedad por tal cantidad. También la sociedad le responde al socio administrador de las obligaciones que haya contraído de buena fe para los negocios sociales, en nombre propio, pero por cuenta ajena (de la sociedad). De todas formas, la exigencia de buena fe significa no solo la actuación diligente del socio administrador, sino también la de no causar daño a la sociedad y a los demás socios al contraer tal obligación. El administrador tendrá derecho al interés devengado, pues, el importe dinerario de la obligación contraída no es sino una forma de anticipo[318]. Finalmente, la sociedad también responde al socio de los riesgos inseparables de su dirección, esto

---

[315] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1686 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1929.

[316] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1686 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1428; PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1686 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11549-11550, señala que «el Código excluye expresamente la compensación del daño provocado por el socio a la sociedad con los beneficios que le haya proporcionado, sin hacer distinción entre si esos beneficios lo fueron con ocasión o en el seno del hecho dañoso o si tuvieron lugar en otro momento o como consecuencia de otros negocios» y añade: «lo anterior excluye la posibilidad de excusa por parte del socio alegando los beneficios de la conducta dañosa, como se venía entendiendo en la doctrina francesa imperante en el momento de publicación de nuestro Código Civil».

[317] PERDICES HUETOS, A.: «Comentario al artículo 1688 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11554, manifiesta que «el artículo 1688 del Código Civil parte de un supuesto típico de sociedades como la civil, basadas en la confianza y en una regla de actuación informal en beneficio del común de los socios. En efecto, el caso del que parte la norma supone que, ante la urgencia del caso, la falta de recursos sociales o su temporal indisponibilidad, el administrador asume sin mayores formalidades y en nombre propio negocios o pagos propios de la sociedad».

[318] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1688 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1931.

es, de las deudas extracontractuales originadas por los daños sufridos por el socio administrador en el ejercicio de su cargo[319].

7.2. Obligaciones de la sociedad con los socios

La sociedad responde a todo socio de las cantidades que haya desembolsado por ella y del interés correspondiente; también responde de las obligaciones que con buena fe haya contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección (artículo 1688 CC). Derivan estas obligaciones más que del contrato de sociedad, de las relaciones de mandato que se da entre la sociedad y el socio que de buena fe gestiona los asuntos sociales.

7.3. Derecho de los socios de asociarse con tercero

Cada socio puede por sí solo asociarse con un tercero en su parte; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador (artículo 1696 CC).

7.4. La administración de la sociedad

Las reglas de la administración de la sociedad se hayan contenidas en los artículos 1692 a 1695 del Código Civil y son de naturaleza dispositiva, de suerte que pueden ser libremente modificadas por los contratantes.

Por administración hay que entender en un sentido amplio tanto la realización de actos jurídicos como de operaciones materiales (programación de producción, llevanza de libros, dirección estratégica, etc.); comprende, por tanto, la realización de todas las actividades que son precisas para la consecución del fin social[320]. La aportación, aunque está causalmente encaminada a promover el fin social, no es, como tal, un acto de la administración de la sociedad, sino que constituye la cumplimentación de una obligación personal del socio[321].

Desde un punto de vista funcional, la administración puede organizarse bajo un sistema de administración conjunta (artículo 1693), o bajo un sistema de admi-

---

[319] Paz-Ares C.: «Comentario al artículo 1687 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1432-1433.

[320] Capilla Roncero Fco.: «Comentario a los artículos 1692 a 1695 del Código Civil», *op. cit.,* p. 437; del mismo autor, «La sociedad civil», *op. cit.,* pp. 210-212, quien añade que «sirve como límites del ámbito de dicha actividad, de una parte, la actividad encaminada a la configuración jurídica de la sociedad y, de otra, la actividad que excede del fin social que actúa como límite fundamental en la materia».

[321] Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1448.

nistración separada (artículo 1694). Si en el contrato social nada se ha convenido al respecto, y con independencia de que la administración se haya conferido a todos o sólo a una parte de los socios, debe seguirse el sistema de administración separada. Asimismo, desde el punto de vista estructural, la administración puede ser privativa (nombramiento del administrador o administradores en el propio contrato social; también llamada fundacional o constitucional —artículo 1692.1 CC—); no privativa (nombramiento para el cargo después del contrato social, requiriendo, además de la aquiescencia del designado, la unanimidad del resto de los socios —artículo 1692.II CC—); o legal[322].

Sobre estas bases, la administración de la sociedad procede del contrato social, del nombramiento que los socios efectúen después del contrato social; o del propio Código Civil[323].

El administrador, como órgano social, es titular de las facultades procedentes del contrato social y le resultan aplicables también las reglas del mandato, bien directamente o por analogía[324]. El artículo 1695.1.º constituye un supuesto de mandato tácito y recíproco de unos socios a otros. Desde esta perspectiva, cabe cuestionarse si es posible encomendar la administración a un tercero no socio. Frente a quienes niegan tal posibilidad, pues dicho nombramiento desnaturalizaría la administración social e incluso la propia figura de la sociedad civil como sociedad personalista[325], no faltan quienes admiten esta posibilidad, pues al igual que en la sociedad anónima, el administrador extraño ha de ser «gobernable» por el conjunto de los socios; también en la sociedad civil, si esa situación de «gobernalidad» se asegura de antemano, se puede confiar a un tercero la administración de la sociedad[326].

Ahora bien, el poder de los administradores se determina en función del fin social, salvo que otra cosa se establezca en el contrato social. De forma que todos los administradores están facultados para realizar las actividades precisas para la consecución del fin común, ya se trate de actos de administración, ordinaria o extraordinaria, o de disposición. El único límite de su actuación se encuentra en el propio objeto social que no puede ser traspasado, modificado, ni infringido[327].

---

[322] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1450-1451; CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1692 a 1695 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 453-455.

[323] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1451; MARÍN LÓPEZ J. J.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1936.

[324] PERDICES HUETOS, A.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11575 precisa que «no hay inconveniente en sostener que la relación de todo administrador con la sociedad que gestiona, aunque no sea de estructura corporativa, es orgánica».

[325] CAPILLA RONCERO, Fco.: La sociedad civil, *op. cit.,* p. 229; del mismo autor «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 460; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1936.

[326] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1453.

[327] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1455.

No obstante, los poderes de los administradores pueden ser limitados por los propios socios, resultando aplicable el artículo 1259.II CC si los actos de administración infringen la limitación establecida[328].

En cuanto a los derechos y deberes de los administradores, a falta de normas específicas, resultan aplicables las reglas del mandato siempre que sean compatibles con la naturaleza societaria del vínculo. Como administradores están obligados a rendir cuentas de su gestión. El fundamento de este derecho de los socios se halla en el artículo 1720 del Código Civil, que obliga a todo mandatario a «*dar cuenta de sus operaciones*». Por su parte, los socios tienen el derecho de información, correspondiendo a los administradores el correlativo deber. Supone la posibilidad de dar a conocer el estado contable de la sociedad y la labor de administración que aquéllos llevan a cabo. El ejercicio de este derecho se halla vinculado al deber de fidelidad, de suerte que en ningún caso se puede interferir en la labor de gestión de la sociedad y por las exigencias de la buena fe del artículo 7.1 del Código Civil. Los gastos serán por cuenta del socio[329].

La responsabilidad de los administradores se rige, no por el artículo 1726 del Código Civil, sino por el artículo 1686 del citado cuerpo legal; siendo la diligencia exigible la establecida de forma general en el artículo 1104 del Código Civil[330]. En el supuesto de pluralidad de responsables, tal responsabilidad se considera mayoritariamente por la doctrina como mancomunada (artículo 1723); no obstante, teniendo en cuenta la actividad correctora de la jurisprudencia en relación con el artículo 1137 del Código Civil, hay quien aventura que no es desdeñable postular el carácter solidario de dicha responsabilidad[331]. En todo caso, frente a esta responsabilidad social, los administradores pueden, igualmente, ocasionar daños directos a los socios individualmente considerados, siendo de aplicación entonces las normas generales sobre responsabilidad extracontractual o, en su caso, contractual. En cuanto a la retribución de los administradores, habrá de estarse a lo previsto en el contrato y al artículo 1711 en sede de mandato[332].

En este contexto, tomando en consideración lo expuesto, el Código Civil ofrece una serie de posibilidades para la administración de la sociedad:

1. Que uno de los socios sea nombrado administrador (que puede ser cualquiera de los integrantes de la empresa familiar). El artículo 1692 distingue según haya sido nombrado en el contrato social o después. En el primer caso, tal y como

---

[328] Marín López, J. J.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1936.

[329] Capilla Roncero, Fco.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 367-368.

[330] Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1457.

[331] Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1457-1458.

[332] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006/2125).

hemos manifestado en líneas precedentes, se trata de un administrador privativo, fundacional o constitucional, y forma su nombramiento parte del contenido del contrato social[333], de forma que para que quede sin efecto es necesario el consentimiento unánime de los consocios mediante una modificación de aquél. Su poder, por tanto, es irrevocable sin causa legítima (artículo 1692.1 *in fine* del Código Civil)[334], entendida ésta como incumplimientos graves y no ocasionales, o varios leves producidos de forma reiterada[335], pues constituye una condición del contrato social, cuyo cumplimiento está por encima de la voluntad de las partes. Por el contrario, en el segundo caso puede revocarse en cualquier momento, pues constituye un mandato ordinario sometido como tal al principio de revocabilidad[336].

Este administrador privativo fundacional puede realizar todos los actos gestores de la sociedad, incluso con oposición de los restantes socios; sin que ello de por sí genere responsabilidad, salvo que la realización de acto cause daño a los consocios por un comportamiento negligente o doloso. Excepcionalmente, los socios pueden oponer a la actuación del administrador, cuando éste proceda de mala fe, esto es, con ánimo de dañar o perjudicar los intereses de la sociedad y, por ende, de los socios. Por otra parte, puede dimitir de su cargo, lo que conlleva un incumplimiento del contrato social con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados a la sociedad, salvo que aquélla esté justificada porque obedezca a justa causa (por ejemplo, una enfermedad); o sea contrario a la buena fe exigir que el administrador continúe en el ejercicio del cargo[337].

---

[333] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 1990 (RJ 1990/717); de 24 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9599); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 7 de abril de 2008 (JUR 2008/323256).

[334] LASARTE ÁLVAREZ C.: *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 275. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 1990.

[335] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1937; en contra, PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1460.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de diciembre de 1997(RJ 1997/9599), en su *Fundamento de Derecho 3.º* señala que: «la causa legítima para la revocación del poder se apreciará cuando concurre un incumplimiento grave y no meramente ocasional, de los deberes del administrador, o la patente incapacidad para desempeñar el cargo de manera ordenada, y al respecto, cabe la afirmación de que se producirá siempre y cuando a los socios no se les pueda razonablemente exigir que toleren o soporten conductas de aquél en detrimento de la sociedad».

[336] CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV. Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, pp. 619-620.

[337] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1962. Para PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1692 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1460, sin embargo, la dimisión «solo cabe por imposibilidad sobrevenida; incluyendo bajo este concepto no sólo los supuestos de imposibilidad absoluta de la prestación a que hace referencia el artículo 1184 (la imposibilidad provocada por la sobreveniencia de causas impeditivas físicas (enfermedad grave) o legales (incompatibilidad, inhabilitación), sino también aquellos casos en que, de conformidad con una valoración de las circunstancias del contrato realizada según las exigencias de la buena fe, el esfuerzo requerido al administrador para desempeñar su cargo sobrepasaría el límite de lo razonablemente exigible, tornándose su exigencia por parte de la sociedad abiertamente desleal, incorrecta o abusiva».

El contenido del poder que corresponde al administrador de la sociedad civil lo determina el propio contrato de sociedad, sin necesidad de acuerdo; si el nombramiento se produce después del contrato, se requiere el acuerdo unánime de los socios. En cuanto al contenido de su poder, sólo lo determina el Código cuando el socio ha sido nombrado en el contrato social diciendo que «*puede ejercer todos los actos administrativos, no obstante la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe*», regla que también resulta aplicable cuando el nombramiento se ha producido después del contrato social. De todas formas, si en el contrato de sociedad se ha acordado conferir la administración a un socio, el nombramiento no es más que un acto de ejecución de lo acordado por mayoría[338].

Este administrador no privativo es revocable mediante acuerdo, igualmente unánime de los socios. No tienen, sin embargo, los consocios facultad de oposición, ni siquiera cuando actúa de mala fe.

Aunque algún autor considera que se puede aplicar a todos los socios[339], el artículo 1684 CC, se refiere al socio administrador y señala que cuando un socio autorizado para administrar cobra una cantidad que le era debida por una persona que, a la vez, es también deudor de la sociedad, debe imputarse lo cobrado en los dos créditos en proporción a su importe, cuando se hubiera dado recibo por cuenta solo de su haber; pero si se hubiera dado por cuenta del haber social, como si no se da recibo, se imputará todo al pago del crédito social. Todo ello sin perjuicio de la facultad que le concede al deudor el artículo 1172 CC, en el caso que el crédito del socio sea más oneroso[340].

Supone una aplicación más del deber de fidelidad de los socios, que les obliga a anteponer los intereses de la sociedad a los suyos propios. Todo deudor común tiene la libertad para imputar el pago de su crédito al deudor que quiera. Pero este artículo 1684 CC limita esa libertad de actuación al deudor y solo autoriza la imputación al crédito del socio, siempre que éste sea más oneroso; de no ser así (porque el crédito de la sociedad sea más oneroso, o lo son los dos en la misma proporción), el pago se imputa al crédito social. Si el pago se hace por el deudor sin imputación de pago expresa o tácita: si se da recibo por cuenta del crédito de la sociedad, el pago se imputa por completo al mismo; mientras que si se da recibo por cuenta del crédito personal del socio que cobra la deuda, se prorratea el pago entre los dos créditos, incluso si es más oneroso el crédito social[341].

---

[338] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 10 ed., *op. cit.,* p. 243.

[339] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1928. En contra, PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1423-1424.

[340] PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11543.

[341] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1928. En contra, CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 292-293; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1684 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1424.

2. Varios socios nombrados administradores. Es posible que dos o más socios hayan sido nombrados administradores en el mismo contrato social o después, con la exigencia de consentimiento unánime[342]. En el mismo contrato social o después pueden no haberse determinado sus funciones; o no haberse convenido que en su actuación como administradores para cualquier acto de gestión se necesite el consentimiento de todos los socios, en cuyo caso el artículo 1693 señala que *«cada uno podrá ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes que éstas hayan producido efecto»*. Hay una pluralidad de socios administradores designados o no en el contrato social y cada uno de los socios puede desarrollar la gestión social con autonomía e independencia respecto de los demás.

De haberse, no obstante, convenido que no pueden actuar los unos sin los otros, el artículo 1694 CC dispone que se necesitará el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de daño grave e irreparable para la sociedad. Este sistema de administración conjunta se opone pues al sistema de administración separada de este artículo 1693.

Con el objeto de garantizar la igualdad de todos los coadministradores en la gestión social, se establece en dicho precepto que los socios administradores tienen derecho a oponerse a las operaciones de los demás antes que produzcan efecto legal[343]. Como señala DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS «es un *ius prohibendi*, un control de la actuación de los demás administradores; sin que tal oposición sea operativa sin más. Para que la oposición sea eficaz ha de ir precedida de un debate entre los socios y de una decisión sobre la admisibilidad de tal oposición por mayoría. Esta oposición opera en el ámbito interno. El ejercicio de la oposición queda sujeto a las mismas exigencias de diligencia y fidelidad que el ejercicio de los restantes actos de administración»[344]. Presupone la existencia de un deber de comunicación, sin que pueda afectar a todas las medidas que pretendan materializar los administradores, que desnaturalice el sistema de gestión solidaria, sin que se pueda omitir en aquellos casos en que, «por la importancia del negocio, el carácter extraordinario de la operación o la existencia de diferencias anteriores, presuman razonablemente que los coadministradores puedan querer ejercitar su derecho de oposición»[345]. Este derecho de oposición es dispositivo, por lo que puede suprimirse por vía contractual y también restringirse o modular-

---

[342] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 25 de marzo de 2008 (JUR 2008/339927).

[343] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1693 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1938.

[344] DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho Civil, 10 ed., *op. cit.,* p. 245.

[345] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1693 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1462.

se[346]. Asimismo, puede atribuirse a socios no administradores e incluso a terceros. En todo caso ha de considerarse excluido cuando la gestión separada se programa por áreas o sectores funcionales[347].

Esta oposición se manifiesta mediante una declaración de voluntad recepticia dirigida al coadministrador que va a actuar. No requiriéndose para ello de forma alguna; puede incluso hacerse *facta concludentia*. Ha de ejercitarse antes de que se ejecute el acto contra el que dirige, esto es, antes que produzca el negocio de que se trate sus efectos propios («efecto legal» dispone el artículo 1693)[348]. La consecuencia de tal oposición es que no se lleve a cabo el acto afectado y que se abstenga el coadministrador de realizarlo de forma definitiva. De incumplir la prohibición, la responsabilidad opera en las relaciones internas, no frente a terceros, que no se ven afectados por la prohibición al tratarse no de un supuesto de falta de poder, sino de ejercicio abusivo[349].

En cuanto a la determinación de las funciones de cada administrador, CASTÁN TOBEÑAS señala que pueden presentarse varias hipótesis: «1. Que se hayan determinado al hacer los nombramientos las respectivas funciones de cada administrador. La solución en este caso pasa por estar a lo pactado, actuando cada administrador en consecuencia en el ámbito de su mandato. 2. Que no se hayan especificado sus funciones, ni expresado que no pueden obrar los unos sin el consentimiento de los otros. En este caso cada socio administrador puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a la operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal. 3. Que se haya estipulado que los socios administradores no han de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros. En este supuesto "se necesitará en concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiera peligro inminente de daño grave o irreparable para la sociedad (artículo 1694)"[350].

---

[346] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1692 a 1695 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 473-474.

[347] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1693 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1463.

[348] GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 491.

[349] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1693 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1463; GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 490, por su parte, precisa que, si el nombramiento recae en dos o más socios sin especificar funciones o sin haber expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, «cada uno de los administradores podrá ejercer los actos de administración separadamente, pudiendo oponerse a las operaciones de los otros antes de que éstas hayan producido efecto legal (artículo 1693 del Código Civil)», y añade: «La oposición solo puede producirse entre los socios administradores, quedando excluidos los demás socios. Las discrepancias entre los administradores se resolverá por acuerdo mayoritario (artículo 398 del Código Civil».

[350] CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, pp. 620-621.

El artículo 1694 CC contempla el sistema de administración conjunta o mancomunada tanto en la adopción de acuerdos como en la gestión de la sociedad. Se requiere el consentimiento unánime de todos los administradores, manifestado de cualquier forma.

De todas formas, este principio de unanimidad es dispositivo, por lo que puede sustituirse por el principio mayoritario, calculándose la mayoría por cabezas (cada administrador un voto, independiente de su cuota de participación); y, siendo la mayoría necesaria la absoluta (la mitad más uno de los administradores)[351]. También es posible la combinación de ambos sistemas de administración separada y conjunta.

De no alcanzarse la unanimidad no podrá llevarse a efecto la propuesta sin que el socio que no vota a favor deba motivar su decisión; aunque quizá por el deber de fidelidad a la sociedad debería hacerlo.

En todo caso, la infracción de la regla de unanimidad prevista en el artículo 1694 conlleva la nulidad del acto de administración. Nulidad que afecta a terceros contratantes por falta de poder (artículo 1259.II), correspondiendo al administrador frente a aquellos a la indemnización de los daños y perjuicios que hayan ocasionado[352].

3. De no haberse convenido nada sobre la administración. Cuando nada se ha pactado, la administración corresponde a todos los socios. Todos tienen, pues, el derecho y el deber de administrar. Esto no obsta para que también pueda convencionalmente convenirse una administración de todos los socios. Estamos ante un sistema de administración separada o solidaria, en la que cada uno de los socios puede realizar actos de administración, sin necesidad del concurso de los restantes; y puede individualmente vincular a la sociedad, imponiéndose a los demás socios[353]. Asimismo, atendiendo al régimen contenido en el artículo 1693 cada socio puede oponerse a los actos realizados o que pretendan realizar cualquiera de los restantes[354].

Como señala la doctrina, el artículo 1695 fija una serie de reglas [355]:

---

[351] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1694 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1464.

[352] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1694 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1465; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1694 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1963; CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1692 a 1695 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 455-456.

[353] PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1695 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11587; LASARTE ÁLVAREZ, C.: Principios de Derecho Civil, *op. cit.,* p. 275. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6880).

[354] MARÍN LÓPEZ J. J.: «Comentario al artículo 1695 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1940.

[355] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho Civil, 10 ed., *op. cit.,* p. 244. Asimismo, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C.: Principios de Derecho Civil, *op. cit.,* p. 275; PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1695 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11587-11588.

a) Se considera a todos los socios como administradores (dice el Código «apoderado»); y lo que cualquiera de ellos haga por sí solo obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes de que hayan producido efecto legal.

b) Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social, según la costumbre de la tierra, con tal de que no lo haga contra el interés de la sociedad, o de tal modo que impida el uso a que tienen derechos sus compañeros. De la misma forma que se expresa el artículo 394 en sede de comunidad de bienes. Se autoriza un uso extrasocial de los bienes sociales, si con ello no se causa daño a la sociedad y no se impide un uso similar por los restantes consocios.

c) El apartado 3 del citado artículo 1695 CC señala que todo socio puede obligar a los demás a costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes. Regla que, asimismo, se importa de la comunidad de bienes (artículo 395 del Código Civil)[356]; si bien, a diferencia de la comunidad de bienes, la renuncia liberatoria de los condóminos no es aplicable a la sociedad, pues «la obligación de contribuir a los gastos no es una obligación *propter rem,* sino derivada del contrato de sociedad»[357].

d) Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, esto es, alteración en los mismos. Esto supone de nuevo aplicar una regla contenida ya en sede de comunidad de bienes en el artículo 397 del Código Civil[358]. Aunque en el Código Civil sólo se haga referencia a bienes inmuebles, se puede ampliar a los muebles. Se podrá disponer tanto de uno como de otro, si así conviene para la consecución del fin social, pero no cabe alterarlos o modificarlos[359].

---

[356] GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 492, precisa, citando a CAPILLA, que «corresponde exclusivamente a los socios administradores, sin que exista oposición de los demás coadministradores cuando uno de ellos realice actos conservativos».

[357] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1695 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1940; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1695 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1468; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho Civil, 10 ed., *op. cit.,* p. 244, manifiestan que «esta regla se importa también de la comunidad de bienes (artículo 394) de un modo fragmentario e incompleto, y no se ajusta en absoluto a la dinámica social, en la que los socios van pagando los gastos con los productos que obtengan, siendo la diferencia los beneficios a repartir. Por otra parte, las deudas contraídas por este motivo son deudas sociales, que como tales han de someterse a la normativa sobre ellas».

[358] GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 492, precisa que esta regla viene a significar que «ninguno de los socios está facultado para realizar ni alteraciones materiales ni jurídicas (actos de enajenación y gravamen sobre bienes sociales».

[359] CAPILLA RONCERO, Fco.: La sociedad civil, *op. cit.,* pp. 238-239.

Pese al silencio del Código Civil cabe la revocación por causa legítima de la administración legal, aplicando por analogía el artículo 1692.1[360].

4. La administración encomendada a un tercero. Su nombramiento puede tener lugar en el mismo contrato social o después. Si tiene lugar después deberá ir precedida de un acuerdo mayoritario de los socios. Su poder será revocable aunque se haya establecido en el contrato social[361].

En todo caso, cualquiera que sea la opción que se escoja, el administrador o administradores deben rendir cuentas de su actuación a los demás socios[362].

Distinto de la administración de la sociedad viene a ser su representación, esto es, la facultad de vincular a la sociedad en las relaciones con terceros. En el sistema del Código, sin embargo, ambas funciones vienen a coincidir y, salvo que en el contrato se hubiera pactado otra cosa, la facultad para administrar implica el poder para representar a la sociedad.

7.5. La distribución de pérdidas y ganancias

Representa un aspecto esencial, al igual que las aportaciones en cualquiera de las modalidades descritas para constituir la empresa familiar como una sociedad civil. A tal fin, las pérdidas y las ganancias han de ser repartidas de conformidad a lo pactado, y si sólo se hubiera pactado la parte de cada socio en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas y viceversa (artículo 1689.1.º CC).

Por tanto, corresponde a los socios la distribución de pérdidas o ganancias conforme a lo que pacten, donde entra en juego el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil). No obstante, tales pactos tienen límites, pues se consideran nulos aquellos pactos: 1. En los que se confía a uno de los socios la designación de las pérdidas y ganancias (artículo 1690.1.º). 2. El de excluir a uno o más socios de toda parte en las ganancias (artículo 1691.1). La prohibición se llamaba leonina[363]. 3. El de excluir a uno o más socios de toda parte en las pérdidas, salvo si se trata de socio de industria. Esta prohibición proviene del Código francés.

---

[360] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1695 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1940; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1695 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1467.

[361] Precisan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* pp. 245-246, que «al ser una cláusula contractual es evidente que la revocación supondría una modificación contractual, que tendría que ser consentida por el mismo socio administrador. En el tercero no se da la condición de parte del contrato social».

[362] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1989 (RJ 1989/3767).

[363] PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1691 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11570.

Si los socios pactan únicamente el criterio de participación en las ganancias, el mismo ha de regir la distribución de las pérdidas. Igualmente, si sólo se conviene la participación en las pérdidas, lo mismo se aplica en la atribución de las ganancias. En esta libertad de pactos es asimismo posible que el criterio sea distinto, esto es, que se altere dicha relación de correspondencia, sin que sea necesario que medie justa causa, de forma que se distribuya de un modo las pérdidas y, de otro, las ganancias, con el único límite que el mencionado de no excluir a uno o más socios de todo o de parte de las ganancias.

De no haberse pactado nada, se entiende que la participación de cada socio en las ganancias y las pérdidas será proporcional a su aportación[364]. Esto exige una valoración de las aportaciones que se puede haber establecido en el propio contrato social, cuando se inventariaron los bienes inmuebles; o, de no haberse establecido en dicho contrato, será precisa la intervención de peritos. En todo caso, de existir oposición entre los socios acerca de tales valoraciones periciales, podrá requerirse la intervención judicial y al juez le corresponde determinar cuál es el valor de las aportaciones, manteniendo un criterio igualitario para todos los socios.

El problema práctico que suscita la norma es el relativo a la valoración de las aportaciones. El valor de tales aportaciones que ha de tener en cuenta es el que tenían en el momento en que se hicieron; y se tiene en cuenta la aportación efectivamente realizada por el socio, no la comprometida y aún no aportada[365].

El último inciso del precepto contiene una regla especial para el socio industrial; así, en defecto de pacto, se establece que tendrá una parte igual a la del socio capitalista que menos haya aportado. La norma contiene el trato privilegiado que ofrece el legislador al factor de producción capital frente al factor trabajo y «se revela totalmente inadaptada a la civilización económica actual, cuyo más preciado bien es el capital humano»[366]. Si todos los socios son industriales en la determinación de la cuota, se tendrá en cuenta el valor de sus respectivas aportaciones (por cantidad y calidad), no un tratamiento igualitario, pues el mismo no parece coherente con el criterio de proporcionalidad que establece la norma en relación con las aportaciones de capital[367]. La misma regla se ha de aplicar si todos los socios son industriales, menos uno, que lo es de capital. Si, además de la industria, hubiese el socio aportado capital, recibirá también la parte proporcional que por éste le corresponda (artículo 1689.2, apartados 2 y

---

[364] CAPILLA RONCERO, Fco.: La sociedad civil, *op. cit.,* p. 195. *Vid.* también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1988.

[365] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1933. En contra, CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 381.

[366] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1439.

[367] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 386; PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1440.

3). Ahora bien, si su aportación de capital fuese menor, para MARÍN LÓPEZ, el artículo 1689 no encuentra obstáculo para su aplicación[368]; mientras que para PAZ-ARES la solución más plausible «consiste en declarar la nulidad del contrato por indeterminación de sus condiciones esenciales (el principio de la mayor reciprocidad de intereses consagrado en el artículo 1289 no es gran ayuda, dado que solo rige respecto de la determinación de las condiciones accidentales del negocio)»[369].

Ahora bien, en el supuesto que el socio se constituya en mora en el cumplimiento de su deuda de aportación se plantea el problema de determinar si su participación en los resultados queda por ello alterada. Algunos autores así lo entienden al considerar que la regla de proporcionalidad del primer inciso del artículo 1689.2 CC ha de aplicarse en relación al *quantum* de la obligación efectivamente cumplimentada[370]; otros consideran, en cambio, que tal solución no resulta procedente, pues «la mora no altera la cuota de participación en los beneficios. Su eficacia se sitúa en otro plano y consiste en facultar a la sociedad para retener las cantidades que adeude en concepto de beneficios al socio moroso entretanto éste no se avenga a cumplir la aportación prometida e incluso para compensar su deuda de aportación con su crédito al dividendo»[371].

Por otra parte, es válido el pacto de encomendar a un tercero la designación de la parte que a cada socio le pueda corresponder en las ganancias y pérdidas; y en este caso sólo puede ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad y no pueda hacer la reclamación el socio que haya comenzado a ejecutar la decisión del tercero o no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fue conocida (artículo 1690, apartado 1.º).

Todo socio tiene derecho a que se repartan las ganancias, pues ello es consustancial con el contrato de sociedad. Todos los socios tienen derecho a participar en el resultado de la gestión social, sea positivo o negativo. Lo que no implica que necesariamente tenga derecho a que se distribuyan todas las ganancias. con la consiguiente posibilidad de acuerdos sociales que destinen una parte de los bene-

---

[368] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1933.

[369] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1440.

Para QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C.: «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», *op. cit.,* p. 284, «se debería introducir en una futura reforma de la sociedad civil algún medio de integración del contrato de sociedad que permita determinar la participación de los socios de industria en las pérdidas y en las ganancias, cuando esta cuestión no se especifique en el contrato, pues el criterio establecido actualmente en la Ley no es muy afortunado».

[370] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones, op. cit.,* p. 280, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, El contrato en general, *op. cit.,* p. 473.

[371] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1440; CAPILLA RONCERO, FCO.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 381.

ficios con cargo a reservas, para atender a todas las posibles exigencias de liquidez que el propio desenvolvimiento de la sociedad pueda demandar en el futuro.

En los términos señalados, de no existir pacto de los socios en la forma de distribuir las pérdidas y ganancias, se atiende al criterio de proporcionalidad. Cada socio tendrá derecho a una parte en las ganancias y en las pérdidas, proporcional a lo que hubiera aportado; de ser socio industrial tendrá una parte igual a la que del que menos haya aportado, sin perjuicio de recibir también la parte proporcional a su capital, si aportó alguno.

El Código Civil solo regula los criterios con arreglo a los cuales ha de distribuirse el resultado entre los socios, pero no se regula ni el procedimiento que ha de seguirse, ni el momento en que ha de procederse a tal distribución. Habrá de estarse a los pactos establecidos y, a falta de éstos, habrá de distinguirse entre la sociedad ocasional y la sociedad permanente[372].

El reparto de las ganancias podrá, por tanto, tener lugar en el momento de liquidación o de forma periódica. Dicha periodicidad se puede convenir en el propio contrato social y, en su defecto, lo lógico es que coincida con el ejercicio anual.

El socio, además del derecho individual a la división del resultado, tiene el derecho a la rendición de cuentas como elemento accesorio de la determinación de su concreta participación en las ganancias o pérdidas sociales. Este derecho no se fundamenta ni directa ni analógicamente en el artículo 1720, sino en el propio contrato de sociedad: el derecho de reparto de los beneficios, como derecho individual, lleva anejo el derecho de contabilidad[373]. Este sistema de rendición de cuentas supone, en principio, una relación detallada de los ingresos y gastos, si bien, tal sistema que vale perfectamente para la distribución única del resultado en el momento de la liquidación de la sociedad, no parece idóneo cuando la distribución es periódica. Para ésta, por su propia exigencia anual, requiere la elaboración de un balance que incluya el estado patrimonial de la sociedad (activo y pasivo) y la cuenta de resultados o cuenta de pérdidas o ganancias[374].

Una vez que se aprueba el balance y la cuenta de resultados se procede al reparto del beneficio, si lo hay, entre los socios; sin que se puedan imputar con cargo a reservas, cuando uno solo de los socios se opone. De todas formas, nada puede objetarse a las cláusulas contractuales que directa o indirectamente establecen mecanismos de reserva. Y, asimismo, se debe dotar los beneficios con cargo a éstas, cuando su distribución pueda causar un daño grave e irreparable a la sociedad.

---

[372] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1434-1435.

[373] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1436. En contra, CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 364-365.

[374] *Vid.,* por todos, PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1437.

Por beneficio (ganancia) existen dos posiciones en nuestra doctrina, la que sostiene que el beneficio del ejercicio es el producto resultante de restar al patrimonio de la sociedad contabilizado a fin del ejercicio el patrimonio inicial de la sociedad (el capital o el valor de las aportaciones que son de riesgo de la sociedad en el sentido del artículo 1688.2)[375] y la de quienes consideran, por el contrario, que por beneficio ha de entenderse la cantidad que resulta de sustraer al patrimonio existente al final del ejercicio el patrimonio que había al principio del ejercicio[376]. En relación con las pérdidas, existe una dualidad de planteamientos similar, si bien no puede hacerse una distribución, salvo pacto expreso en contrario, periódicamente. Aquéllas solo podrán exigirse en el momento de la liquidación y con el fin de saldar el pasivo que no resulte cubierto por el activo social. No obstante, algún sector doctrinal considera que, mientras dure la sociedad, sobre los socios pesa un «deber de nivelación» que se traduce en la obligación de aportar a la sociedad el valor de las pérdidas verificadas[377]; mientras que, para otros, lo que hay es un deber de desembolso de los socios en los casos en que las pérdidas exijan la venta de activos de la sociedad[378].

Ahora bien, es posible que se confíe a un tercero la determinación de la cuota de participación de los socios en el resultado social. Su cometido es simplemente fijar aquélla, de forma que no se les encomienda la determinación de los beneficios y su reparto (artículo 1690.1), salvo que los propios socios le atribuyan tal cometido[379]. La designación de este tercero como arbitrador, análogo al tercero del artículo 1447.1 del Código Civil y no como árbitro, ha de realizarse con el consentimiento de todos los socios, bien en el contrato de sociedad, o por medio de un acto posterior en el que se determine su identidad o simplemente se predeterminen en el contrato, designándose sus caracteres[380].

Si el tercero decide no cumplir con el encargo asignado, y tal comportamiento generase un daño a la sociedad, se le podrá exigir la correspondiente responsabilidad civil por daños y perjuicios.

---

[375] Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1438; Garrigues, Díaz-Cabañete, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid 1974, pp. 359-360.

[376] Capilla Roncero, Fco.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 360; Marín López, J. J.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1933.

[377] Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2, «Contratos en particular, enriquecimiento injusto, responsabilidad civil», Bosch, Barcelona, 1956, p. 509. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de junio de 2001 (RJ 2001/6663).

[378] Capilla Roncero, Fco.: «Comentario al artículo 1689 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 361-362.

[379] Díez Picazo, L.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1973», *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXVII, número 2, 1974, pp. 447-448.

[380] Marín López, J. J.: «Comentario al artículo 1690 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1934; Capilla Roncero, Fco.: «Comentario al artículo 1690 del Código Civil», *op. cit.,* p. 394; Díez-Picazo, L.: El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Bosch, Barcelona 1957, pp. 146-151, que considera que la hipótesis ha de encuadrarse dentro del llamado «arbitrio de determinación»; del mismo autor, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1973», *op. cit.,* pp. 450-451.

No puede ser nombrado arbitrador un socio o varios, pues el artículo 1690.2 CC lo prohíbe expresamente, bajo la pena de nulidad (artículo 6.3)[381].

En este contexto, como expusimos al inicio de este epígrafe, a la amplia libertad en la fijación de las reglas con arreglo a las cuales ha de practicarse la distribución entre los socios de los resultados sociales, se impone un límite específico en el artículo 1691 al prohibirse los pactos que excluyan a uno de los socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas, en cuanto supone una desnaturalización del tipo societario, pero no aquellos que determinan una exclusión meramente parcial[382]. Se trata de la proscripción de pactos leoninos. El fundamento de tal prohibición se concreta, pues, en el establecimiento de un límite moral, como es evitar la constricción inmoral de la posición del socio o su sumisión a una situación usuaria u opresiva[383]. De ahí que, como señala MARÍN LÓPEZ, «por un lado, su aplicación deba extenderse analógicamente a aquellos supuestos en que, aun sin exclusión total de participación en las ganancias o en las pérdidas, se produce una similar constricción inmoral de la posición del socio; y, por otro, no haya de aplicarse a los casos que, aun incardinables en el presupuesto de la norma, no revelen una constricción de esa naturaleza»[384]. La sanción de estos pactos leoninos de exclusión de los beneficios o de pérdidas no es la nulidad total, sino que la doctrina lo reconduce a la recalificación del negocio con arreglo a la simulación relativa. Por tanto, el pacto leonino es nulo, pero parcialmente. No obstante, si al resto de los socios no quieren o no les conviene mantener la sociedad, habría que optar por la nulidad total, si bien «la hipótesis de una exclusión total de las pérdidas resulta más difícil de conciliar con la existencia de un contrato de sociedad, puesto que no cabe imaginar razones que no alteren la naturaleza societaria del vínculo»[385].

Como excepción a esta prohibición, el artículo 1691.2 permite el pacto que exima al socio industrial de toda responsabilidad en las pérdidas. De una parte, como señala CAPILLA RONCERO «se autoriza que el socio de industria no haya de contribuir, con cargo a su patrimonio personal, a la cobertura de las pérdidas sociales; y de otra, se pretende que éstas pesen sobre el patrimonio social, es decir, que las pérdidas han de implicar la minoración del mismo, sin que una parte del fondo social quede eximida de soportarlas»[386]. En todo caso, la responsabilidad a la que se refiere este precepto es la de participación en las pérdidas, y

---

[381] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1690 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1442.

[382] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1997; el pacto que excluye a uno o más socios de toda o parte en las ganancias o en las pérdidas es nulo, según el párrafo primero del artículo 1691 del Código Civil, y la existencia de este pacto es contrario al principio de compartir los riesgos, juntamente con otros impropios de un contrato de sociedad.

[383] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1691 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1445.

[384] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1691 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1935.

[385] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1691 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1445-1446.

[386] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1691 del Código Civil», *op. cit.,* p. 426.

no la que corresponde a los socios frente a los acreedores sociales *ex* artículo 1698. Si el socio de industria lo es también de capital, la exención de responsabilidad solo alcanza a la aportación de industria.

Finalmente, como hemos señalado, el carácter social del crédito obliga a que todos los socios partícipen en él en la proporción que les corresponda que, habitualmente, será de forma igualitaria entre todos ellos, salvo pacto en contrario. Por lo que el socio que haya recibido por entero su parte en el crédito social sin que la hayan cobrado los demás socios queda obligado, si el deudor cae en insolvencia, a traer a la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado recibo solo de su parte (artículo 1685 del Código Civil). No obstante, la norma no será aplicable si la falta de cobro por parte de los otros socios es imputable a su propia negligencia (artículo 1686)[387]. Aunque la norma se aplica solo al supuesto de insolvencia del deudor, no obstante se considere conveniente ampliarlo a todos los supuestos esta obligación de colacionar, mientras subsista la sociedad y no se haya pactado el cobro directo como forma de repartir el resultado[388].

7.6. Obligaciones de los socios o la sociedad con terceros

La sociedad como tal persona jurídica obra por medio de sus representantes, esto es, las personas encargadas de su administración y representación que pueden ser socios o no. En sus relaciones externas de la sociedad con los terceros quedará obligada en los términos convenidos por quien ostenta su representación y mandato, derivando de ellas una responsabilidad frente a aquéllos. Como precisa PAZ-ARES, «la representación es aquella parte de la administración, es decir, de la actividad desplegada para el logro del fin social, que se realiza estableciendo relaciones jurídicas externas. En virtud de la representación se imputan a la sociedad derechos y obligaciones frente a terceros»[389].

Al respecto, determina el artículo 1697 CC que la sociedad queda obligada por los actos de uno de los socios cuando: 1. El socio obra en su carácter de tal por cuenta de la sociedad. Se requiere una doble circunstancia: «en primer lugar que el representante actúe en su condición de socio como miembro de la sociedad; y, en segundo lugar, que lo haga precisamente por cuenta de ella; y no para sí; por lo que no precisa la utilización de una firma o razón social; sino la puesta en conocimiento de la contraparte de esa doble circunstancia»[390]. 2. Tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito; que, por

---

[387] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1685 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 301-302.

[388] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1685 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1929; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1685 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1425-1426.

[389] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1697 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1477.

[390] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1697 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1943.

supuesto, lo tendrá siempre que sea administrador. 3. Haya obrado dentro de los límites del poder o mandato. Si se extralimita en tales limites, la sociedad puede ratificar el acto del socio y quedar, por tanto, obligada (artículo 1727)[391].

En este contexto, para que la sociedad quede vinculada es preciso que «el socio haya actuado en su carácter de tal por cuenta de la sociedad»[392]. Pero los socios pueden también actuar en nombre propio por cuenta de la sociedad. En este caso se producirán los efectos propios de la representación indirecta, no quedando la sociedad vinculada con terceros por estos actos realizados por el socio «en su propio nombre»; no obstante, aquélla quedará obligada frente al socio «*en cuanto dichos actos hayan redundado en su provecho*» (artículo 1698.2). Esta norma habrá de integrarse con la disciplina del artículo 1893 del Código Civil, de suerte que también estaría obligada a indemnizar al socio, aun no habiendo obtenido provecho, éste hubiera actuado a la vista de «un perjuicio inminente o manifiesto»[393]. Cabe, finalmente, la *actio in rem verso*, pese a que no se refiere a ella el artículo 1698[394].

Ahora bien, la sociedad queda obligada, no con los terceros, pero sí con el socio cuando los actos que realice éste en su propio nombre o sin facultades para realizarlos redunden en beneficio de la sociedad (artículo 1698.2). Con ello se evita un enriquecimiento indebido[395]. En todo caso, y en los términos apuntados, es posible que la sociedad ratifique el acto, en cuyo caso quedará obligada con el tercero. De todas formas, es necesario, para que la sociedad quede obligada con un tercero, que el socio, además de tener poder para actuar, lo haga en nombre y por cuenta de la sociedad.

La sociedad civil, en tanto que goza de personalidad jurídica y es centro de imputación de relaciones jurídicas, responde desde luego con todo su patrimonio presente y futuro de sus obligaciones contractuales y extracontractuales. De ser responsable la sociedad frente a terceros, el artículo 1698.1 CC señala que los socios no quedan obligados solidariamente por las deudas de la sociedad y ninguno puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello. De ello se infiere que, además de la sociedad, responden también por las deudas sociales los socios. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales será personal e ilimitada (artículo 1911 del Código Civil), no solidaria entre ellos, sino mancomunada (artículo 1137), proporcional a sus cuotas de par-

---

[391] LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 276.

[392] En esta línea, GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 488.

[393] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1697 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1481.

[394] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1697 y 1698 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 540-541.

[395] GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 489, precisa al respecto que «si el acto realizado por el socio ha redundado en provecho de la sociedad, ésta queda obligada a reintegrarle lo que legítimamente haya gastado o pagado».

ticipación en la sociedad[396]; y si ésta tiene personalidad subsidiaria no directa respecto de la que corresponde a la sociedad[397]. Como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, «no se excluye la responsabilidad de los socios, sino únicamente la responsabilidad solidaria, tenga o no personalidad la sociedad»[398]. No obstante, se admiten pactos dirigidos a aumentar la responsabilidad de los socios frente a los terceros, pactando la responsabilidad solidaria entre sí y con la sociedad[399].

La doctrina suele admitir la posibilidad de que los socios estipulen en el contrato un régimen de responsabilidad solidaria o de responsabilidad principal o subsidiaria; y pactos que limiten o moderen la responsabilidad interna frente a las deudas sociales; o pactos dirigidos a excluir o limitar la participación de uno o varios socios en las pérdidas; siempre y cuando no incurran en la prohibición de pactos leoninos (artículo 1691.1). Con todo, es posible que la limitación de la responsabilidad se articule como una limitación del poder de representación, oponible a terceros[400].

En este contexto los acreedores sociales son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales, esto es, tiene sobre el patrimonio de la sociedad una prioridad a la hora de hacer efectivo su crédito. Si bien, cada socio tiene una parte de ese patrimonio social, cuando la sociedad se disuelva y liquide; de ahí que se reconozca a los acreedores particulares de cada socio el derecho de pedir el embargo y remate de la parte que a aquél le corresponde en el fondo social (artículo 1699).

8. La condición de socio. La cuota social

La condición o cualidad de socio, como parte en las relaciones derivadas de la celebración del contrato de sociedad, comporta la atribución de un complejo

---

[396] LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, *op. cit.,* p. 277; PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», op. cit., p. 2817; CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 304-305; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 276; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1698 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1944, precisa que se trata de una mancomunidad parciaria (artículo 1138), no conjunta (artículo 1139).

[397] CAPILLA RONCERO, Fco.: La sociedad civil, *op. cit.,* p. 305, quien añade que, además, hay que entender que los socios gozan del beneficio de exclusión: LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 276. *Vid.* también la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 11 de enero de 2001.

[398] DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 10 ed., *op. cit.,* p. 247.

[399] En este sentido, PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2817; CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 331-332.

[400] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1698 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1944; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1698 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1485.

de poderes y deberes jurídicos que operan sobre su condición de socio, y que se ordenan de acuerdo con la estructura y finalidad de la sociedad. Entre los deberes que asumen los socios hay que destacar el deber de fidelidad, que se concreta no sólo en no obtener ventaja para sí a costa de la sociedad, sino también en colaborar activa y pasivamente en la consecución del fin común, más allá del compromiso que constituye la realización de las aportaciones. Hay o puede haber zonas de conflicto entre los intereses individuales de los socios y el interés común a todos en la sociedad, que siempre se resuelven en la subordinación del interés particular del socio al interés social (artículos 1684 y 1685 del Código Civil)[401]. Asimismo, junto al deber de colaborar en la realización de la actividad que constituye el objeto social, mediante la realización de las aportaciones, nos encontramos con una serie de preceptos que, como hemos analizado, imponen a todos los socios o a alguno de ellos deberes —artículos 1683 a 1686—; regulan su derecho a participar en los resultados (ganancias) —artículos 1689 y 1690—; determinan cómo se ha de gestionar (administrar) y especifican en este sentido las facultades gestoras de los socios sobre los bienes que integran el fondo social —artículos 1692 a 1695—; contemplan las consecuencias que se derivan de la actuación del socio en cierto tipo de negocios sobre su condición de parte en el contrato —artículo 1696—; regulan el medio a través del cual se vincula a la sociedad y se establece la responsabilidad de los socios por las deudas sociales —artículos 1697 y 1698—; contemplan la posición de los acreedores sociales y de los socios —artículo 1699—; regulan el ejercicio de la facultad de disolver la sociedad (denuncia, renuncia o desistimiento); posibilitan, como veremos, la transmisibilidad de la condición de socio *mortis causa*; y, por último, mencionan el derecho a participar en la partición del haber social, una vez que la sociedad se disuelve y liquida, remitiéndose su régimen al de la partición hereditaria[402].

En este contexto, el régimen de ingresos (alta) y salida (baja) no plantea mayores dificultades desde el punto de vista contractual. En cuanto a la entrada de nuevos socios, su decisión habrá de someterse a las reglas generales de modificación del contrato social, esto es, requerirá el consentimiento unánime de todos los socios, salvo pacto en contrario[403]. El nuevo socio pasará a responder de todas las deudas que hasta entonces hubiera asumido la sociedad. En cuanto al régimen de baja, le son de aplicación las reglas generales en materia de denuncia, según que el contrato tenga o no un plazo de duración determinado; y con la previsión práctica en el contrato de un plazo expreso de preaviso. Se puede prever en el contrato la baja forzosa, es decir, de exclusión de un socio ante el incumplimiento de sus deberes como socio, o en caso de incapacidad que impida contribuir al

---

[401] CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil, op. cit.,* pp. 188-189.

[402] CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil*, *op. cit.,* pp. 176-177. *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6654), contribución a los gastos sociales; y de 27 de mayo de 1999 (RJ 1999/3933), se refiere a la obligación de costear los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes.

[403] PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11593.

fin social o por vulneración del pacto de prohibición de concurrencia[404]. Lógicamente la baja comporta que el socio no responda de las deudas que después de su partida contraiga la sociedad; si de las anteriores, mientras pertenecía como un miembro más de la sociedad. En todo caso, la sociedad puede no extinguirse aunque alguno o algunos socios dejen de pertenecer a ella. Son los supuestos de que se hubiera pactado que, al morir uno de los socios, la sociedad continúa con los restantes (artículo 1704.1.º); o el pacto por el que desistiendo un socio continúe la sociedad con los otros; o, en fin, que la exclusión de uno de ellos (artículo 1706) no impide la subsistencia de la sociedad.

Sobre tales bases, el artículo 1696 CC establece que *«cada socio puede por sí solo asociarse con un tercero en su parte, pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador»*. Con ello se impide el ingreso del cesionario en la sociedad, salvo que cuente con el acuerdo unánime de todos los demás socios (artículo 1112 del Código Civil). Y, por otro, se establece que cualquier socio puede asociarse con un tercero y constituir una sociedad aportando su cuota, pero sin que ello suponga que el asociado pueda participar en los asuntos sociales de la sociedad de la que no es socio.

La entrada de un nuevo socio, como la salida de uno antiguo, representan modificaciones subjetivas del contrato de sociedad. Las vías de ingreso de un nuevo socio son la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* y el contrato de admisión por decisión unánime de todos los socios[405]. La naturaleza de este contrato es societaria; y nada obsta, dada la naturaleza dispositiva del artículo 1696, que se sustituya el principio de unanimidad por el de la mayoría; o delegar en uno o varios socios la decisión. El nuevo socio ingresa con todos los derechos y obligaciones que le corresponden como tal socio; su cuota de participación se calculará en función de su aportación al patrimonio social (artículo 1689); y asumirá en sus relaciones con terceras personas la regla de responsabilidad patrimonial universal que consagra el artículo 1911 del Código Civil. Deviene, asimismo, responsable de las obligaciones sociales contraídas con anterioridad a su ingreso por la sociedad[406].

La salida de antiguos socios conlleva la extinción del vínculo societario entre el saliente y los demás. Asimismo, como hemos señalado, la salida de un socio puede

---

[404] PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11593-11594. *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 30 de mayo de 2005 (JUR 2005/200078).

[405] CAPILLA RONCERO, Fco.: *La sociedad civil, op. cit.,* pp. 243-244. *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/666); y de 13 de julio de 2007 (RJ 2007/5091), establece el derecho estatutario de tanteo sobre participaciones transmitidas a terceros.

[406] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1941; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1469. En contra, CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 499-500.

tener lugar también forzosamente como consecuencia de la exclusión o expulsión por parte de los demás, siempre que lo prevea el contrato, pues el único caso de exclusión legalmente previsto es el contemplado en el artículo 1706.I *in fine*[407]. En cualquiera de estos supuestos, la salida del socio no afecta a la identidad de la sociedad, que sobrevive inalterada entre los socios que permanecen[408]. El socio saliente tiene derecho a una compensación económica por importe equivalente al que habría obtenido en caso de disolución de la sociedad. La responsabilidad del socio saliente por las deudas sociales cesa en el mismo momento en que se produce su cese. No obstante, sigue respondiendo frente a terceros por las deudas anteriores[409].

En cuanto a la transmisión *«inter vivos»* de la condición de socio determina la salida del transmitente y la entrada del adquirente en la sociedad. La transmisión implica una modificación esencial del contrato de sociedad; de ahí que se exija el acuerdo unánime de los socios, aunque sea tácito[410]. El adquirente subentra en la posición del socio transmitente sucediéndole en todos los derechos y obligaciones; y quedando obligado a cumplimentar la aportación o parte de la aportación no satisfecha. De la sucesión han de apartarse los derechos y obligaciones personalísimos. Subsiste la responsabilidad por las deudas anteriores a la transmisión y nacen la de las deudas sociales futuras, cesando para el transmitente[411].

Con el consentimiento de los demás socios puede también realizarse una transmisión parcial de la parte del socio. En virtud de tal transmisión, salvo disposición contraria del contrato, sólo se transmiten los derechos patrimoniales. Los derechos administrativos surgen *ex novo* para cada uno de los entrantes. Habrá, pues, un doble contrato[412].

Se admite la constitución de un derecho de usufructo sobre la participación en la sociedad civil; no así prenda sobre esa participación[413].

Finalmente, el artículo 1696, en los términos apuntados, permite que un socio asocie su parte a un tercero. Este solo adquiere la condición de socio cuando hay

---

[407] Marín López, J. J.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1941. *Vid.* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 24 de febrero de 2004 (JUR 2004/83647) en un caso de expulsión del socio incumplidor.

[408] Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1470.

[409] Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1470.

[410] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/666) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, de 2 de abril de 2003 (JUR 2003/231483).

[411] Marín López, J. J.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1965-1966; Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1472.

[412] Paz-Ares, C.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1473.

[413] Marín López, J. J.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1942; Capilla Roncero, Fco.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 506-507.

un consentimiento unánime de todos los socios; por lo que, si no se procede de esta forma, el asociado no adquiere la condición de socio, ni siquiera en el supuesto que el asociante sea administrador social. Si bien, tratándose de una regla dispositiva, el contrato puede establecer otra cosa diferente[414].

En este contexto, PERDICES HUETOS plantea la posibilidad de establecer una subparticipación sobre la condición de socio; es decir, constituir a su vez una sociedad, normalmente interna, por la que la condición de socio se convierte en el objeto de la misma. Es por ello que «un tercero puede beneficiarse de los resultados e interesarse en la gestión de la sociedad, pero sin aparecer frente a la misma». De ahí que, como añade el autor, «no obstante la declaración de inocuidad que proclama el Código Civil, no estaría de más que se estableciese la obligación, sancionada en su caso con la eventual exclusión, de restringir o cuando menos comunicar la existencia o constitución de este tipo de relaciones negociales en orden a que los socios tengan la facultad de ponderar si efectivamente y por descontado, desde la buena fe, el establecimiento de esa subparticipación en la condición de socio resulta o puede resultar en un extrañamiento de hecho de la intimidad social»[415]. Por su parte, este mismo autor señala que «la verdadera cuestión que se plantea es la de responsabilidad de los entrantes y salientes. El socio que se incorpora a una sociedad responde, parciariamente, eso sí, de las deudas anteriores a su entrada, sobre la base salvo estipulación en contra de que tuvo en cuenta la situación patrimonial y en concreto las deudas de la sociedad en el momento de su entrada para determinar su aportación»[416].

9. Responsabilidad de la sociedad y de los socios

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo de nuestro estudio, varios son los supuestos de responsabilidad que en este apartado nos limitamos a refundir.

a) Responsabilidad de los socios por las deudas sociales. El artículo 1698 del Código Civil señala que *«los socios no quedan obligados solidariamente por las deudas de la sociedad»*. Por las deudas sociales responden los socios mancomunadamente, en proporción a su aportación[417]; y, subsidiariamente, en el sentido de

---

[414] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1942.

[415] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2824; del mismo autor, «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11596-11597.

[416] PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1696 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11594.

[417] *Vid.* la sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1990 (RJ 1990/4860) y de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997/3875); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 1.ª, de 29 de enero de 1998 (AC 1998/2916); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, 10 de mayo de 2004 (AC 2004/2317); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de

que sólo responden frente a terceros, después de haberlo intentado éstos infructuosamente contra la sociedad[418]. Los socios responden por una deuda ajena.

b) Responsabilidad de la sociedad por las deudas sociales. El patrimonio social de las sociedades externas con personalidad jurídica, no responde por las deudas personales de los socios. El artículo 1699 del Código Civil dispone que «*los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social»*; pudiéndose proceder a la disolución de la sociedad (artículo 1700.3.º), salvo previsión contractual de mantenimiento de la sociedad con exclusión del socio; o de acuerdo entre acreedor, deudor y los restantes socios de que la participación del deudor se transmita al acreedor[419].

c) Responsabilidad de la sociedad frente a los administradores. El artículo 1688 del Código Civil manifiesta que *«la sociedad responde a todo socio de las cantidades que haya desembolsado por ella y del interés correspondiente; también responde de las obligaciones que con buena fe haya contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección»*. De ser insuficiente el patrimonio social, el socio gestor se puede dirigir contra los demás consocios.

d) Responsabilidad de los socios frente a la sociedad. A la responsabilidad contractual del socio por incumplimiento de sus deberes con la sociedad se refiere el artículo 1686 del Código Civil: *«todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado»*. Culpa *in concreto* derivada de una falta de diligencia del socio en la llevanza de sus propios asuntos; y sobre la que puede operar la *compensatio lucri cum damno*[420]. Este precepto se puede aplicar también a los administradores.

---

14 de octubre de 2005 (JUR 2006/36357); y de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 14 de mayo de 2008 (JUR 2008/331102).

[418] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 11 de enero de 2001 (JUR 2001/97812).

[419] PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1699 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11612, aclara que «el artículo 1699 presenta un carácter declarativo, es decir, su función es simplemente la de recordar lo que de todos y en ausencia sería de aplicación. En este sentido, esta sería una redundancia normativa, como tantas otras del Código, como una vocación didáctica o de recordatorio de dos formas de preferencia: la primera sería la del acreedor social sobre los bienes de la sociedad; la segunda, la propia de todo embargante sobre el resto de acreedores particulares del socio».

[420] En este sentido, PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1686 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11548-11549. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2001 (RJ 2001/8673).

10. La extinción y liquidación de la sociedad

El Código Civil enumera una serie de causas por las que se puede disolver una sociedad, dando paso a su liquidación[421]. Si bien, conviene precisar que la disolución no produce la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad, pues ésta se mantiene hasta su extinción[422].

Se procede en nuestro Código a enumerar una serie de causas de extinción de forma meramente enunciativa[423], pues no se menciona, por ejemplo, el acuerdo unánime de los socios o el mutuo disenso, ni la imposibilidad de alcanzar el fin social, aunque se hacen algunas referencias al mismo en relación con otras causas, o, en fin, no se hace referencia a otras posibles que podía haberse convenido en el propio contrato social mediante el juego del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Hay algunas que operan de forma automática o *ipso iure*; otras, en cambio, facultan a los socios para determinar la disolución. Y no faltan causas subjetivas, fundadas en la voluntad de las partes; y objetivas, que dependen de circunstancias previamente determinadas o que se deben al azar. En todo caso, el pacto en el contrato social de causas disolutorias no desplaza la aplicación del artículo 1700[424].

Las causas de extinción que establece el artículo 1700 son las siguientes:

1. La expiración del plazo por el que fue constituida. Ha de tratarse de una sociedad por tiempo determinado, de forma que, llegado éste, procede su disolución de forma automática[425]. Este término se debe concretar en el propio contrato social. El efecto disolutorio sólo se produce cuando el plazo previsto en el contrato es un plazo fijo o un plazo máximo. Si se trata de un plazo mínimo, el vencimiento no afecta a la subsistencia de la sociedad, sino que posibilita su denuncia

---

[421] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 31 de enero de 2006 (RJ 2006/1451) señala en su *Fundamento de Derecho 3.º* que: «… dentro del proceso extintivo de la sociedad se han de diferenciar tres momentos principales: la disolución que consiste en la concurrencia de una causa que determina la apertura de la liquidación; la liquidación que es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivo de la sociedad; y la extinción en sentido estricto, que se produce al cierre de la liquidación con la distribución del remanente, si lo hubiera entre los socios». *Vid.,* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 14 de marzo de 2008 (JUR 2008/339963).

[422] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6368) y la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 6.ª, de 11 de junio de 2004 (JUR 2006/83283).

[423] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 10 ed., *op. cit.,* p. 249; GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 493. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 14 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6368).

[424] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1946; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1491.

[425] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 1993 (RJ 1993/1240).

ad nutum[426]. Ahora bien, llegado el término fijado, la sociedad entra directamente en liquidación, sin necesidad de acto o declaración alguna.

Cabe, no obstante, que los socios de forma unánime acuerden una prórroga, pues de ningún modo se puede obligar a un socio a aceptar contra su voluntad una modificación del contrato social inicialmente convenido. Este consentimiento puede prestarse de forma expresa o tácita, o por medios concluyentes, y se puede justificar y probar por los medios ordinarios de prueba; lo que significa que rigen las reglas generales de prueba (artículo 1702). Esta prórroga ha de convenirse antes de la extinción de la sociedad por la llegada del término. Si el acuerdo de prórroga se adopta después de expirado el término, según el artículo 1703, se entiende que se constituye una nueva sociedad, distinta de la primitiva.

El Código de Comercio, a diferencia del Código Civil, exige para la prórroga de las sociedades un nuevo contrato, sujeto a las mismas formalidades que el originario (artículo 223).

Los efectos de la prórroga consisten en mantener la sociedad por el tiempo pactado en el contrato; o en el momento de prorrogar, si nada se hubiera previsto en el mismo, la prórroga será por tiempo indefinido, por lo que cualquier socio puede denunciarla en cualquier momento (*«ad nutum»,* artículo 1705)[427]. La prórroga es oponible a terceros en los términos del artículo 1669.3[428].

Con todo, la norma del artículo 1702 es dispositiva; cabe pactar en el contrato la atribución a los administradores de la facultad de decidir sobre la prórroga de la sociedad. Si bien, como señala MARÍN LÓPEZ, para que semejante pacto sea válido han de concurrir dos exigencias: «en primer lugar, que el pacto sea explícito en ese sentido; y, en segundo lugar, que la cláusula habilitante fije los límites temporales a los administradores; de manera que éstos no puedan prorrogar la sociedad por un plazo que los socios no hubieran estado dispuestos a pactar en el momento de la constitución»[429].

2. La conclusión del negocio que constituye el objeto de la sociedad. Es normal que el cumplimiento o la obtención del fin para el que la sociedad fue creada determine su extinción, pues la duración del negocio para el que se constituyó equivale a un plazo temporal tácito[430]. Relacionado con esta causa de extinción,

---

[426] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1492.

[427] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1987 (RJ 1987/4830).

[428] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1702 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1950.

[429] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1702 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1950.

[430] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1990 (RJ 1990/7589); de 28 de febrero de 1992 (RJ 1992/1403); y de la misma Sala, sección 1.ª, de 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8453); la sentencia del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo

está el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la obtención del fin social, que también ha de ser considerado un caso de extinción objetivo de la sociedad[431]. Esta causa de disolución no opera automáticamente.

3. La pérdida de la cosa. Se refiere a ella el artículo 1700.2, junto a la causa anterior y se concreta en el artículo 1701.

La pérdida puede ser total y comprender, por tanto, todo el fondo común de la aportación. Lo que supone la pérdida del objeto de la sociedad.

Puede ser parcial, alcanzando a alguno de los bienes o derechos que componen el patrimonio social; hay que distinguir varios supuestos:

A) Cuando se trata de una cosa específica que un socio había prometido aportar a la sociedad perece antes de su entrega, su pérdida produce la disolución de la sociedad, siempre que su aportación sea sustancial para alcanzar el objeto del contrato de sociedad; de forma que sin ella se hace imposible el cumplimiento del contrato. Interpretarlo de otra forma implicaría que cualquier pérdida de una cosa por un socio obligaría a la disolución de la sociedad, cuando la misma no es determinante para la consolidación del proyecto social y, por tanto, para el desenvolvimiento ordinario de la propia sociedad. De no ser específica la cosa, su pérdida no extinguirá la sociedad, pues el socio puede entregar otra cosa de la misma especie y calidad.

B) También se disuelve la sociedad cuando se hubiera transferido a la sociedad tan sólo el uso o el goce de la cosa aportada; y tal uso o goce sean determinantes para la marcha de la sociedad; de forma que su falta impide que ésta pueda cumplir su fin social. No se disuelve la sociedad, en cambio, cuando la pérdida tiene lugar después de haber adquirido la sociedad en propiedad la cosa. Ahora bien, si el patrimonio social no desaparece del todo y la parte restante no es bastante para conseguir el fin social, estamos, como señala MARÍN LÓPEZ, «ante un "justo motivo" a los efectos del artículo 1707, no ante una causa de disolución incardinable en el artículo 1700.2»[432].

4. La muerte de alguno de los socios. Como consecuencia del carácter personal (*intuitu personae*), consustancial a la sociedad, la desaparición de cualquiera

---

Civil y Penal, de 3 de mayo de 1995 (RJ 1995/4329); y las sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.ª, de 7 de febrero de 2000 (JUR 2001/142910) por imposibilidad de realizar el objeto social; y de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 10 de noviembre de 2005 (JUR 2006/36400), imposibilidad de realizar el fin social por parte de los integrantes de la sociedad.

[431] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, de 7 de febrero de 2000 (JUR 2001/142910).

[432] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1947.

de ellos supone una modificación de la base subjetiva y puede determinar su extinción[433].

Los herederos devienen socios en la sociedad en liquidación; y como tales pueden intervenir en las operaciones de liquidación y partición del haber social; si son varios los herederos constituyen una comunidad hereditaria que ha de actuar frente a la sociedad conjuntamente sobre la base del criterio mayoritario (artículo 398 del Código Civil).

Los herederos están legitimados activamente para solicitar la declaración judicial de disolución; y, asimismo, lo están pasivamente para ser demandados por cualquiera de los consocios supérstites[434].

Esta regla general de extinción de la sociedad tiene una serie de excepciones: 1. Si la sociedad se ha constituido en forma mercantil podrá subsistir con arreglo a lo establecido en la normativa mercantil; 2. Que se haya pactado que, en el caso de fallecer uno de los socios, la sociedad continúe con los que sobrevivan[435]; y 3. El que se haya convenido que la sociedad continúe con el socio fallecido, en cuyo caso será respetado el pacto de continuidad con los herederos del socio fallecido. Supone la transmisión de la cuota *mortis causa*, como parte integrante del acervo hereditario, sin necesidad de contar con el consentimiento de todos los demás socios para hacerla operativa (artículo 1696). Ello, sin perjuicio del derecho de dicho causahabiente de ejercitar su derecho de separación a través de la correspondiente renuncia parcial del contrato, obteniendo así la liquidación del derecho de participación social heredado[436].

A la muerte de los socios, se equipara la declaración de fallecimiento; y, por consiguiente, se producirá la disolución de la sociedad. En caso de ausencia legal no tendrá lugar tal extinción, correspondiendo a los representantes legales del ausente ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato social. Esto no impide que cualquiera de los socios pueda pedir la disolución sobre la base de una alteración sobrevenida de las circunstancias o de la base subjetiva del negocio[437].

---

[433] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 31 de marzo de 2000 (AC 2000/4898).

[434] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1947.

[435] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 1995 (RJ 1995/6777); y de 4 de julio de 2006 (RJ 2006/3988).

[436] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2830, también contempla como un supuesto más el que «sean los socios sobrevivientes quienes decidan si la sociedad continúa entre ellos solos o si es conveniente al interés social que entre en la sociedad el causahabiente del fallecido; o bien prever que la sociedad continuará en todo caso entre los sobrevivientes y que los causahabientes del socio fallecido tendrán en todo caso derecho a ingresar en la sociedad en el puesto de su causante».

[437] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 10 ed., *op. cit.,* p. 251.

No se equipara, en cambio, a la declaración de fallecimiento la disolución de una persona jurídica que es miembro de la sociedad, puesto que la persona jurídica puede permanecer, como sociedad en liquidación, dentro de la sociedad. Solamente la extinción plena de la persona jurídica es comparable a la muerte natural de una persona física[438].

En el caso de haberse pactado la continuación de la sociedad entre los sobrevivientes, la liquidación habrá de practicarse con el heredero tomando como referencia el día de la muerte del causante; y no el día de la liquidación o el de presentación de la demanda[439]. El pago de la liquidación que ha de hacerse al heredero ha de ser en metálico; y, a falta de pacto, se sostiene el pago de bienes *«in natura»* o en especie[440]; y habrá de practicarse atendiendo al valor real del patrimonio social; y, por tanto, habrá de computarse los activos inmateriales, las reservas ocultas, etc.[441]. El pago habrá de hacerse en un plazo razonable u optarse por un pago parcial a lo largo de un determinado período[442].

El heredero ha de responder de las deudas sociales contraídas antes del fallecimiento del causante y de las posteriores que sean consecuencia necesaria de actos anteriores a ese momento. En todo caso, la extensión de su responsabilidad depende de si ha aceptado la herencia pura o simplemente o a beneficio de inventario[443].

Es, asimismo, válido y posible el pacto de continuación de la sociedad entre los socios supervivientes y el heredero o herederos del socio fallecido[444]. Son también válidas, como se indica, las cláusulas de continuación de la sociedad entre los sobrevivientes con opción de los herederos para ingresar en ella[445].

5. La insolvencia de uno de los socios. Se menciona la insolvencia, sin que sea necesaria la declaración de concurso. Será, por tanto, suficiente la simple

---

[438] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1493.

[439] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2008 (RJ 2008/4347).

[440] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1704 del Código Civil», *op. cit.,* p. 654; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1704 del Código Civil», op. cit., p. 1501.

[441] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1704 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 656-657; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1704 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1951-1952, señala, asimismo, que «son admisibles las cláusulas que imponen tomar en consideración otro valor distinto del real (valor contable, valor alzado, valor del último balance, etc.); estas cláusulas consentidas por el socio vinculan a sus causahabientes (artículo 1257). Respecto a las cláusulas tontinas, aquellas en las que se dispone que al fallecimiento de un socio su parte acrecerá a sus consocios, continuando la sociedad, sin que los herederos del fallecido tengan derecho a liquidación alguna, constituye un supuesto de donación *«mortis causa»* sometida al artículo 620».

[442] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1704 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 657-658.

[443] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1704 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1952.

[444] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 1986.

[445] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1704 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1952.

situación de incapacidad patrimonial del socio para el pago de sus obligaciones. No opera de forma automática, sino que posibilita que los demás socios puedan reclamar la disolución. Se hace una remisión al artículo 1699 cuando se alude a esta causa. Recordemos que este precepto permite a los acreedores particulares de cualquiera de los socios que puedan pedir el embargo y el remate de la parte que a éste corresponde en el fondo social; sin que para ello se exija previamente al acreedor justificación de haber perseguido todo el restante patrimonio del socio deudor[446].

6. La incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios. Se puede prever en el propio contrato social que estas circunstancias solo den lugar a una disolución parcial relativa a ese concreto socio.

7. La denuncia (renuncia o desistimiento) de cualquiera de los socios, con sujeción a las disposiciones de los artículos 1705 y 1707 del Código Civil. Estamos ante la denuncia como causa de disolución de la sociedad, que en la *praxis* jurisprudencial reciben también el nombre de «renuncia» o «desistimiento»[447]. Ambos preceptos regulan la denuncia ordinaria que puede ejercitarse libremente (*«ad nutum»*). Se trata denuncia de un derecho potestativo cancelatorio que, como precisa MARÍN LÓPEZ, corresponde a todos los socios[448]. Se configura como declaración de voluntad unilateral ejercitable *ad nutum* en aquellos casos ya señalados, en los que no se haya previsto expresa o implícitamente un término de duración para la sociedad[449]. Tiene naturaleza imperativa, no pudiendo ser eliminado por vía contractual[450]. La denuncia ordinaria ha de ser hecha de buena fe y en tiempo

---

[446] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* pp. 2830-2831, señala que «esta causa de disolución puede ser recortada convencionalmente en el sentido de prever la exclusión de la sociedad del socio insolvente de tal forma que la sociedad, acaso perfectamente solvente *per se*, y por los socios que continúan, pueda seguir actuando. Todo ello sin perjuicio del derecho de los acreedores de comunicar de forma condicional sus créditos en el concurso del socio que ha resultado fallido»; del mismo autor, «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11621.

[447] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2052); de 9 de octubre de 1990 (RJ 1990/7589); de 11 de junio de 1991 (RJ 1991/4443); de 31 de mayo de 1993 (RJ 1993/4059); de 16 de junio de 1995 (RJ 1995/5298) y de 29 de julio de 1995 (RJ 1995/5920).

[448] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1705 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1953; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1705 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1507.

[449] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2831, quien, asimismo, añade que «habrá que valorar caso por caso lo prolongado de la vinculación y su intensidad para valorar la procedibilidad del derecho de denuncia libre del socio. No obstante, aun en defecto de pacto en contra, si el resto de los socios manifiesta su deseo de continuar en la sociedad, esa denuncia debería reducirse a ser una denuncia parcial o ejercicio de un derecho de separación, so pena de considerar su ejercicio como abusivo»; del mismo autor, «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11622.

[450] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1995 (RJ 1995/5920) señala en su *Fundamento de Derecho 3.º* que: «La norma del artículo 1706 del Código Civil no contempla los daños posibles derivados de no poder obtener un socio los beneficios esperados y que el posible daño consiguiente a una súbita decisión de renuncia ha sido cubierto con el preaviso que

oportuno y ponerse en conocimiento de los demás socios[451]. Por *buena fe* en el ejercicio de la facultad de poner término al contrato de sociedad, el artículo 1706 lo hace de forma negativa y así considerar que «es mala fe renunciar cuando el que la hace se propone apropiarse para él solo el beneficio que debía ser común»[452], añadiendo que en este caso el renunciante no se libra de sus consocios y éstos tienen la facultad de excluirlo de la sociedad[453]. Por tiempo inoportuno, igualmente, el apartado 2 del artículo 1706 señala que «se entiende por tiempo inoportuno, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución; continuando la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes». De todas formas, aunque la norma no lo especifique, resulta necesario un plazo de preaviso[454].

La denuncia hecha de mala fe no produce efectos, «el renunciante no se libra para con sus socios» (artículo 1706.1). La sociedad continúa con el socio renunciante. El denunciante de mala fe puede ser excluido por los consocios, que se decidirá por mayoría, sin contar con el denunciante (artículo 1706.1 *in fine*)[455].

---

en la sentencia se declara existente a la vista de los tratos previos entre las partes, reuniones y consultas».

[451] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 252; GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El contrato de sociedad», *op. cit.,* p. 496. *Vid.* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1973; de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9302) y de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2052); las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 16 de enero de 1995 (AC 1995/384); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 15 de diciembre de 2001 (AC 2002/332) y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, de 22 de diciembre de 2016 (JUR 2017/25772).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1995 (RJ 1995/5920) señala en su *Fundamento de Derecho 3.º* que: «…la norma del artículo 1706 del Código Civil no contempla los daños posibles derivados de no poder obtener un socio los beneficios esperados, y que el posible daño consiguiente a una súbita decisión de renuncia ha sido cubierto aquí, con el preaviso que en la sentencia declara existente a la vista de los tratos previos entre las partes».

[452] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1993 (RJ 1993/4059) señala en su *Fundamento de Derecho 5.º* «… que dicha definición no puede entenderse con carácter exhaustivo, sino meramente enunciativo o especificativo, que permite contemplar en cada caso concreto otros supuestos denotadores de mala fe, análogos al definido enunciativamente en el citado precepto». *Vid.* asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 1.ª, de 26 de junio de 2000 (AC 2000/1417).

[453] La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 27 de diciembre de 1999 (AC 1999/2272), señala la ausencia de mala fe en los demandados, pues la causa de disolución por decisión de los socios mayoritarios es por la falta de liquidez e inviabilidad económica del negocio que desarrollan.

[454] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* 10 ed., *op. cit.,* p. 252.

[455] No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de junio de 1995 (RJ 1995/5298) señala que «… no siendo exigido por el artículo 1700 como requisito "*sine qua non*" de la extinción de la sociedad que concurra buena fe, no puede dejarse de aplicar dicha causa de extinción so pretexto de la mala fe, que se refiere el artículo 1706, que como se anticipó si es generadora de la obligación de indemnizar daños y perjuicios que se hayan producido a los consocios aunque sobre éstos no se ha formulado petición».

Ha de ser tempestiva, en tiempo oportuno, como hemos señalado[456]. La consecuencia de la denuncia intempestiva es que la sociedad continuará hasta la terminación de los negocios pendientes[457]; y, recepticia, esto es, que sea comunicada y conocida por el resto de los socios.

Ahora bien, en la medida que la denuncia requiere para que sea efectiva la concurrencia de los requisitos manifestados, cualquiera de los consocios, una vez que le sea comunicada, puede oponerse a su eficacia, si considera que esos requisitos no están presentes[458]. Lo que obliga al juez a decidir si la denuncia ha sido o no correctamente ejercida[459]. El derecho de denuncia puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente[460], incluso mediante reconvención, si los consocios reconvenidos son los únicos que, junto con el consocio reconviniente, conforma la sociedad[461].

El legislador, como así hemos manifestado, sustenta este supuesto de extinción en una duración indefinida de la sociedad; pero si ésta ha sido constituida por tiempo determinado, expresamente establecido en el contrato, o deducido de la naturaleza del negocio, el socio no puede reclamar la disolución de la sociedad por su simple voluntad, salvo si ha intervenido un «justo motivo»[462]. Es «justo motivo» el faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales u otras circunstancias semejantes a juicio de los tribunales (artículo 1707)[463]. De otro lado, es posible una denuncia extraordinaria,

---

[456] La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 2.ª, de 20 de junio de 2003 (JUR 2003/248102) señala en su *Fundamento de Derecho 4.º* que: «Que se reputa en tiempo inoportuno la renuncia cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. Se trata de un concepto jurídico indeterminado para su precisión que debemos tener en cuenta que no basta con que la renuncia sea meramente inconveniente, es decir, la apreciación de la inoportunidad de la renuncia debe hacerse analizando objetivamente las circunstancias y consecuencias de la ruptura de las relaciones sociales, ya que es de presumir que toda denuncia producirá siempre unos perjuicios, pero para que pueda calificarse de inoportuna y no prospere (al menos inmediatamente) los perjuicios que cause a los otros socios han de tener una entidad tal, que de no ser disuelta en ningún caso, se producirá con esa magnitud».

[457] CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario a los artículos 1705 y 1706 del Código Civil», *op. cit.,* p. 676.

[458] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 15 de diciembre de 2001 (AC 2002/332).

[459] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1970.

[460] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 1964.

[461] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de junio de 2001 (RJ 2001/6663).

[462] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* pp. 252-253. *Vid.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1991 (RJ 1991/4443) señala que «en relación con el «justo motivo», su apreciación en su proyección con el incumplimiento de las obligaciones sociales, corresponde a la facultad privativa del tribunal de instancia».

[463] Para DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 253, «en el artículo 1707 se recogen, particularizándolas al caso de la sociedad, dos típicas

caracterizada por la necesidad de un «justo motivo». Se entiende, en este caso, por «justo motivo» «aquellas circunstancias sobrevenidas en la vida de la sociedad que hacen que la continuación de ésta hasta el término previsto (o hasta el momento en que resulte posible la denuncia ordinaria) no pueda ser exigida al socio»[464]. Constituye, asimismo, justo motivo «el incumplimiento por parte de uno de los consocios de las obligaciones sociales»; o «el hecho de inhabilitarse un socio para los negocios sociales»[465]; o cualesquiera otras circunstancias que conduzcan de hecho a la imposibilidad de que el socio conduzca los negocios sociales[466]. Esta denuncia es imperativa, no pudiéndose, por tanto, ser eliminada por la vía contractual. El efecto de esta denuncia lo constituye la disolución total de la sociedad. Es válido el pacto que reduce los efectos de esta denuncia a la disolución simplemente parcial[467].

De todas formas, aunque no se contempla como tal causa en el Código Civil, es posible que todos los socios acuerden la disolución de la sociedad, para lo que se requerirá acuerdo unánime[468]. Igualmente puede extinguirse la sociedad si desaparecen una pluralidad de socios, causa que tampoco está contemplada en el artículo 1700.

Fuera del artículo 1700 se contemplan en la regulación del Código Civil otras causas de extinción de la sociedad. Así, la pérdida de la aportación prometida y, por tanto, aún no entregada en aportación *quoad dominium*; o en aportación *quod usum*, cuando la aportación prometida suponga la entrega de una cosa específica.

---

formas de resolución de las obligaciones: la resolución por incumplimiento (faltar uno de sus compañeros a sus obligaciones); y la resolución por modificación sobrevenida de la base del negocio (inhabilitación para los negocios sociales u otros hechos semejantes)».

[464] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1707 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1513.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21, de 28 de abril de 1997 (AC 1997/1674) entiende como justo motivo la imposibilidad sobrevenida de uno de los socios para atender a sus obligaciones, no imputables al mismo.

[465] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1707 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 1956.

Por su parte, PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* pp. 2830 y 2833 señala, asimismo, como justo motivo la pérdida fortuita de la cosa prometida de acuerdo con el artículo 1701 del Código Civil, reduciendo el tenor literal excesivo de esa norma, que en principio aboga por la disolución plena y automática de la sociedad, dejando al arbitrio del resto de socios la conveniencia de continuar adelante con el proyecto societario en defecto de la concreta aportación prometida y de imposible entrega, lo que lógicamente excluye a ese socio de cualquier derecho a cuota de liquidación alguna» y la declaración de ausencia; del mismo autor, «Comentario al artículo 1707 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 11654-11655.

[466] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.ª, de 29 de noviembre de 2004 (JUR 2005/5805), uno de los socios comete un delito de falsificación de la firma de otro.

[467] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1707 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1956.

[468] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1990 (RJ 1990/7589) y de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5575) y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25, de 11 de noviembre de 2000 (JUR 2001/72235), acuerdo verbal tomado al tiempo de jubilación de uno de los socios y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 24 de julio de 2003 (JUR 2004/86465).

La pérdida a la que se refiere el artículo 1701 no es la fortuita, sino la acaecida por cualquier causa[469].

Esta causa de disolución opera automáticamente, aunque su declaración debe ser instada por los socios. De todas formas, si la pérdida es *«quoad dominum»,* la pérdida es causa de disolución si tiene lugar antes de la entrega (artículo 1701.I); de producirse después de la entrega, no disuelve la sociedad (artículo 1701.3); si, en cambio, la aportación es *«quoad usum»,* la pérdida será causa de disolución tanto si tiene lugar antes como después de la entrega (artículo 1701.2)[470]. Igualmente, el mutuo disenso puede ser otra causa de extinción del contrato de sociedad y deberá realizarse en la forma elegida en la gestión del contrato de sociedad que exige la unanimidad como regla general, sin perjuicio de la posibilidad de pactar un régimen de mayorías[471]; y en alguna resolución se señala, asimismo, el incumplimiento del contrato social como causa de extinción[472].

Una vez disuelta la sociedad hay que proceder a su liquidación como tal patrimonio colectivo. Se mantiene subsistente la personalidad jurídica de la sociedad hasta la finalización completa de la liquidación de la sociedad[473]. Las operaciones de liquidación habrán de hacerse con arreglo a lo dispuesto en el contrato social o, a falta de tal mención, a lo convenido por las partes en los acuerdos sociales sobre liquidación y partición[474]. Corresponde realizarlas a los liquidadores sociales, salvo que se haya previsto otra cosa. Son liquidadores los que hasta el momento de disolución eran administradores. Si los socios no quieren que éstos liquiden, ni desean ocuparse ellos de la liquidación[475], ni les parece oportuna la intervención judicial, pueden nombrar uno o varios liquidadores extraños a la sociedad[476]. De convenirse estas opciones, podrá intervenir la autoridad judi-

---

[469] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1701 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1949. En contra, PAZ-ARES C.: «Comentario al artículo 1701 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1496; CAPILLA RONCERO FCO., «Comentario al artículo 1701 del Código Civil», *op. cit.,* p. 620.

[470] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1701 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1949; CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1701 del Código Civil», *op. cit.,* pp. 624-625.

[471] PERDICES HUETOS, A.: «Contratos asociativos», *op. cit.,* p. 2833; del mismo autor, «Comentario al artículo 1700 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11622.

Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 1988 (RJ 1988/3279); y, de la misma Sala, sección 1.ª, de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5575).

[472] *Vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, de 9 de febrero de 2005 (JUR 2005/85528) y de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 15 de noviembre de 2006.

[473] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 1989 (RJ 1989/5768).

[474] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 10 ed., *op. cit.,* p. 253.

[475] Si se ocupan todos los socios de la liquidación, si no se entienden, pueden solicitar la partición judicial (artículo 1059 del Código Civil).

[476] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1518, quien añade que nada obsta para que se encomiende a un tercero la designación de liquidador; PERDICES HUETOS, A.B.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11659.

cial. Aquellas operaciones liquidatorias consistirán en la determinación y liquidación del activo y del pasivo[477], para luego proceder al pago de las deudas con la realización del activo y el reparto del remanente. No obstante, resulta requisito esencial para la determinación del haber partible la rendición de cuentas final[478]. Supone la puesta en conocimiento de los socios de los movimientos patrimoniales habidos en la sociedad. El avalúo se realizará atendiendo a los valores reales de los bienes sociales[479]. La rendición se acompañará normalmente de una propuesta de reparto entre los socios[480].

La liquidación del activo supone hacer efectivos los derechos de la sociedad contra terceros. Consiste, fundamentalmente, en cobrar deudas pendientes líquidas, vencidas y exigibles; y la enajenación del inmovilizado material (edificios, material de oficina, u otros objetos que formaban parte del haber de la sociedad)[481]. Las deudas no exigibles quedarán sin liquidar y serán objeto de distribución en especie. La liquidación del pasivo supone la satisfacción de las deudas exigibles y vencidas de la sociedad y de afianzar el cumplimiento de las inexigibles[482]. El pasivo social a tener en cuenta será el existente al tiempo de la disolución, no cabe extenderlo a las deudas contraídas con posterioridad por uno de los socios que continúe por sí solo y de forma irregular el negocio[483]. Satisfecho el pasivo, se procederá a la división del remate y su adjudicación como definitivo haber o fondo social. El remate podrá ser en dinero o en especie (*in natura*). El reparto *in natura* se hará mediante la formación de lotes, en cuya composición cualitativa habrá de atenderse al principio de igualdad. No tienen derecho los socios a la recuperación *in natura* de la aportación que hubiesen realizado[484].

---

[477] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (RJ 1994/5327); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.ª, de 17 de febrero de 2000 (JUR 2000/219317).

[478] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8122) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.ª, de 28 de julio de 2000 (AC 2000/4759).

[479] *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 28 de enero de 2009 (JUR 2009/252064).

[480] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 1975; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de diciembre de 1995 (RJ 1996/9670) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 24 de febrero de 1998 (JUR 1998/98058).

[481] PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11660. *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11, de 22 de marzo de 2004 (AC 2004/2332) se computa a los efectos de liquidar el activo de la Sociedad tanto las cantidades ingresadas en la misma hasta la fecha de extinción por los contratos que se tenían con las mutuas médicas, como el material médico común y demás objetos adquiridos o disfrutados por la Sociedad.

[482] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1519; PERDICES HUETOS, A. B.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 11660.

[483] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1994 (RJ 1994/1742).

[484] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1519.

En este contexto hay que señalar que la distribución de los resultados —ganancias o pérdidas— ha de hacerse conforme a lo pactado (artículo 1689); o de acuerdo con las reglas legales (artículo 1687); y la distribución del capital habrá de hacerse de forma proporcional al valor de las aportaciones que se realizaron en su momento por los socios[485].

Ahora bien, de ser socio de industria no se le pueden entregar ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, conforme a lo dispuesto en el artículo 1689, si no se ha pactado expresamente otra cosa. Por tanto, participará en el excedente como tal beneficio social, una vez pagados los demás socios.

En lo no previsto en sede de sociedad civil, por la remisión del artículo 1708 serán aplicables las reglas de la partición hereditaria[486].

El procedimiento liquidatorio termina con la extinción final de la sociedad. Si bien, ésta solo se puede reputar verdaderamente producida si efectivamente se ha liquidado todo el pasivo y, por tanto, se ha logrado la desafectación del patrimonio social[487]. Si, posteriormente, aparecen deudas que no fueron saldadas entiende la doctrina que la sociedad ha de considerarse subsistente; y, por tanto, la liquidación reabrirse, siendo la responsabilidad de los socios solidaria respecto a tales deudas sociales[488]. Si, lo que aparece posteriormente son elementos del activo, esto es, créditos, la extinción de la sociedad no les afectará tampoco, quedando sujetos los bienes o el dinero al régimen de comunidad ordinaria[489].

---

[485] MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1959; PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1519, señala que los problemas fundamentales que se suscitan en este punto son dos: «el primero consiste en determinar qué aportaciones se imputan al capital; el segundo, cómo han de valorarse las aportaciones imputadas a capital». *Vid.,* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de enero de 1983 (RJ 1983/798); de 20 de marzo de 1984 (RJ 1984/1250); 20 de mayo de 1988 (RJ 1988/4321) y de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9475) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13, de 19 de septiembre de 2007 (AC 2007/1882).

[486] *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1991 (RJ 1991/1197), alude al carácter subsidiario de las normas de la partición de herencias; de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8122); y de 31 de julio de 1997 (RJ 1997/5619) en el mismo sentido.

[487] La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 25 de marzo de 2003 (JUR 2003/188087) señala que los socios no pueden reclamar sus aportaciones hasta que, concluido cada negocio concreto, se haga el correspondiente balance de pérdidas o ganancias y se determine el saldo, positivo o negativo.

[488] *Vid.* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal de 14 de noviembre de 2001 (RJ 2002/1451).

[489] PAZ-ARES, C.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1523; CAPILLA RONCERO, Fco.: «Comentario al artículo 1708 del Código Civil», *op. cit.,* p. 702.

IV. LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

1. Concepto y caracteres

VICENT CHULIÁ define el contrato de cuentas de participación como «un contrato de colaboración entre dos sujetos (*siempre es bilateral*), en virtud del cual uno de ellos («*cuentapartícipe*») aporta bienes en propiedad, dinero o derechos (incluido el de uso de bienes) a otro («*gestor*»), obligándose éste a aplicar dicha aportación a una determinada operación u operaciones o a una determinada actividad empresarial o profesional, que desarrollará independientemente y en nombre propio y a informar, rendir cuentas y dar participación al cuentapartícipe en las ganancias y pérdidas que resulten»[490].

Por su parte, BROSETA PONT establece que las cuentas en participación «constituyen una fórmula asociativa y de colaboración económica, por la que uno o varios sujetos aportan capital o bienes a otro, para participar en los resultados prósperos o adversos de un acto o actividad que éste desarrolla enteramente en su nombre y aparentemente por su única cuenta»[491]. Asimismo, MILLÁN GARRIDO señala que «se trata de un contrato de cooperación económica o colaboración empresarial, del que derivan obligaciones para ambas partes y, especialmente, para el aportante, la participación en pérdidas y beneficios»[492].

En esta línea, para SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, este contrato de cuentas en participación se caracteriza «por la colaboración patrimonial que una persona ofrece a un empresario con la finalidad común de participar en los resultados de sus negocios —prósperos o adversos»[493].

Sobre tales bases, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2014, establece al respecto que se trata de «una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno

---

[490] VICENT CHULIÁ, Fco.: *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. II, 23 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1616.

[491] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, vigésima edición, Tecnos, Madrid, 2013, p. 330.

[492] MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *Lecciones de Derecho Mercantil*, coordinadores Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y Alberto DÍAZ MORENO, decimoctava edición, Tecnos, Madrid, 2015, p. 217.

[493] SÁNCHEZ CALERO, F.: y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, 36 ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2013, p. 373.

Por su parte, COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *Diccionario de Derecho de Sociedades,* directora Carmen Alonso Ledesma, Iustel, Madrid 2006, p. 413, define cuentas de participación como «un contrato por el que una o varias empresas (partícipes) se interesan en las operaciones empresariales de otra (gestor)».

(partícipe) en el negocio o empresa de otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o el fracaso del último»[494].

El contrato de participación en los beneficios o la cuenta en participación está regulado en nuestro Derecho en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio, dentro del Título II de su Libro II bajo la rúbrica «De las cuentas en participación». El primero de los preceptos citados dispone que *«podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la porción que determine»*.

Procede de la antigua *commenda* medieval, en la que también tiene su origen la sociedad comanditaria. En todo caso, coincide con aquella en cuanto representa una fórmula de cooperación o colaboración; si bien, se diferencian las cuentas de participación de la *commenda* en que en aquellas el contrato y la relación contractual que de ella se derivaba se mantenían y se mantienen en secreto[495].

En todo caso, como precisa BROSETA PONT, las cuentas en participación «poseen una gran utilidad entre los comerciantes que desean o necesitan colaborar en la realización de una actividad de gran valor sin exteriorizar su unión o colaboración; o para que un particular pueda realizar una inversión de rentabilidad superior a la normal. Aportándola a un empresario mercantil; o para especular en Bolsa; o para mantener oculta la participación en el comercio, en la industria, en los servicios o en la especulación de personas o entidades que no quieren o no pueden o no deben aparecer externamente en estas actividades; o como instrumento para la concentración de empresas»; y añade que es «un contrato de gran utilidad y frecuentemente utilizado por tres razones fundamentales: porque permite mantener oculta la participación de una o varias personas; porque permite su participación en los beneficios que de ellas se obtengan; y, además, porque no requiere formalidad alguna para su estipulación»[496]. Asimismo, se destaca que las cuentas de participación pueden servir de instrumento para la financiación de operaciones

---

[494] RJ 2014/3042. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10393) señala como característica de esta modalidad «aquel convenio que se apoya en la existencia real de un propietario-gestor que recibe aportaciones de capital ajeno y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interese dicho tercero, los que no tienen intervención alguna en el mismo, salvo las derivadas del lucro que pretenden obtener con la contribución del capital que efectúan. En todo caso, se precisa la no concurrencia de un patrimonio común independiente del privativo del titular y de los interesados».

[495] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 330.

[496] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* pp. 330-331. Asimismo, en esta línea, VICENT CHULIÁ, Fco.: *Introducción al Derecho Mercantil, op. cit.,* p. 1618, indica que «el contrato de cuentas en participación es *aplicable a múltiples fines prácticos* y dada la plasticidad de su regulación —dentro de los límites «conceptuales» antes expuestos— *se presta a ser objeto de ingeniería contractual*». Si bien, añade al respecto que «debe

o actividades ajenas, con la asunción del riesgo empresarial respecto a lo que representan los resultados y sin que con ello se altere el poder de gestión del que financia respecto de las operaciones objeto de contrato, salvo pacto en contrario. Y, además, se considera que puede constituir un instrumento jurídico apto para facilitar la continuación de la empresa familiar en caso de sucesión hereditaria —transmisión *mortis causa*— y, por ende, para su eventual financiación[497].

Se señalan por la doctrina como notas básicas de estas cuentas en participación[498]:

1. Carece de todo tipo de personificación. No crean una persona jurídica, un ente con personalidad jurídica, ni se forma un fondo común de bienes, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de sociedad civil, las cuentas partícipes sólo interesan en un negocio ajeno, en la proporción que se convenga y continúan perteneciendo al gestor que hace suyas las aportaciones de aquél para dedicarlas al negocio en que los cuentacorrentistas se han interesado y que éstos no tienen intervención en las operaciones de la empresa, no estando sujeto este contrato a formalidad alguna en su constitución o nacimiento (artículo 240 del Código de Comercio), y cuya liquidación, llegado el término de las operaciones, se hará por el gestor, que debe rendir cuentas justificadas de sus resultados a los cuentacorrentistas, conforme establece el artículo 243 del Código de Comercio. El partícipe, por tanto, no tiene acceso al gobierno de la empresa; y, además, el contrato de participación que determina la participación en los beneficios no supone, en cambio, participación alguna en el capital ni en las pérdidas[499].

2. La colaboración entre el gestor y el partícipe no trasciende al exterior como fenómeno asociativo; se trata de una asociación que permanece oculta.

3. En las cuentas de participación no hay patrimonio común o separado, ya que la aportación del partícipe se integra en el patrimonio del gestor.

4. Existe una amplia libertad de pactos en la relación interna de los contratantes. El artículo 240 del Código de Comercio alude a la libertad de forma del contrato.

---

advertirse que si no se regula contractualmente con gran reflexión también puede ser fuente de oscuridad y conflictos e instrumento a veces de injustas desigualdades entre las partes».

[497] COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 413.

[498] SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 374; MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *op. cit.,* p. 217.

[499] *Vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 22 de octubre de 1998; y de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 4 de mayo de 2007.

5. Se trata de un contrato mercantil, si ambas partes son comerciantes; y civil en caso contrario. Asimismo, es un contrato típico, consensual —en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento—; y bilateral —pues genera obligaciones para ambas partes.

6. La participación se puede referir a toda la actividad mercantil del empresario o comerciante o a una parte de ella.

7. No hay una organización colectiva que se manifieste a terceros.

2. Naturaleza jurídica

La mayoría de la doctrina, con la que coincidimos, se inclina por considerar que las cuentas en participación son un contrato de colaboración o cooperación económica, pero no una figura societaria o asociativa en base a los siguientes argumentos: 1. La cuentas de participación no hacen nacer un patrimonio común entre gestor y partícipe, pues las aportaciones ingresan en el patrimonio del gestor que adquiere su titularidad; 2. Carecen de personalidad jurídica. Por tanto, no son una sociedad civil o mercantil, ni tampoco una especie de sociedad irregular que permanece oculta a terceros; ni un contrato de naturaleza asociativa[500]. Si bien, no faltan autores, como COLINO MEDIAVILLA, que señalan que las cuentas en participación son el tipo legal de sociedad interna para el ámbito mercantil. Por lo que resultan de aplicación las normas de la sociedad interna civil. No obstante, al ser escasas las normas sobre la sociedad interna civil previstas en el Código Civil resulta obligado integrar el régimen de ésta mediante la aplicación de las normas de las sociedades colectivas y comanditarias y solo cuando éstas no se compagi-

---

[500] *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 333; VICENT CHULIÁ, Fco.: *Introducción al Derecho Mercantil, op. cit.,* p. 1617, que señala al respecto que resulta «errónea y muy peligrosa para la adecuada solución de los frecuentes problemas prácticos que se plantean en el cumplimiento y liquidación del contrato de cuentas en participación, su calificación como «sociedad interna»»; y añade que «el contrato de cuentas en participación ha constituido siempre un instrumento de obtención de "fondos o recursos propios", sin ceder el control de la gestión ni modificar la estructura financiera de la propia empresa, al no contraer una deuda por el importe del precio, no destinar fondos para su pago» y concluye que «en este aspecto es similar a la aportación a un contrato de sociedad». No obstante, en otro apartado de la obra manifiesta que «este contrato también puede ser considerado como un contrato de financiación en sentido amplio» (p. 1616). *Vid.,* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 7 de julio de 1999 (AC 1999/7037); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25, de 7 de mayo de 2004 (AC 2004/1719); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 26 de enero de 2012 (AC 2014/702), ausencia de *afectio societatis*. Se trata de la aportación de dinero a promotora inmobiliaria, sin participación en el negocio y su gestión del aportante y que únicamente participa de los resultados del negocio.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/3192) lo califica de sociedad interna y considera aplicable por analogía lo previsto en el artículo 1700 del Código Civil en cuanto a las causas de extinción.

nen con la estructura y función de las cuentas en participación, se podrá acudir a las normas de la sociedad civil externa para ver si se adecuan a las estructuras y función pactada por las partes en las cuentas en participación[501].

Por su parte, BROSETA PONT señala que esta figura presenta ciertas ventajas frente a contratos análogos. Así, frente al préstamo, «porque en caso de fracaso no obliga a una mayor participación en los resultados prósperos»; y frente a la sociedad externa, «porque permite que la realización de la colaboración permanezca oculta, pues al no existir una organización colectiva posee un régimen jurídico menos rígido que aquélla»[502]. En esta línea, VICENT CHULIÁ manifiesta que el contrato de cuentas en participación, asimismo, se ha de distinguir del contrato de préstamo «porque el gestor no se obliga a restituir la cantidad recibida o en que se valoran los bienes aportados, sino solo a rendir cuentas y liquidar al cuentapartícipe su participación en beneficios y pérdidas». Y añade que también hay que distinguirlo del contrato de arrendamiento de establecimiento, ya que «el arrendamiento, que también ostenta la condición de empresario, solo paga una renta o cantidad periódica fija al arrendador»; y, finalmente, se ha de diferenciar, igualmente, para este autor, del contrato de gestión o «*management*» *empresarial* porque «en éste el gestor —por ejemplo, la cadena hotelera— gestiona la empresa en nombre y por cuenta del empresario/propietario —por ejemplo, el hotel— y el clausulado del contrato debe contribuir a dar transparencia a esa representación a terceros para evitar posibles hechos de apariencia de «propietario» creados por la cadena hotelera»[503].

3. Régimen jurídico de las cuentas en participación

3.1. Elementos personales

Son dos partes las que conforman esta figura contractual —gestor-propietario y partícipes (o cuentapartícipes)— que pueden ser personas físicas o jurídicas; y estar constituidas por una o varias personas —asimismo, la empresa familiar puede operar en cualquiera de las dos partes de la estructura subjetiva de las cuentas en participación—. No resulta necesario que ambas tengan la condición de comerciante, pese a que el artículo 239 del Código de Comercio parece exigirlo —sobre todo no hace falta que sea comerciante el cuentapartícipe—[504]. El gestor será normalmente empresario, pero no así el partícipe, lo que determinará la mercantilidad del contrato —o también si ambas partes son comerciantes (artículo 239

[501] COLINO MEDIAVILLA J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* pp. 415-417.
[502] BROSETA PONT M., y MARTÍNEZ SANZ F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 331.
[503] VICENT CHULIÁ FCO.: *Introducción al Derecho Mercantil, op. cit.,* pp. 1617-1618.
[504] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6193).

del Código de Comercio)—; si, por el contrario, ninguna de las partes es comerciante, el contrato de cuentas en participación será de naturaleza civil. Normalmente es el gestor el que actúa externamente. No es necesario que ambas partes sean recíprocamente a la vez gestor y partícipe; ni, por ende, que las participaciones sean recíprocas. El artículo 239 del Código de Comercio señala, al respecto, que las partes podrán participar —«interesarse»— los unos en las operaciones de los otros. Por lo que las participaciones pueden ser recíprocas o bilaterales, o unilaterales, y referirse a todas, a varias o a una sola de las operaciones que realice el gestor.

3.2. Elementos reales

La aportación del partícipe o partícipes puede consistir en toda clase de bienes, susceptibles de valoración económica, aunque el artículo 239 parece limitarla a la contribución de «capital». Puede ser una aportación dineraria o no —bienes *in natura*—. No son admisibles las aportaciones de trabajo o servicios. Tampoco parecen admisibles las aportaciones a título de uso[505]. Ahora bien, la aportación que el cuentapartícipe realiza pasa a integrarse en el patrimonio del gestor, quien adquiere su titularidad[506], sin que constituya un patrimonio o fondo común, pues el contrato de cuentas en participación no lo crea.

La aportación del partícipe o partícipes habrá de efectuarse en el tiempo y forma pactados; por lo que podrá hacerse de una vez o de forma periódica.

En todo caso, los cuentapartícipes participan en los beneficios y las pérdidas conforme se ha pactado y, a falta de pacto, en proporción al valor de lo aportado (artículo 239 del Código de Comercio). En todo caso, la participación en las pérdidas es en la misma proporción que las ganancias[507]. No se considera como lícita la exclusión de algún partícipe en las pérdidas, como ocurre en la sociedad

---

[505] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 332; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* pp. 375-377.

[506] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 1992 (RJ 1992/6442); y de 5 de febrero de 1998 (RJ 1998/407) se refiere para que se dé esta figura contractual «la necesidad que el negocio continúe perteneciendo privativamente al gestor propietario y que éste haga suyas las aportaciones efectuadas por el partícipe, que no tendrá en el negocio intervención alguna, solo la percepción de las ganancias obtenidas (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 1975 (RJ 1975/3741).

[507] *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1986 (RJ 1986/5240).

Por su parte, COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 417, señala que «se puede pactar la participación en pérdidas ilimitadas del o de los partícipes, contra lo que es régimen aplicable en caso de falta de pacto según la interpretación más segura de los artículos 239 y 242 del Código de Comercio».

civil —pacto leonino—. Ni tampoco que la existencia de pérdida implique que el partícipe debe reponer su aportación, sino una reducción de la misma, teniendo como límite la pérdida lo aportado[508]. Lo cierto es que la doctrina considera que, el cuentapartícipe no responde personalmente de las pérdidas —responsabilidad limitada, como si fuera un socio comanditario—[509].

Ahora bien, las operaciones objeto del contrato pueden referirse tanto a la actividad del gestor en su totalidad, como actuar sobre una parte de ella, esto es, sobre una actividad concreta. En todo caso, el gestor asume la obligación de realizar las operaciones objeto de cuentas de participación —su actividad empresarial—, aplicando para ello las aportaciones de capital que han realizado los partícipes[510].

3.3. Elementos formales

Se trata de un contrato consensual que no está sometido a formalidad alguna. Puede hacerse de forma verbal o escrita o incluso por actos concluyentes. No obstante, en la práctica suele hacerse en escritura pública o documento privado. El artículo 240 del Código de Comercio establece al respecto que *«las cuentas en participación no estarán sujetas en su formación a ninguna solemnidad, pudiendo contraerse privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 51»*. Asimismo, se trata de un contrato que carece de trascendencia jurídica externa, en cuanto se trata de una asociación que permanece oculta; a ello se refiere el artículo 241 cuando dispone que *«no podrá adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, ni usar de más crédito directo que el de comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual»*.

Ahora bien, el contrato de cuenta en participación puede estipularse con una duración continuada en el tiempo o para la realización de un solo acto, esto es, para la realización de un solo acto referido a una sola operación o actividad mercantil, o para la explotación de actividades económicas más o menos duraderas por tiempo. Por lo que puede ser el contrato de cuenta en participación por tiempo determinado o indeterminado[511].

---

[508] SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.*, p. 376.

[509] *Vid.* por todos, VICENT CHULIÁ, Fco.: *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. II, *op. cit.,* p. 1616.

[510] COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 417.

[511] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 332; COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 413.

4. Contenido del contrato de cuenta en participación

Del contrato de cuentas en participación surgen obligaciones para ambas partes, debiéndose distinguir entre las relaciones jurídicas internas y relaciones jurídicas externas. La regulación que ofrece el Código de Comercio es muy escasa —en concreto, solo el artículo 242—, por lo que tiene especial importancia lo que las partes pacten.

4.1. Relaciones jurídicas internas

Las que tienen lugar entre el partícipe y el gestor-propietario. Al respecto, el partícipe tiene dos obligaciones básicas: realizar la aportación y abstenerse de intervenir en la gestión del negocio. Respecto de la primera y atendiendo a lo expuesto, debe realizar su aportación en los términos pactados y puede consistir en dinero o cualquier otro bien. La aportación, una vez realizada, se integra en el patrimonio del gestor. Respecto de la segunda, el partícipe no puede inmiscuirse en la actividad empresarial del gestor, lo que no impide adoptar, si así se acuerda, algún tipo de control[512].

Y el gestor, por su parte, tiene como obligaciones las siguientes que señala la doctrina[513]:

1. El destinar la aportación del partícipe a la actividad o actividades previstas en el contrato y que constituye el objeto de las cuentas en participación (artículo 239 del Código de Comercio).

2. Gestionar la cuenta en participación con la diligencia de un ordenado comerciante, ya que todas las negociaciones las ha de hacer y dirigir «en su nombre y bajo su responsabilidad individual» (artículo 241 del Código de Comercio)[514]. MILLÁN GARRIDO precisa que, frente al partícipe res-

---

[512] COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 414, no obstante señala que «son posibles cláusulas que atribuyan en mayor o menor medida facultades de participación en la gestión al o a los partícipes, en una gradación tipológica que puede llevar incluso a la atribución en exclusiva al partícipe de la gestión y dirección en el plazo interno, de las operaciones objeto del contrato de cuentas en participación».

[513] MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *op. cit.,* p. 219; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.*, pp. 334-335; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 375; COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 417.

[514] SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 375, precisan que no ha de emplear simplemente la diligencia de un ordenado comerciante, sino que «ha de utilizar la aportación de los partícipes de modo adecuado en el negocio o en las operaciones a las que se refiere el contrato». Además añaden que «el gestor asume una

ponde por culpa grave o dolo por aplicación analógica de lo previsto para los gestores de las sociedades personalistas (artículos 144 y 148 del Código de Comercio)[515]. Esta gestión de la cuenta debe hacerlo en su propio nombre y bajo su responsabilidad individual, sin poder utilizar razón comercial común a los partícipes, ni usar más crédito directo que el propio (artículo 241 del Código Civil).

3. Rendir cuentas justificadas de los resultados del negocio y de su propia gestión. El artículo 243 del Código de Comercio se refiere a que *«la liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuentas justificadas de su gestión»*. Se refiere a la rendición de cuentas tras la liquidación, tras la extinción de la cuenta en participación. En todo caso, cuando la participación sea duradera o permanente, a falta de pacto, el gestor deberá por lo menos realizar una rendición de cuentas anual coincidiendo con el cierre del ejercicio y, si se trata de una cuenta en participación en un solo acto, deberá rendir cuentas al finalizar tal cuenta en participación[516].

4. Al terminar el contrato de cuentas en participación, se ha de proceder a la liquidación de la misma, devolviendo a cada partícipe su aportación en los términos pactados —normalmente, consistirá en la devolución de la misma cantidad de dinero—, además de la correspondiente participación en los beneficios[517].

Por otra parte, como derechos del partícipe hay que destacar, además de su participación en las pérdidas y en las ganancias en los términos apuntados, la doctrina más autorizada señala, asimismo, que tiene derecho a la información, aplicando por analogía en este caso lo previsto en el artículo 150 del Código de Comercio en relación con la sociedad comanditaria respecto al socio comanditario[518].

---

obligación de medios y no de resultado, ya que aun cuando ha de desplegar la diligencia indicada con el fin de obtener la máxima rentabilidad posible, no puede prometer un resultado, sino que el partícipe está sometido a la alea del negocio».

[515] MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *op. cit.,* p. 219.

[516] COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 417, precisa al respecto que «cuando el contrato tenga como objeto una actividad, salvo que se pacte una duración inferior a un año, lo normal es que la rendición de cuentas se haga coincidir con la realización de las cuentas anuales por el gestor, sin perjuicio de la posibilidad que sean necesarias rendiciones de cuentas para períodos inferiores al año, cuando se den en el inicio y/o fin de la relación».

[517] *Vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, de 28 de noviembre de 2000 (AC 2001/999) y de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, de 8 de julio de 2004 (JUR 2004/257168).

[518] SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 376; MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades coman-

4.2. Relaciones jurídicas externas

Las que tienen lugar entre el gestor-propietario y terceros. Lo cierto es que las cuentas en participación carecen de trascendencia jurídica externa, por su carácter reservado u oculto, no trascienden, por tanto, a terceros. Así lo establece el artículo 241 del Código de Comercio cuando prohíbe que se pueda adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, ni que el comerciante gestor use crédito diverso al propio[519]. Resulta de ello que el gestor es quien actúa en su propio nombre frente a terceros, adquiriendo los derechos y asumiendo las obligaciones que se deriven de la actividad empresarial, pues la administración y representación de la empresa corresponde al gestor. Por lo que, como establece el artículo 242 del Código de Comercio, quienes contraten con el gestor solo tienen acción contra él y no contra los demás interesados —partícipes—, quienes tampoco la tendrán contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos —cesión de créditos—. En consecuencia, los terceros tienen acción contra el gestor que responde personal e ilimitadamente de sus obligaciones[520], y como puntualiza acertadamente MILLÁN GARRIDO, «no pueden, en principio, dirigirse contra el partícipe, salvo que éste se haya manifestado a los terceros, utilizándose su nombre y crédito en las negociaciones realizadas por el gestor con vulneración de lo previsto en el artículo 241 del Código de Comercio»; y añade que «fuera de este supuesto de responsabilidad anómala, los terceros solo podrán hacer uso, conforme lo establecido en el artículo 1111 del Código Civil, de la acción subrogatoria o directa y la pauliana»[521]. Efectivamente, si el cuentapartícipe crea la apariencia de que participa en la gestión o consiente que se utilice su nombre en la contratación o negociaciones, ha de responder de forma ilimitada y solidariamente «frente a los terceros que han confiado en esa apariencia», como «si se tratara de un socio colectivo»[522].

---

ditarias simples», *op. cit.,* p. 218; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 335; COLINO MEDIAVILLA J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 414; VICENT CHULIÁ, Fco.: *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. II, *op. cit.,* p. 1618, que precisa, al respecto, que «el riesgo que el gestor se extralimite debe corregirse mediante mecanismos contractuales de información y control del cuentapartícipe y con las adecuadas garantías personales y reales».

[519] MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *op. cit.,* p. 219; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 377.

[520] Señalan SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 377, que «no obstante, se considera que, si el partícipe se involucra en las negociaciones externas realizando actividades de gestión, pasa a tener responsabilidad solidaria frente a los terceros, aplicándose por analogía lo previsto en el artículo 148.1 del Código Civil respecto al socio comanditario».

[521] MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *op. cit.,* pp. 219-220. Para BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 336, discutible es que «entre el partícipe y los terceros puedan ejercitarse las acciones subrogatoria o indirecta y, en su caso, la pauliana».

[522] VICENT CHULIÁ, Fco.: *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. II, *op. cit.,* p. 1618.

5. Extinción

En la regulación del contrato de cuenta en participación en el Código de Comercio no se establece ninguna causa de extinción de este contrato, la mayoría de la doctrina señala las siguientes: el mutuo acuerdo de las partes —mutuo disenso—; la denuncia unilateral del contrato por alguna de las partes; el trascurso del plazo o duración pactado; la realización de la operación o actividad para la que se acordó la cuenta en participación; la incapacidad o muerte del gestor[523] y la imposibilidad de desarrollar la actividad objeto del contrato[524].

V. OTRAS FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR: LA COMPAÑÍA FAMILIAR GALLEGA

En las situaciones de indivisión patrimonial y, en relación con la empresa familiar agrícola, nos parece oportuno referirnos a la compañía familiar gallega. El artículo 157 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia establece que ésta «*se constituye entre labradores con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasarado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o algunos de los reunidos*». Por lo que el sustrato del nacimiento de la institución reside en la voluntad libremente expresada de los familiares labradores que deciden convivir y formar una verdadera comunidad familiar[525]. Requiere para surgir «*affectio societatis*» o propósito de sociedad o voluntad de crear una sociedad[526]. Los sujetos que conforman esta compañía familiar son los labradores unidos por vínculos de parentesco[527]. Al respecto, el artículo 160.1 señala que «*se entenderá constituida*

---

[523] Para MILLÁN GARRIDO, A: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *op. cit.,* p. 220, es posible el pacto de mantenimiento de la cuenta en participación con los herederos; mientras que para SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* p. 377, al tratarse de un contrato *intuitue personae* se extingue con la muerte con la apertura de la fase de liquidación del gestor.

[524] MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *op. cit.,* p. 220; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* pp. 336-337; SÁNCHEZ CALERO F., y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit.,* pp. 377-378; COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *op. cit.,* p. 418, por su parte, señala que son aplicables las causas establecidas en el artículo 218 y 221 a 225 del Código de Comercio para la extinción de las compañías mercantiles y, asimismo, los artículos 1700 a 1708 del Código Civil que regulan la extinción de la sociedad civil y las causas generales de extinción de los contratos y relaciones obligatorias.

[525] *Vid.* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 20 de marzo de 2000 (RJ 2000/4243).

[526] *Vid.* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996/489).

[527] *Vid.* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996/489), inexistencia de compañía familiar gallega, pues el hijo carece de la condición de labrador y no se dedica habitualmente a la agricultura.

la compañía familiar gallega cuando un pariente del labrador case para casa, salvo pacto en contrario». Por casar para la casa se entiende «*el hecho de integrarse el nuevo matrimonio o pareja en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido*». Dicha integración habrá de documentarse cuando lo solicite cualquiera de las partes. Lo esencial es el «casar para la casa» a un pariente o descendiente directo. La finalidad de la compañía descansa en explotar en común tierras, lugar acasarado o explotaciones periódicas y como nota caracterizadora vivir juntos. Por lo que, además de la relación de parentesco unida al hecho de la explotación de unas, por ejemplo, concretas fincas, es imprescindible un régimen de convivencia y el sostenimiento común de la unidad económica[528]. En todo caso, todos los miembros de la compañía deben aportar al menos parte de su trabajo a la explotación, aunque sea ejercido con otros compatibles y no excluyentes.

Por otra parte, forman parte de la compañía los bienes sociales, que son:

1. Los bienes aportados por los socios y los adquiridos a título oneroso por cuenta del capital común en tanto dure la compañía.

2. Los frutos, rentas, ganancias e intereses percibidos durante el mismo tiempo, procedentes de bienes sociales.

3. Las edificaciones, reconstrucciones, plantaciones y cualquier tipo de mejora hecha en los bienes sociales.

4. Cualesquiera otros bienes que las partes acuerden (artículo 161).

En cuanto a las cargas de la compañía están representados por: 1. Los gastos de mantenimiento, vestido, instrucción, asistencia médica y enterramiento tanto de los asociados como de las personas constituidas en su potestad; 2. Los gastos de administración, cultivo, contribuciones e impuestos, seguros, rentas y cargas reales de los bienes sociales; 3. Las deudas contraídas por los administradores o por cualquiera de los socios, si el importe de las mismas se invirtió en beneficio de la compañía, y los réditos de dichas deudas; 4. Las reparaciones y mejoras de cualquier especie que se hagan en los bienes sociales; 5. Los gastos y costas de los pleitos seguidos para defender los intereses sociales; 6. Los gastos que hagan los socios en beneficio común, así como las obligaciones que, de buena fe, hayan contraído para los negocios; y 7. Cualesquiera otras cargas que las partes acuerden y consten documentalmente (artículo 162).

---

[528] *Vid.* las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 20 de diciembre de 2011 (RJ 2011/7061) y de 22 de diciembre de 2011 (RJ 2012/2770).

En este contexto, la administración de la compañía corresponde, en principio, a la persona que determine el contrato de constitución. Si no se ha previsto nada en el mismo, o en el caso de compañías constituidas tácitamente, corresponde la administración sucesivamente al patrucio, a su viuda o a quien de modo notorio la ejerza. En todo caso, son facultades del patrucio o, en su caso, del socio administrador: 1. Dirigir y presentar a la sociedad; 2. Adquirir para ella y obligarse en su nombre; y 3. Disponer de los semovientes y bienes muebles sociales (artículo 164).

Durante la existencia de la compañía familiar gallega es posible que ésta se modifique. Se establecen como posibles causas de modificación: 1. El fallecimiento de alguno de los socios, aun cuando sus herederos convivan y opten por permanecer en la sociedad; 2. La declaración de incapacidad, prodigalidad o concurso y la ausencia, por más de un año, no motivadas por la gestión social; 3. La renuncia o cesión de derechos a favor de otro miembro de la compañía, así como la retirada del capital o el hecho de enajenarlo sin causa justificada; 4. El ingreso de un socio en otra compañía o el casamiento con desvinculación de la misma; 5. La incorporación o separación de algún socio (artículo 165). Si se modifica la compañía por cualquiera de las causas descritas, salvo pacto en contrario, el socio separado o sus derechohabientes no podrán retirar sus bienes propios ni la parte que les corresponda en los sociales hasta tanto no finalicen las operaciones pendientes y la recogida de los frutos, siempre que la realización de las mismas no supere el año. En caso de cesión o enajenación a título oneroso de la participación de la compañía a un tercero, antes de liquidarla y realizar las adjudicaciones, podrá cualquier socio ejercitar el derecho de retracto y subrogarse en el lugar del comprador o cesionario, reembolsándose el precio y los gastos de legítimo abono. Este derecho podrá ejercitarse en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de la transmisión y de sus condiciones (artículo 167). En todo caso, modificada la compañía, se habrá de practicar la liquidación parcial de la misma para determinar el haber que corresponde a cada uno en el momento de la modificación, con el fin de determinar y proceder a adjudicar su participación al que cause baja o a sus derechohabientes. Si no se realizaran estas liquidaciones parciales, cuando se haga la liquidación final de la compañía y no se pruebe qué bienes eran propios de la misma antes de su modificación, se considerarán sociales los indeterminados y se dividirán proporcionalmente al número de socios que hayan formado cada compañía modificada y, al mismo tiempo, de su respectiva duración.

Finalmente, la compañía familiar gallega se puede extinguir por:

1. Acuerdo de todos los socios.

2. Por fallecimiento o renuncia de los socios, cuando no queden, al menos, dos que no constituyan matrimonio.

3. Matrimonio entre sí de los dos únicos socios o refundición de todos los derechos sociales en los dos cónyuges.

4. La declaración de concurso o quiebra que afecte a todos.

Dándose cualquiera de las causas de extinción descritas, se habrá de proceder a la liquidación y división de los bienes sociales conforme a las siguientes reglas: en primer lugar, se pagarán las deudas contraídas en interés de la sociedad con los bienes sociales y si éstos no son suficientes, con los bienes propios de cada socio en proporción a su cuotas; si alguno de los socios resultare insolvente, su parte se dividirá proporcionalmente entre los restantes, sin perjuicio de solicitar todos el reintegro al socio insolvente del importe que le corresponde, sí mejora en su situación económica; en segundo lugar, cada socio recibirá los bienes que subsistan y que aportó en su momento, asimismo, el equivalente de los que hubiera transmitido en propiedad a la compañía o hubiese enajenado en beneficio de la misma y también el importe de los daños que sus bienes hubieran sufrido en provecho común y por último, el remanente líquido del capital que constituye el haber de la compañía se repartirá entre los socios o entre sus derechohabientes en proporción a sus cuotas (artículo 170)[529].

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil,* t. II, Derecho de Obligaciones, decimotercera edición, Edisofer, Madrid, 2008.

ARANA DE LA FUENTE, I.: «Comentario a los artículos 392 a 406 del Código Civil», *Código Civil Comentado,* vol. I, directores Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, 2.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016.

BALLESTER AZPITARTE, L.: «SCPS: transformarse o morir. Análisis de los cambios en la tributación de las sociedades civiles con objeto mercantil en el ejercicio 2016, al hilo de la Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2015, relativa a la personalidad jurídica de la sociedad irregular», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 64, diciembre 2015, pp. 147 a 161.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en el derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, vigésima edición, Tecnos, Madrid, 2013.

[529] *Vid.* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2001 (RJ 200273943).

CAPILLA RONCERO, Fco.:

— «Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, vol. 1.º, dirigidos por Manual Albaladejo García, Edersa, Madrid, 1986.

— *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984.

CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª: *Derecho civil español, común y foral,* t. IV, Derecho de Obligaciones, decimoquinta edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Reus, Madrid, 1993.

COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Cuentas en participación», *Diccionario de Derecho de Sociedades*, directora Carmen ALONSO LEDESMA, Iustel, Madrid, 2006.

DE PABLO CONTRERAS, P.: «El contrato de sociedad y la sociedad civil», *Curso de Derecho Civil,* vol. II Derecho de obligaciones, coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Colex, Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.:

— *Sistema de Derecho Civil,* t. I, vol. III, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

— *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, El contrato en general, novena edición, Tecnos, Madrid, 2009.

— *Sistema de Derecho Civil*, t. 2, vol. II, décima edición, Tecnos, Madrid, 2012.

ECHEVARRÍA SUMMERS, Fco.: «Comentario al artículo 392 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2009.

FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A.: *Transmisión «mortis causa» de la condición de socio*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

GARRIDO DE PALMA, V.: «La familia empresaria ante el Derecho», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* t. IV, coordinadores Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005.

GONZÁLEZ GARCÍA J.: «El contrato de sociedad», *Curso de Derecho Civil,* t. II, coordinador Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

— *Elementos de Derecho Civil*, t. III, Derechos reales, vol. II, 3.ª edición revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2009.

— *Elementos de Derecho Civil,* t. II, Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 3.ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

— *Compendio de Derechos Reales. Derechos reales e hipotecarios*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.

— *Principios de Derecho Civil,* t. III, Contratos, décimosexta edición, Marcial Pons, Madrid 2014.

LOIS PUENTE, J. M.: «Los patrimonios indivisos en el Derecho común español y en la Ley Gallega de Derecho Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* t. I, Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio, coordinadores generales Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005.

MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil,* coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La comunidad de bienes», *Curso de Derecho Civil*, t. III, Derechos reales, coordinador Pedro DE PABLO CONTRERAS, reimpresión actualizada de la 4.ª edición, Colex, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á.: «Contratos mercantiles de depósito y préstamo. Garantías mercantiles», *Lecciones de Derecho Mercantil*, coordinadores Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y Alberto DÍAZ MORENO, Tecnos, Madrid, 2015.

MILLÁN GARRIDO, A.: «Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples», *Lecciones de Derecho Mercantil,* coordinadores Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y Alberto DÍAZ MORENO, decimoctava edición, Tecnos, Madrid, 2015.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª:

— «Comentario a los artículos 392 a 406 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t. V, vol. 2.º, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid 1985.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª:

— «Comentario a los artículos 392 a 406 del Código Civil», *Comentario del Código Civil,* t. I, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

PAZ-ARES, C.: «Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

PERDICES HUETOS, A.:

— «Contratos asociativos», en *Tratado de Contratos,* t. III, director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coordinadoras Nieves MORALEJA IMBERNÓN y Susana QUICIOS MOLINA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

— «Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil,* t. VIII, director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ CONESA, C.: «Comentario a los artículos 392 a 406 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil,* t. III, director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C.: «El futuro de la sociedad civil como instrumento de gestión de un patrimonio», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* t. I, Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio, coordinadores generales Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005.

ROCA JUNYENT, M.: «La empresa familiar en el ordenamiento interno y comunitario», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV, coordinadores Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: «La empresa familiar y las reformas de la Ley de Sociedades Limitadas», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* t. IV, coordinadores Martín GARRIDO MELERO y Josep María FUGARDO ESTIVILL, Bosch, Barcelona, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, 36 ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2013.

SÁNCHEZ RUIZ, M.: «Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares», *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, coordinadora Mercedes SÁNCHEZ RUIZ, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010.

SERRANO GÓMEZ, E.: «Los protocolos familiares», *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009.

VICENT CHULIÁ, F.:

— «Organización jurídica de la sociedad familiar», *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, t. V, McGraw Hill, Madrid, 2002.

— *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. II, 23 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

(Trabajo recibido el 23/10/2017
y aceptado para su publicación el 30/11/2017)

CAPÍTULO III: FÓRMULAS SOCIETARIAS EXISTENTES AL SERVICIO DE LA EMPRESA FAMILIAR

ÍÑIGO GUILLERMO REVILLA FERNÁNDEZ
Notario en San Javier

RESUMEN

Este trabajo trata cómo pueden las empresas familiares utilizar las distintas fórmulas societarias existentes en el derecho español para, por un lado, hallar los mecanismos más idóneos para desarrollar la administración o gestión de la empresa y, por otro lado, ordenar de la mejor manera posible las relaciones entre los «miembros» de la empresa familiar.

Palabras clave: empresa familiar, fórmulas societarias, gestión, administración.

CHAPTER III: PRE-EXISTING CORPORATE FORMULAS AT THE SERVICE OF FAMILY-OWNED BUSINESSES

ÍÑIGO GUILLERMO REVILLA FERNÁNDEZ
Notary Public in San Javier

ABSTRACT

This paper deals with how family-owned businesses use the various corporate formulas that exist in Spanish law to identify, on the one hand, the most suitable mechanisms with which to manage or run their businesses and, on the other hand, to structure the relationships between the "members" of the family-owned business in the best way possible.

Keywords: family-owned business, corporate formulas, administration, management.

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Concepto de empresa familiar. III.—¿Por qué interesa a la empresa familiar ser una sociedad? IV.—La empresa familiar como sociedad civil. V.—La empresa familiar como sociedad mercantil personalista: sociedad colectiva o comanditaria. VI.—La empresa familiar como sociedad cooperativa. VII.—La empresa familiar como sociedad mercantil capitalista: sociedad limitada o anónima.

I. INTRODUCCIÓN

Como indica el título de este trabajo, a continuación vamos a hacer un breve análisis de las distintas modalidades societarias que ofrece nuestra legislación para la configuración jurídica de la empresa familiar.

No se trata de hacer aquí un estudio exhaustivo de los distintos tipos societarios existentes en la legislación española, sino exclusivamente de analizarlos en aquello que puedan servir para dar a la empresa familiar la forma jurídica más idónea para que puedan desarrollar convenientemente su actividad en el tráfico. Para ello, analizaremos aquellos puntos de la regulación positiva de las distintas formas societarias que existen en el derecho español que a nuestro juicio resultan más importantes desde la perspectiva antes anunciada, así como aspectos relativos a la constitución y en general al proceso formativo de las distintas sociedades a través de las cuales puede configurarse jurídicamente la empresa familiar.

Como más adelante veremos al tratar de su concepto, la empresa familiar se nos presenta como un fenómeno económico y social de extraordinaria importancia, pero no es aquí donde nos corresponde estudiar estos aspectos de la empresa familiar. Lo que pretendemos en este trabajo es mostrar, en la medida de nuestras limitadas posibilidades, cómo pueden las empresas familiares utilizar las distintas fórmulas societarias existentes en el derecho español para, por un lado, hallar los mecanismos más idóneos para desarrollar la administración o gestión de la empresa y, por otro lado, ordenar de la mejor manera posible las relaciones entre los «miembros» de la empresa familiar.

Como es evidente, en este trabajo no podemos hacer un estudio exhaustivo del régimen jurídico de todas las sociedades existentes en nuestro derecho. Nosotros haremos una breve reseña de las características más reseñables de cada tipo social en relación con la empresa familiar y de las formalidades necesarias para su constitución y puesta en marcha.

Asimismo hemos de apuntar que nuestro trabajo se enmarca exclusivamente dentro de los límites del contrato de sociedad[1], sin entrar en el estudio de otros negocios jurídicos destinados a regular las relaciones de los socios entre sí, pero que por definición no son oponibles a la sociedad, como los pactos parasociales, los protocolos familiares (que por regla general se configuran como pactos parasociales, aunque excepcionalmente puedan tener un reflejo estatutario[2] y otras figuras afines que también son objeto de estudio en otros trabajos de esta obra colectiva, a los cuales nos remitimos.

II. CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR

Para llevar a cabo el estudio anunciado en la introducción resulta imprescindible tener claro a qué nos referimos por «empresa familiar», lo cual no es tarea fácil, pues muchas de las definiciones propuestas por la doctrina, o son muy generales, lo cual va en contra de la precisión del concepto, o son demasiado específicas, con el riesgo de dejar escapar fenómenos empresariales que, aunque con algunas dudas, pudieran ser encuadrados, en nuestra opinión, dentro del concepto de «empresa familiar».

Está muy extendida en la doctrina, e incluso en la opinión pública, la idea del grupo de expertos GEEF (Groupement Européen des Entreprises Familiales) en orden al cual se entiende que una empresa, independientemente de su tamaño, es familiar si se cumplen las siguientes condiciones:

— La mayoría de votos (directos o indirectos) están en posesión de la persona física que fundó la empresa, de la que ha adquirido el capital social de la empresa o en posesión de sus cónyuges, padres, hijos o herederos directos de sus hijos.

— Al menos un representante de la familia o pariente está involucrado en la gestión o la administración de la empresa.

---

[1] En el derecho español la sociedad es conceptuada positivamente como contrato: art. 1665 del Código Civil: «*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*». De la misma manera, la mayoría de la doctrina, así, v. gr., véase: SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Principios de Derecho Mercantil*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, 5.ª ed., pág. 110, y GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral, tomo II*, Bosch, Barcelona, 2010, 2.ª ed., pág. 1763. No obstante, la posibilidad de las llamadas sociedades unipersonales (artículos 12 a 17 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) hace forzoso admitir hoy que la sociedad puede ser un negocio jurídico unilateral en tal caso.

[2] « (…) art. 29 TRLSC (Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), a cuyo tenor: «*los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*», lo que supone que ni la sociedad puede hacer efectivos los pactos parasociales frente a los socios, ni los socios pueden hacerlos efectivos frente a la sociedad. Véase: PÉREZ RAMOS, Carlos: «Significativo aumento de los pactos parasociales», *El Notario del siglo XXI*, núm. 45, págs. 164-167.

— En una sociedad anónima, la persona que fundó o adquirió la empresa o sus familiares o descendientes poseen el 25% del derecho a voto según su capital social.

Por su parte, el profesor argentino FAVIER DUBOIS define la empresa familiar como aquella en la que «(…) los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa».[3]

Estas definiciones pueden ser de gran utilidad práctica, pero adolecen, en nuestra opinión, de un excesivo objetivismo: no nos describen el «ambiente» que impregna la empresa familiar. A nuestro modo de ver, es imprescindible tener en cuenta a la hora de distinguir la empresa familiar de las demás, amén de los criterios anteriores, un factor de índole más subjetiva: la empresa familiar es una entidad que de forma regular ejerce una actividad económica —producción de bienes o servicios— en la que permanentemente laten en tensión dos clases de relaciones entre las personas que la integran: las relaciones presididas por el afecto familiar, de una parte, y las presididas por los criterios de eficiencia y mérito[4], propios de la dinámica comercial, de la otra. En definitiva, en la empresa familiar se encuentran inescindiblemente unidos el calor del hogar y el frío del mercado.

Cuando nos referimos al afecto familiar no queremos decir que necesariamente en la familia empresaria reine la concordia que en toda familia sería deseable, sino que entre los familiares hay, como enseña TENA ARREGUI, una «frecuencia de trato», un «grado de proximidad», que conduce a un altruismo —«sea sincero o incentivado», como dice el citado notario— extraño, en principio, a las puras relaciones comerciales.[5]

---

[3] VICTORIA GANDOLFO, Rocío: *La importancia del protocolo en la empresa familiar*. Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Especialización en Derecho Civil, pág. 4.

[4] TENA ARREGUI, Rodrigo: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2005, pág. 17.

[5] Si contemplamos la empresa familiar desde esta perspectiva vemos cómo existen realidades empresariales en las que la propiedad de la empresa no pertenece al «grupo familiar», pero que son, sin embargo, perfectamente encuadrables en el concepto de empresa familiar. Así, v. gr., se puede dar el caso frecuente del padre, tío o hermano, que es el único propietario de la explotación y el único que tiene en derecho el poder de gestionarla y representarla en el tráfico, pero que involucra en la empresa a todos o varios de los individuos de su prole, «teniendo en cuenta» el criterio u opinión de éstos a la hora de su llevanza, teniendo el deseo de que sean esos familiares que hoy le «acompañan» en la explotación los que, en un futuro más o menos cercano, se hagan cargo de ella. En este caso, como vemos, la empresa no pertenece formalmente a la «familia» sino a uno solo de sus miembros, pero existe el «ambiente» a que antes hacíamos referencia.

Consideramos que esa relación «frío-calor» latente en toda empresa familiar es tan importante, a la hora de determinar el tipo societario a que en su caso convendría acogerse, como otras circunstancias objetivas de trascendencia indudable en este ámbito, como la distribución de los derechos políticos, la configuración de la gestión y representación, el tamaño de la familia, el de la empresa o el tipo o rama de comercio que constituya su objeto, entre otros.

Así, por ejemplo, no será igual la configuración jurídica de que haya de dotarse la empresa familiar cuando esté integrada por la familia estrictamente nuclear: el matrimonio y los hijos solteros, que cuando esté integrada por distintas familias nucleares procedentes de un tronco común, colaborando en la empresa familiar.

Parece que a medida que la empresa familiar pertenece a un grupo familiar cada vez más ramificado colateralmente, el grado de «afecto familiar» o de confianza se va diluyendo por existir relaciones familiares paralelas de distinta intensidad, pudiéndose crear «grupúsculos intrafamiliares» dentro del grupo familiar más amplio a que pertenece la empresa, lo cual habrá de tenerse necesariamente en cuenta a la hora de escoger un tipo societario u otro a través del cual se organice y actúe en el tráfico la empresa familiar.

III. ¿POR QUÉ INTERESA A LA EMPRESA FAMILIAR SER UNA SOCIEDAD?

No es seguro que siempre interese a la empresa familiar configurarse como una sociedad, pero lo que sí es seguro es que en todos los casos le interesará tener unas normas que ordenen su organización, es decir, siempre será necesario el derecho.

Una de las actitudes más características de los grupos de personas unidas por un afecto familiar vivo y cariñoso es el desprecio por el derecho[6]. Este hecho no solo afecta a la empresa familiar, sino al matrimonio o la familia a secas[7]. Cuando las relaciones son buenas existe una tendencia natural a no considerar necesaria la sujeción a unas normas preestablecidas. Se piensa que todo va a ir bien y que las situaciones se resolverán siempre con la misma buena fe con que se desenvuelven en el presente. Sin embargo, una actitud más previsora se impone para que la empresa familiar pueda subsistir generación tras generación. El paso del tiempo y la ampliación del grupo familiar, como hemos señalado antes, conllevan

---

[6] TENA ARREGUI, Rodrigo: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2005, págs. 16 y 17.

[7] Este fenómeno se manifiesta también a la inversa, cuando se otorgan negocios jurídicos basados esencialmente en la confianza, muy señaladamente apoderamientos, de manera frívola e impremeditada, de cuyos peligros los notarios hemos de advertir enérgicamente, muchas veces a pesar de la incomprensión de los otorgantes, por cuyo interés se está velando.

un riesgo cierto de que las relaciones familiares se enfríen, cuando no de que se deterioren, pudiendo producirse conflictos entre los integrantes de la empresa familiar cuya resolución, si no se han echado previamente las bases de una reglamentación jurídica, puede resultar verdaderamente difícil, cuando no imposible, avocando no pocas veces a la extinción de la empresa familiar[8].

En cuanto a si conviene a la empresa familiar ser una sociedad, en nuestra opinión, la sociedad es el vehículo idóneo para su configuración jurídica. Como se ha dicho antes, en nuestro derecho se conceptúa la sociedad como un contrato por el cual dos o más personas ponen en común dinero, bienes o industria con ánimo de repartir entre sí las ganancias[9]. Pues bien, a nuestro modo de ver, cuando en la empresa familiar los distintos elementos que hacen posible su actividad empresarial son consecuencia del patrimonio o del esfuerzo —*dinero, bienes o industria*— de cada uno de los miembros del grupo familiar, de modo más o menos homogéneo, se dan los presupuestos necesarios para que pueda existir el contrato de sociedad: dos o más personas[10], un fondo común y ánimo de lucro. En la empresa familiar la existencia de ánimo de lucro es evidente y esencial. Se trata aquí de la búsqueda de ganancias *para la familia.* El hecho de que, normalmente, en la empresa familiar la aplicación de las ganancias obtenidas se haga, en mayor o menor medida, conforme a criterios presididos más por el principio del altruismo que por el de mérito no afecta para nada a la evidencia de que en toda empresa familiar existe esencialmente ánimo de lucro.[11]

Como vemos, en la empresa familiar están todos los mimbres necesarios para tejer la cesta social. Ahora bien, la empresa familiar no es de por sí una sociedad,

---

[8] TENA ARREGUI, Rodrigo: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2005, págs. 19 y 20.

[9] Respecto de esto último, se ha discutido mucho en la doctrina sobre si en la sociedad el ánimo de lucro es un elemento esencial. Algunos autores consideran que no es así, que el elemento esencial de la sociedad es la existencia de una comunidad de fin que no ha de ser necesariamente el ánimo de lucro, con base en el artículo 1.666 del Código Civil, que habla del «*interés común de los socios*». También se trae a colación, entre otros preceptos, el artículo 1.678 del Código Civil cuando dice que la sociedad particular puede tener por objeto el uso de cosas determinadas. La mayoría de la doctrina considera, sin embargo, que el ánimo de lucro, de obtener ganancias, debe considerarse un elemento esencial de la sociedad, entendiendo el ánimo de lucro en sentido amplio, como obtención de ventajas económicas de la más variada índole: la obtención de frutos, el uso de bienes, reducción de costes, acceso a bienes o servicios en condiciones más favorables que la media de mercado, etc.

[10] La sociedad unipersonal —anónima o de responsabilidad limitada— es un tipo societario ajeno al fenómeno de la empresa familiar, salvo lo que se dice en el párrafo siguiente.

[11] En nuestra opinión, la sociedad sería extraña al fenómeno de la empresa familiar cuando el patrimonio y el esfuerzo que hacen posible el funcionamiento de la empresa familiar está concentrado en el cabeza de familia, de suerte que los miembros de la misma *«colaboren»* con él siendo sus criterios *«tenidos en cuenta».* Parece que en estos casos lo natural sería que el cabeza de familia se desempeñara como empresario individual o, en todo caso, bajo la forma de una sociedad unipersonal (anónima o de responsabilidad limitada).

es necesario para ello que, además de cumplirse los presupuestos objetivos para ello, exista en los miembros de la familia un elemento subjetivo, es decir, deben querer otorgar el *contrato de sociedad.* Esto supone una voluntad de subordinar sus relaciones a un estatuto del que la propia familia empresaria se dote y a las reglas —a las imperativas y también a las dispositivas, en cuanto no sean sustituidas por otras en virtud del principio de autonomía de la voluntad— establecidas para cada tipo societario en nuestro derecho. Además supone la voluntad de los miembros de la empresa familiar de funcionar en el tráfico jurídico como un individuo nuevo distinto de cada uno de los familiares, es decir, de crear una *persona jurídica*.[12]

Por tanto, las ventajas de constituirse en una sociedad se pueden contemplar desde dos puntos de vista: *ad extra,* se gana fiabilidad, porque a través del contrato de sociedad la familia empresaria se trasciende a sí misma, de manera que los operadores jurídicos con los que contrate en el tráfico tendrán la seguridad de que están contratando con toda ella individualizada como una sociedad y no aisladamente con alguno de sus miembros; y *ad intra* se gana en organización, el papel de cada miembro de la familia en la empresa quedará perfectamente reglamentado: sus funciones, derechos y obligaciones.

La decisión por parte de la familia empresaria de, como hemos dicho antes, trascenderse a sí misma y personificar jurídicamente su actividad y de reglamentar su organización interna debe ser fruto de una cuidadosa reflexión y revela una madurez empresarial y jurídica. Con la misma actitud se ha de decidir, de entre los que el legislador pone a nuestra disposición, el tipo social más idóneo para la empresa familiar de que se trate. A continuación trataremos de arrojar un poco de luz sobre este asunto.

---

[12] En este punto seguimos la opinión de que el hecho determinante de la adquisición de personalidad jurídica por la sociedad es el darse a conocer en el tráfico jurídico como un sujeto diferenciado de los socios y no el cumplimiento de ningún requisito formal, a salvo lo dispuesto en el artículo 1667 CC respecto de las sociedades civiles a las que se aportaren bienes inmuebles. En este sentido, STS de 30 de abril de 1982, STS de 24 de febrero de 2000 y RDGRN de 14 de febrero de 2001, entre otras, citadas por GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral, tomo II*, Bosch, Barcelona, 2010, 2.ª ed., pág. 1766.

En las sociedades capitalistas, sin embargo, consideramos un elemento esencial para la adquisición de personalidad jurídica el otorgamiento del contrato de sociedad en escritura pública, no así la inscripción en el Registro Mercantil a pesar del tenor literal del art. 33 TRLSC, porque el régimen jurídico de la Sociedad en formación reconoce personalidad a la sociedad no inscrita en el Registro Mercantil al atribuirle responsabilidad ex art. 37.1, pero presuponiendo en todo momento el otorgamiento previo de escritura pública, como se deduce del tenor literal de los artículos 37.1 y 37.3 TRLSC.

Finalmente, que la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, exija en su art. 8.1 que las sociedades profesionales hayan de inscribirse en el Registro Mercantil para adquirir personalidad jurídica, entendemos que ha de ser interpretado como una excepción puntual cuando estas sociedades sean civiles o mercantiles personalistas, y de la misma manera que el artículo 33 TRLSC, cuando sean sociedades de capital.

IV. LA EMPRESA FAMILIAR: ¿SOCIEDAD CIVIL O SOCIEDAD MERCANTIL?

Antes de entrar en la cuestión de cuándo la empresa familiar que se va a configurar como una sociedad va tener carácter civil o carácter mercantil, vamos a recordar muy brevemente el criterio establecido a este respecto en nuestra legislación.

La determinación del carácter civil o mercantil de la sociedad es fundamental para conocer su régimen jurídico, los artículos 1665 CC y siguientes —y, en su caso, las disposiciones del Código de Comercio en las condiciones que determina el artículo 1.670 CC, que luego analizaremos— para las sociedades civiles, y las disposiciones del Código de Comercio y demás legislación mercantil especial que en su caso sea aplicable, para las sociedades mercantiles.

Existen dos criterios utilizados en nuestro derecho para determinar la civilidad o mercantilidad de una sociedad: el *criterio formal* y el *criterio material*. El criterio formal atiende a si la sociedad se ha constituido conforme a las normas establecidas en la legislación civil o en la mercantil. El criterio material atiende a si el objeto de la sociedad es de carácter civil o mercantil, sobre cuya determinación trataremos brevemente más adelante.

El Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 recurrió al criterio formal para esta determinación, como resulta de los artículos 116 y 122 CCom. Posteriormente el Código Civil de 24 de julio de 1889 estableció el criterio material en su artículo 1667, a cuyo tenor: *«las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código».* Posteriormente, las normas reguladoras de las sociedades capitalistas, refundidas en la actualidad en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, abrazaron de nuevo el criterio formal en cuanto a la determinación del carácter mercantil de las sociedades de capital. Así, el artículo 2 TRLSC establece que *«las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil»*.

En conclusión, las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples—las denominadas sociedades personalistas— serán civiles o mercantiles según su objeto sea civil o mercantil[13]. Las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones —las sociedades de capital ex art. 1 TRLSC— serán siempre mercantiles por haberse constituido como tales, con independencia de cuál sea su objeto.

---

[13] La DGRN ha tratado en múltiples ocasiones de la situación inversa, de aquellos casos en que se constituye una sociedad civil con objeto mercantil. En estos supuestos, dice la DGRN, aunque no hay precepto legal que así lo establezca, que la meritada sociedad civil ha de ser considerada como una sociedad mercantil, irregular normalmente. Así, RRDGRN de 13 de diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997 y 14 de febrero de 2001.

En cuanto a si la empresa familiar constituida en sociedad ha de tener carácter civil o mercantil, debemos adelantar que en este punto nuestra opinión es contraria a la opinión generalizada de que las empresas pueden tener carácter civil y carácter mercantil. No obstante, al tratarse nuestra tesis de una postura marginal en el panorama actual, la sistemática de nuestro trabajo seguirá la opinión mayoritaria de que las empresas pueden ser civiles y mercantiles.

Una de las cuestiones más resbaladizas del derecho mercantil es la delimitación de la materia mercantil. El Código de Comercio de 1829 seguía en este punto un criterio subjetivista, considerando el derecho mercantil como el aplicable a una clase de personas, los comerciantes, que adquieren la condición de tales mediante su matrícula en el registro correspondiente. Posteriormente, el Código de Comercio de 1885 estableció un criterio objetivo en su artículo 2, conforme al cual «*los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*». La indefinición de este precepto, la dificultad de establecer un criterio que permita determinar con total seguridad cuándo estamos o no ante un acto de comercio ha llevado a la doctrina más autorizada en la actualidad a la vuelta al criterio subjetivista de delimitación de la materia mercantil: el derecho mercantil es el que regula la *«profesión mercantil»* que a principios del siglo XIX era ejercida por los *comerciantes*, concebidos éstos como los intermediarios entre los productores y los consumidores, y que en la actualidad es ejercida por los «*empresarios*». Así, URÍA[14] define el derecho mercantil como el «Derecho ordenador de la organización de la actividad profesional de los empresarios».

Para la doctrina mayoritaria, sin embargo —y aquí es donde nuestra postura difiere de ella—, hay determinadas empresas que se han de considerar fuera del *«carácter mercantil»*, en concreto, las empresas dedicadas a la actividad agrícola, ganadera, pesquera, artesanal, así como las consagradas al ejercicio de profesiones liberales. También parece ser éste el criterio del legislador cuando determina en el artículo 326 CCom que no se reputarán mercantiles: *«(…) las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas, (ni) las ventas que, de los objetos construidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos en sus talleres (…)»*[15].

---

[14] VASQUEZ BOTE, Eduardo: «Sobre la delimitación de la Materia Mercantil», *revista Chilena de Derecho*, 1995, vol. 22, núm. 3, pág. 444.

[15] No obstante, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que se define como mercantil en la primera línea de su Exposición de Motivos, establece en su artículo 3 que *«la ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado»*. Por otro lado, el anteproyecto del Código Mercantil abandona

A nuestro juicio, esta opinión no es sostenible si no es por respeto a una larga tradición doctrinal[16]. Si como empresa entendemos aquella organización estable consagrada profesionalmente a la producción de bienes y servicios para el mercado con la finalidad de obtener lucro, la empresa ha de entenderse siempre como sujeta al derecho mercantil. Desde nuestro punto de vista, si como dice MEHRING[17] en su obra sobre MARX, en todas las cosas, en cuanto sean susceptibles de ello, hay que distinguir tres valores: valor en sí mismo (una piedra), valor de uso, que es el que mediante la aplicación del trabajo humano hace aptas las cosas en sí mismas para reportarnos utilidad (una piedra se convierte en un instrumento para tallar, como enseña el propio autor) y un valor de cambio, que es el que existe en la medida en que una cosa puede ser intercambiada por otra u otras o por dinero, dando lugar a la mercancía. Al sujeto del derecho mercantil le interesa este último valor, el valor de cambio, pues no está interesado ni en contemplar las cosas que constituyen el objeto de su tráfico (valor en sí mismo), ni tampoco en usar o consumir dichas cosas (valor de uso)[18], lo cual se puede predicar exactamente igual cuando la producción para el mercado de la empresa es de servicios y no de cosas. Siendo esto así, cuando en una empresa, y nos atreveríamos a decir, cuando cualquier operador del mercado atiende al valor de cambio, principalmente al valor de cambio de las cosas o servicios, ha de considerarse que es sujeto de derecho mercantil, con independencia del sector productivo en que se encuadre.[19]

---

la distinción entre empresas civiles y mercantiles e incluso llega más allá y entiende que el derecho mercantil no es ya el derecho de los empresarios, sino de un sujeto más general, los «operadores del mercado», sean o no una empresa.

[16] Un poco como en otro ámbito distinto sucede, según muchos autores, con el mantenimiento de la diferenciación doctrinal entre contratos consensuales y contratos reales (préstamo, prenda, etc.).

[17] VÁSQUEZ BOTE: «Sobre la delimitación de la Materia Mercantil», *revista Chilena de Derecho*, 1995, vol. 22, núm. 3, pág. 449.

[18] Surge aquí el interesante debate de si cuando una empresa adquiere bienes o contrata servicios para poder ejercer su tráfico está actuando o no como comerciante. Hay quienes consideran que cuando la empresa adquiere para su propio consumo está atendiendo al valor de uso y no al valor de cambio, y que, por tanto, ha de considerarse que actúa bajo las disposiciones del derecho civil y no del mercantil. Nosotros, sin embargo, consideramos que se regirán en este punto también por las normas mercantiles, no tanto, como han dicho algunos autores, porque el precio de los bienes o servicios adquiridos para el consumo de la empresa se repercuta en el precio final del producto que la empresa consumidora lanza al mercado, que también, sino porque este consumo es una actividad accesoria a la principal, que es el tráfico mercantil de la empresa, es decir, la atención al valor de uso es accesoria a la atención al valor de cambio.

[19] También se ha discutido en la doctrina si las sociedades que tienen por objeto la compraventa de bienes inmuebles tienen carácter mercantil. Ha habido autores que han sostenido que no, pues el art. 325 del Código de Comercio restringe la compraventa mercantil a los bienes muebles. Sin embargo, hoy la mayoría de la doctrina, incluso la DGRN en R. de 31 marzo 1997, entiende que este precepto ha de ser interpretado progresivamente, teniendo en cuenta, como hemos dicho antes, que la actividad propia del comerciante de finales del siglo XIX se circunscribía al tráfico de bienes muebles, cosa que no puede predicarse del empresario de nuestros tiempos, una de cuyas actividades más significativas en el mercado es la especulación inmobiliaria, la construcción, promoción, etc.

No obstante, como hemos advertido antes, en la sistemática de nuestro trabajo seguiremos la tesis mayoritaria conforme a la cual cabe que la empresa familiar se configure como una sociedad civil, no solo como una sociedad mercantil.

IV. LA EMPRESA FAMILIAR COMO SOCIEDAD CIVIL

Se constituirán como sociedades civiles aquellas empresas que, conforme a los criterios que antes hemos reseñado, se entiende mayoritariamente que carecen de carácter mercantil, en general; como hemos dicho antes, aquellas empresas dedicadas a la actividad agrícola, ganadera, pesquera, artesanal, así como las consagradas al ejercicio de profesiones liberales.

Conforme al artículo 1.671 CC, «*la sociedad puede ser universal o particular*». A nuestro modo de ver, en la empresa familiar, aunque la vinculación patrimonial entre sus miembros es grande, no llega a tanto como para comprender «todos los bienes presentes o todas las ganancias», como dice el artículo 1.672 CC. Lo habitual es que en las empresas familiares sean comunes en la familia los elementos patrimoniales adscritos a la empresa y no todos los bienes de cada uno de sus componentes, lo cual parece más propio de grupos que han decidido poner absolutamente todo en común, siendo el aspecto patrimonial simplemente uno más a tener en cuenta, como pudiera ser una comunidad cenobítica o un grupo de similares características. Parece que si la empresa familiar se configura como sociedad civil, el tipo más idóneo será el de la sociedad particular. Así, conforme al artículo 1.678, «*la sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso o sus frutos, o una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte*».

La sociedad civil, como persona jurídica, responde con su propio patrimonio de las obligaciones que tuviere. Los socios tendrán una responsabilidad personal, ilimitada y solidaria respecto de las obligaciones contraídas por la sociedad frente a terceros, como se deduce, *a sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 1698 del CC, que habla de la responsabilidad solidaria[20] de los «(…) socios (…)». Esta es una diferencia capital entre la sociedad civil y las sociedades mercantiles personalistas, como veremos, respecto de las sociedades capitalistas, en que no se extiende a los socios la responsabilidad por las deudas sociales.

[20] Es dudoso si esta solidaridad es interna o externa y, por tanto, si la responsabilidad de los socios es o no subsidiaria respecto de la sociedad y, en consecuencia, si existe o no, en favor de los socios, un beneficio de excusión por deudas de la sociedad. Salvo opinión mejor fundada, consideramos que, a diferencia de lo que ocurre en la compañía colectiva, como veremos más adelante, los socios responden solidariamente de las obligaciones de la sociedad con los terceros, pues en ningún momento se restringe esta solidaridad al ámbito interno, a lo que hay que añadir que los artículos 1.697 y 1.698 están ubicados en la Sección 2.ª, Capítulo II, Título VII del Libro IV del Código Civil, sección consagrada a la regulación de *«las obligaciones de los socios para con un tercero»*.

En cuanto a la administración, el CC consagra a la regulación de la administración de la sociedad los artículos 1.692 a 1.695 y el artículo 1.697, a pesar de su ubicación sistemática. En cuanto a quién puede ser nombrado administrador, el CC parece dar por hecho que el administrador siempre será socio, como resulta de los artículos antes citados, a diferencia de lo establecido en nuestro derecho respecto de las sociedades mercantiles, que establece expresamente que la administración podrá ser asumida por un no socio. Ahora bien, no hay precepto ninguno que prohíba que el administrador de una sociedad civil no sea socio, de manera que, a nuestro juicio, debe admitirse dicha posibilidad en virtud del principio de la autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1.255 CC.

El artículo 1.692 del CC establece que: «*el socio nombrado administrador en el contrato social puede ejercer todos los actos administrativos; sin embargo, de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima.*

El poder otorgado después del contrato, sin que en éste se hubiera acordado conferirlo, puede revocarse en cualquier tiempo».

La irrevocabilidad del administrador nombrado en el contrato social —o después cuando se hubiere previsto en dicho contrato el nombramiento— establecido en este precepto puede resultar extraña si la observamos desde el prisma de las sociedades mercantiles capitalistas, en que se establece una regulación de los cambios en la administración social como una de las competencias de la Junta general, pero si bien se mira parece que es lo más acorde con el principio de irrevocabilidad y obligatoriedad de los contratos, establecido en los artículos 1.091 y 1.258 y concordantes del CC. El administrador lo será mientras no se nove el contrato social por acuerdo de todos los otorgantes, salvo causa legítima. Esta excepción a la irrevocabilidad del nombramiento parece preverse para el caso de que efectivamente exista y, eventualmente, el socio nombrado administrador se resista a ser removido del cargo.

El artículo 1.693 CC establece una presunción de solidaridad[21] en el caso de que hayan sido nombrados dos o más administradores, estableciéndose que «*(…) cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal*». Igual presunción y derecho de oposición se establece en la regla 1.ª del artículo 1.695 CC para el caso de que no se haya estipulado en el contrato social el modo de administrar.

El ejercicio de este derecho de oposición no parece que haya de estar amparado en una causa legítima, salva siempre la buena fe, ni está sujeto a ninguna

[21] El derecho de oposición, sin embargo, parece que establece un elemento de mancomunidad, no respecto de terceros, pero sí en el plano interno de la sociedad.

forma ni solemnidad. Se trata de una declaración de voluntad recepticia hecha por el administrador disidente «*antes de que la decisión adoptada produzca efecto legal*». Entendemos que con esta expresión se quiere referir el Código a que deberá ejercitarse antes de que la sociedad quede obligada con un tercero por virtud del acto de administración de que se trate. La eficacia de este derecho de oposición parece exigir implícitamente la obligación de los administradores, salvo imposibilidad o perjuicio inminente para la sociedad, de tener informados a los otros administradores de los actos de administración social mediante los cuales vaya a quedar obligada la sociedad que se proponga ejecutar, así como el deber de abstenerse de ejecutarlos en caso de que se ejercite el derecho de oposición por alguno de los otros administradores. A nuestro juicio, la voluntad manifiesta de uno de los socios de vulnerar este derecho de oposición permite al administrador solicitar del juez competente la adopción de las medidas cautelares que sean necesarias o, llegado el caso, la remoción del administrador si se aprecia causa legítima, así como la indemnización de los daños y perjuicios eventualmente causados a la sociedad.

Por otro lado, el artículo 1.695 establece que «*cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observarán las reglas siguientes: (…) 2.ª Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según costumbre de la tierra, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, o de tal modo que impida el uso a que tienen derecho sus compañeros. 3.ª Todo socio puede obligar a los demás a costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes. 4.ª Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil a la sociedad*». Respecto de la regla 4.ª, no creemos que sea aplicable más que en el supuesto de hecho contemplado, es decir, en caso de que no se haya estipulado el modo de administrar, pues se trata de un precepto limitativo de las facultades de los administradores que debe ser interpretado también restrictivamente, y porque si los socios han previsto un modo de organizar la administración en el contrato social y no han establecido ellos mismos esta limitación, a nuestro juicio hay que entender que es porque no han querido establecerla.

En cuanto a la capacidad para ser administrador de la sociedad, nada se dice sobre ello en el CC. A nuestro juicio se aplicará el régimen general establecido en el Código Civil respecto de la capacidad para contratar, pudiendo el menor emancipado ser administrador de la sociedad a pesar de que la RDGRN de 24 de febrero de 1986 diga lo contrario, lo cual resulta, *a sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 213 TRLSC: «*(…) no pueden ser administradores los menores de edad no emancipados (…)*», y porque el artículo 323 CC tampoco lo prohíbe.

En cuanto a los elementos reales se refiere, el elemento real por excelencia de toda sociedad, en el momento de su constitución, es el denominado fondo común. En la sociedad civil, como en las mercantiles personalistas en distinta medida, es

posible la aportación de dinero, bienes o industria, ex art. 1.665 CC. Esto constituye una gran ventaja cuando se trata de empresas familiares de pequeño o medio tamaño, pues posibilita la entrada como socios de familiares que no tienen dinero o bienes que aportar, como son generalmente los hijos. Aunque cada familia y, por tanto, cada empresa familiar es un mundo con sus propias características; a nuestro modo de ver, la inclusión como socios industriales de los hijos que trabajan en la empresa aumenta la cohesión de la familia empresaria y la implicación de estos miembros de la familia en la empresa, en mayor medida que si se los integra como trabajadores asalariados.

La naturaleza jurídica del acto de puesta en común del activo que forme el fondo común, es decir, del negocio de aportación social, dependerá de los elementos que lo constituyan. Cuando se trata de dinero o bienes, la doctrina es unánime en considerarlo un acto de disposición, en concreto de un acto semejante en todo a la enajenación, así, v. gr., STS de 13 de diciembre de 1982 y otras; y ello a pesar de que la DGRN en R. de 27 de julio de 1917[22] entendieron que se trata de un acto, no de enajenación, sino de comunicación de bienes.

En cuanto a los elementos personales, entendemos que el socio deberá reunir los requisitos establecidos en el Código Civil respecto de la capacidad para contratar y respecto de la capacidad de disponer, toda vez que, como hemos dicho, el acto de aportación de bienes o dinero al patrimonio social se asimila a la enajenación.

Entendemos que el menor de edad no emancipado no podrá, por sí solo, sin la intervención de sus representantes legales, ser socio industrial, aunque pueda trabajar y administrar los bienes obtenidos con su trabajo o industria, como establece el artículo 164.3.º CC. Ni siquiera en el caso de que en el contrato social se establezca que el socio de industria no tendrá responsabilidad alguna en las pérdidas, tal y como permite el artículo 1.692 CC, pues aunque no le afecten las pérdidas, sí le afectarán —personal, solidaria e ilimitadamente— las deudas que la sociedad haya contraído con terceros, y aunque se entienda que la eximente prevista en el citado artículo le permitiera repetir las cantidades satisfechas a terceros a los demás socios, esta extensión de responsabilidad implica un riesgo para el patrimonio del menor que, a nuestro juicio, éste no puede asumir sin la intervención de sus representantes legales.

En cuanto a la forma de constitución, una de las ventajas de la sociedad civil es la de la sencillez de los trámites para su constitución. En general, el Código Civil consagra el principio de libertad de forma para el otorgamiento del contrato de sociedad. Así lo establece el artículo 1.667 CC. No obstante, el propio art. 1667

---

[22] Por Gomá Salcedo, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral, tomo II*, Bosch, Barcelona, 2010, 2.ª ed., pág. 1771.

CC establece que «*la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma*, *salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública*»; el art. 1.668 CC dice que «*es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura*». Sorprendentemente, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia entiende el requisito de constancia en escritura pública, establecido en estos preceptos, tiene carácter «ad probationem» o «ad utilitatem» y no «ad solemnitatem», debiéndose reconducir la exigencia formal del art. 1.667 CC al régimen establecido con carácter general en el art. 1.280 CC[23]. CAPILLA RONCERO se muestra contrario a esta tesis porque entiende que «hay que entender que realmente el legislador quiso exigir la escritura pública como requisito esencial para la validez de las sociedades sobre inmuebles, probablemente porque supone que la sociedad sirve para encubrir donaciones»[24]. Sea como fuere, nos sorprende el criterio mayoritario aunque solo sea por el tenor literal de los artículos mencionados, especialmente el art. 1.668 CC, que comienza diciendo «será nulo (…)». En todo caso, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en el contrato de sociedad civil rige el principio de libertad de forma, con la excepción de la exigencia con carácter «ad probationem» de escritura pública cuando se aportaren a la sociedad bienes inmuebles. Por descontado, el hecho de que en este ámbito no sea obligatorio el otorgamiento de escritura pública, no quiere decir que no sea muy recomendable, debido a los potentes efectos y ventajas que reporta. Por lo demás, la inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad civil solamente parece posible en los supuestos en que una Ley especialmente lo establezca, como diremos posteriormente respecto de la sociedades profesionales; y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, letra a), del RRM, toda vez que el artículo 269 bis del RRM, que regulaba la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil con carácter general, ha sido derogado por STS de 24 de febrero de 2000.

Conectando de nuevo con la problemática de la aportación de bienes inmuebles a la sociedad civil, que comentábamos en el párrafo anterior, surge la espinosa cuestión de la inscribibilidad de bienes inmuebles a nombre de la sociedad civil en el Registro de la Propiedad, lo cual está íntimamente ligado a la cuestión acerca de la adquisición de personalidad jurídica por la misma sociedad civil. Si no se considera que la sociedad civil tenga personalidad jurídica propia distinta de la de cada uno de los socios, parece que, salvo que la Ley especialmente lo determine —cosa que por el momento, no hace—, los bienes inmuebles aportados a ella deberán constar no a nombre de la sociedad civil a que los inmuebles se hayan aportado, sino al de los socios. Por el contrario, si se considera que la sociedad

---

[23] Así lo denuncia GOMÁ SALCEDO citando las SSTS de 5 de mayo de 1986, de 9 de octubre de 1987 y 8 de mayo de 1997, obra cit.

[24] Por GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral,* tomo II, Bosch, Barcelona, 2010, 2.ª ed., pág. 1772.

civil tiene personalidad jurídica, los bienes inmuebles a ella aportados deberán inscribirse a su nombre en el Registro de la Propiedad. La cuestión ha sido controvertida; de hecho, un sector minoritario de la doctrina ha sostenido que para que las sociedades civiles adquirieran personalidad jurídica es necesario que cumplan los requisitos establecidos para ello respecto de las sociedades mercantiles, como dice de manera casi literal la DGRN en R. de 25 de junio de 2012. No obstante, y como ya hemos expresado más arriba, compartimos la opinión mayoritaria de que, salvo que otra cosa determine la Ley, la sociedad civil adquiere su personalidad jurídica cuando desde un punto de vista fáctico se presenta en el tráfico jurídico como un sujeto de derechos y obligaciones (los que pueda titular por su naturaleza, evidentemente) distinto de sus socios, como parece indicar *a sensu contrario* el artículo 1.669 CC: «*no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes*», puesto en conexión con lo dispuesto en los artículos 35.2 y 36 CC. A este argumento cabe añadir otros de índole sistemática, lógica, histórica y sociológica expuestos en la DGRN en R. de 14 de febrero de 2001, que hacemos nuestros, R. a la que nos remitimos para un análisis exhaustivo de la cuestión[25].

Expuesto todo lo anterior, hay que decir que en muchas ocasiones los operadores del mercado, entre otros las empresas familiares, aun cuando lo que pretenden es desarrollar una actividad mercantil, es decir, teniendo objeto mercantil de conformidad con la opinión mayoritaria y la nuestra antes expuesta, suelen recurrir, por una falsa concepción de la comodidad y de la economía (pan para hoy y hambre para mañana) a la figura de la sociedad civil porque no requiere, obligatoriamente, el otorgamiento de escritura pública —salvo en los supuestos y con los efectos mayoritariamente aceptados de que se aportaren a la sociedad civil bienes inmuebles, ex arts. 1.667 y 1668 CC—, ni se ha de inscribir en el Registro Mercantil. El problema con que se encuentran estas sociedades civiles con objeto mercantil, entre muchos otros, es el de que cuando adquieren bienes inmuebles, mediante aportación social o mediante transmisión onerosa por título distinto, no pueden inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, conforme a doctrina reiterada de la DGRN, Res. de 13 de diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997.

---

[25] En este mismo sentido Consulta de la Dirección General de Tributos de 8 de junio de 2015, RDRGN de 30 de agosto de 1892, RDRGN 3 de febrero de 1898, sentencia del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 7 de febrero de 2013; SAP de Zaragoza de 27 de diciembre de 2012, todas ellas citadas por el notario don Joaquín ZEJALBO MARTÍN (q. D. g.) en sus artículos publicados en las ss. URL: https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-sociedad-civil.htm y https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/sentencias-fiscal/la-sociedad-civil-no-inscrita-tiene-personalidad-juridica-segun-la-direccion-general-de-tributos/, en las que se citan las opiniones en contrario de los autores reseñados en la anterior nota al pie, así como la R. de 25 de junio de 2012.

En este ámbito constituyen una excepción las sociedades profesionales constituidas sociedades civiles, se han de constituir en escritura pública y se han de inscribir en el Registro Mercantil. Así, conforme al art. 1.2 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, «*las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley*» y conforme al art. 8 de la misma ley «*la escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica*».

En cuanto a la transmisión del interés del socio en la sociedad civil, conforme al artículo 1.696 CC: «*cada socio puede por sí solo asociarse un tercero en su parte; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador*».

En cuanto a la extinción de la sociedad, se regula en los artículos 1.700 a 1.708 CC. Conforme al artículo 1.700:

«*La sociedad se extingue:*

1.º Cuando expira el término por que fue constituida.

2.º Cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto.

3.º Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios y en el caso previsto en el artículo 1.699.

4.º Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707.

Se exceptúan de lo dispuesto en los números 3.º y 4.º de este artículo las sociedades a que se refiere el artículo 1.670, en los casos en que deban subsistir con arreglo al Código de Comercio.»

En sede de empresas familiares, la causa 3.ª parece la más relevante. En relación con ella, dispone el artículo 1.704 CC que «*es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido solo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día.*

Si el pacto fuera que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el número 4.º del artículo 1.700».

A modo de conclusión de este apartado, diremos que la sociedad civil es hoy una figura marginal en la práctica jurídica española y que, como tal, presenta grandes problemas a la hora de aplicar su régimen jurídico.

Por otro lado, su regulación en el Código Civil presenta una gran indefinición en aspectos fundamentales, especialmente en lo que a la gestión y administración social se refiere. Precisamente, en la regulación de este apartado el Código es muy confuso al utilizar términos como «poder» o «mandato» —artículos 1.692 y 1.696 CC— para referirse a la legitimación de los administradores para obligar a la sociedad. En nuestra opinión ello es fruto de la confusión existente en este campo en el Código en su conjunto, que confunde habitualmente el contrato de mandato, el apoderamiento, y el instituto de la representación. A nuestro juicio, y a pesar de la confusión enunciada, los artículos 1.692, 1.695, 1.697 y 1.698 CC aluden a la representación orgánica de la sociedad civil, pues interpretados en su contexto parecen siempre conectados con la regulación de la administración social. Esta indefinición nos lleva en muchas ocasiones a aplicar analógicamente preceptos establecidos para las sociedades mercantiles, especialmente las capitalistas, lo cual presenta el peligro de mezclar regímenes jurídicos que obedecen a principios configuradores muy distintos. También existe una gran indefinición en lo que al ejercicio y efectos del derecho de oposición de los administradores se refiere. Si a todo esto se añade que normalmente el contrato de sociedad civil suele formalizarse privadamente, sin el asesoramiento ni la pericia jurídica que ofrece la intervención del notario, el panorama puede presentarse verdaderamente inseguro.

Otra desventaja de la sociedad civil podría ser la gran rigidez que presenta para el cambio de su órgano de administración, así como la ausencia de una regulación del derecho de información de los socios, que deberá regirse de manera indefinida por los postulados de la buena fe e interdicción del abuso del derecho, conforme a lo establecido en el artículo 7 CC.

Desde el punto de vista de los socios, constituye asimismo una gran desventaja la extensión a ellos —personal, ilimitada y solidariamente— de la responsabilidad por deudas de la sociedad, si bien hay que admitir que dicha extensión también aumenta la solvencia de la sociedad y, por tanto, hará aumentar su operatividad en el tráfico, lo cual es especialmente importante en pequeñas empresas, entre ellas muy señaladamente las familiares, que comienzan su andadura empresarial.

Por otra parte, en sede empresas familiares, como hemos estudiado anteriormente, un elemento fundamental es la voluntad de continuidad de la empresa en la familia y de la familia en la empresa generación tras generación. El régimen de extinción de la sociedad civil enunciado anteriormente es un claro enemigo de la continuidad de la empresa familiar cuando establece en el artículo 1.700.4.º CC

«*que la sociedad se extinguirá por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707*», potestad inderogable mediante pacto en contrario, como parece deducirse del último párrafo del artículo 1.704 CC y del párrafo primero del artículo 1.705 CC, *a sensu contrario*: «*la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio (…)*».

La sociedad civil es un tipo social que presenta como aparentes ventajas la ausencia de solemnidades, trámites y gastos para su constitución. Sin embargo, lo que se presenta como una ventaja resulta que no es tal, pues la ausencia en su constitución de mecanismos de seguridad jurídica preventiva, fundamentalmente la escritura pública, provoca en muchas ocasiones pleitos que se hubieran podido evitar fácilmente gracias a la intervención notarial y que ocasionan infinitamente ser más gravosos que los honorarios del notario.

Ahora bien, una ventaja que presenta la sociedad civil, al igual que las sociedades mercantiles personalistas, es la posibilidad de hacer aportaciones de industria, las cuales, a pesar de la dificultad que supone su determinación económica, en nuestra opinión son un elemento de cohesión muy fuerte en la empresa familiar, pues permite, como antes hemos dicho, que los familiares más jóvenes, normalmente sin medios económicos para aportar otra cosa que no sea su ingenio y fuerza de trabajo, se integren en la empresa familiar, considerándola como algo suyo en acto y no en potencia, a la espera de un futuro remoto en el que se supone que van a suceder a sus ascendientes en la titularidad de la empresa familiar.

Para terminar, diremos que, en nuestra opinión, la sociedad civil es un tipo societario que conviene evitar, si es posible hacerlo, por todas las desventajas antes enunciadas.

*Para un estudio más profundo de la sociedad civil en cuanto forma a adoptar para las empresas familiares, nos remitimos al capítulo * de esta obra colectiva*.

V. LA EMPRESA FAMILIAR COMO SOCIEDAD MERCANTIL PERSONALISTA: SOCIEDAD COLECTIVA O COMANDITARIA

A continuación haremos un breve estudio de las sociedades colectiva y comanditaria en relación a la empresa familiar.

La sociedad se puede definir «*como aquella sociedad personalista que llevará a cabo una actividad mercantil, actuando en nombre colectivo y bajo el prin-*

cipio de la responsabilidad personal, ilimitada, subsidiaria y solidaria de los socios por las deudas sociales»[26].

La sociedad o compañía colectiva, o regular colectiva, es el tipo social básico para el Código de Comercio. Está concebida como el prototipo de sociedad mercantil, cuya regulación ha de entenderse supletoria para el resto de las sociedades mercantiles. No obstante, las estadísticas del Registro Mercantil demuestran que el propósito del Código Civil no va parejo con la realidad jurídica española y cada vez son menos las compañías colectivas que hoy se constituyen y muchas de las constituidas terminan transformándose en sociedades limitadas o anónimas.[27]

La sociedad colectiva tiene probablemente su origen en la familia, como continuación de la comunidad formada por los herederos de un comerciante[28], lo cual la sitúa en una relación muy estrecha respecto de la empresa familiar.

A continuación vamos a tratar brevemente del régimen de responsabilidad de los socios y de la administración de la sociedad colectiva.

En cuanto al régimen de responsabilidad de los socios por deudas sociales en la sociedad colectiva es, como en el caso de la sociedad civil, personal, solidaria e ilimitada, como resulta de lo dispuesto en el artículo 127 CCom: «*todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla*» nos remitimos aquí a lo dicho respecto de la sociedad civil en cuanto a la responsabilidad de los socios industriales, aún cuando se les haya eximido de toda participación en las pérdidas, lo cual permite, en la sociedad colectiva, el artículo 141 CCom.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, en la compañía colectiva parece claro el carácter interno —entre los socios— de esta solidaridad. La responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales se establece como subsidiaria merced al derecho de excusión establecido en el artículo 237 CCom: «*Los bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social*».

---

[26] GARCÍA-CRUCES, J. A: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 55.

[27] SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: *Instituciones de Derecho Mercantil,* volumen I, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 37 ed., págs. 372-373.

[28] SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILART: *Instituciones de Derecho Mercantil,* volumen I, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 37 ed., pág. 372.

En cuanto a la administración de la compañía colectiva, a diferencia del Código Civil, que ni plantea la cuestión respecto de la sociedad civil, el Código de Comercio, respecto de la sociedad colectiva, admite indirectamente que en el contrato social, o posteriormente mediante el consentimiento de todos los socios, sea nombrado administrador un no socio. Conforme al artículo 143 CCom: «*ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocaren en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios*».

En cuanto a la revocabilidad del nombramiento del administrador, establece el artículo 132 CCom: «*cuando la facultad privativa de administrar y de usar de la firma de la compañía haya sido conferida en condición expresa del contrato social, no se podrá privar de ella al que la obtuvo; pero si éste usare mal de dicha facultad, y de su gestión resultare perjuicio manifiesto a la masa común, podrán los demás socios nombrar de entre ellos un coadministrador que intervenga en todas las operaciones, o promover la rescisión del contrato ante el Juez o Tribunal competente, que deberá declararla, si se probare aquel perjuicio*». Como vemos, se establece un sistema similar al de la sociedad civil: se dice expresamente que la revocación del nombramiento —«*rescisión del contrato*», dice el CCom en terminología impropia, a nuestro modo de ver— corresponde al órgano jurisdiccional competente (como no podría ser de otra manera en ausencia de acuerdo de todos los socios), añadiéndose en la sociedad colectiva la posibilidad de nombrar un coadministrador.

En cuanto a la forma de ejercicio de la administración social, dispone el artículo 129 CCom: «*si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad*», a lo que añade el artículo 130 CCom: «*contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse, no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeren respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren*». Se establece pues una presunción de mancomunidad en la administración social, salvo que el contrato social otra cosa determine. Ahora bien, se trata de una mancomunidad limitada a los administradores «presentes», de manera que no habrá que «poner de acuerdo» a los ausentes, entendemos que a salvo siempre la buena fe. En cuanto a este «ponerse de acuerdo» parece que, conforme al artículo 130 CCom, no será necesario recabar el acuerdo de todos los socios presentes para cada acto que obligue a la sociedad, sino, más bien, no realizar ninguno de estos actos en contra de la voluntad manifiesta de alguno de los administradores. Por otra parte, esta mancomunidad se restringe al ámbito interno de la sociedad; frente a los terceros se establece la solidaridad, conforme al artículo 130 CCom.

En cuanto a la capacidad para ser administrador, nos remitimos a lo dicho respecto de las sociedades civiles.

En cuanto al derecho de información de los socios, dispone el artículo 133 CCom que «*en las compañías colectivas, todos los socios, administren o no, tendrán derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad, y a hacer, con arreglo a los pactos consignados en la escritura de la sociedad o las disposiciones generales del Derecho, las reclamaciones que creyeren convenientes al interés común*».

Respecto de los elementos personales y reales, no existen diferencias reseñables respecto de lo que hemos dicho en el apartado de la sociedad civil que interese resaltar en este trabajo. Debemos señalar que en la sociedad colectiva, al igual que en la sociedad civil, es posible la aportación de industria.

En cuanto a la transmisión del interés que cada socio tenga en la sociedad colectiva dispone el artículo 143 CCom que: «*ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le tocaren en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios*».

En cuanto a la forma de constitución, la compañía colectiva deberá constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil conforme al artículo 119 CCom. Dispone el artículo 125 CCom: «*La escritura social de la compañía colectiva deberá expresar:*

— *El nombre, apellido y domicilio de los socios.*

— *La razón social.*

— *El nombre y apellido de los socios a quienes se encomiende la gestión de la compañía y el uso de la firma social.*

— *El capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos o de las bases sobre que haya de hacerse el avalúo.*

— *La duración de la compañía.*

— *Las cantidades que, en su caso, se asignen a cada socio gestor anualmente para sus gastos particulares.*

— *Se podrán también consignar en la escritura todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer*».

A la vista del artículo 119, parece que para el CCom la escritura púbica y la inscripción en el Registro Mercantil son requisitos formales equiparables. Asimismo, la jurisprudencia parece que interpreta la exigencia formal contenida en este precepto como un requisito *«ad utilitatem»*, pero no «ad solemnitatem»[29]. Ambas afirmaciones son en nuestra opinión discutibles.

La escritura pública o documento público de que se trate precede siempre a la inscripción en el Registro Mercantil[30], de manera que para que se produzcan los efectos de la inscripción[31] tiene que haber escritura social. Esto no ocurre al revés. A nuestro juicio, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades civiles, en que el elemento atributivo de la personalidad jurídica es el darse a conocer en el tráfico como un sujeto distinto de cada uno de los socios que la integran, en las sociedades colectivas y mercantiles en general, el elemento atributivo de personalidad jurídica es su constitución en escritura pública y no la suma de constitución en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

El principal argumento en favor de la anterior afirmación es el régimen jurídico previsto para la «sociedad en formación» en sede de sociedades capitalistas, perfectamente aplicable por analogía al resto de sociedades mercantiles. Los artículos 36 a 40 TRLSC regulan la «sociedad en formación», en concreto el régimen de responsabilidad por los actos efectuados en nombre de la sociedad durante el período comprendido entre el otorgamiento de la escritura de constitución y la inscripción en el Registro Mercantil y el régimen jurídico de la «sociedad irregular», que es aquella en la que se verifica o se presume la voluntad de no inscribir la sociedad en dicho Registro. El artículo 37.1 LSC establece que «*por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere*» y añade el art. 37.3 LSC: «*salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos*».

---

[29] *Sent. AP* Madrid, 23, de octubre de 2009, entre otras.

[30] Art. 18.1 CCom.

[31] Además de los importantes efectos que la inscripción en el Registro Mercantil produce por sí misma, existen actos que la sociedad solamente puede realizar con plenitud de efectos si está inscrita en el Registro Mercantil. Así, por ejemplo, sin la inscripción en el Registro Mercantil no podrá surtir efectos frente a terceros la disolución de la compañía, ex artículo 226 CCom, ni desaparecerá frente a terceros la responsabilidad del socio excluido, ex artículo 220 CCom, ni será posible con plenos efectos la emisión de obligaciones de compañías de crédito o de ferrocarriles y obras públicas, ex artículos 176 y 186 CCom, respectivamente.

Estos preceptos atribuyen a la sociedad no inscrita capacidad jurídica para tener patrimonio, para adquirir derechos y asumir obligaciones, lo cual implica considerarla una persona a ojos del derecho. El régimen de la sociedad en formación se establece como una excepción o modulación del requisito imperativo de otorgamiento de escritura fundacional e inscripción en el Registro Mercantil para que la sociedad pueda adquirir personalidad jurídica. Ahora bien, de la literalidad de estos preceptos también se deduce que para el legislador es un presupuesto necesario de la aplicación de este régimen excepcional la constitución de la sociedad en escritura pública, de manera que la sociedad que no se haya constituido en escritura pública no tendrá un patrimonio, ni derechos ni obligaciones. En definitiva, no tendrá personalidad jurídica.

Una cuestión muy tratada por la doctrina desde que se modificara la LSA para implantar la vigente regulación de la sociedad en formación es la de la inscribibilidad de los bienes pertenecientes a la sociedad en formación en el Registro de la Propiedad. El artículo 383 del Reglamento Hipotecario establece que «*no podrá practicarse a favor de sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil (…)*». Este precepto, anterior a la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas por leyes 56/2007 y 3/2009 en lo que a este régimen se refiere, responde a una concepción de la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil atributiva de personalidad jurídica. Conforme a este precepto, las sociedades mercantiles no inscritas no son personas jurídicas, de manera que no se puede inscribir bienes a su nombre en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, esta concepción no se puede sostener al día de hoy porque entra en clara contradicción con lo dispuesto en la Ley. A nuestro modo de ver, el párrafo I del artículo 383 RH debe considerarse derogado por entrar en contradicción con una norma de rango superior, ex artículos 9.3 de la Constitución Española y 1.2 CC.

Otro argumento en favor de la tesis de que el elemento atributivo de personalidad jurídica de las sociedades mercantiles es la escritura pública y no la inscripción en el Registro Mercantil es lo dispuesto en el artículo 39 TRLSC, que dice que «*una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones*». Es decir, para el legislador, las sociedades capitalistas no pueden funcionar como tales sociedades capitalistas cuando se verifique «*la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción*» —probablemente porque la no extensión a los socios de la responsabilidad por deudas de la sociedad de capital exige la mayor publicidad posible de su estructura orgánica—, pero se considera como perfectamente natural que funcionen como

sociedades colectivas o civiles, las cuales es indudable que gozan de personalidad jurídica, a pesar de no estar inscritas en el Registro Mercantil.

Finalmente diremos que, a diferencia de lo que ocurre respecto de la inscripción en el Registro Mercantil, como hemos visto, en el caso de la escritura pública, tanto el Código de Comercio como el TRLSC, en todos los preceptos que hemos reseñado anteriormente, siempre prevé la constitución de la sociedad en escritura pública para que la sociedad mercantil pueda funcionar como persona jurídica.

Por otra parte, hemos dicho antes que la jurisprudencia no parece considerar ni el otorgamiento de escritura pública, ni la inscripción en el Registro Mercantil como requisitos formales atributivos de la personalidad jurídica. En efecto, en diversas sentencias y resoluciones se habla de que determinadas comunidades de bienes son en realidad sociedades colectivas «irregulares» —por falta de escritura social en inscripción— que sin embargo gozan de personalidad jurídica, de manera que tendrán un patrimonio, derechos y obligaciones[32]. En nuestra opinión esta postura, a pesar de estar relativamente extendida, no es acertada. No lo es, en primer lugar, porque la atribución de personalidad jurídica siempre tiene que estar asociada a una forma de publicidad en el tráfico jurídico legalmente determinada. En las sociedades civiles la publicidad atributiva de la personalidad jurídica es «publicidad de hecho», es decir, darse a conocer en el tráfico jurídico como tal sociedad. Sin embargo, en las sociedades mercantiles el medio de publicidad atributivo de la personalidad jurídica previsto por la Ley es la escritura pública, como hemos tratado de demostrar anteriormente. En segundo lugar, parece que esta doctrina olvida que la aplicación del régimen de la comunidad de bienes es una sanción, no un premio, para aquellas sociedades que no cumplen los requisitos de publicidad atributivos de personalidad jurídica previstos por la Ley. Así, en sede de sociedades civiles, el artículo 1.669 CC establece esta sanción para aquellas sociedades civiles que no se dan a conocer como tales en el tráfico por mantener secretos sus pactos entre los socios y contratar cada uno de éstos en su propio nombre con los terceros.

En cuanto a la extinción de la sociedad colectiva, se regula en los artículos 218 a 238 CCom. En cuanto a la empresa familiar interesa, dispone el artículo 222 CCom que «*las compañías colectivas y en comandita se disolverán además (…) por la muerte de uno de los socios colectivos, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto, o de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes*». Añade el artículo 224 CCom que «*en las compañías colectivas o comanditarias por tiempo indefinido, si alguno de los socios exigiere su disolución, los demás no podrán oponerse sino por causa de mala fe en el que lo proponga. «Se entenderá que un socio obra de mala*

[32] *Sent. AP,* Madrid, 23-X-2009, entre otras.

fe cuando, con ocasión de la disolución de la sociedad, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la Compañía» y dispone el artículo 225 CCom que «*el socio que por su voluntad se separase de la Compañía o promoviere su disolución no podrá impedir que se concluyan del modo más conveniente a los intereses comunes las negociaciones pendientes, y mientras no se terminen no se procederá a la división de los bienes y efectos de la Compañía*».

En cuanto a la sociedad comanditaria o compañía en comandita, se trata de un tipo social que es básicamente el mismo que la sociedad colectiva con una sola diferencia, aunque de grandísima importancia: la existencia en la compañía de dos clases de socios, los socios colectivos, como en la colectiva, y los socios comanditarios, que se caracterizan porque su responsabilidad por las deudas sociales «*quedará limitada a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en la comandita*», ex artículo 148 CCom. En el socio comanditario nada importan sus cualidades personales, únicamente importa el aspecto patrimonial, es un socio capitalista. En la sociedad comanditaria se produce una cierta hibridación entre las sociedades personalistas y capitalistas, que sin embargo no hace perder a la sociedad comanditaria el carácter de sociedad personalista, pues el Código de Comercio parece contemplar a los socios comanditarios como una clase «residual» de socios en la compañía. Los socios fundamentales en la compañía en comandita son los socios colectivos, bajo cuya razón colectiva gira la sociedad, ex artículo 147 CCom, el cual prohíbe tajantemente a los socios comanditarios incluir su nombre en la razón social: «*(…) si algún comanditario incluyese su nombre o consintiese su inclusión en la razón social quedará sujeto, respecto a las personas extrañas a la compañía, a las mismas responsabilidades que los gestores, sin adquirir más derechos que los correspondientes a su calidad de comanditario*». Esta prohibición y su consiguiente sanción se establecen por el Código para evitar que se cree una falsa apariencia en el tráfico. Si se incluyera en la razón social de la compañía en comandita el nombre de uno o varios de los socios comanditarios se estaría generando en el tráfico una falsa expectativa en los terceros, pues para el Código de Comercio el elemento fundamental que lleva a los terceros a contratar con la sociedad comanditaria es el nombre de las personas que la «trabajan» y que en última instancia responderán de las deudas sociales, lo cual demuestra que para el Código de Comercio la sociedad comanditaria es una compañía netamente personalista con «matices» capitalistas.

Este carácter secundario de la clase de socios comanditarios se manifiesta, además de en que no pueden incluir su nombre en la razón social, en que no pueden intervenir en absoluto en la administración de la compañía conforme al artículo 148 CCom: «*(…) los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni aún en calidad de apoderado de los socios gestores*». Además se restringe el derecho de información de los socios comanditarios conforme al artículo 150 CCom: «*Los socios comanditarios no podrán examinar el estado y situación de la administración social sino en las*

épocas y bajo las penas que se hallen prescritas en el contrato de constitución o sus adicionales.

Si el contrato no contuviese tal prescripción, se comunicará necesariamente a los socios comanditarios el balance de la sociedad a fin de año, poniéndoles de manifiesto, durante un plazo, que no podrá bajar de quince días los antecedentes y documentos precisos para comprobarlo y juzgar de las operaciones». Nótese la diferencia entre el derecho de información de los socios colectivos establecido en el artículo 133 CCom y el que acabamos de exponer.

A modo de conclusión de este apartado, comenzaremos repitiendo que la sociedad colectiva —y aún más la comanditaria—, a pesar de ser el prototipo de sociedad mercantil para el Código de Comercio, es en la actualidad un tipo social muy poco frecuentado en la práctica, con los inconvenientes que ello conlleva, como hemos dicho en el apartado dedicado a la sociedad civil. Ahora bien, no cabe duda de que la sociedad colectiva tiene una regulación mucho más clara y exhaustiva que la sociedad civil. No presenta indefinición en la regulación de la administración y gestión de la sociedad, y la regulación de los elementos formales, sin ser la deseable, está mucho más perfeccionada que en el caso de la sociedad civil. Asimismo existe la posibilidad de la aportación de industria, como en la sociedad civil

No obstante, la sociedad colectiva tiene muchas de las desventajas de la sociedad civil. La rigidez para el cambio de administración solo está mínimamente atenuada respecto de lo establecido para la sociedad civil y, al igual que en la sociedad civil, su régimen de disolución, en concreto lo dispuesto en los artículos 224 y 225, no protege la continuidad de la empresa familiar.

En materia de responsabilidad de los socios por deudas sociales también existen las mismas desventajas que en la sociedad civil. Este régimen se puede paliar en cierta forma a través de la sociedad comanditaria.

En definitiva, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria son sociedades personalistas que, aunque son mucho más recomendables que la sociedad civil, no son adecuadas, a nuestro modo de ver, para la organización jurídica de la empresa familiar.

VI. LA EMPRESA FAMILIAR COMO SOCIEDAD COOPERATIVA

Conforme al artículo 1.1 de Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas: «*la cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y*

sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley».

Como enseña García Cruces[33], es dudoso que la sociedad cooperativa tenga carácter mercantil, pues éste ha sido negado unas veces y matizado en otras dicho carácter. No obstante, del precepto reseñado en el párrafo anterior resulta claro que las cooperativas realizan actividades empresariales encaminadas a satisfacer las necesidades de los cooperativistas y también con los terceros, ex artículo 4.1 LCoop.

Las sociedades cooperativas se pueden clasificar en función de su actividad, conforme establece el artículo 6.1 LCoop. Además se clasifican en cooperativas de primer grado o de segundo grado, que son las se constituyen por, al menos, dos cooperativas, aunque también pueden integrarse en calidad de socios otras personas jurídicas, públicas o privadas y empresarios individuales, hasta un máximo del cuarenta y cinco por ciento del total de los socios, así como los socios de trabajo, ex artículo 77.1 LCoop.

El régimen jurídico de las sociedades cooperativas se caracteriza por su dispersión normativa. Como hemos dicho, la jurisprudencia constitucional no considera, al menos plenamente, a la sociedad cooperativa como una sociedad mercantil, lo que hace que no pueda subsumirse la competencia de su regulación en el artículo 149.1.6.ª CE, atributivo de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil en favor del Estado. Esto ha conducido a que las Comunidades Autónomas hayan asumido la competencia de su regulación en sus respectivos ámbitos territoriales, de manera que la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, únicamente se aplicará a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, y a las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla., ex artículo 2 LCoop.

En cuanto a los elementos personales, salvo en aquellos supuestos en que por esta u otra Ley se establezcan otros mínimos, las cooperativas de primer grado deberán estar integradas, al menos, por tres socios. Las cooperativas de segundo grado deberán estar constituidas por, al menos, dos cooperativas, ex artículo 8 LCoop.

La Ley de Sociedades Cooperativas no regula requisitos de capacidad para ser socio de una sociedad cooperativa. No obstante, como dice García Cruces,[34] el

---

[33] García-Cruces, J. A: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 554.

[34] García-Cruces, J. A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 557 y 558.

socio cooperativista deberá poder desarrollar la actividad de producción que demande la cooperativa, caso de que se trate de una cooperativa de producción o poder necesitar de las prestaciones de la cooperativa, en el caso de la cooperativa de consumidores. Además, hay que tener en cuenta que para ser cooperativista será necesario que haya «sitio» para el socio cooperativista, pues en función de la dimensión empresarial de la cooperativa, ésta podrá delimitar el número de personas a las que ofrece sus prestaciones, o bien de aquéllas de las que demanda sus prestaciones. Los estatutos deberán determinar los requisitos que ha de reunir el socio cooperativista y el procedimiento de admisión, ex artículos 12.2 y 13 LCoop.

El artículo 15.2 LCoop regula las obligaciones que asumen los socios cooperativistas: cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 4 del artículo 17.b); participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus estatutos, pudiendo el Consejo rector, cuando exista causa justificada, liberar de dicha obligación al socio, en la cuantía que proceda y según las circunstancias que concurran; guardar secreto sobre aquellos asuntos y datos de la cooperativa cuya divulgación pueda perjudicar a los intereses sociales lícitos; aceptar los cargos para los que fueren elegidos, salvo justa causa de excusa; cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan y no realizar actividades competitivas con las actividades empresariales que desarrolle la cooperativa, salvo autorización expresa del Consejo rector.

La obligación de «*cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan*» entronca con los elementos reales de la cooperativa. El capital social estará constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios, que podrán ser aportaciones con derecho de reembolso en caso de baja o aportaciones cuyo reembolso, en caso de baja, pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo rector, ex artículo 45.1 LCoop. Las aportaciones de los socios al capital social se realizarán en moneda de curso legal. No obstante, si lo prevén los estatutos o lo acordase la asamblea general, también podrán consistir en bienes y derechos susceptibles de valoración económica, en cuyo caso el Consejo rector deberá fijar su valoración, previo informe de uno o varios expertos independientes, designados por dicho Consejo, sobre las características y el valor de la aportación y los criterios utilizados para calcularlo, respondiendo solidariamente los consejeros, durante cinco años, de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido, no obstante lo cual, si los estatutos lo establecieran, la valoración realizada por el Consejo rector deberá ser aprobada por la Asamblea general, ex artículo 45.4 LCoop. Se trata, por tanto, de aportaciones dinerarias o no dinerarias cuya naturaleza se equipara, como hemos dicho antes, a la enajenación, y respecto de cuyos requisitos de capacidad nos remitimos a lo que se ha dicho en los apartados anteriores. En las actividades de producción entendemos que la industria no se puede considerar como una aportación, sino como una obli-

gación a cumplir por cada socio cooperativista, en función de lo establecido en cada caso por los estatutos y la Ley.

En cuanto a la responsabilidad del socio cooperativista por las deudas sociales, la responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad, no obstante lo cual, el socio que cause baja en la cooperativa responderá personalmente por las deudas sociales, previa exclusión del haber social, durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja, hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social.

En cuanto a los órganos de la sociedad cooperativa, son: la asamblea general, el Consejo rector y la intervención.

La asamblea general es la reunión de los socios constituida con el objeto de deliberar y adoptar acuerdos sobre aquellos asuntos que, legal o estatutariamente, sean de su competencia, vinculando las decisiones adoptadas a todos los socios de la cooperativa. Tiene competencia sobre las materias determinadas en el artículo 21 y concordantes LCoop. y sobre todas aquellas que la Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social, todo ello según el mismo artículo 21 LCoop. En cuanto a la adopción de acuerdos, excepto en los supuestos previstos en la Ley, la asamblea general adoptará los acuerdos por más de la mitad de los votos válidamente expresados, no siendo computables a estos efectos los votos en blanco ni las abstenciones, siendo necesaria la mayoría de dos tercios de los votos presentes y representados para adoptar acuerdos de modificación de estatutos, adhesión o baja en un grupo cooperativo, transformación, fusión, escisión, disolución y reactivación de la sociedad, pudiendo los estatutos exigir mayorías superiores a las establecidas en los apartados anteriores, sin que, en ningún caso, rebasen las cuatro quintas partes de los votos válidamente emitidos, conforme los apartados 1 a 3 del artículo 28 LCoop., acuerdos que son conformes al apartado 5 del mismo artículo.

El Consejo rector es el órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los estatutos y a la política general fijada por la asamblea general. Corresponde al Consejo rector cuantas facultades no estén reservadas por Ley o por los estatutos a otros órganos sociales y, en su caso, acordar la modificación de los estatutos cuando consista en el cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal. En todo caso, las facultades representativas del Consejo rector se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los Estatutos, ex artículo 32 LCoop.

La intervención es el órgano de fiscalización de la cooperativa y tiene como funciones, además de las que expresamente le encomienda la Ley, las que le asignen los estatutos, de acuerdo a su naturaleza, que no estén expresamente encomendadas a otros órganos sociales. Los estatutos fijarán, en su caso, el número de interventores titulares, que no podrá ser superior al de consejeros, pudiendo, asimismo, establecer la existencia y número de suplentes. Los estatutos, que podrán prever renovaciones parciales, fijarán la duración de su mandato de entre tres y seis años, pudiendo ser reelegidos. Los interventores serán elegidos entre los socios de la cooperativa. Cuando se trate de persona jurídica, ésta deberá nombrar una persona física para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Un tercio de los interventores podrá ser designado entre expertos independientes. El interventor o interventores titulares y, si los hubiere, los suplentes, serán elegidos por la asamblea general, en votación secreta, por el mayor número de votos, todo ello ex artículo 38 LCoop.

La intervención puede consultar y comprobar toda la documentación de la cooperativa y proceder a las verificaciones que estime necesarias, ex artículo 38 LCoop. Las cuentas anuales y el informe de gestión, antes de ser presentados para su aprobación a la asamblea general, deberán ser censurados por el interventor o interventores, salvo que la cooperativa esté sujeta a la auditoría de cuentas a que se refiere el artículo 62 de esta Ley. El informe definitivo deberá ser formulado y puesto a disposición del Consejo rector en el plazo máximo de un mes desde que se entreguen las cuentas a tal fin. En caso de disconformidad, los interventores deberán emitir informe por separado. En tanto no se haya emitido el informe o transcurrido el plazo para hacerlo, no podrá ser convocada la asamblea general a cuya aprobación deban someterse las cuentas, todo ello ex artículo 39 LCoop.

En cuanto a la transmisión de las aportaciones, las aportaciones podrán transmitirse por actos «inter vivos» únicamente a otros socios de la cooperativa y a quienes adquieran tal cualidad dentro de los tres meses siguientes a la transmisión que, en este caso, queda condicionada al cumplimiento de dicho requisito, debiendo respetarse en todo caso el límite impuesto en el artículo 45.6 de la Ley, y por sucesión «mortis causa», a los causahabientes si fueran socios y así lo soliciten, o si no lo fueran, previa admisión como tales realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley, que habrá de solicitarse en el plazo de seis meses desde el fallecimiento. En otro caso tendrán derecho a la liquidación del crédito correspondiente a la aportación social, ex artículo 50 LCoop.

En cuanto a los elementos formales, la sociedad cooperativa se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas y con la inscripción adquirirá personalidad jurídica, ex artículo 7 LCoop.

En cuanto a la extinción de la sociedad, la disolución y liquidación se regulan en los artículos 70 a 77 LCoop, a los cuales nos remitimos; en cuanto a la empre-

sa familiar interesa, no se establece como en los tipos sociales estudiados anteriormente, la voluntad de uno de los socios como causa de disolución de la cooperativa cuando ésta se haya constituido por tiempo indefinido.

Concluiremos este apartado diciendo que en nuestra opinión, salvo casos muy especiales, la sociedad cooperativa es un tipo social en principio extraño a la empresa familiar. Conforme a los artículos 2, 4 y 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, la cooperativa es una *entidad de la economía social*, entendiendo por tal aquella que persigue bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos, conforme a los criterios siguientes:

1. Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.

2. Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica, principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.

3. Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

4. Independencia respecto a los poderes públicos.

El criterio señalado en el apartado 1 corresponde plenamente con la filosofía de la empresa familiar, pero a la familia no le es necesario constituirse en sociedad cooperativa para asegurar su consecución. A nuestro modo de ver, la familia es un grupo unido que no necesita constituirse en una entidad «semejante a una familia» porque ya es una familia.

Por otra parte, la existencia de un principio democrático basado en las personas —un socio, un voto— no nos parece acorde con la realidad de las empresas familiares en las que los miembros de las generaciones de más edad suelen tener una participación mayor en la empresa familiar que los familiares más jóvenes.

En cuanto a los siguientes criterios, nos parece que son en principio extraños a la empresa familiar, en la que el elemento fundamental es el lucro de la familia, existiendo una fuerte red de solidaridad, pero restringida a los familiares.

Por otra parte, parece un tipo social problemático por la gran dispersión normativa de que adolece, como hemos señalado anteriormente, a lo que hay que añadir una gran rigidez en la regulación de su estructura orgánica y la dificultad de atraer capital extraño a la familia.

VII. LA EMPRESA FAMILIAR COMO SOCIEDAD MERCANTIL CAPITALISTA: SOCIEDAD LIMITADA O ANÓNIMA

Las sociedades de capital están reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La regulación de las sociedades de capital es muy pormenorizada y extensa, de manera que en este trabajo únicamente aludiremos a aquellos aspectos de su regulación que tienen relación directa con el objeto de nuestro estudio.

Las sociedades de capital son de tres clases, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y sociedades comanditarias por acciones. Como dice García Cruces[35], las sociedades capitalistas «presentan como elementos configuradores la presencia de un capital social que se divide en acciones o participaciones, según los casos, y en los que sus socios no asumen responsabilidad personal alguna por las deudas sociales, dando lugar a una estructura corporativa que siempre ha de merecer la calificación como sociedad mercantil». En las sociedades de capital lo fundamental no son las circunstancias personales de cada socio, sino el aspecto patrimonial. En realidad, lo fundamental en las sociedades capitalistas no es tanto el capital social, que es una cifra estática que no se tiene por qué corresponder con la realidad económica de la empresa, sino más bien el patrimonio social. No obstante, esto merece ciertas matizaciones, como veremos a continuación.

Los dos tipos societarios más importantes en las sociedades de capital son la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. Existen numerosas diferencias en régimen jurídico de estas dos clases de sociedades, pero casi todas ellas obedecen a una misma diferencia fundamental: el diferente grado de personalismo que admiten uno y otro tipo social. La sociedad anónima es el tipo social en el que el principio personalista menos está presente. La sociedad anónima se presenta en nuestro derecho como el tipo social previsto para el desarrollo de empresas de gran magnitud en las que lo fundamental es atraer grandes cantidades de capital mediante la suscripción masiva de socios. Poco importa en la sociedad anónima quiénes sean los socios de la sociedad, lo importante es atraer cuanto más capital mejor, para lo cual se emplean dos mecanismos muy útiles: en

[35] García-Cruces, J. A: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 104.

primer lugar la asunción del principio capitalista —que comparte con la sociedad limitada— de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales, lo que anima a la inversión, y en segundo lugar el principio de apertura de la sociedad: las acciones se pueden transmitir a cualquiera que esté interesado en la empresa desarrollada por la sociedad, lo que dota de gran liquidez a la inversión. En la sociedad anónima se pueden establecer pactos que limiten la transmisibilidad de las acciones. Conforme al artículo 123 TRLSC: «*(…) solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos (…). Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción*».

En la sociedad de responsabilidad limitada[36], en cambio, el principio de apertura desaparece en cierta medida. La sociedad de responsabilidad limitada se concibe por el legislador como el tipo de sociedad de capital cerrada, en las que lo fundamental es la inversión, pero en la que la inversión se quiere desarrollar entre un grupo cerrado de personas a quienes sí importa quiénes sean y cuáles sean las cualidades de sus socios.

Se concibe asimismo como el tipo de sociedad de capital idónea para desarrollar empresas de tamaño pequeño o mediano, no se la supone prevista para desarrollar empresas de gran tamaño, a diferencia de la sociedad anónima[37]. Por tanto, en la sociedad limitada se mantiene el principio capitalista, pero se limita enérgicamente el principio de apertura. Conforme al artículo 107 TRLSC «*(…), salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos "inter vivos" entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley (…)»,* añade el artículo 108 TRLSC que: *«serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos "inter vivos" (…)*».

En las sociedades de capital, el elemento real por excelencia es la aportación social, que se puede realizar en el contexto de la constitución de la com-

---

[36] Recuérdese que la limitación de responsabilidad se refiere a que el socio no responderá personalmente de las deudas sociales, de sus deudas responderá la sociedad con todos sus bienes presentes y futuros ex artículo 1.911 CC.

[37] No obstante, existen determinados factores que hacen que en la realidad existan sociedades anónimas que no desarrollan una gran empresa, entre otros motivos porque el capital mínimo exigido para su constitución, 60.000 euros, ex artículo 4.3 TRLSC, supone una cifra moderada; el mayor prestigio de este tipo social frente a la sociedad limitada y la mayor calidad de la regulación de estas sociedades antes de la entrada en vigor de la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo; GARCÍA CRUCES: obra cit.

pañía o en un momento posterior a través del aumento de capital; el régimen jurídico de las aportaciones sociales está recogido en los artículos 58 a 89 TRLSC. A diferencia de lo que ocurre en las sociedades personalistas, no es posible la aportación de industria, las aportaciones solamente podrán ser dinerarias o no dinerarias. La aportación de industria es incompatible con el principio capitalista por considerar el trabajo como una emanación de la propia personalidad. Este dogma no permite por tanto involucrar en la sociedad como verdaderos socios, no empleados, a aquellos familiares más jóvenes que no pueden aportar capital.

En cuanto a los elementos personales, nos remitimos a lo que hemos dicho en los apartados anteriores. Los requisitos de capacidad para realizar el negocio de aportación social son los mismos que hemos señalado en apartados precedentes, teniendo en cuenta que, como acabamos de decir, en las sociedades de anónimas y limitadas no es posible la aportación de industria.

En cuanto a la estructura orgánica de la sociedad, los dos órganos fundamentales de la sociedad de capital son la Junta general y el órgano de administración.

La Junta general es el órgano soberano de la sociedad. Regulada en los artículos 159 a 208 TRLSC, tiene delimitadas sus competencias en los artículos 160 a 162 TRLSC.

Las sociedades capitalistas son sociedades guiadas por el principio democrático. El régimen de mayorías para la adopción de acuerdos es distinto en las sociedades anónimas y en las sociedades limitadas.

La mayoría exigida como regla general para la adopción de acuerdos en las sociedades limitadas es la de que los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, no computándose los votos en blanco, como se establece en el artículo 198 TRLSC. Además el artículo 199 TRLSC exige mayorías reforzadas para la adopción de determinados acuerdos. Así, el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social; la autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Por regla general, en las sociedades anónimas, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la Junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado conforme al artículo 201 TRLSC. Para la adopción de los acuerdos especiales a que hemos hecho referencia, si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento, bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Sin embargo, se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento, según el artículo 201 TRLSC.

En ambos casos, conforme al artículo 200 y 201.3 TRLSC, los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores. El artículo 200 prohíbe la exigencia de unanimidad para las sociedades limitadas, luego entendemos que con mayor motivo se prohibirá en las anónimas, aunque no lo diga el artículo 201.3.

En el caso de las sociedades anónimas se exige además la existencia de quórum para la constitución de la Junta general, establecidos en los artículos 193 y 194 TRLSC. A nuestro modo de ver, la existencia de principio democrático es muy útil, pues asegura una flexibilidad en la adopción de los acuerdos.

En cuanto al órgano de administración, corresponde al órgano de administración la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley. La Junta general podrá reservarse determinadas facultades correspondientes al órgano de administración o limitar mediante acuerdo estatutario las facultades de administración.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que estas limitaciones no se inscribirán en el Registro Mercantil, ex artículo 124.4 RRM, y aunque estén inscritas no perjudicarán a terceros, conforme al artículo 234 TRLSC. Precisamente, en cuanto a la vinculación de la sociedad por los actos realizados por el administrador dispone el artículo 234 TRLSC que «*la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*».

El régimen de los modos de organizar la administración es distinto en las sociedades anónimas y en las limitadas. En ambas sociedades se podrá confiar la administración a un administrador único, a varios solidarios o mancomunados o

a un Consejo de administración. En el caso de las sociedades anónimas, cuando los administradores mancomunados sean más de dos, deberán constituirse en Consejo de administración y en las sociedades limitadas los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la Junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria, ex artículo 208 TRLSC. A nuestro modo de ver, en toda empresa, salvo que tenga circunstancias muy particulares, lo más adecuado es abandonar en la medida de lo posible el modo de organización basado en la mancomunidad, que supone una rigidez poco compatible, en nuestra opinión, con la agilidad y la flexibilidad que caracterizan el tráfico mercantil actual. Sin embargo, en las empresas familiares entendemos que la figura del administrador único, salvo que el capital esté muy concentrado en manos del cabeza de familia o de que en la empresa familiar de que se trate exista una gran confianza en uno de los familiares para asumir la gestión de la sociedad, puede tener como consecuencias conflictos familiares entre el administrador único y los demás familiares, que se pueden sentir subyugados por uno solo de los miembros de la familia. Lo mismo entendemos que puede suceder en caso de confiarse la administración a varios administradores solidarios: la actuación de alguno de los administradores solidarios por su cuenta, en contra de las decisiones adoptadas por la mayoría de la familia, puede desembocar en riñas de familia.

En nuestra opinión, aunque se trate de sociedades de reducida dimensión, el modo de organizar la administración de la sociedad de la empresa familiar es el Consejo de administración.

El Consejo de administración actúa colegiadamente, tiene que tener un mínimo de tres miembros y en la sociedad limitada un máximo de 12, conforme lo dispuesto en el artículo 242 TRLSC.

El Consejo de administración adopta sus acuerdos por mayoría de los miembros concurrentes a la reunión en las sociedades anónimas, y por la mayoría estatutariamente determinada en las limitadas, ex artículos 245.1 y 248.1 TRLSC, quedando válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales en la sociedad anónima, ex artículo 247.1 TRLSC, y en la limitada, cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales, ex artículo 247.2 TRLSC.

La adopción de acuerdos de administración social colegiadamente es, en nuestra opinión, muy positivo para la empresa familiar, pues así se gestionará la mercantil en grupo —en familia— , de forma cohesionada, aunque sin exigirse la unanimidad propia de la mancomunidad. La administración colegiada, no obstante, puede a veces resultar ineficiente cuando se trata de actos de gestión ordinarios o habituales. Esto se puede remediar mediante el recurso a la figura del consejero

delegado, que se regula en los artículos 249 y 249 bis TRLSC. Al consejero delegado nombrado se le pueden delegar por el Consejo de administración todas las facultades delegables por ley o limitar sus facultades a determinados actos que en cada empresa familiar se consideren que se han de realizar con la mayor agilidad posible. A diferencia de lo que ocurre con los administradores, la inscripción en el Registro Mercantil deberá contener bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, (o) bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables, ex artículo 149 RRM. Se ha dudado, sin embargo, sobre si los actos realizados por el consejero delegado extralimitándose de las facultades que le han sido conferidas vinculan o no a la sociedad. Si se aplica literalmente el artículo 149.3 RRM, que remite al artículo 129 LSA, hoy artículo 234 TRLSC, las limitaciones impuestas al consejero delegado no afectarían a tercero. Sin embargo, se trata de supuestos distintos, pues las limitaciones al cargo de administrador no se harán constar en el Registro Mercantil y las del consejero delegado sí. En nuestra opinión, esta remisión del artículo 149.3 RRM al artículo 129 LSA es previa a la modificación del régimen de publicidad de la enumeración de las facultades de los administradores en el Registro Mercantil, de manera que la equiparación de los efectos de las limitaciones frente a terceros de los administradores y de los consejeros delegados tenía sentido cuando se permitía la inscripción de las facultades de los administradores y de los consejeros delegados, perdiendo su sentido cuando el régimen de inscripción pasó a ser distinto para los administradores, vetándose la inscripción de sus facultades en el Registro Mercantil, que para los consejeros, respecto de los cuales es necesaria la inscripción. Por tanto, por gozar de publicidad en escritura pública y en el Registro Mercantil, en nuestra opinión, deben afectar a tercero los actos en los que los consejeros delegados se extralimiten de sus facultades, salvo casos excepcionales en que se pruebe que fue imposible para el tercero conocer estas limitaciones.

Respecto del derecho de información de los socios, se encuentra regulado con más detenimiento que en las sociedades colectivas y civiles y se regula en los artículos 196 y 197 TRLSC.

En cuanto a la capacidad para ser administrador, nos remitimos a lo dicho respecto de las sociedades civiles y colectivas.

En cuanto a la forma de constitución de las sociedades de capital, se exige el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, ex artículos 20 y concordantes TRLSC. En cuanto al régimen jurídico de la sociedad en formación, regulado en los artículos 36 a 40 TRLSC, nos remitimos a lo que ya hemos dicho de las sociedades de capital en el apartado correspondiente a las sociedades colectivas, para evitar innecesarias iteraciones.

A continuación estudiaremos brevemente el sistema de constitución de sociedades mediante escritura pública y estatutos-tipo establecidos en los artículos 15

y 16 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

El artículo 15 establece un procedimiento especial de constitución de sociedades limitadas que pretende dotar de mayor celeridad, estandarización y baratura a la constitución de sociedades limitadas.

Conforme a este precepto, la constitución de sociedades limitadas se hará mediante la cumplimentación del documento único electrónico —DUE—, regulado en la disposición adicional tercera del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y a través del sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE). De dicho documento único electrónico se enviará a cada uno de los órganos intervinientes, la notaría entre ellos, la parte que sea de su interés para el cumplimiento de sus funciones.

En cuanto a la celeridad, se concertará inmediatamente la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución mediante una comunicación en tiempo real con la agenda electrónica notarial, obteniéndose los datos de la notaría y la fecha y hora del otorgamiento. La fecha y hora del otorgamiento en ningún caso será superior a doce horas hábiles desde que se inicia la tramitación telemática.

Otorgada la escritura, se remitirá copia de la escritura a la Administración Tributaria solicitando la asignación provisional de un Número de Identificación Fiscal y copia autorizada de la escritura de constitución al Registro Mercantil del domicilio social a través del sistema de tramitación telemática del CIRCE.

El registrador mercantil, recibida del CIRCE copia electrónica de la escritura de constitución junto con el NIF provisional asignado y la acreditación de la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, deberá proceder a la calificación e inscripción dentro del plazo de las seis horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura, entendiéndose por horas hábiles a estos efectos las que queden comprendidas dentro del horario de apertura fijado para los registros; remitir al Centro de Información y Red de Creación de Empresas, el mismo día de la inscripción, certificación de la inscripción practicada y solicitar el Número de Identificación Fiscal definitivo a la Administración Tributaria a través del CIRCE.

En cuanto a la estandarización, en las constituciones de sociedad al amparo de este precepto habrán de incorporar necesariamente los modelos simplificados de los estatutos-tipo en el formato estandarizado, cuyo contenido se ha desarrollado en el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades

de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva.

En cuanto al abaratamiento de los costes de constitución conforme al artículo 5, apartado 1, letras f y g, y apartado 2, letra c, del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo: «*la publicación de la inscripción de la sociedad en el* Boletín Oficial del Registro Mercantil *estará exenta del pago de tasas. Se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad de 150 euros para el notario y 100 para el registrador. No obstante, cuando el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada no sea superior a 3.100 euros y sus estatutos se adapten a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia, se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad fija de 60 euros para el notario y 40 para el registrador*».

El artículo 15 establece una novedad importante en materia acreditación de la realidad de las aportaciones dinerarias cuando dispone que no será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias si los fundadores manifiestan en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las mismas.

El artículo 16 regula la constitución por el sistema establecido en el artículo anterior de sociedades que no se ajusten a estatutos-tipo aprobados por el Ministerio de Justicia. Se establece también una norma novedosa al disponer que el registrador mercantil, una vez recibida copia electrónica de la escritura de constitución, inscribirá la sociedad inicialmente en el Registro Mercantil en el plazo de seis horas hábiles, indicando exclusivamente los datos relativos a denominación, domicilio y objeto social, además del capital social y el órgano de administración seleccionado, y que desde esta inmatriculación, la sociedad se regirá por lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. La escritura de constitución se inscribirá de forma definitiva en los términos de su otorgamiento dentro del plazo de calificación ordinario, entendiendo que esta segunda inscripción vale como modificación de estatutos. Si la inscripción definitiva se practica vigente el asiento de presentación, los efectos se retrotraerán a esta fecha.

En nuestra opinión, el sistema establecido en la normativa expuesta no es conveniente para la empresa familiar. La empresa familiar debe diseñar su configuración social de un modo reflexivo, no con prisas. El asesoramiento técnico del notario a la hora de redactar los estatutos sociales que tan conveniente es para todas las sociedades, lo es mucho más en el caso de la empresa familiar, en las que conviene confeccionar unos estatutos que regulen pormenorizadamente todos aquellos aspectos de la sociedad en los que pueda incidir su carácter familiar, como es la creación de diferentes clases de participaciones sociales, el establecimiento de las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en la Junta gene-

ral, la configuración del sistema de administración social y la retribución de los administradores, las limitaciones a la transmisión de las participaciones sociales, o el régimen de adquisición «mortis causa» de la condición de socio. En definitiva, ni la celeridad, ni la estandarización nos parece que sean deseables en la constitución de sociedades al servicio de la empresa familiar.

En cuanto a la disolución de las sociedades de capital, se regula profusamente en los artículos 360 a 400 TRLSC. En lo que interesa a la empresa familiar, hay que resaltar que, a diferencia de lo establecido en los tipos sociales que hemos estudiado con anterioridad, no existe como causa de disolución de la sociedad la voluntad de uno solo de los socios, correspondiendo en este ámbito la competencia a la Junta general.

En cuanto a la sociedad comanditaria por acciones, se trata de una sociedad de capital en la que el capital social está dividido en acciones y en la que al menos uno de los socios ha de ser socio colectivo. Se regula en los artículos 1.4, 252 y 363.2 TRLSC.

De todo lo dicho anteriormente extraemos como conclusión que la sociedad de responsabilidad limitada es, en principio, el tipo social más adecuado para la empresa familiar.

En la sociedad de responsabilidad limitada desaparecen todos los inconvenientes que hemos predicado de las sociedades colectivas y civiles. La sociedad de responsabilidad limitada es en la actualidad el tipo social más utilizado con amplia diferencia frente al resto, según las estadísticas antes reseñadas del Registro Mercantil, de manera que su régimen jurídico es el mejor conocido y clarificado.

En la sociedad limitada el régimen formal de constitución está mucho mejor regulada que en el Código de Comercio y mucho mejor que en el Código Civil; el régimen de la administración de la sociedad no adolece de infrarregulación, como en el caso de las sociedades civiles y en menor medida en las sociedades colectivas, de hecho está regulado con una profusión a veces casi excesiva; el cese y nombramiento de los administradores es posible mediante acuerdo adoptado por la Junta general con las mayorías legal y estatutariamente previstas, sin necesidad de novación del contrato social, y por tanto unanimidad; el régimen de responsabilidad de los socios es mucho más ventajoso para éstos que el establecido en la sociedad civil y en la colectiva, pues el socio no responde personalmente de las deudas de la sociedad y la continuidad de la empresa familiar queda reforzada por no existir la posibilidad de que por voluntad de uno solo de los socios se haya de extinguir la sociedad, cuando ésta se haya constituido por tiempo indefinido.

Por otra parte, el carácter cerrado de la sociedad limitada la hace preferible sobre la anónima, en sede de empresas familiares. La familia es un grupo de

acceso muy restringido, al que solo se accede —y ello depende también del concepto estricto o amplio que se tenga de familia— por la filiación o el matrimonio. Parece evidente que cuando en la empresa familiar participan personas ajenas a la familia, paulatinamente la empresa familiar va perdiendo su carácter de tal, de manera que para que esto no suceda será necesario restringir el acceso a la cualidad de socio. Esto es perfectamente posible en la sociedad limitada mediante las limitaciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales que hemos mencionado anteriormente, sin llegar a una «clausura» total de la sociedad, como sucede en las sociedades civiles y personalistas.

En cambio, en la sociedad anónima, aunque pueden establecerse limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, éstas tienen un alcance muy limitado, no pudiendo afectar a todos los tipos de acciones, ni existir en todas las sociedades anónimas, como hemos visto antes. El principio de apertura que configura la sociedad anónima parece difícilmente compatible con la voluntad de hacer que generación tras generación la empresa permanezca en la familia y la familia en la empresa.

Asimismo, la sociedad anónima, como hemos dicho, normalmente se concibe como el prototipo de sociedad al servicio de grandes empresas en la que es necesaria una atracción masiva de capital, lo cual no suele caracterizar a las empresas familiares, que normalmente se encuadran dentro de las llamadas pequeñas y medianas empresas. No obstante, existen determinados casos en que la empresa familiar tiene que constituirse como sociedad anónima, bien porque la Ley así lo exija por su objeto social, bien porque desarrollen una actividad empresarial de gran tamaño para la cual sea necesaria la suscripción masiva de capital, a través o no de los mercados secundarios. En estos casos, como hemos estudiado antes, la empresa se considera familiar cuando la persona que fundó o adquirió la empresa o sus familiares o descendientes poseen el 25% del derecho a voto según su capital social. En estos casos, entendemos que el mecanismo más idóneo para conservar, en la medida de lo posible, el control de la sociedad es el de los pactos parasociales, que no son objeto de nuestro estudio.

En cuanto a la sociedad comanditaria por acciones, consideramos que es la peor opción de entre las sociedades capitalistas, por aunar elementos de las sociedades colectivas, respecto de cuyas limitaciones nos remitimos al apartado correspondiente, y de las sociedades anónimas en lo que al capital social y a la transmisión de la cualidad de accionista concierne.

(Trabajo recibido el 23/11/2017
y aceptado para su publicación el 15/12/2017)

ORDENACIÓN

CAPÍTULO IV: LOS ESTATUTOS EN LA SOCIEDAD FAMILIAR: LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

MARÍA ISABEL VIRUEL LEÓN
Notaria de Dalías

RESUMEN

Los estatutos sociales son un conjunto de reglas por las que se regula el funcionamiento y la organización de una sociedad; estas reglas permiten, con base en el principio de autonomía de la voluntad, adaptar la regulación de la sociedad a sus circunstancias y necesidades concretas. Es por esto, que en las sociedades familiares, los estatutos, coordinados con el protocolo familiar, cobran una especial importancia. En todo caso, no debemos olvidar que en este ámbito el juego de la autonomía de la voluntad no es absoluto y deben respetarse los límites derivados de la ley y de los principios configuradores del tipo social de que se trate.

Palabras clave: estatutos, autonomía de la voluntad, límites, principios configuradores, protocolo familiar, nuevas tecnologías.

CHAPTER IV: ARTICLES OF ASSOCIATION IN FAMILY-OWNED BUSINESSES: LIMITS ON THE AUTONOMY OF INDIVIDUAL WILL

MARÍA ISABEL VIRUEL LEÓN
Notary Public in Dalías

ABSTRACT

The articles of association are a set of rules which regulate the functioning and organization in a company. These rules allow, on the basis of the principle of autonomy of the will, to adapt the regulation of the company to their specific circumstances and needs. For this reason, in family societies the articles of association in addition to family protocols, are of particular importance. In all events, we should not forget that the game of autonomy of the will is not absolute in this area so that the limits coming fom the law and from the guiding principles for the corporate type in question must be observed.

Keywords: articles of association, autonomy of the will, limits, guiding principles, family protocol, new technologies.

SUMARIO: I. LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica.—II. CONTENIDO. 1. Menciones mínimas. 1.1. La denominación de la sociedad (artículos 6 y 7 LSC y 404 y ss. RRM). 1.2. El objeto social, determinando las actividades que lo integran (arts. 117 y 178 RRM). 1.3. El domicilio social, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LSC. 1.4. La cifra del capital social (art. 4 LSC). 1.5. El modo o modos de organizar la administración de la sociedad. 1.6. El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad. 2. Menciones potestativas. 3. Especial referencia al uso de las nuevas tecnologías. 3.1. La página *web* de la sociedad. 3.2. Convocatoria de la Junta general por correo electrónico. 3.3. Asistencia y voto por medios telemáticos.—III. LOS ESTATUTOS EN LA SOCIEDAD FAMILIAR. 1. Los estatutos sociales y el protocolo familiar. 2. Cláusulas estatutarias. 2.1. Régimen de transmisión de las acciones o participaciones sociales. 2.2. Pactos relativos al derecho de voto. 2.3. Nombramiento de los administradores.—IV. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 1. Límites legales. 2. Límites derivados de los principios configuradores.—V. MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL

1. Concepto

Los estatutos sociales son un conjunto de reglas por las que se regula el funcionamiento y organización de la sociedad. Constituyen parte del contenido esencial de la escritura de constitución y permiten, con base en el principio de autonomía de la voluntad y dentro de los límites que luego veremos, adaptar la normativa reguladora de las sociedades de capital a las necesidades y circunstancias de cada sociedad concreta.

2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de los estatutos sociales ha sido doctrinalmente discutida:

a) La doctrina clásica ha atribuido a los estatutos una naturaleza normativa, es la propia ley la que fija su contenido.

b) En la actualidad, la mayoría de la doctrina considera que su naturaleza es contractual o negocial, es la voluntad privada la que determina el concreto contenido de los estatutos. Esto determina que:

   — Su infracción no da acceso al recurso de casación, en este sentido la STS 31-05-95.

   — Los Tribunales no pueden determinar de oficio la nulidad de una cláusula estatutaria (*vid*. STS de 17 de abril de 2001).

c) Si bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) parece atribuirle una doble naturaleza, contractual y normativa. Así, en la de RDGRN 23 de julio de 2014, el centro directivo dice que: «De acuerdo con dicha doctrina y como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos "que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital" contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros (*vid*. Resolución de 26 de noviembre de 2004). El texto legal, idéntico en su dicción a su antecedente, el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y al antecedente de éste, el artículo 11 de la Ley de 1951, determina en definitiva que todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos (...). El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (*vid*. sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo, por su parte (*vid*. las Resoluciones citadas en el apartado "Vistos" de la presente) ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la "carta magna" o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (*vid*. Resolución de 16 de febrero de 2013), que afecta a la sociedad como corporación, y cuya finalidad es regular dicho funcionamiento interno, con preferencia sobre las normas legales no imperativas o dispositivas. En definitiva, constituyen, como ha afirmado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, "la ley primordial del régimen" de las sociedades (*vid*. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961).

Por ello, como ha afirmado esta Dirección General en Resolución de 16 de febrero de 2013, sin desconocer su origen y carácter contractual, puede decirse que los estatutos, sin ser verdadero derecho objetivo, constituyen derecho interno de la corporación. Por ello, en atención a su doble carácter, contractual y normativo, su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta las normas sobre interpretación de los contratos, pero sin excluir absolutamente las reglas sobre la hermenéutica de las leyes.»

II. CONTENIDO

Dentro del contenido de los estatutos debemos distinguir entre el contenido mínimo o legal y el contenido potestativo.

1. Menciones mínimas

Las recoge el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC), desarrollado por los artículos 115 a 128 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), para las sociedades anónimas y 176 a 188 RRM para las sociedades de responsabilidad limitada, y son las siguientes:

1.1. La denominación de la sociedad (artículos 6 y 7 LSC y 404 y ss. RRM)

Cumple una función identificadora, permitiendo distinguir a la sociedad frente a otras personas jurídicas. Su omisión es causa de nulidad. (art. 56.1.d. LSC).

Se deja a la sociedad un amplio margen a la hora de elegir su denominación, que podrá ser objetiva, subjetiva o mixta, con dos límites legales en los que más adelante nos detendremos; la necesaria indicación del tipo social y la prohibición de identidad.

1.2. El objeto social, determinando las actividades que lo integran (arts. 117 y 178 RRM)

El objeto social debe ser mercantil, posible, lícito y determinado, no limita la capacidad de la sociedad, pero sí delimita el ámbito de representación de los administradores (art. 234 LSC). La ilicitud del objeto es causa de nulidad de la sociedad, como resulta del artículo 54 LSC. En cuanto a la determinación, la importancia que el objeto social tiene para los socios, administradores y para la relación de terceros con la sociedad justifican esta exigencia legal, así, los socios podrán ejercitar el derecho de separación en caso de modificación del objeto social, la conclusión del objeto es causa de disolución de la sociedad y determina su domicilio.

La determinación no implica que el objeto social sea único.

1.3. El domicilio social, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LSC

Como resulta del artículo 38, 387 y 388 RRM, habrá de indicarse el domicilio, expresando la calle y número o el lugar de situación, la localidad y el municipio. Si estuviese fuera de poblado bastará con indicar el término municipal y el nombre del lugar o cualquier otro dato de localización. Salvo disposición contraria de los estatutos, el órgano de administración será competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional. (art. 285.2 LSC)

La fijación del domicilio de la sociedad, también denominado sede social, es relevante, pues determinará:

— La nacionalidad de la sociedad (art. 8 LSC).

— El Registro Mercantil competente.

— La competencia judicial.

— El lugar de celebración de las Juntas, si no se establece otras cosa en los estatutos. En este último caso, los estatutos deberán señalar un término municipal determinado, así lo entiende la DGRN, como veremos al analizar los límites a la autonomía de la voluntad.

1.4. La cifra del capital social (art. 4 LSC)

Se expresará en euros, no podrá ser inferior a 60.000 euros en el caso de la sociedad anónima y comanditaria por acciones y a 3.000 euros en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4.2 y 4 bis LSC sobre la sociedad limitada en régimen de formación sucesiva, los estatutos deberán recoger expresamente la sujeción a este régimen. La sociedad limitada de nueva empresa no podrá tener un capital social inferior a 3.000 euros ni superior a 120.000 (art. 443.1 LSC).

En el caso de la sociedad anónima habrá de expresarse, además, el número de acciones en que se divida el capital social, su valor nominal, la numeración correlativa de las acciones, las clases y series de acciones, en el caso de que existan, con expresión del valor nominal, número de acciones y derechos de cada clase y el número de acciones de cada serie, la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y plazo máximo, para satisfacer los dividendos pasivos y el modo de representación de las acciones, es decir, si se representan mediante títulos-valores, indicándose si son nominativos o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples, o mediante anotaciones en cuenta.

En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos deberán expresar el número de participaciones sociales en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya y la cuantía o la extensión de éstos.

1.5. El modo o modos de organizar la administración de la sociedad

Podrá optarse por alguno de los sistemas previstos en el artículo 210 LSC, esto es, un administrador único, varios administradores solidarios o mancomuna-

dos, o un Consejo de administración, con los límites que analizaremos más adelante.

La Ley 25/2011 modificó el apartado e) del artículo 23 LSC, eliminando la distinción entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada en cuanto a la posibilidad de establecer en los estatutos sistemas alternativos de organizar la administración de la sociedad, de manera que la Junta general pueda optar por cualquiera de ellos sin necesidad de modificar los estatutos. La mayoría de la doctrina entiende que esta posibilidad se extiende actualmente tanto a la sociedad anónima como a la sociedad limitada, a pesar de que el artículo 210 LSC no haya sido modificado en este sentido y siga refiriéndose únicamente a la sociedad de responsabilidad limitada.

Los estatutos deberán expresar además el número de administradores o, al menos, el máximo y el mínimo, la duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren.

En las sociedades comanditarias por acciones deberá constar en los estatutos la identidad de los socios colectivos.

1.6. El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad

Esos órganos son la Junta general y, cuando existan, el Consejo de Administración o la Comisión Ejecutiva.

2. Menciones potestativas

Vistas las menciones mínimas, tenemos que hacer referencia a otras menciones estatutarias de carácter voluntario. Como punto de partida, debemos tener en cuenta que el artículo 28 LSC permite que en los estatutos se incluyan cualesquiera pactos o condiciones que no contradigan a las leyes ni a los principios configuradores del tipo social de que se trate. Este artículo es una manifestación del principio de autonomía de voluntad, reconocido con carácter general en la esfera contractual, siempre respetando los límites del art. 1.255 CC y los principios configuradores del tipo social de que se trate; a esos límites nos referiremos más adelante.

Cabe precisar aquí que la flexibilidad del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada permite un mayor juego a la autonomía de la voluntad en este tipo de sociedades frente a las sociedades anónimas.

Entre estas menciones potestativas, cabe citar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes:

1. La fecha de comienzo de las operaciones sociales. Si no se establece nada en los estatutos se entenderá que el comienzo tiene lugar en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución. En todo caso, la fecha de comienzo no podrá ser anterior a la del otorgamiento de la escritura de constitución, salvo en el caso de transformación. (art. 24 LSC).

2. La duración de la sociedad. A falta de mención estatutaria se entiende que la duración es indefinida (art. 25 LSC). De fijarse plazo de duración, el cumplimiento de mismo es causa de disolución de pleno derecho de la sociedad, salvo que se haya acordado una prórroga y se haya inscrito ésta en el RM.

3. La fecha de cierre del ejercicio social. Si no se dice nada en los estatutos se entiende que el ejercicio termina el día 31 de diciembre de cada año. Del artículo 125 RRM, relativo a la sociedad anónima, pero que podemos entender aplicable también a la sociedad de responsabilidad limitada, resulta que el ejercicio social no podrá ser superior a un año.

4. Las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones o acciones que se hubiesen acordado. Ese contenido debe respetar las limitaciones de los arts. 108, 123 y 124 LSC, en las que nos detendremos más adelante.

5. El régimen de las prestaciones accesorias, reguladas en los artículos 86 a 89 LSC, si se acuerda su existencia.

6. Los derechos especiales que, en su caso, se reservan los fundadores o promotores de la sociedad anónima (art. 27 LSC).

7. La exigencia de que los administradores tengan la cualidad de socio (art. 212.2 LSC).

8. El órgano societario competente para decidir la creación, supresión o el traslado de las sucursales. Si no se dice nada sobre este particular, el art. 11.2 LSC atribuye esa competencia al órgano de administración.

9. Sistema de retribución de los administradores, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 LSC; si no se establece nada, se entiende que el cargo es gratuito y no será posible su retribución. Desde el punto de vista fiscal, sólo si en los estatutos se ha previsto la retribución de los administradores, dicha retribución será gasto deducible en el impuesto de sociedades.

10. Lugar de celebración de las Juntas generales**.** Si no se dice nada se celebrarán dentro del término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Será en la convocatoria donde se concrete el lugar de celebración y si nada se estable-

ce se entiende que ha sido convocada para su celebración en el domicilio social (art. 175 LSC).

La DGRN se ha pronunciado sobre la interpretación de este artículo en resolución de 6 de septiembre de 2013, entendiendo que el mismo no permite señalar de manera indeterminada en los estatutos que las Juntas generales pueden celebrarse fuera del término municipal donde radique el domicilio social, sino que es imprescindible que la norma estatutaria posibilite a los socios un mínimo de predictibilidad y garantice la posibilidad de que asistan personalmente a la Junta convocada si tal es su deseo, por lo que es preciso que exista determinación del lugar de celebración y que esté territorialmente concretado a un espacio no superior a un término municipal.

11. Los estatutos podrán fijar quórum de constitución y mayorías para adopción de los acuerdos en la Junta general distintos a los previstos en los estatutos, pero sin exigir unanimidad (arts. 194, 200, 201 LSC).

12. En cuanto al derecho de asistencia, en la sociedad anónima, y no así en la de responsabilidad limitada, los estatutos podrán exigir la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a la Junta y condicionar el derecho de asistencia a la Junta a la legitimación anticipada del accionista (art. 179 LSC).

13. Los estatutos podrán prever causas de separación y exclusión de los socios y causas de disolución de la sociedad distintas a las previstas legalmente (arts. 347, 351 y 363 LSC).

3. Especial referencia al uso de las nuevas tecnologías

Mención especial requiere la posibilidad de acercar la sociedad a las nuevas tecnologías a través de las disposiciones estatutarias. En este ámbito vamos a hacer referencia a las siguientes cuestiones; la creación de la página *web* de la sociedad, la posibilidad de convocar la Junta general por correo electrónico y de asistir y votar por este medio.

3.1. La página web *de la sociedad*

Como señala García Valdecasas[1], registrador Mercantil de Granada, la página *web* de la sociedad no es ni más ni menos que una dirección de la mis-

[1] García Valdecasas, José Ángel: «Instrucción de la DGRN de 18 de mayo de 2011 y convocatoria de Junta por medio de la *web*. El art. 173 de la LSC», publicado en 2011 en la página *web notarios y registradores.com*.

ma, si bien no se trata de una dirección física, como el domicilio social, sino virtual.

En los últimos tiempos hemos observado una tendencia legislativa, en la materia que nos ocupa, a adaptar la normativa y a acercar a las sociedades a las nuevas tecnologías, con la finalidad, entre otras, como ha señalado la DGRN en diversas resoluciones, de disminuir los costes en actos frecuentes de la vida societaria, como son las convocatorias, la asistencia o el voto en las Juntas generales. La primera referencia a la página *web* de la sociedad la encontramos en el artículo 173 LSC, en la redacción que le dio el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, permitiendo la convocatoria de la Junta general mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en la página *web* de la sociedad. Esta previsión dio lugar a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2011, rectificada por la Instrucción de 27 de mayo de 2011, que señaló la necesidad de que la existencia de la página *web* se notificase al Registro Mercantil, mediante declaración de los administradores, para su constancia por nota al margen. Posteriormente, Ley 25/2011, de 1 de agosto, introdujo el art. 11 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que reguló la creación de la página *web* de una sociedad, después el derogado Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo, modificó el art. 11 bis e introdujo los arts. 11 ter y quáter. Finalmente, la Ley 1/2012, de 22 de junio, dio una nueva redacción a estos artículos, la que está vigente en la actualidad.

De estos artículos, relativos a la página *web* de la sociedad, destacamos lo siguiente:

— Las sociedades de capital podrán crear una página *web* corporativa.

— La creación de la página *web* deberá acordarse por la Junta general. En la convocatoria de la Junta, la creación de la página *web* deberá figurar expresamente en el orden del día de la reunión.

— Salvo disposición contraria en los estatutos, la modificación, el traslado o la supresión de la página *web* de la sociedad será competencia del órgano de administración.

— El acuerdo de creación de la página *web* se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

Una vez creada, inscrita y publicada la *web* de la sociedad, podrá utilizarse para insertar en ella determinados anuncios o publicaciones:

— El artículo 173 LSC, al que antes nos hemos referido, establece en la redacción actual de su apartado primero que «*La Junta general será con-*

vocada mediante anuncio publicado en la página web *de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página* web *o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social».* Si bien, el mismo artículo prevé la posibilidad de que los estatutos establezcan que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.

En este ámbito hay que tener en cuenta que, si una sociedad ya en funcionamiento y cuyos estatutos no prevean la existencia de la página corporativa, la crea, con los requisitos legales, para que la convocatoria de la Junta general pueda tener lugar mediante anuncio publicado en la misma, será necesaria la modificación de los estatutos para recoger dicha forma de convocatoria, así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 9 de febrero de 2012 y 11 de febrero de 2013.

— El artículo 319 LSC exige que el acuerdo de reducción del capital de las sociedades anónimas se publique en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en la página *web* de la sociedad. Si no existe, se publicará en un periódico de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio.

— El artículo 333 LSC señala que los estatutos pueden haber previsto que no sea factible reducir capital de una sociedad limitada mediante la devolución de aportaciones a los socios sin que transcurra un plazo de tres meses, a contar desde la fecha en que se haya notificado a los acreedores; esa notificación se hará personalmente, y si ello no fuera posible por desconocerse el domicilio de los acreedores, por medio de anuncios que habrán de publicarse en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», y en la página *web* de la sociedad o, en el caso de que no exista en un diario de los de mayor circulación en la localidad en que radique el domicilio de la sociedad.

3.2. Convocatoria de la Junta general por correo electrónico

Una de las cuestiones que se plantean en torno al uso de las nuevas tecnologías es la posibilidad de convocar la Junta general por correo electrónico.

El artículo 173 LSC, después de referirse a la convocatoria mediante anuncio publicado en la página *web* de la sociedad o, en defecto de ésta, en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, dice: «*En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones*».

La DGRN, en resoluciones de 28 de octubre de 2014 y 13 de enero de 2015, interpretando este artículo, ha admitido el uso del correo electrónico como medio de convocatoria «si se complementa con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como, por ejemplo, serían la solicitud de confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación mediante el uso de firma electrónica, etc.)».

Estas resoluciones no están libres de polémica; así, el notario ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ[2] critica tanto la argumentación jurídica como la falta de precisión jurídico-tecnológica. El autor entiende, además, que el correo electrónico no puede considerarse como un domicilio a los efectos de lo dispuesto en el artículo analizado, se refiere a la falta de regulación legal de ese domicilio virtual y pone de manifiesto la posibilidad de que los acuses de recibo se generen automáticamente, dando todo ello lugar a problemas de legalidad y seguridad jurídica importantes.

3.3. Asistencia y voto por medios telemáticos

Otra de las manifestaciones de la aproximación de la sociedad a las nuevas tecnologías es la posibilidad de asistir y votar telemáticamente en la Junta general.

Según el articulo 182 LSC, «*si en las sociedades anónimas los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la Junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la Junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta ley, tengan intención de formular quienes vayan a*

[2] ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco: «Convocatoria de Junta general de socios por e-mail», publicado en 2015 en la *web* del autor.

asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la Junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la Junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta». El artículo 184 LSC se refiere a la posibilidad de delegar el voto por medios telemáticos, y el artículo 189 LSC dice: «*1. Para el ejercicio del derecho de asistencia a las Juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones. 2. De conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de Junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto. 3. Los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la Junta como presentes».* Estos artículos se refieren exclusivamente a las sociedades anónimas, si bien se consideran aplicables también a las sociedades de responsabilidad limitada, y así lo ha entendido la DGRN (*vid*. RDGRN de 19 de diciembre de 2012, que admite la posibilidad de que en los estatutos de la sociedad limitada se prevea la utilización de estos medios telemáticos).

Además de esta mención legal y la referida a las sociedades cotizadas (art. 521 LSC), no encontramos una regulación detallada sobre la posibilidad de acudir, delegar el voto o votar en la Juntas generales o Consejos de administración por medios telemáticos, será la DGRN la que vaya concretando los aspectos más importantes del ejercicio de estos derechos.

Cabe destacar por su importancia la antes mencionada RDGRN de 19 de diciembre de 2012, de la que, además de extender estas posibilidades a las sociedades de responsabilidad limitada, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.º El artículo 175 LSC exige una ubicación física para la celebración de la Junta general a la que siempre podrán asistir personalmente los socios, pero el artículo 182 permite, además de la asistencia física, la telemática.

2.º Fijada una ubicación física para la celebración de la Junta que permita la asistencia personal, la posibilidad de asistir además por videoconferencia o por medios telemáticos, como dice el artículo 182 LSC, ha de ser admitida, siempre y cuando se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir, pues no ofrece menores garantías de autenticidad que la asistencia física.

3.º Ello es una forma de posibilitar a socios con domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la Junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil

que sean idóneas, lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos. Lo mismo cabe decir respecto al ejercicio del derecho de voto, según el artículo 189 LSC.

4.º Por ello, debe entenderse válida la cláusula estatutaria que posibilite la asistencia a la Junta por medios telemáticos, siempre que garanticen debidamente la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios, que permitan el ordenado desarrollo de la Junta, debiendo a tal efecto determinar los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos de quienes tengan intención de intervenir por medios telemáticos se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de constitución de la Junta.

5.º En cuanto a delegación del voto debe tenerse en cuenta el art. 183.2 LSC, que dice que en las sociedades limitadas «la representación deberá conferirse por escrito». Si bien el centro directivo dice que ha de entenderse que la expresión contenida en el artículo 183 LSC de que en las sociedades de responsabilidad limitada la representación ha de constar por escrito no excluye otras formas de constancia y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba.

También es de interés la RDGRN de 25 de abril de 2017, en la que se cuestiona la admisión de la cláusula estatutaria en la que se regula la emisión del voto en las Juntas generales por medios físicos o telemáticos, y se expresa lo siguiente: «También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito con firma legitimada, o por medio de documento remitido telemáticamente con su firma electrónica. No obstante, la Junta podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica». El registrador suspende la inscripción basándose en que el artículo 189.2 LSC exige que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejercite el derecho de voto. El centro directivo resuelve admitiendo esta posibilidad basándose en la soberanía o libre actuación de la Junta general, que será la que tenga que decidir en cada caso si se está garantizando o no la autenticidad del voto e identidad del votante y en si, en consecuencia, dicho voto es o no admisible.

III. LOS ESTATUTOS EN LA SOCIEDAD FAMILIAR

Como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo, las sociedades familiares se caracterizan, como su propio nombre indica, por los vínculos familiares que existen entre todos o algunos de los socios, así como, por lo general, por su vocación de perpetuidad, de subsistencia en el largo plazo y en manos de la familia. En este tipo de sociedades los estatutos cobran una especial impor-

tancia, pues van a permitir regular la organización y el funcionamiento de la sociedad adaptándose a las necesidades y circunstancias concretas de la misma. Si bien, en las sociedades familiares los estatutos deben coexistir con el protocolo familiar que, a diferencia de los primeros, establecerá los principios fundamentales para regular las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa. Pues bien, en este apartado vamos a analizar la relación entre los estatutos y el protocolo familiar y alguna de las cláusulas estatutarias que suelen incluirse en este tipo de sociedades para adaptar la regulación a sus especiales características.

1. Los estatutos sociales y el protocolo familiar

Como hemos indicado, en las sociedades familiares coexisten los estatutos con el protocolo familiar; la finalidad de ambos instrumentos es distinta; sin embargo, debe existir una coordinación entre ambos, así de las relaciones que pretendan mantener los miembros de la familia con la sociedad va a depender en gran medida la organización interna y el funcionamiento de la misma.

En la práctica, la tendencia es la de incluir en los estatutos el máximo de pactos posibles del protocolo familiar; esto es así porque, dada la obligación de inscribir los estatutos en el Registro Mercantil, éstos van a desplegar una eficacia *erga omnes*, mientras que la eficacia del protocolo familiar es más cuestionada. Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 104/2002, de 8 de abril, que le niega carácter jurídico vinculante, entendiendo que es una «*mera propuesta de intenciones*». Además, los acuerdos sociales contrarios a los estatutos son impugnables en los términos establecidos en los artículos 204 y siguientes de la LSC.

2. Cláusulas estatutarias

Vemos, a continuación, algunas cláusulas estatutarias frecuentes en este tipo de sociedades.

2.1. Régimen de transmisión de las acciones o participaciones sociales

Por lo general, en este tipo de sociedades, que van a estar compuestas en su mayoría por miembros de una misma familia, no es indiferente quién tenga la condición de socio, va a existir una tendencia a mantener el control de la sociedad en manos de la familia, evitando en lo posible que terceros ajenos a la misma adquieran en el futuro la condición de socio; es por esto que son comunes las cláusulas que restringen la transmisión de las acciones o participaciones.

Como sabemos, las sociedades de responsabilidad limitada son de naturaleza cerrada y se dificulta en gran medida la transmisibilidad de las participaciones, mientras que las sociedades anónimas son esencialmente abiertas y se facilita la transmisibilidad de las acciones. No obstante, en ambos tipos societarios es posible incluir cláusulas estatutarias que restrinjan, aún más en el caso de las sociedades limitadas dicha transmisibilidad, así:

a) En la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 108 LSC permite prohibir, con el consentimiento de todos los socios, la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento, e incluso sin este último requisito si la prohibición se limita a un plazo máximo de cinco años, a contar desde la constitución de la sociedad o el aumento de capital social. También podrán establecerse en los estatutos derechos de adquisición preferente (art. 188 RRM).

b) En la sociedad anónima, únicamente es posible prohibir la transmisión voluntaria de las acciones por un plazo máximo de dos años, a contar desde la constitución de la sociedad, si bien, sí que podrá someterse la transmisión a la previa autorización de la sociedad fijando en los estatutos las causas que permitan denegarla y establecer derechos de adquisición preferente (arts. 123 y 124 LSC, 123 RRM).

2.2. Pactos relativos al derecho de voto

Para mantener el control de la sociedad en personas determinadas es posible emitir acciones o crear participaciones sin derecho de voto (art. 98 LSC), y en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada se admiten, además, las participaciones con voto plural (art. 188.1 LSC y 184.2.1 RRM).

2.3. Nombramiento de los administradores

Es posible «blindar», en cierto modo, el acceso a los puestos de administración, exigiendo estatutariamente ciertos requisitos objetivos, como una edad mínima o máxima, haber ostentado la condición de socio durante un mínimo de años, ostentar un porcentaje mínimo de capital social, ostentar una titulación o formación concreta o haber trabajado en la sociedad durante un número de años.

IV. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Como hemos venido señalando, los socios disponen de una amplia libertad para introducir los pactos estatutarios que estimen oportunos, si bien, dicha liber-

tad no es absoluta, los pactos serán válidos siempre que no se opongan a las leyes ni a los principios configuradores del tipo social elegido.

En este apartado vamos a referirnos, sin ser exhaustivos, a algunas de dichas limitaciones a la autonomía de la voluntad, distinguiendo entre las que se derivan de la ley y las que tienen su causa en los principios configuradores del tipo social de que se trate.

1. Límites legales

Podemos destacar entre otros:

1. En el ámbito de la denominación social, a pesar del amplio margen de libertad a la hora de elegir su composición, encontramos dos límites. El primero de ellos se deriva de la exigencia de indicar literalmente o por abreviatura el tipo social elegido (art. 6 LSC). El segundo es el derivado de la prohibición de identidad, el artículo 77 LSC prohíbe que se adopte una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente. En este sentido, el artículo 413 RRM condiciona la autorización de la escritura de constitución de la sociedad a la incorporación de la certificación, expedida por el Registro Mercantil Central a instancia de los fundadores o del mismo notario, que acredite que la denominación elegida no figura ya registrada.

2. Otro límite legal es el derivado de la exigencia de determinación del objeto social (arts. 117 y 178 RRM). La DGRN adopta una tesis amplia, no restrictiva, en cuanto a la exigencia de determinación del objeto social; así en la RDGRN de 1 de diciembre de 1982 señaló que «únicamente habrá indeterminación cuando se utilice una fórmula omnicomprensiva de toda posible actividad comercial o industrial en donde se empleen unos términos generales, pero no existirá esta indeterminación si a través de términos concretos y definidos se señala una actividad de carácter general» y este es el criterio que el centro directivo ha seguido en ulteriores resoluciones como las de 25 de enero de 2012 y 29 de enero de 2014.

No se admite, en cambio, la fórmula «cualquier otra actividad de lícito comercio» o expresión análoga ni incluirse como parte del objeto los actos jurídicos necesarios para la realización o el desarrollo de las actividades indicadas en el objeto social (arts. 117 y 178 RRM).

3. En cuanto al domicilio social, las exigencias de los artículos 38, 387 y 388 RRM impiden que se fije como domicilio un apartado postal.

4. En el ámbito del capital social, el artículo 5 de la LSC prohíbe la autorización de escrituras de constitución de sociedades de capital que tengan una cifra de capital social inferior al legalmente establecido, ni escrituras de modificación del

capital social que lo dejen reducido por debajo de dicha cifra, salvo que sea consecuencia del cumplimiento de una Ley. Se exceptúa lo dispuesto en los artículos 4 y 4 bis para las sociedades de formación sucesiva.

5. El artículo 96 LSC recoge prohibiciones relativas a las acciones y participaciones privilegiadas, que no podrán atribuir el derecho a percibir un interés. Tampoco se podrán emitir acciones que alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto o el derecho de preferencia, y en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada participaciones que alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia. Hay una parte de la doctrina que considera injustificada esta regla en sede de sociedad limitada, una vez que se admiten tanto los privilegios patrimoniales como los relativos al derecho de voto, entendiendo que deben interpretarse restrictivamente.

6. En cuanto al órgano de administración de la sociedad destacamos como límites:

— La sociedad anónima no podrá tener más de dos administradores conjuntos, si hay más de dos constituirán un Consejo de Administración (art. 210 LSC) que tendrá un mínimo de tres miembros (242) y el cargo no podrá tener una duración superior a seis años (art. 221 LSC).

— En la sociedad de responsabilidad limitada el Consejo tendrá un mínimo de tres miembros y un máximo de doce (art. 221 LSC).

— Para ambo tipos sociales, los artículos 124.4 y 185.6 RRM declaran que no serán inscribibles en el Registro Mercantil la enumeración de facultades del órgano de administración contenida en los estatutos.

7. El artículo 27 LSC establece límites temporales y cuantitativos a los derechos especiales en el mismo reconocidos.

2. Límites derivados de los principios configuradores

Finalmente vamos a referirnos a los límites derivados de los principios configuradores de cada tipo social. Como punto de partida, debemos señalar que la LSC establece en su artículo 28 la función de tales principios, que es la de limitar la autonomía de la voluntad a efectos estatuarios, pero no señala cuáles son, ni ofrece elementos suficientes para definirlos. Ha sido la doctrina la que se ha encargado de formular distintas enumeraciones.

En estas líneas no vamos a detenernos en la enumeración de esos principios configuradores, sino en el estudio de ciertos límites a la autonomía de la voluntad derivados de algunos de ellos:

1. La LSC establece sólo para las sociedades de responsabilidad limitada la prohibición de exigir estatutariamente unanimidad para la adopción de acuerdos sociales, pues bien, con base en el principio de adopción de acuerdos por mayoría, esta prohibición se extiende también a las sociedades anónimas.

2. Las restricciones a la transmisibilidad de las acciones en la sociedad anónima están limitadas por los artículos 123 y 124 LSC y 123 RRM; estos límites se derivan del **carácter abierto** de dicha sociedad (frente al carácter cerrado de la sociedad limitada). Así:

— Las restricciones sólo pueden afectar a las acciones nominativas.

— Son nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

— La transmisión sólo podrá condicionarse a la autorización de la sociedad cuando los estatutos prevean las causas que permitan denegarla.

Basándose en el carácter abierto de la sociedad anónima y la transmisibilidad de las acciones, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de enero de 2011, rechaza la cláusula estatutaria en la que se prevé que, si el socio es una sociedad y cambia la composición personal de su censo de socios, existirá un derecho de rescate a favor de los otros socios o ulteriormente de la sociedad anónima. Para un análisis más completo de esta cuestión nos remitimos al capítulo X de esta obra colectiva.

Del mismo modo se consideran contrarios a los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada los pactos contrarios al carácter cerrado de la sociedad, como el ofrecimiento al público de las participaciones sociales, o acudir al ahorro colectivo mediante emisión de obligaciones u otros valores negociables.

3. El carácter capitalista de las sociedades de capital hace cuestionarse la posibilidad de incluir el fallecimiento de los socios como causa de disolución de la sociedad**,** si bien, la DGRN, en resolución de 13 de enero de 2014, ha admitido esta posibilidad.

4. También se consideran contrarios a los principios configuradores aquellos pactos que directa o indirectamente anulen o debiliten el carácter mercantil de la sociedad o el principio de responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales.

V. MODIFICACIÓN DE LAS ESTATUTOS SOCIALES

Finalmente tenemos que hacer referencia a la posibilidad de modificar, una vez aprobados, los estatutos sociales para adaptarlos a las exigencias de carácter económico, financiero y jurídico que van surgiendo a lo largo de la existencia de la sociedad.

No vamos a detenernos en exceso en esta materia, simplemente señalar que la modificación de los estatutos se regula en el Título VIII («*La modificación de los estatutos sociales*») de la Ley de Sociedades de Capital, que comprende los artículos 285 a 345, y de ellos extraemos los siguientes requisitos generales, sin olvidar que existen requisitos especiales para ciertas modificaciones:

— La modificación de los estatutos es competencia de la Junta general, salvo lo establecido en el art. 285.2 LSC sobre la modificación del domicilio dentro del territorio nacional.

— Los requisitos formales son los siguientes:

a) Elaboración por los administradores o socios de la propuesta de modificación, y en la sociedad anónima, además, un informe sobre la misma.

b) Expresión en el anuncio de la convocatoria de la Junta general de los extremos que vayan a modificarse (la información deberá ser clara, no bastando la mención de los números de los artículos de los Estatutos objeto de modificación), del derecho de información de los socios que podrán examinar la propuesta y del informe sobre la misma, en el caso de la sociedad anónima.

c) Aprobación por la Junta general. El acuerdo de modificación de los estatutos deberá ser adoptado con los quórum y mayorías reforzadas establecidos en los artículos 199, 194 y 201 LSC.

d) Por último, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, el acuerdo inscrito para su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Cucurull Poblet, T.: «Ámbito jurídico del protocolo familiar», *Práctico de sociedades mercantiles*, vlex, páginas 153 a 168.

FAUS PUJOL, M.: *Práctico vlex web de la sociedad*, vlex.

GARCÍA VALDECASAS, J. A.: «Instrucción de la DGRN de 18 de mayo de 2011 y convocatoria de Junta por medio de la *web*. El art. 173 de la LSC», publicado en 2011 en la página *web* «*notarios y registradores.com*».

LÓPEZ ORTEGA, R.: «La constitución de las sociedades de capital», *Derecho Mercantil*, volumen 3.º, *Las sociedades mercantiles*, Marcial Pons, 2013, páginas 250 a 259.

MESA MARRERO, C.: «La autonomía de la voluntad y disolución de la sociedad de capital por fallecimiento de los socios», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 4, octubre-diciembre, 2014, páginas 257 a 260.

ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F.: «Convocatoria de Junta general de socios por e-mail» publicado en 2015 en la *web* del autor.

SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, J. C.: «La autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria de las sociedades de capital», *diario La Ley* núm. 7714, Sección Tribuna, 13 de octubre de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2011 (708/2011)*, *Vlex*, páginas 591 a 603.

(Trabajo recibido el 02/10/2017
y aceptado para su publicación el 17/10/2017)

CAPÍTULO V: PACTOS PARASOCIALES: NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICA

PEDRO JOSÉ MALDONADO ORTEGA
Notario de Jimena (Jaén)
A mi maestro en el ars notariae, D. Andrés Tortosa Muñoz

RESUMEN

En el ámbito de las sociedades mercantiles de capital, los pactos parasociales tienen la utilidad de complementar la Escritura de Constitución de la Sociedad y los Estatutos, dejando voluntariamente al margen de publicidad registral y del conocimiento de los terceros aspectos de la relación entre los socios que constituyen la persona jurídica que son fundamentales para la autocomposición de sus intereses, que no son contrapuestos, pero tampoco son enteramente coincidentes. Esta regulación pactada proporciona a la sociedad la estabilidad y seguridad jurídica necesarias para poder abordar proyectos empresariales a medio y largo plazo; carece de un régimen normativo específico más allá de algunos artículos en leyes especiales que han reglamentado aspectos muy concretos, por lo que su marco jurídico es el Código civil, cuyas normas maestras y principios van a regir elementos tan importantes como la capacidad, contenido, forma y eficacia.

Palabras clave: pactos parasociales; naturaleza jurídica; elementos del contrato; eficacia legal; clasificación.

CHAPTER V: AGREEMENTS BETWEEN PARTNERS: NATURE AND LEGAL EFFECTIVENESS

PEDRO JOSÉ MALDONADO ORTEGA
Notary Public in Jimena (Jaén)
In honour of my maestro in the ars notariae, Mr. Andrés Tortosa Muñoz

ABSTRACT

In the matters of private limited companies, *shareholder agreements* are useful to complement the Constitution Deed and Articles of Association, excluding voluntarily of registration, or the knowledge of third parties, some aspects of the partners relationship, which are substantive to establish their particular or private interests, that there are not

opposite, but not entirely concurrent. This agreement provides to the company stability and legal certainty, which are essential to approach business projects in medium and long term; but has not a specific regulation, beyond some articles from special laws that have regulated very specific details, so the legal framework is the Code Civil, whose standard rules and legal principles will govern key elements like capacity of act, contract content, legal form and legal effects.

Keywords: shareholder agreements; legal nature; contract elements; legal effectiveness; classification.

SUMARIO: —I. PRESENTACIÓN.—II. INTRODUCCIÓN. —III. CONCEPTO: LOS PACTOS QUE SE MANTIENEN RESERVADOS ENTRE LOS SOCIOS. 1. Concepto. 2. Régimen jurídico. 3. Fundamento de los pactos parasociales: la superación de la rigidez normativa e institucional. 4. Elementos personales, reales y formales. 4.1. Elementos personales. 4.2. Elementos reales. 4.3. Elementos formales. 4.3.1. Pactos parasociales en documento privado. 4.3.2. Valor añadido de la escritura pública. 4.3.3. Publicidad de los pactos parasociales. —IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PACTOS PARASOCIALES. 1. Carácter obligacional de los pactos parasociales. 2. La sustancia social y la sustancia parasocial. —V. CONTENIDO Y EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES. 1. Clasificaciones. 2. Eficacia de los pactos parasociales. 3. Clasificación de los pactos parasociales según su contenido. 3.1. Pactos de relación. 3.2. Pactos de atribución. 3.3. Pactos de organización.

I. PRESENTACIÓN

Este sencillo y breve estudio no es una criptología o tratado sobre los pactos «ocultos», «secretos» o «que se mantienen reservados entre los socios», los llamados pactos parasociales. Pactos que, *prima facie*, parecería que están en contraposición con otros, los pactos sociales. Existen ya pormenorizados y rigurosos análisis doctrinales de los múltiples tipos de pactos parasociales que existen en el tráfico. Es un escueto resumen del panorama doctrinal existente sobre algunos de sus aspectos, particularmente su concepto, su naturaleza, forma y publicidad, su posible contenido, sin entrar en clausulados concretos, y su eficacia jurídica; al tiempo que iré situando los llamados contratos parasociales en el Derecho Civil, que es su campo o marco jurídico. A él vamos a retornar, procedentes del ámbito del Derecho Mercantil, ante la ausencia de un régimen jurídico propio, a pesar de su conveniencia práctica.

II. INTRODUCCIÓN

La importancia de los pactos parasociales es cada vez mayor, tanto a nivel doctrinal —por la abundante literatura escrita sobre este tema— como en los tribunales de justicia, dada la abundante litigiosidad que pueden provocar, cuestionándose sobre todo su eficacia y cumplimiento; sólo destacar una nota para subrayar su importancia en el tráfico mercantil español:

— en las cotizadas existen aproximadamente en el 20% de las empresas del selectivo IBEX 35—, y,

— en la empresa familiar existen al menos en el 45% de las pertenecientes al Instituto de la Empresa Familiar —que agrupa a las más relevantes del

sector—. El protocolo familiar —que es un pacto parasocial— se acuerda para dotar de previsibilidad el relevo generacional, dándole seguridad, que beneficia no solamente a los propios socios sino también a los terceros, inversores y acreedores. Poseer un protocolo familiar se considera una práctica de buen gobierno tanto en España como en los países de nuestro entorno, especialmente en los anglosajones, de cuyo ámbito procede esta figura.

Como decimos, las primeras manifestaciones del fenómeno parasocial tienen lugar en el ámbito anglosajón —donde reciben la denominación de «*shareholders agreements*», literalmente «contratos de socios»; en España su primer antecedente son los sindicatos de accionistas constituidos en el seno de las sociedades cotizadas. Posteriormente, debido al ciclo expansivo de la economía de los años 80 y 90 del siglo veinte, al florecimiento empresarial y a la rigidez de la normativa de constitución de las sociedades, los pactos parasociales experimentaron un gran desenvolvimiento si bien ni la Ley de Sociedades Anónimas ni la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada recogieron el fenómeno. El reconocimiento de los pactos parasociales se produce en la Ley 26/2.003, que modificó la Ley del Mercado de Valores, estableciendo la necesidad de dar publicidad a ciertos pactos parasociales que afectaran a cotizadas. Finalmente, el RD 171/2.017, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares reconoce en su introducción, que no en su parte dispositiva, que el contenido de éstos será configurado como pacto parasocial, regulándose posteriormente la posibilidad de darles publicidad registral.

De esta forma, se observa un régimen público y publicitado, aunque sea en forma de publicidad-noticia, como en los protocolos familiares, y un cripto-régimen, un régimen reservado para los socios, que está oculto o secreto para el tráfico, para los terceros. El hecho apreciable es que existen en las sociedades de capital, además de los pactos por los que se constituye la compañía y se la dota de un estatuto que opere, en la medida en que lo permita la normativa vigente, como Ley de la Sociedad, otros pactos, pactos parasociales, que configuran un régimen normativo destinado a regular, principalmente, tres aspectos:

1º. las relaciones internas entre los socios (todos o algunos),

2º. las prestaciones, ventajas o atribuciones a favor de la sociedad, y

3º. cuestiones internas y concretas de la vida de la sociedad, especialmente en el ámbito político (derechos de voto y toma de decisiones) y ejecutivo (administración de la compañía).

Este hecho de existir un régimen parasocial que complemente e integre la regulación legalmente prevista para cada tipo social se ve especialmente modula-

do, en este sentido, tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en el de las sociedades anónimas:

a) en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada por cuanto cada vez se constituyen más sociedades de esta clase adaptando sus estatutos a los «estatutos tipo» aprobados por el Gobierno, todo ello desde que entró en vigor la Ley 14/2.013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (vid. su artículo 15), desarrollada por el R.D. 421/2.015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de Estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba el modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. En estos casos la autonomía de la voluntad, con sus manifestaciones de libertad contractual (esto es, de determinar el contenido del contrato) y de libertad de contratar (es decir, de celebrar o no el contrato) se ve prácticamente sacrificada, amputándole la libertad contractual y reduciendo aquélla a libertad de contratar, para conseguir más rapidez en el tráfico, sucediéndose velozmente tanto el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad como la subsiguiente calificación registral, imponiéndose a los operadores jurídicos afectados plazos perentorios de 12 y 6 horas. Así los Estatutos-tipo, que como su propio nombre indica, son estandarizados e impersonales, se complementarán, personalizándose o adaptándose al sustrato social, la auténtica realidad corporativa de esas pequeñas y cerradas sociedades, a través de los pactos parasociales, configurándose de manera más acabada y específica el ordenamiento societario.

b) en el ámbito de las sociedades anónimas —que ha sido su campo de estudio tradicional por la doctrina—, destaca MARTÍNEZ ROSADO[1], citando a GARRIDO DE PALMA, que existe una regulación más rígida e imperativa, que será terreno abonado por «la flexibilidad que aportan o pueden aportar los pactos parasociales». Vislumbrando ya en 1997 como se consolidaba el rumbo o la derrota de uniformización que tomaba el Derecho Societario, decía MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[2], a quien cita veinte años después[3], que «la totalidad de la vida societaria no puede quedar tipificada, ni sujeta a modelos uniformes. Incluso algunos autores que han propugnado en ocasiones la uniformidad de algunos contratos han reconocido que ésta sólo es posible respecto de algunos sectores y precisamente en el campo de las sociedades la uniformidad y la tipificación no son recomen-

[1] MARTÍNEZ ROSADO, Javier: *Los pactos parasociales,* Marcial Pons, Madrid, 2017, página 29.

[2] MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, José María: «Los pactos parasociales», Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 13 de marzo de 1997, página 221.

[3] MARTÍNEZ ROSADO, Javier: Obra citada, página 30.

dables, porque conducen a la no regulación de cuestiones sumamente importantes con la consiguiente merma de seguridad para las partes».

III. CONCEPTO: LOS PACTOS QUE SE MANTIENEN RESERVADOS ENTRE LOS SOCIOS

1 Concepto

Podemos entender por pactos parasociales aquellos acuerdos celebrados entre todos o algunos de los socios de una compañía para regular sus relaciones como tales o en cuanto tales socios que forman parte de esa compañía; y, más concretamente, como late en el sentir de la práctica, un pacto entre socios o entre éstos y terceros —al margen de la sociedad— que recoge determinados comportamientos en las decisiones de esta última, sin que vinculen a la sociedad. Sus notas más características son su carácter obligacional, heterogéneo contenido, su conexión funcional con la sociedad y accesoriedad respecto al contrato social.

2. Régimen jurídico

Pues bien, la primera cuestión que planteamos es si jurídicamente está permitida o no la existencia de los pactos parasociales.

Los pactos parasociales carecen de régimen jurídico específico en nuestro Derecho. Como decíamos aparecen mencionados en dos normas:

En primer lugar, en la Ley 26/2.003, que redacta el artículo 112 de la Ley del Mercado de Valores; se refiere a los pactos parasociales que regulan el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o restrinjan o condicionan la libre transmisibilidad de las acciones, en los casos de que afecten a sociedades cotizadas.

Por otra parte, también se mencionan los pactos parasociales en la introducción del Real Decreto 171/2.007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, y únicamente reconociendo que el contenido de estos protocolos será configurado por la autonomía de la voluntad como «pacto parasocial»; es decir, la única «regulación» que tenemos es que la introducción de un Real Decreto referido específicamente a la publicidad de los protocolos familiares considera que el «*contenido*» de estos es «*parasocial*».

Dado el principio de libertad de forma establecido en los artículos 51 y 117 del Código de comercio (Ccom), y puesto que el artículo 20 Ley de Sociedades de Capital (LSC) dispone que «*La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil*», la constitución

de la sociedad debe hacerse —para su regularidad y no como forma *ad solemnitatem*— en escritura pública; esa escritura deberá inscribirse en el Registro Mercantil para adquirir la personalidad jurídica y nacer el ente societario a la vida jurídica, como resulta del artículo 119 Ccom; pero lo que más nos interesa destacar en este momento es que este artículo 119 expresa —en su comienzo— que tanto la constitución de la compañía, como sus pactos y condiciones deberán constar en la escritura pública, señalando *in fine*, específicamente, que «*los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social*». Este texto concuerda con el actual artículo 28 LSC: «*En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*», y con el artículo 29 del mismo cuerpo legal: «*Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*». Recordemos en este punto también el artículo 1.669 del Código civil, según el cual «*No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros*».

Así, podrían utilizarse en contra de la validez y eficacia de los pactos parasociales los siguientes preceptos:

1º. Artículo 119 del Código de comercio, que prohíbe expresamente los pactos parasociales cuando dice que «*los socios no podrán hacer pactos reservados*», indicando específicamente que «todos deberán constar en la escritura social».

2º. Artículo 1.669 del Código civil: porque establece para aquellas sociedades con pactos que «se mantengan secretos entre los socios» la sanción de que se les priva de personalidad jurídica

3º. Artículo 28 LSC, que podría interpretarse en concordancia con el artículo 119 Ccom en el sentido de que entonces todos los pactos de los socios «*deberían*» incluirse en la escritura fundacional o en los estatutos; pudiendo incluirse en estos textos toda clase de pactos, excepto los que se opongan a las leyes o contradigan los principios configuradores del tipo social elegido (lo cual abre otro debate, cúales son esos principios configuradores, al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado).

4º. Artículo 29 LSC, que restaría eficacia a los pactos parasociales porque impide oponer a la sociedad los pactos secretos o «reservados entre los socios».

Antiguamente, pensemos que únicamente existían pactos sociales. Estos pactos podían acceder a la escritura de constitución de la Sociedad y a los Estatutos

y obtener publicidad registral o permanecer reservados entre los socios. Pues bien, éstos últimos eran nulos. Posteriormente se va conformando una sensibilidad doctrinal y jurisprudencial favorable a la existencia de un mundo parasocial, es decir, no pactos que eran sociales y que al no acceder a publicidad, como es lógico, permanecían reservados entre los socios, sino pactos que por su materia eran pactos no-sociales si bien formaban parte del ordenamiento societario, al complementarlo, aportando la necesaria seguridad jurídica a las relaciones entre los socios e indirectamente al tráfico y que reforzaban la solidez y estabilidad de las compañías: los pactos parasociales. Dice FELIÚ REY[4] que los «*pactos reservados»* de que habla el artículo 119 del Código de comercio son «pactos sociales no inscritos», es decir, serían los suscritos o adoptados «por todos los socios» que, debiendo figurar en el Registro Mercantil (por ejemplo, por afectar al funcionamiento de la sociedad) no lo hacen, por lo que carecerán de la publicidad legal debida y por ello se sanciona con la nulidad, *incluso inter partes*. A estos pactos se refería el derogado artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951. Tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas el pacto reservado (pacto social no inscrito) se equipara al pacto parasocial, reconociéndose la validez y eficacia tanto de los pactos parasociales como de los que, con anterioridad, constituían pactos reservados, ya que la nueva y vigente redacción del texto legal, el citado artículo 29 LSC, engloba tanto al pacto parasocial (que por su naturaleza es reservado) como el pacto social reservado (es decir, el pacto social que no accede a la Escritura o los Estatutos sociales, ni consiguientemente, al Registro Mercantil).

De esta forma, si bien los anteriormente mencionados preceptos (119 del Código de comercio, 28 y 29 LSC, etc...) podrían haberse utilizado para negar la existencia de los pactos parasociales, el Tribunal Supremo ha venido admitiéndola desde mediados del siglo XX, interpretando dichos preceptos en el sentido de que pueden existir tales pactos reservados, y la sociedad será válida y existente, pero esos acuerdos ocultos no serán oponibles a la compañía, o a los terceros.

Y es que, aunque anteriormente mal vistos y legalmente proscritos, la realidad se ha acabado imponiendo, y se ha comprendido —ante la falta de regulación de los pactos parasociales— la necesidad de reconocer y respetar un espacio, dentro del terreno del derecho mercantil, para la aplicación de las normas y principios del derecho civil —que conforme a los artículos 2.1 del Código de comercio y 4.3 del Código civil, es supletorio en la regulación de las materias regidas por otras leyes—, que den cobertura a estos pactos. Y así vamos a ir viendo la vigencia de principios como el de obligatoriedad o vinculatoriedad del contrato (artículos 1.089, 1.091 y 1.258 del Código civil), con sus hijas la irrevocabilidad —del que deriva el principio de conservación del negocio o *favor negotii*—, y la relatividad (artículo 1.257 del Código civil), que se ve matizada o modalizada por el

[4] FELIÚ REY, Manuel: «Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas», Madrid, 2012, páginas 31 a 36.

nacimiento del ente social y su presencia en el tráfico, donde habrán de ser respetados los intereses de la misma sociedad y de los terceros. Y, planeando majestuosamente sobre todos ellos, el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código civil), reflejo de la dignidad y libertad humana, cuyo engarce con el respeto de la ley imperativa y de los derechos de los terceros implicados en el tráfico habrá que analizar exhaustivamente para componer los intereses de todos de la manera más justa y equilibrada posible.

Y aquel reconocimiento se ha debido, fundamentalmente, a la utilidad de los pactos parasociales. El profesor MARTÍNEZ ROSADO[5], subraya que, en general, a través de ellos los socios pueden ejercer su influencia en la vida social; y, en concreto, porque así pueden controlar mejor la sociedad (sindicatos de voto o de bloqueo) o diseñar la organización de la sociedad en torno a la familia (protocolos familiares) pero, sobre todo, contribuir a la solución de conflictos, que en las sociedades cerradas son especialmente problemáticos y conducen las más veces a la paralización de la sociedad y al fracaso empresarial. Por contra, la existencia de pactos parasociales servirá eficazmente, a corto y medio plazo, para garantizar la necesaria estabilidad que permita desarrollar los proyectos empresariales.

3. Fundamento de los pactos parasociales: la superación de la rigidez normativa e institucional

El fundamento último de los pactos parasociales reside, indudablemente, en el principio de autonomía de la voluntad. Este principio, con sus límites, inspira todo nuestro Derecho de obligaciones y contratos y se formula en el artículo 1.255 del Código civil, que establece que «*Los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, ni a la moral, ni al orden público*». En el ámbito societario, se recoge también el principio de autonomía de la voluntad, con un límite específico, en el mencionado artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que se permite a las partes incluir en la escritura de constitución o en los estatutos «*todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*»; ello es así por la especificidad del fenómeno societario, en cuanto que genera entes con personalidad jurídica diferente de la de los socios que la componen, con un patrimonio responsable directamente de las obligaciones que contraiga tal ente, separado también del de los socios; ello explica la relativa rigidez de sus normas de constitución. El precepto, a la vez que permite a los socios fundadores dar cabida en la escritura y en los estatutos a sus acuerdos particulares, impone límites a dichos acuerdos que endurecen en cierta medida esta regulación, lo que viene a reconocer:

[5] Obra citada, páginas 27 y siguientes.

1º. el hecho de la incapacidad de la ley de llegar a poder normar todas las situaciones de la realidad,

2º. la oportunidad de que sean los protagonistas del tráfico los que auto-compongan sus intereses, y

3º. la necesidad de asegurar la protección de los terceros.

Esta cierta rigidez se aprovecha, a su vez, como fundamento de una aún más intensa rigidez institucional que se hace patente en las calificaciones registrales, muchas veces de una severidad exacerbada, y que ha originado una natural tendencia a la celebración de pactos parasociales que se adapte a las necesidades de sus otorgantes y así poder escapar tanto de la generalidad de la norma como del filtro demasiado estrecho de la calificación del operador jurídico. Dichos pactos no acceden al registro y no tienen, por tanto, publicidad. Menos mal, como veremos posteriormente, que existe la posibilidad de dotarlos de cierta publicidad mediante su constancia en escritura pública, incluso en la de constitución de la sociedad. Irónicamente, este cripto-régimen, necesario pero empujado muchas veces de este modo a la clandestinidad, es paradigma de que cuando se trata de asegurar el tráfico y los legítimos intereses de terceros se puede provocar, desde interpretaciones excesivamente rígidas una mayor inseguridad. Este *modus operandi* genera un tráfico por debajo de la mesa, y situaciones negativas por insatisfactorias para los protagonistas del tráfico, propiciando los lógicos abusos. Pero vamos a ver estas dos ideas con un poco más de detenimiento.

El notario de Madrid José María MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[6], pone también de relieve que en el origen de los pactos parasociales está la superación de esta cierta rigidez legislativa e institucional en materia societaria. Esta rigidez seguramente está motivada, como vimos anteriormente, por la vertiente corporativa de la sociedad, por su carácter de ente individual y propio, dotado de personalidad distinta de la de los socios que la componen; esta modalización se hace necesaria porque la sociedad vive en el tráfico y se relaciona con terceros, cuyos intereses han de ser protegidos frente a la autonomía de la voluntad de los contratantes; y esa protección se aprecia en la aplicación de las reglas de los contratos; por ejemplo:

— El principio de relatividad contractual (artículo 1.257 del Código civil): porque las normas que regulen la sociedad interesan también a los terceros que se van a relacionar con ella y, por tanto, deben ser conocidas por éstos.

— El principio de eficacia y obligatoriedad de los contratos (artículos 1.089, 1.091 y 1.258 del Código civil): porque existen normas que protegen cier-

[6] Conferencia citada.

tos derechos de los partícipes ante los acuerdos de la mayoría y porque es posible modificar el contrato inicial o incluso extinguir la sociedad, por un nuevo acuerdo no unánime de los socios.

— El principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1.911 del Código civil), que cede por existir esa autonomía patrimonial de la sociedad propia de su personalidad jurídica, y que se traduce en una limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios.

La mencionada rigidez legislativa se aprecia también en lo genérico de la normativa sobre sociedades de capital, que no tiene en cuenta la gran variedad de figuras que encajan en los tipos sociales regulados, desde la pequeña y mediana empresa a las grandes sociedades multinacionales, pasando por la empresa familiar sea de mayor o menor dimensión y antigüedad. La tan repetida rigidez aumenta, una vez más, por los numerosos requisitos formales que añade el Reglamento del Registro Mercantil, y también es debida a la visión asaz restrictiva que suele imperar en la Dirección General de los Registros y del Notariado. Autores como PÉREZ RAMOS[7], subrayan la necesidad de potenciar esta autonomía de la voluntad en el ámbito societario para evitar el fenómeno que denomina «huida del derecho mercantil» propiciado tanto por ese mencionado formalismo del RRM, como «fundamentalmente por los registradores mercantiles», quienes cercenan el juego de aquélla, disminuyendo la deseada seguridad jurídica y, consecuentemente, haciendo florecer extraordinariamente los pactos que estamos estudiando.

Se pone de manifiesto aquí la ausencia de una regulación más pormenorizada y que fuera sensible con la reconocida complejidad del fenómeno societario, de manera que la normativa fuese más específica y atendiera a las peculiaridades de las distintas figuras que han de acogerse bajo el paraguas de la legalidad vigente. Esta ausencia de normas, estas lagunas legales, se han intentado integrar por medio de la autorregulación de los interesados, a través de los pactos parasociales, actualizando el juego del principio de la autonomía de la voluntad, si bien este principio de autonomía de la voluntad se ve restringido, como antes apuntábamos, por la dificultad de componer todos los intereses en juego, por cuanto lo que ocurre en la sociedad no solamente afecta a los propios socios contratantes, individualmente considerados, sino al ente creado y a los terceros que se relacionen con él en el tráfico. Y a todos hay que proteger, siendo así que lo que se limita al final es la autonomía de la voluntad, en pro del tráfico, y en concreto la publicidad, eficacia y oponibilidad de estos pactos parasociales, que aunque destinados a complementar la regulación legal de la sociedad, son extraños a ésta y únicamente están dotados de una eficacia puramente obligacional.

[7] PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autonomía de la voluntad en las sociedades de capital», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario de 2.015, tomó I, p. 317).

El Reglamento —dice MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[8]— «convierte la calificación registral en una mera verificación del cumplimiento de una multitud de requisitos administrativos»; ello, unido a la vinculación entre cumplimiento de los requisitos formales del tipo social y obtención de la personalidad jurídica marcan la tendencia hacia el formulario típico para obtener la personalidad jurídica. Diríamos que así..., sin demasiada prudencia ni cuidado de la necesaria seguridad jurídica. Porque, como destaca este autor, la personalidad jurídica no es, en sí misma, la finalidad del contrato de sociedad, sino un instrumento para la obtención de esa finalidad. Y pone de relieve que ese sistema del formulario solo funcionará cuando todo va bien, pero no cuando surjan problemas o divergencias. El autor citado lo dice muy bien: «La *afectio societatis* conduce a veces, como en el matrimonio, a llenar una pura forma a expensas de una posible reserva mental».

Esquemáticamente, el fenómeno parasocial surge, pues, por varias razones combinadas:

1ª. La rigidez de nuestra legislación sobre la estructura de nuestras sociedades de capital.

La rigidez es mayor en las Sociedades Anónimas que en las Limitadas, lo que ha dado lugar a la utilización generalizada de esta forma societaria en aquellos casos en que los socios quieran compaginar el principio *intuitu pecuniae* —propio de las sociedades de capital— con una estructura más simplificada y flexible, pero sin tintes personalistas como en las colectivas o comanditarias por acciones.

La rigidez, después de la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital, continúa siendo la nota característica de la regulación de la estructura corporativa en España, y la propia Exposición de Motivos de la LSC lo reconoce (apartado III) cuando dice que «*las sociedades de responsabilidad limitada se han configurado tradicionalmente como unas anóminas simplificadas y flexibles», y que en ellas «prevalece la adscripción a la matriz común de las sociedades de capital, con estructura corporativa relativamente rígida»* (los subrayados son nuestros).

2ª. La rigidez institucional, pues la rigidez de la norma de constitución de las sociedades se mantiene por una calificación registral extremadamente rigurosa, a menudo, cuando se trata de calificar la conformidad de las estipulaciones y pactos de los constituyentes, incluidos en la escritura o en los estatutos.

3ª. La enorme variedad de situaciones personales que se dan en la práctica y la dificultad o incluso imposibilidad de nuestra normativa de regularlas,

[8] Obra citada, página 222.

que está también en el origen del fenómeno de constituir las sociedades de capital como las sociedades familiares, sociedades constituidas para adquirir o controlar otras, o la estructuración corporativa de uniones temporales de empresas o *joint ventures*, etc..

4. Elementos personales, reales y formales

4.1. Elementos personales

En relación a los elementos personales vamos a estudiar dos puntos: en qué tipos sociales suelen predominar esta clase de pactos y, por otra parte, quienes suelen suscribir y ser parte de los mismos.

1º. En cuanto a los tipos sociales respecto a los cuales se podrían otorgar, en principio el criterio es amplio: cualquier tipo de sociedad mercantil puede complementar su ordenamiento con esta clase de acuerdos; pero donde más frecuentemente se aprecia la personalización a través de los pactos parasociales es en las sociedades de capital, y más concretamente en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, más que en las Anónimas, prefiriéndose esta forma de personalización en vez de utilizar los Estatutos. Por otra parte, respecto a las Sociedades Colectiva y Comanditaria, y dada la estructura y funcionamiento diseñados legalmente (muy cerrada en cuanto a la transmisión de las participaciones, al exigir el consentimiento de todos los socios las Colectivas, artículo 143 Ccom, y administración colectiva, salvo pacto, artículo 129 Ccom), la utilidad de estos pactos es muy reducida, e igualmente el número de las que de esta clase se constituyen en nuestra patria es muy pequeño.

2º. En cuanto a quiénes pueden ser parte de los pactos parasociales, es habitual el pacto parasocial suscrito por todos los socios —los denominados pactos «omnilaterales»—, pero pueden haber sido suscritos únicamente por parte de los socios, o que formen parte del pacto terceros (por ejemplo, con acreedores, con administradores y directivos, o con parientes consanguíneos o por afinidad del socio, como puede suceder en los protocolos familiares (vid. artículo 2.1 del Real Decreto 171/2.007). Incluso se dan en la práctica pactos parasociales suscritos íntegramente por no-socios (ni actual ni potencial) ni persona autorizada por éste para ejercitar sus derechos, como los celebrados entre miembros del órgano de administración y terceros con influencia en la organización y funcionamiento de la sociedad (inversores acreedores financieros, etc) para hacer efectiva esta influencia en la administración y gestión o para influir en la adopción de acuerdos en Junta.

Un tema muy debatido es si la sociedad puede ser, o no, parte de un pacto parasocial: los autores que defienden que la sociedad pueda ser parte del pacto

parasocial suelen argumentar la conveniencia de ello en pro de la efectividad del mismo; otros autores, en cambio, consideran que la sociedad es en definitiva el objeto de estos pactos, no su sujeto, puesto que si la sociedad celebrase semejante tipo de pacto lo haría no ya en el campo parasocial sino en el ámbito negocial de la sociedad misma (vid. MARTÍNEZ ROSADO[9]); amén de que más que ventajas, un pacto parasocial del que fuese parte la misma sociedad podría acarrear inconvenientes, por la obligatoriedad del contrato y tener que cumplirse dicho pacto, particularmente la posible responsabilidad del órgano de administración si se pone en cuestión ante los tribunales y se concluye judicialmente que no solo no hay beneficio sino que ha habido perjuicio para la sociedad.

4.2. Elementos reales

En relación a los elementos reales, es decir, al posible contenido de los pactos parasociales y sus límites, en general tienen por objeto las relaciones de los socios entre sí y para con la sociedad. Su naturaleza es contractual, y ya señalábamos al principio la nota de su heterogéneo contenido, debido al fundamento jurídico en que se apoyan estos pactos: el principio de autonomía de la voluntad que luce en el artículo 1.255 del Código civil. Por tanto, los únicos límites al contenido de los pactos parasociales serán la ley, la moral o el orden público, lo que enlaza el tema del contenido de dichos pactos con el de su eficacia. A continuación estudiamos tales límites, dejando para un epígrafe posterior el análisis, desde una perspectiva general y sin entrar en clausulados concretos, del contenido y eficacia de estos pactos.

Pues bien, al mencionado límite de la ley señalar algunas precisiones:

— El artículo 6.3 del Código civil establece la sanción de la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas. Por tanto, la primera conclusión es que el pacto parasocial no podrá ser contrario a las normas imperativas, pero sí a las dispositivas.

— El artículo 28 LSC, al regular los pactos en escritura de constitución y estatutos recoge el principio de autonomía de la voluntad pero impone el doble límite de las «*leyes*» y los «*principios configuradores del tipo social elegido*».

Autores como F. ARANGUREN URRIZA[10] han estudiado la virtualidad de estos principios configuradores en relación a los pactos sociales de la Escritura de cons-

---

[9] Obra citada, páginas 34 y 35.

[10] ARANGUREN URRIZA, F.: «Pactos sociales no estatutarios y función notarial», en el tomo II de la obra *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado,* Madrid, 2012.

titución y a los Estatutos, destacando que tratan de evitar la deformación del tipo social elegido, preservando una tipicidad social en aras de la seguridad del tráfico y de terceros, frente a la atipicidad, la hibridación y la desnaturalización de los tipos legales; y subrayando que el legislador no ha resuelto el problema tipológico, pues ha configurado los tipos «anónima» y «limitada» como tipos polivalentes.

Específicamente en el ámbito de los pactos parasociales, entendemos que estos indeterminados «principios» siguen siendo los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 1.3 del Código civil, conforme al cual tienen una doble eficacia: en primer lugar, una eficacia normativa supletoria (se aplican en defecto de ley o costumbre); y, en segundo lugar, una eficacia interpretativa, que no empece la anterior («*sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*») pues estos principios proporcionan estructura, armazón y solidez al maremágnum normativo de los ordenamientos jurídicos, confiriéndoles coherencia interna, y justicia. De esta forma, el operador jurídico debe tenerlos en cuenta al interpretar la norma que ha de aplicar con objeto de guardar la máxima coherencia, a la hora de subsumir el supuesto de hecho en la norma concreta y establecer la consecuencia jurídica que la misma norma prevé, haciendo efectiva la misma.

— Por tanto, cuando hablamos de la ley imperativa que no pueden vulnerar los pactos parasociales para ser considerados válidos y eficaces, hablamos de Derecho civil de obligaciones y contratos y sus principios en general. O, como dice PAZ-ARES[11], «los valores sustantivos del entero sistema», no específicamente los del derecho societario o los principios configuradores del tipo, que son coherentes entre sí en orden a la protección de terceros, de acuerdo con el principio general de relatividad del contrato. Así, a través del pacto parasocial los socios complementan aspectos no regulados en la legislación mercantil societaria e, incluso, pueden otorgar y otorgan pactos contra legendarios, pues de lo contrario no tendrían utilidad ni sentido; pero en el bien entendido de que tales pactos no podrán oponerse a la sociedad ni a los terceros y únicamente tienen virtualidad *inter partes*, debiendo respetarse el principio de relatividad de los contratos que establece el artículo 1257 del Código civil. De esta opinión son autores como MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[12] o PÉREZ RAMOS[13] que consideran también que los límites a los pactos parasociales derivarán siempre de la aplicación de las reglas generales que regulan las obligaciones y los

[11] PAZ-ARES, Cándido: «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez,* 5.

[12] Obra citada.

[13] PÉREZ RAMOS: «Significativo aumento de los pactos parasociales», en *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2012.

ontratos. Por su parte[14], MORALES BARCELÓ, indica que los únicos límites vendrán del artículo 1255 ya que «si estos pactos estuviesen sometidos a la normativa societaria, dejarían de tener gran parte de su sentido y no tendría razón de ser la afirmación del artículo 29 LSC».

— Los pactos parasociales no pueden ser contrarios a la moral, ex artículo 1.255 del Código civil, siendo ineficaces, como indica MARTÍNEZ ROSADO[15] aquellos pactos que dañaran o arruinaran a la sociedad, «lo que no admite discusión», y también lo serían —de modo más concreto—, aunque la doctrina se muestra dividida, aquellos que contuvieran una venta de votos; por ejemplo, VICENT CHULIÁ, a quien cita MARTÍNEZ ROSADO, estima que es válida la cesión del voto a otro socio a cambio de remuneraciones o ventajas económicas, pero no en caso de que dichas ventajas sean concedidas por la sociedad, por existir en este último caso una lesión del interés social.

— Los pactos parasociales tampoco pueden ser contrarios al orden público, concepto jurídico indeterminado y difícil de definir si bien se refiere al conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento determinado; así, sería nulo un pacto que estableciera una prohibición de transmitir acciones o participaciones sociales perpetua o por un período de tiempo muy prolongado, pues existe un principio general de orden público que prohíbe las prohibiciones perpetuas de disponer, extraído del artículo 785.2º del Código civil, aceptado de modo reiterado por la doctrina y jurisprudencia.

4.3. Elementos formales

En materia de forma recordemos que:

— el contrato de sociedad civil no requiere forma pública excepto si se aportaran a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales (artículo 1.667 del Código civil), y

— el contrato de sociedad mercantil de capital exige escritura pública e inscripción en el RM, estableciéndose también que entre los socios no puede haber pactos reservados, sino que todos deben constar en la escritura social. Ello se interpreta en el sentido de que la forma de escritura pública

[14] MORALES BARCELÓ: «Los pactos parasociales *vs* estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción», publicada en el nº 42 de la *Revista de Derecho de Sociedades* del año 2014 (página 175).

[15] MARTÍNEZ ROSADO: Obra citada, página 114.

y la inscripción se exigen como requisito para la regularidad del negocio de constitución (artículos 19, 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Capital).

En lo relativo a forma del pacto parasocial rige el principio de libertad (artículo 1.278 del Código civil); el contrato es eficaz siempre que reúna los requisitos legales de validez y sus obligaciones son por tanto exigibles con independencia de la forma de celebración, ya sea forma escrita en documento privado o en instrumento público, o en forma verbal. Y este principio impera en los países de nuestro entorno.

4.3.1. Pactos parasociales en documento privado

Si los *pactos parasociales se recogen en un documento privado* aún cuando alteren lo establecido en la escritura pública, no producen efecto contra tercero, como establece el artículo 1.230 del Código civil, concordante con el principio general de relatividad del contrato perteneciente al derecho de obligaciones formulado en el artículo 1.257 del mismo cuerpo legal.

Pero, aunque los *pactos parasociales se recojan en otra escritura pública* distinta, tampoco pueden hacerse valer frente a terceros, conforme al artículo 1.219 del Código civil, en tanto no den lugar a una modificación del contrato social o de los Estatutos sociales y sean objeto de inscripción en el Registro Mercantil («*registro público competente*» de que habla el precepto).

Respecto al *Protocolo familiar,* si sus estipulaciones o parte de las mismas pretenden tener acceso al Registro Mercantil, más allá de los supuestos de publicidad-noticia que la normativa contempla, será necesaria la escritura pública, para cuyo estudio detallado nos remitimos al capítulo siguiente de esta obra colectiva. No obstante, baste decir aquí que, desde la entrada en vigor del Real Decreto 171/2.007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, esta publicidad tiene siempre carácter voluntario para la sociedad, y se articula en tres niveles, como se verá un poco más adelante.

4.3.2. Valor añadido de la escritura pública

Revestir los pactos parasociales de forma pública proporciona ventajas significativas en orden a su eficacia:

1ª. La labor notarial supone un control de legalidad y un asesoramiento que ayudará a los contratantes a lograr el más justo equilibrio de sus intereses. De esta forma, en general, desde el punto de vista práctico, pero sobre todo en caso de constitución de una sociedad con pocos socios, conviene

pedir asesoramiento notarial a la hora de redactar la Escritura pública de Constitución y el pacto parasocial, que servirá para deslindar mejor el contenido estrictamente social de la escritura respecto a los convenios extra-estatutarios; contratos que conviene que consten en escritura pública pues tienen un alcance limitado a las partes que los suscriben, y la publicidad del Registro Mercantil —como dice MADRIDEJOS FERNÁNDEZ— no añade ni puede añadir nada.

2ª. Otro efecto es la seguridad jurídica preventiva, el valor probatorio y el ejecutivo. Y lo primero a destacar en este aspecto es que por medio de los pactos parasociales, formalizados en una Escritura pública, en que los otorgantes acuerden por anticipado la manera de salir de situaciones de bloqueo, de establecer vehículos de comunicación, de solucionar sus diferencias a través de la mediación o el arbitraje, o de repartirse los beneficios del ejercicio, etc..., dotan de seguridad, estabilidad, previsibilidad y certidumbre a la vida social, dinamizándola y optimizando la energía social y eliminando o reduciendo los costes que supondría solucionar las eventuales crisis por medio de los instrumentos de heterocomposición de intereses que son inciertos, costosos y lentos.

Así, además de fijar los pactos, dándoles certeza, la fe pública alcanza a la fecha del otorgamiento, pero tampoco olvidemos que si el pacto recoge sanciones-obligaciones pecuniarias líquidas o matemáticamente liquidables a favor de alguna de las partes, la forma pública facilita la ejecución del crédito en cuestión (artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Ahora bien, por cuestiones de claridad a la hora de interpretar el alcance verdaderamente querido por los otorgantes a la hora de ejecutar o reclamar el cumplimiento de una estipulación concreta, si se opta por formalizar el contrato parasocial en escritura pública, es crucial cómo se redacte el documento público. De esta forma lo fundamental es que quede meridianamente claro:

— qué pactan los socios *uti socii*, con eficacia configuradora de la sociedad e incorporación a los estatutos.

— qué pactan los socios *uti singulii*, con efecto únicamente entre los propios socios otorgantes. Este contenido ya no será oponible a la sociedad ni a los terceros. Así, admitida la conveniencia de otorgar el pacto parasocial bajo forma pública, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[16] se inclina por incorporarlo a la misma Escritura de Constitución, sobre todo porque el operador jurídico tendrá más a su alcance, de una manera más directa, «el pleno

[16] Obra citada.

conocimiento de la realidad contractual» (social y parasocial) facilitando «una interpretación completa y sistemática de la misma».

En cualquier caso, en materia de pactos parasociales es fundamental la labor del jurista cautelar aconsejando a las partes; dice el Reglamento Notarial «*indagando, interpretando y adecuando al ordenamiento jurídico la voluntad de las partes...*», aspecto que se encuentra velado en el momento de constituir la sociedad, en que la libertad contractual prácticamente no existe, quedando reducida a la mera elección del tipo.

Constata ARANGUREN URRIZA[17] que a consecuencia de la creciente tecnificación de nuestro derecho societario, la tendencia actual imperante es una visión dogmática, práctica y fuertemente restrictiva de la libertad contractual. Esta visión inspira las constantes y abrumadoramente abundantes reformas legislativas del sector desde la de 1989 y corre paralela a la expansión y reforzamiento de la institución del Registro Mercantil, que se convierte en el instrumento eficaz para la implantación de aquellas reformas. El efecto es una homogeneización y normalización de la documentación societaria que se enmarca en una clara «administrativización» —nos atreveríamos a calificarla directamente de intervención— del derecho privado. La función configuradora del Notario respecto de la voluntad privada queda entonces velada y devaluada lo que se confirma, consolida y continúa con las recientes reformas legislativas que han regulado los estatutos-tipo en la constitución de sociedades, en una estandarización cada vez más acusada. Y ya se han escuchado voces, también en el ámbito hipotecario —con motivo de la multitud de conductas abusivas puestas de manifiesto con la crisis económica iniciada en 2007—, a favor de un contrato-tipo de préstamo hipotecario, también normalizado.

4.3.3. Publicidad

Parece absurdo, en principio, plantear el tema de la publicidad de los pactos parasociales cuando se ha dicho que una de las notas características de este fenómeno parasocial es precisamente su carácter reservado, la eficacia relativa de los pactos y su inoponibilidad a la sociedad y a los terceros. Sin embargo, la absoluta inoponibilidad de los pactos parasociales hoy en día se encuentra en entredicho, no de manera muy acabada técnicamente sino más bien *de facto y a la búsqueda de la equidad*; como veremos después, hay abierta alguna línea jurisprudencial tendente a fundamentar la anulación de acuerdos sociales adoptados contrariamente a lo dispuesto en un pacto parasocial, sobre todo en el caso de los pactos omnilaterales, es decir, los suscritos por todos los socios; no tanto porque admita que el pacto sea —propiamente hablando— oponible a la sociedad, sino por la vía

[17] Obra citada, páginas 175 y ss.

del artículo 204 LSC, siempre y cuando se pueda probar que dicho acuerdo lesiona el interés social ; y, por otra parte, el ordenamiento positivo ya prevé el acceso al Registro Mercantil de dos tipos de pactos parasociales:

— en sede de sociedades cotizadas, la Ley 26/2.003, que redacta el artículo 112 de la Ley del Mercado de Valores, como veíamos, se refiere a los pactos parasociales «*que regulen el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones, en los casos de que afecten a sociedades cotizadas*»; aquí la publicidad es obligatoria, ya que no es baladí para los acreedores o para los inversores poder tener acceso a la estructura de propiedad de la empresa; por otra parte,

— los protocolos familiares en sociedades no cotizadas, que se estudian en el capítulo siguiente de esta obra colectiva al que nos remitimos, y que pueden gozar de publicidad en el Registro Mercantil —siempre voluntaria— a un triple nivel, que analizamos de menos a más, siguiendo la Exposición de Motivos del anteriormente mencionado RD 171/2.007, en razón de su eficacia. Así, se prevé:

1º. la «*mera constancia de la existencia de un protocolo*», con referencia a sus datos identificativos y no a su contenido, en el asiento de inscripción.

2º. el «*depósito del protocolo o parte de él*», con ocasión de la presentación de las cuentas anuales, que exigirá su constancia en documento público y que en ningún caso podrá afectar a la organización de la sociedad según conste inscrita en el Registro Mercantil. El documento depositado deberá ser relevante sólo a efectos del buen gobierno de la sociedad familiar.

3º. Finalmente, mediante inscripción podrá constar en el Registro mercantil «*la escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales que contenga, en ejecución del protocolo y con mención expresa del mismo, cláusulas inscribibles*». Es decir, se modifica la denominación de la escritura pública que incorpora los acuerdos sociales susceptibles de inscripción —ahora, si así se prefiere, será calificada como de elevación a público de acuerdos sociales en ejecución de protocolo— a fin de visualizar el protocolo al que pudiere responder el acuerdo social y permitir con ello una más adecuada interpretación de los acuerdos adoptados.

Esta publicidad siempre es voluntaria (artículo 2.1 del RD) y el órgano de administración, debiendo éste valorara el interés social de dicha publicidad, es el responsable de la publicación (artículo 3.1 del RD), debiendo obtener el consen-

timiento de los afectados si contiene datos confidenciales según la normativa de protección de datos, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y legislación complementaria.

El RD 171/2007 no regula los efectos de esta publicidad, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 30 de septiembre de 2.008 entiende que la publicidad del protocolo familiar por la vía del artículo 5 «es palmario que se trata de publicidad noticia».

Autores como Fernández del Pozo, a quien cita Martínez Rosado[18], entienden que, para el caso de protocolos suscritos por todos los socios y aún sin demasiada claridad, el RD refuerza el cumplimiento de estos pactos parasociales, a través de la inscripción de las claúsulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del RD; así resulta de la redacción del número 2 de los artículos 114 y 175 del Reglamento del Registro Mercantil, operada por la Disposición Final Segunda del RD 171/2.007.

Esto supone la posibilidad de pactar e inscribir, por ejemplo, como cláusula penal, para el socio que incumpla determinadas obligaciones del protocolo familiar publicado, la exclusión de la sociedad conforme al artículo 351 LSC.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

1. Carácter obligacional de los pactos parasociales

1º. El pacto parasocial tiene naturaleza contractual.

El pacto parasocial es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones exigibles entre quienes lo suscriben y que, conforme al artículo 1.088 del Código civil consistirá en «*dar, hacer o no hacer alguna cosa*», prestar algún servicio, etc...; normalmente el pacto contiene la obligación de observar una determinada conducta, o cumplir un haz de obligaciones de hacer y de no hacer.

2º. El pacto parasocial no es un contrato sinalagmático puro, pues los intereses no son completamente contrapuestos.

Según la doctrina tradicional, *los pactos sociales —y lo mismo los parasociales— no parten de la contraposición de intereses, como ocurre en los contratos sinalagmáticos sino de la composición de intereses*; pero analizando estos intereses vemos que son —con bastante frecuencia— mixtos, esto es, que algunos son

[18] Obra citada, página 220.

convergentes, y otros divergentes. El pacto social tiene como elemento esencial la puesta en común de bienes, trabajo o industria (interés convergente) y el ánimo de partir las ganancias (interés divergente, pues cada socio tratará de sacar el mejor partido, y hacer valer su mejor posición, a la hora de ese reparto); así, en el pacto social concurren intereses más o menos coincidentes. Aclara MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[19] que no es menos cierto, y hay que tenerlo en cuenta en orden a la interpretación de la normativa vigente, que en la base del negocio constitutivo existen a la vez *intenciones* distintas e *intereses* contrapuestos, y cada socio busca su interés, en definitiva, por lo que puede apreciarse un sinalagma entre socios no muy diferente al de otro tipo de contratos. El pacto parasocial, directamente, tiene como objeto esencial precisamente la regulación de aquella parte de las relaciones entre socios en la que son más habituales y probables las divergencias, aunque el contrato se encuentre conectado funcionalmente con la sociedad.

3º. El incumplimiento del pacto parasocial dará lugar a su resolución.

El incumplimiento del contrato social puede dar lugar a la exclusión o separación del socio, mientras que el incumplimiento del pacto parasocial puede derivar en resolución de dicho contrato, y, como tendremos ocasión de analizar después al estudiar su eficacia y contenido, en la exigencia de una eventual indemnización de daños y perjuicios si bien, como ya se ha expuesto anteriormente, en materia de protocolos familiares publicados conforme a los artículos 6 y 7 del RD 171/2007 y conforme a los artículos 114.1 y 175.2 del RRM, podrá tener acceso al registro la cláusula penal (en la que se hubiese pactado, por ejemplo, la exclusión del socio incumplidor).

4º. El contrato social y el pacto parasocial son contratos conexos o coligados.

Esa conexión o ligamen puede ser de diversa naturaleza, y no hemos de pensar que el contrato social va a ser siempre lo principal y el pacto parasocial, lo accesorio. Por otra parte, unas veces la conexión es anterior, y existe entre los que van a fundar una sociedad para regular de forma completa la organización del ente jurídico a través del cual los fundadores quieren desarrollar un negocio común, completando el ordenamiento societario con la inclusión de pactos parasociales que ayuden a reducir eventuales conflictos en materia de organización, reparto de beneficios, adopción de acuerdos, financiación o salida de socios; y otras veces la conexión es posterior a la existencia del ente social, y es suscrito por algunos de los socios precisamente cuando otro de ellos va a adquirir una determinada participación en la sociedad.

Esta conexión hace que un vicio del pacto parasocial pueda afectar a la existencia misma del contrato social, pero, como decimos, sin apriorismos; por ejem-

[19] Obra citada.

plo, si hubo error en el consentimiento en el pacto parasocial que recogía el tipo de negocio a acometer conjuntamente, ello determinaría su ineficacia y —consiguientemente— podría determinar la del contrato social.

La conexión es habitual en las joint-ventures, cuando se alcanza entre varias compañías una alianza para acometer conjuntamente un determinado negocio, como por ejemplo: contratos de obras a ejecutar conjuntamente, de suministro o prestación de servicios a la sociedad por parte de uno de los socios, etc...

5º. El pacto para social es un contrato normativo y asociativo.

Por su contenido, el pacto parasocial es un contrato normativo, pues *regula el marco jurídico de unas relaciones entre las partes que son continuadas en el tiempo y más o menos heterogéneas*; y pueden generar nuevos contratos o acuerdos como consecuencia de la ejecución de los mismos. Asimismo, *por su contenido son contratos asociativos* pues *el contenido parasocial es propiamente asociativo y complementa al social*, al tratar de aspectos como la realización de prestaciones adicionales por un socio en favor de la sociedad, o regular la organización y gestión del negocio común de manera complementaria al Contrato Social y a los Estatutos.

2. La sustancia social y la sustancia parasocial

Para comprender mejor la naturaleza jurídica del pacto parasocial hemos de partir del complejo fenómeno societario, al que aparece netamente ligado. Así podremos separar de la manera más nítida posible los dos ámbitos, social y para-social, aunque sin perder de vista nunca que estos dos ámbitos son dos facetas de aquel complejo fenómeno que se inicia con el contrato de sociedad. El contrato de constitución de sociedad genera obligaciones, en dos planos:

a) la esfera o plano interno, de las relaciones de los socios considerados *uti singuli*, aunque no es pacífico en la doctrina si tales relaciones que se establecen entre los mismos socios, o bien se interpone entre ellos el ente societario, por lo que tales relaciones se darían entre cada uno de ellos y la sociedad, y

b) la esfera o plano externo, relativo a las relaciones de la compañía con los demás sujetos de derecho que operan en el tráfico.

Observando esos dos rasgos tan característicos de la sociedad vemos:

— por un lado, el rasgo contractual, dado que la sociedad tiene un origen negocial, más concretamente contractual, al nacer del contrato de sociedad; y

— por otro lado, el rasgo institucional, porque una vez constituida como marca la ley, ésta le reconoce, y la sociedad adquiere, personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios que la crearon, convirtiéndose en sujeto de derecho, un ente con vida (jurídica) propia.

Estos rasgos aparecen reflejados en los siguientes preceptos legales: el *concepto legal* de sociedad (civil) está en el artículo 1.665 del Código civil, a cuyo tenor *«La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias».* A esta norma hay que sumar el artículo 35.2º del mismo Código, que dice que *«Son personas jurídicas: (…) 2º) Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada una de sus asociados»*.

En esta línea, dice el artículo 116 del Código de Comercio que «*El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*».

Y así, apreciamos claramente una tensión entre dos grandes principios, el de autonomía de la voluntad, que se expresa en el contrato, y el de protección del tráfico —consecuencia de la personalidad jurídica del nuevo ente creado—, que opera como límite del anterior; así, estos dos rasgos propios del fenómeno societario son, a su vez, dos condicionantes de la interpretación de los pactos parasociales.

Ahondando en la disección o deslinde de lo social y lo parasocial, aunque ya hayamos visto como son dos facetas necesarias para abordar la composición de los intereses afectados en el fenómeno societario, en una primera aproximación puede decirse que, —a diferencia de los parasociales— los pactos sociales son los que constan en la escritura pública de constitución de la sociedad o en los estatutos, o en otra escritura pública, y son objeto de publicidad a través del Registro Mercantil. Los pactos parasociales —que formalmente serían independientes porque no constan en la escritura de constitución de la sociedad ni en los estatutos, pero complementan a ambos— son acuerdos que vinculan entre sí a todos o algunos de los socios, o todos o algunos de los socios con terceros, inclusive a terceros no socios que de alguna manera puedan efectivamente influir en la sociedad. Así, formal y materialmente son dos tipos de pactos distintos, pero, como dice MARTÍNEZ ROSADO, *funcionalmente* conectados a la sociedad. *Prima facie*, la distinción parece sencilla. Como recoge MARTÍNEZ ROSADO[20], hay autores que dicen que el criterio formalista no sirve para la distinción , porque pueden existir pactos parasociales

[20] Obra citada, páginas 64 y 65.

incluidos en los Estatutos de la sociedad (por todos, PIANTELLI[21]). En contra se ha dicho que la tendencia es hacia la separación de tales ámbitos, lo que se refuerza con la reforma del Derecho de sociedades operada en el país transalpino en 2003 que permitió incluir en los estatutos algunos pactos parasociales habituales, y en España, la regulación de los protocolos familiares es la mejor prueba de la separación de lo social y lo parasocial, que luce en la reforma de algunos preceptos del Reglamento del Registro Mercantil (114.2 y 175.2) por el R.D. 171/2007 para posibilitar mecanismos societarios que permitan asegurar el cumplimiento de determinados pactos parasociales, en concreto los mencionados en los protocolos familiares.

Comentaré seguidamente, en este punto, el resumen de las distintas aportaciones doctrinales existentes que traza MORALES BARCELÓ[22]. Esta autora se centra aquí en el estudio y análisis de la distinción entre los pactos sociales y parasociales, que responde a varios criterios:

1º. Criterio formalista: lo considera un «criterio útil como punto de partida» por su facilidad determinativa... Los pactos parasociales son aquellos pactos que están fuera de la escritura de constitución y de los estatutos y no tienen acceso al Registro Mercantil.

   Pero este criterio no debe ser prevalente, como pone de manifiesto MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[23] al subrayar que lo realmente importante es la voluntad de los socios que suscriben el pacto, dado que puede que un pacto no acceda a registro por tener un vicio propio el pacto social y ser la voluntad de las partes que tal pacto fuese social, no parasocial.

2º. Criterio de la voluntad de las partes: el problema se da en aquellos pactos que podrían ser tanto sociales (podrían formar parte del contrato fundacional o de los Estatutos) como parasociales, y lo estudiaremos un poco más adelante; quede dicho aquí que el criterio será la voluntad de las partes y se dará, por tanto, el tratamiento que hayan querido ellas (MADRIDEJOS FERNÁNDEZ). Pero ello como regla general, por la capital importancia del principio de autonomía de la voluntad, con sus matizaciones.

Uno de los supuestos problemáticos es el de aquellos pactos que las partes quisieron que formasen parte de los estatutos pero, por su contenido, no hayan podido tener acceso al Registro Mercantil: en este caso el pacto será parasocial por su contenido y por no tener acceso al Registro. La autora hace una referencia a la doctrina italiana (OPPO y RESCIO, 1991-2000):

---

[21] PIANTELLI: «La distinzione dei patti parasociale dai patti della società di capitali riformata», en *Contratto e Impresa*, núm. 3/2013, págs. 772 a 774.

[22] Obra citada.

[23] Obra citada, páginas 195 y 196)

— OPPO estima que no se puede admitir «aquello irrealizable como un intento equivalente».

— RESCIO cree que es posible transformar una cláusula estatutaria inválida (como tal, y que no accede al Registro) en un pacto parasocial válido.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[24] también ha analizado el caso de las cláusulas estatutarias que no logran acceder al Registro, y apunta el principio de conservación del negocio y de conversión del contrato y las consecuencias derivadas de la regla de la buena fe para considerar parasociales esas cláusulas, aún entendiendo que la voluntad de las partes hubiese sido atribuirles el carácter propio de las cláusulas sociales. Recordemos el texto del artículo 1.258 del Código civil: «*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». No obstante la importancia de la autonomía de la voluntad, hay que obedecer la norma imperativa, debiendo existir un exquisito respeto y un preciso equilibrio entre ambas y para ambas; por ello matiza este autor que para considerar las cláusulas estatutarias que no accedieron al Registro como pactos parasociales es necesario:

a) que no formen parte del contenido mínimo exigido por la Ley para el contrato de sociedad del tipo que se trate: este contenido mínimo sería la sustancia social por imperativo de la ley.

b) que reúnan los requisitos necesarios para su validez como tales pactos parasociales; y

c) que las partes contratantes así lo quieran, o por lo menos, que no sea voluntad esencial para ellas que el pacto pertenezca a la sustancia social; siendo deducible que si el pacto no es admitido como social, valga al menos como parasocial por los efectos proyectados para tal pacto, porque se limitan a la esfera interna de los contratantes; y, por tanto, no quepa deducirse que la voluntad de las partes haya sido que sólo tengan validez como parte de la reglamentación de lo social y con plena eficacia frente a terceros; por ejemplo, si las partes han previsto que de los pactos deriven distintas consecuencias según estén inscritos o no; o también, cuando las partes no atribuyen eficacia vinculante al pacto respecto a los posteriores adquirentes de las acciones o participaciones de la sociedad; o bien, añade MADRIDEJOS, cuando las partes contratantes consienten que el cumplimiento fuera exigible por los demás socios considerados individualmente, y no solo por la propia sociedad.

[24] Obra citada, pág. 197.

Volvemos ahora al caso de los pactos que podrían ser queridos por las partes indistintamente como sociales o parasociales; es decir que, no siendo típico contenido del contrato de constitución de sociedad, sin embargo las partes deciden que se incluyen en el contrato social. MADRIDEJOS[25] plantea la duda de «*si constituyen simples cláusulas del contrato de sociedad o si constituyen un negocio parasocial autónomo*». Se refiere a todos aquellos pactos que al amparo del principio de autonomía de la voluntad —recogido en el actualmente vigente artículo 28 LSC, podrían alojarse en la escritura de constitución o, incluso, configurarse como prestaciones accesorias.

Analicemos la cuestión más detenidamente. Los pactos típicamente sociales son de esta naturaleza por su contenido, y deben estar incluidos en la escritura de constitución de la sociedad o en los estatutos.

A continuación podríamos identificar aquellos otros pactos que, sin ser contenido típico, podrían alojarse en la escritura de constitución o en los estatutos, al amparo del principio de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 28 LSC y respetando los límites que éste impone. A partir de aquí, de la mano del autor citado, podemos distinguir dos situaciones:

1ª. La de estos pactos, cuando no son asumidos por todos los socios que componen la sociedad y sólo ellos, es decir, que son asumidos o bien solo por algunos de ellos o bien por todos o algunos y un tercero: en tal caso estaríamos claramente ante un caso de pluralidad de negocios (social por su forma y contenido y parasocial por los sujetos que suscriben el pacto). No puede ser social lo que no asumen todos los socios.

2ª. La de estos pactos, asumidos por todos los socios que componen la sociedad y solo por ellos, en cuyo caso el criterio de deslinde será el contenido, de forma que deberán considerarse ajenos al contrato de sociedad los pactos que regulen las relaciones de los socios entre sí o de éstos con la sociedad en su condición individual y no en su consideración de socios. Nuevamente, en este caso estaríamos ante pluralidad de negocios (social por su forma y contenido y parasocial por su contenido).

En conclusión, como ya decíamos anteriormente, aplicando el bisturí al contrato social y diseccionando sus pactos, tendremos que tener en cuenta, en primer lugar, el criterio mencionado de que no puede ser social lo que no asumen todos los socios. En caso de pactos suscritos por todos los socios —denominados por algunos autores como «pactos omnilaterales» (VALPUESTA GASTAMINZA[26], Co

[25] Obra citada.
[26] VALPUESTA GASTAMINZA, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Barcelona, 2015.

MORALES BARCELÓ[27], NOVAL PATO[28]), *lo verdaderamente clave para la distinción o separación de lo social y lo parasocial es el alcance que la voluntad de las partes haya querido dar a tales pactos*, es decir, o bien una eficacia propia de lo social —es decir, voluntad de que sean eficaces entre las partes y frente a terceros— porque afecte impersonalmente a los titulares presentes o futuros de las acciones o participaciones sin tomar en cuenta su individualidad, o bien una eficacia propia del contrato obligacional que vincule únicamente a las partes, individualmente consideradas, que quede en su esfera interna, y que no vincule a los sucesivos adquirentes de dichas acciones o participaciones.

Otro aspecto a tener en cuenta, si bien ya apuntado anteriormente cuando decíamos que lo social y lo parasocial son dos facetas que integran el ordenamiento del complejo fenómeno societario, es el *nexo o ligamen que se produce entre el contrato social y el pacto parasocial*, que es precisamente lo que justifica el estudio unitario de esta categoría. Ya dijimos que este aspecto es clave en la interpretación del alcance de un pacto parasocial. No me resisto a citar literalmente al maestro MADRIDEJOS[29], por la bella manera de expresarlo del texto: «*La doctrina ha señalado cómo algunos negocios tienen íntimo ligamen con otros, o porque su función jurídica se halla en reforzar, integrar, consolidar, sanar o en revocar o destruir directamente otros negocios, en modo de unirse, insertarse o referirse a aquéllos o porque la voluntad de las partes establece un nexo íntimo entre un negocio y otro. Tal ligamen o nexo, se funde en la ley o se funde en la voluntad de las partes, puede dar lugar a una comunidad de destino entre un negocio y el otro, hasta el punto de no poder tener lugar el uno sin el otro, o no poder desplegar efecto sin él, o de poder derivar de la nulidad del uno la nulidad del otro, o de cualquier manera, ejercer cualquier vicio o defecto del uno una influencia en el otro*». De esta forma, este ligamen o *collegamento* entre negocios unas veces se dará necesariamente por su propia función y otras voluntariamente, porque lo quieren las partes. Ambas clases de ligamen pueden darse entre lo social y lo parasocial, y no pensemos en que lo accesorio será siempre lo parasocial y lo principal será lo social, pues lo social puede estar insertado en un marco contractual u ordenamiento mucho mayor y más amplio, de manera que éste sea la causa y el contrato de sociedad la consecuencia; pensemos en la *empresa familiar*, en las denominadas *joint ventures*, etc... esto no impedirá la prevalencia de las normas societarias sobre las normas reguladoras de las obligaciones y contratos por la trascendencia del ente creado y la necesaria protección de los terceros.

Asimismo, según la más influyente doctrina italiana RESCIO[30], la principal distinción será el objeto del pacto, en el sentido de que «si se ha acordado sobre

---

[27] Obra citada.

[28] «Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad, Navarra, 2012, etc.

[29] Obra citada, página 199.

[30] RESCIO: «La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociale», en *Rivista della Società,* núm 2-3/1991, página 614.

un asunto que concierne a la sociedad, el pacto debe ser calificado de social y, por contra, si se ha acordado sobre un asunto que concierne al interés individual del socio, el pacto debe ser calificado de parasocial». MADRIDEJOS habla de «aquellos pactos (se refiere a los estipulados en la escritura de constitución) que por su objeto y por afectar únicamente a la esfera individual de los contratantes la inscripción no puede añadir nada», resaltando que «no será óbice para el mantenimiento de esta eficacia *inter partes* el hecho de que tales pactos no tengan acceso al Registro en virtud de solicitud de inscripción parcial o cuando fuesen rectificados por uno solo de los contratantes en virtud de un apoderamiento genérico para aceptar la calificación registral». Otra vez la fuerza de ley de las obligaciones que nacen de los contratos, y su derivada, que cristaliza en el principio de conservación del negocio, en la conservación de la voluntad contractual (*favor negotii*) y el mecanismo de conversión del contrato.

Por último, MORALES BARCELÓ[31] distingue entre los pactos acordados por algunos socios y por todos los socios (los denominados «pactos omnilaterales»). Sobre estos últimos pactos, la doctrina se divide:

— Para NOVAL PATO[32] estos pactos forman parte, con la escritura de constitución y los estatutos, del régimen de la sociedad; por ello, los pactos extraestatutarios son oponibles a la sociedad, y así la eficacia del pacto parasocial debe poder hacerse prevalecer sobre los acuerdos adoptados en junta, en cuanto que no pueden contradecirlos.

— MORALES BARCELÓ[33] estima que —*lex lata*— aunque los estatutos y los pactos omnilaterales vinculen a todos los socios, en su opinión los pactos parasociales no son eficaces frente a la sociedad, ni los métodos para lograr su cumplimiento pueden ser los mismos; esta es la posición de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, y la línea que sigue la Propuesta de Código Mercantil. Pero defiende la tesis —*de lege ferenda*— de que es razonable admitir que lesione el interés social un acuerdo adoptado en junta que fuese en contra de un pacto parasocial omnilateral, y por ello debería considerarse un acto impugnable conforme al artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital; esta posición la fundamenta en el nuevo tratamiento de la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad que hicieron las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2.008, 5 de marzo de 2.009 y dos de 6 de marzo de 2.009; estas sentencias, aunque basadas en la idea de que la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre socios no es causa

[31] Obra citada.
[32] «Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad, Navarra, 2012, páginas 114, 115 y 138.
[33] Obra citada.

suficiente para la impugnación del acuerdo adoptado, han abierto una línea jurisprudencial —a la que nos referíamos anteriormente al estudiar la publicidad de los pactos parasociales— y un campo de estudio más rico para la doctrina; MORALES BARCELÓ[34] afirma asimismo, además, que de no admitir esa impugnación por una interpretación literal de la norma «podría implicar admitir la actuación en contra de los actos propios».

Por su parte, analizando la jurisprudencia que acabamos de citar, Manel PASTOR i VICENT[35], en su obra estima que podrán impugnarse acuerdos sociales adoptados en contravención de un pacto parasocial, pero para ello deberá razonarse que esa infracción lesiona, al mismo tiempo, el interés social ex artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital.

V. CONTENIDO Y EFICACIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES

1. Clasificaciones

Como demuestra la práctica, el objeto de los pactos parasociales puede ser de lo más variado. Es más, puede ser prácticamente el mismo que el contrato social:

— aportaciones dinerarias y no dinerarias

— prestaciones accesorias

— ejercicio de derecho de voto

— transmisión de acciones o participaciones

— situaciones de co-titularidad y gravámenes sobre las mismas

— cesión de la condición de socio

— derecho de separación en determinadas circunstancias de los socios minoritarios, etc.

— configuración del órgano de administración y normas de funcionamiento del mismo (pactos para impartir instrucciones a los consejeros por los socios que los han elegido...)

---

[34] Obra citada.

[35] PASTOR i VICENT, Manel: «Los pactos parasociales. Eficacia inter partes y frente a la sociedad», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana,* 7/2013. Ed. Tirant lo Blanch.

- principios contables, distribución de beneficios, de obligación de financiación...
- disolución y liquidación,
- etc...

Por tanto, por su contenido, y dada la multitud de sus objetos y fines, son muchas las clasificaciones que se pueden hacer; siguiendo a MARTÍNEZ ROSADO[36]:

En los países anglosajones, una clasificación sistematiza los pactos en tres grandes grupos:

a) *quasi-partnership agreements*, que aproximan las sociedades capitalistas a las personalistas, otorgando especial protección a los socios minoritarios, o reforzando el carácter familiar en el seno de la sociedad.

b) *joint-ventures agreements*, donde las posibilidades son, si cabe, aún de lo más variado, y, la sociedad conjunta, un reto a la función del jurista cautelar, como dice Cándido PAZ-ARES[37], y

c) *investments agreements*, cuando un inversor profesional inyecta capital a cambio de acciones...

En Francia, se clasifican en:

a) pactos relativos a los accionistas.

b) pactos relativos a la sociedad, y

c) pactos relativos a la gestión de la sociedad, que a su vez se dividen en pactos relativos al poder y al capital.

2. Eficacia de los pactos parasociales

Respecto a su eficacia, debe analizarse en el ámbito interno y en el externo, esto es, frente a la sociedad; analizado este último aspecto en el epígrafe anterior, nos centramos en su eficacia inter partes.

En términos generales recordemos lo ya dicho anteriormente: los pactos parasociales tienen una naturaleza contractual y carecen de una regulación específica más allá de ciertos aspectos muy puntuales sobre su comunicación o publicidad;

---

[36] Obra citada, páginas 46 y siguientes.

[37] «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en AA. VV., *Curso de Derecho Mercantil,* R. Uría y A. Menéndez, volumen I, Madrid, 1999.

por lo que les resulta aplicable la normativa general de derechos y obligaciones del Código civil; desde un punto de vista práctica, al tiempo en que se puede afirmar la eficacia inter partes del pacto. En particular es importante subrayar dos características esenciales, la obligatoriedad e irrevocabilidad del contrato y la relatividad de sus efectos. Las vamos a ver por separado:

— La obligatoriedad e irrevocabilidad del contrato:

a) artículo 1.089 CC: «*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*». Luego el pacto parasocial, en primer lugar, genera una obligación entre las partes que lo suscriben.

b) artículo 1.091 CC: «*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*». Recoge un principio general del derecho de obligaciones: «*pacta sunt servanda*». De aquí podemos derivar dos consecuencias prácticas:

— la fuerza de ley de lo acordado en el pacto parasocial implica el deber de cumplir aquello que se hubiere convenido...

— la forma de cumplimiento de los contratos, «*al tenor de los mismos*», supone que —en principio— hay que estar a la letra de lo pactado; es decir, el cumplimiento habrá de acomodarse precisamente a eso que se hubiere pactado en cuanto sea posible por lo que cualquier cambio o alteración de lo pactado requeriría un acuerdo unánime de quienes signaron el pacto.

Cualquiera de los firmantes de un pacto parasocial podrá exigir, *prima facie*, exactamente, el cumplimiento en forma específica de lo que se pactó; y en caso de que no fuera posible, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios *causados*, conforme al artículo 1.101 del Código civil: «*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla*». Este resarcimiento —como dice una asentada jurisprudencia— es una nueva obligación que la ley hace surgir entre las partes, por razón del incumplimiento, y cuya extensión fijan los artículos 1.106, 1.107 y 1.108 del Código civil.

Esta obligación de resarcimiento requiere la conducta culpable, en sentido amplio, de alguno de los firmantes del pacto y la prueba del daño causado.

Aunque el dolo sea un concepto jurídicamente indeterminado, reiterada jurisprudencia suele considerar dolo anudándolo a la mala fe —el artículo 1.107 del Código civil contrapone al deudor de buena fe al deudor con dolo—, como una

conducta intencionadamente contraria al cumplimiento (elemento volitivo o subjetivo), y no necesariamente intención de dañar o «*animus nocendi*», junto con la acción u omisión misma (elemento material u objetivo). Además, el dolo no se presume, y debe probarse por quien lo alegue.

Recordemos aquí el artículo 1.102 del Código civil: «*La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula*». Este segundo inciso ha motivado la jurisprudencia que prohíbe establecer por anticipado, por medio de un convenio o estipulación, la entidad económica de la reparación *en los casos de dolo*, sin posibilidad de obtener la moderación judicial de la indemnización con base en la «aequitas» del artículo 1.103 CC. Este precepto, naturalmente, es aplicable a los pactos parasociales, donde el incumplimiento podrá ser calificado muchas veces de doloso al ser claro el elemento volitivo.

En cambio la culpa o negligencia requiere la omisión de la diligencia debida por el agente del daño, diligencia que —si la obligación no lo expresa— será la de un buen padre de familia, es decir, que está en función de la clase de actividad de que se trate y de lo que pudiera y debiera esperarse de una persona de diligencia media según las circunstancias del caso; pero, en caso de incumplimiento, a diferencia del dolo, la culpa se presume, y corresponde al demandado alegar y probar que el incumplimiento se produjo por caso fortuito o fuerza mayor. Recordemos en este caso la facultad de moderación judicial que reconoce el artículo 1.103 CC cuando dice que «*La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*».

Ambas acciones, la de cumplimiento específico y la de indemnización o resarcimiento del daño o perjuicio causado son compatibles, como recoge el artículo 1.124 en su párrafo 2º CC: «*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible*»; si bien la jurisprudencia suele interpretar que las dichas acciones son subsidiarias, de modo que primero ha de exigirse el cumplimiento específico y, siendo imposible, la indemnización.

Consecuencia del *sinalagma*, sólo puede ejercitar la acción de cumplimiento quien, a su vez, hay cumplido con su obligación; de lo contrario, el firmante del pacto parasocial que hubiese sido demandado por otro incumplidor podrá oponer la «*exceptio non adimpleti contractus»* o excepción de contrato no cumplido.

Una perfecta y adecuada ejecución negocial, en el caso de los pactos parasociales, es la aspiración de las partes. Fundamental es obtener la mayor seguridad

posible en este punto. De este modo, es práctica y recomendable *la inserción de una cláusula penal en el pacto parasocial*, para que se estimule el cumplimiento a la par que se sancione la falta del mismo resolviendo el eventual conflicto ocasionado por la satisfacción irregular o la falta total de cumplimiento de la prestación de una manera más definida, segura y ágil para las partes.

Puesto que el dolo no se presume y el demandante debe probarlo, en tanto que la culpa sí se presume, correspondiendo al demandado por incumplimiento probar el caso fortuito o la fuerza mayor que le impidió realizar la prestación debida (dar, hacer, no hacer), y dado que el grado de responsabilidad en este último caso también será objeto de conflicto y, de cualquier modo, moderable equitativamente por los tribunales ex artículo 1.103 CC, es prudente que el pacto parasocial lleve, en previsión de tal incumplimiento —y evaluando por anticipado el importe o coste económico del mismo—, a reforzar y estimular tal cumplimiento acordando una indemnización de daños y perjuicios, estipulando una cláusula penal liquidatoria del daño, conforme autoriza el artículo 1.152 del Código civil: *«En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.*

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código».

Esta obligación, conforme a consolidada doctrina jurisprudencial, es accesoria de la obligación principal, destacando dos aspectos:

a) requiere el cumplimiento irregular o el incumplimiento total de la prestación principal debida, esto es, de la obligación derivada del pacto parasocial, y asimismo,

b) implica normalmente, para el caso de tal incumplimiento, el abono de una suma de dinero que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios; ello, sin eximir de toda tarea probatoria al acreedor, sí que le otorga el privilegio o ventaja de no tener que probar el daño sufrido, desempeñando esta cláusula penal una doble función: coercitiva al cumplimiento, y liquidatoria por anticipado del daño; a ello se le puede sumar un papel estrictamente punitivo —que deberá ser específicamente pactado— porque agrava la obligación principal al añadirle un plus de onerosidad en caso de incumplimiento: en este caso el acreedor podrá exigir, siguiendo su normal cauce probatorio, la indemnización de daños y perjuicios y, además, la pena convenida.

   Fuera de los casos de incumplimiento total de la prestación derivada del pacto parasocial, en que no procede, no olvidemos la facultad de moderación equitativa que sí otorga a los tribunales el artículo 1.154 del Código civil, esto es en los casos de irregularidad en el cumplimiento del pacto;

aunque el tema de la facultad moderadora sea controvertido, existe una firme y asentada jurisprudencia, al amparo de los principios de autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda* —arts. 1.255 y 1.091 del Código civil, ha permitido a las partes excluir tal facultad moderadora en los casos en que de forma expresa y específica —precisamente para sancionar el incumplimiento parcial, deficiente o irregular de la prestación debida— acuerdan prever un determinado efecto como es la exigibilidad de la pena pactada y no de otra sanción.

c) artículo 1.255: «*Los contratantes 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*». Este precepto está conectado con el 1.091 CC, anteriormente comentado, al recoger también otro principio cardinal del derecho de obligaciones: el de autonomía de la voluntad, con sus conocidos límites de la ley, la moral y el orden público.

d) artículo 1.258: *«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».*

— La relatividad del contrato, que recoge el artículo 1.257, párrafo 1º CC: «*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley*». Ya hemos visto como este precepto lo vamos trayendo una y otra vez a este estudio. El principio de eficacia relativa procede de la esencia misma de los contratos. «*Res inter alios nec nocet, nec prodest*»... y como lo convenido entre otros ni puede perjudicar ni beneficiar, no puede producir efectos directos —positivos o negativos— en los terceros. Ello se hace patente, en materia de pactos parasociales, a través de una sólida y antigua jurisprudencia que viene una y otra vez a reconocer su validez pero niega que puedan oponerse ni a la sociedad ni a los terceros.

3. Clasificación de los pactos parasociales según su contenido

En cuanto a su contenido, solamente vamos a dibujar un breve esquema, al exceder de los límites de este trabajo entrar en el clausulado concreto, por otra parte, vasto y heterogéneo. Seguiremos en este punto un resumen explicativo —que completo puntualmente con breves aportes— de la clasificación del Memento Práctico Sociedades Mercantiles 2012, redactado por el equipo y cola-

boradores de la editorial Francis Lefebvre[38]. De este modo, siguiendo a la doctrina más autorizada (OPPO) cabe agrupar los pactos parasociales en tres grandes categorías: de relación, de atribución y de organización, si bien, las distintas clases de convenio aparecen entremezcladas como distintas partes de un solo contrato.

3.1. Pactos de relación

Su principal característica es que limitan su eficacia y acción a los propios estipulantes, aunque eventualmente puedan tener una repercusión *refleja* en la sociedad, por lo que jurídicamente no plantean muchos problemas. Los contratantes no buscan directamente una influencia en la sociedad a la que se refieren, ni positiva ni negativa, porque el objeto de esta clase de pactos es el substrato personal de la sociedad, los socios, o los derechos de los socios en relación con la sociedad; pero no derechos ejercitables frente a ésta ni, en reciprocidad, obligaciones para la misma.

El caso más claro y numeroso en la práctica es el de los pactos que regulan la participación de los firmantes en el capital social y sus posibles variaciones, como los relativos al derecho de adquisición preferente de suscripción o asunción, al ser éste susceptible de enajenación separada. Pero también, aquellos en que los socios acuerdan un reparto de pérdidas o beneficios diverso al previsto en Estatutos, etc.

Los pactos de relación más usuales son los siguientes:

1. Pactos de bloqueo. Aquéllos en que las partes tratan de garantizarse recíprocamente la estabilidad o la continuidad en la titularidad de las acciones o participaciones, como los *derechos de venta conjunta (artículo 175.2 d) RRM)*.

2. Pactos de defensa. Son pactos entre socios que buscan, coaligándose, contrarrestar el poder de otro u otros accionista/s, tanto actuales como que puedan llegar a serlo en el futuro. Son frecuentes en Sociedades Anónimas cuyas accionistas cotizan en Bolsa o que, aunque no coticen, están muy repartidas entre un número grande de socios. Se habla también de estos pactos de bloqueo y defensa como «pactos de control», si bien para ello es necesario, para que dichos pactos cumplan su función, que vayan acompañados de convenios relativos al ejercicio del voto.

3. Pactos de no agresión. Pactos en virtud de los cuales, determinados socios que tienen un peso político similar en el capital social acuerdan limitar las eventuales adquisiciones futuras de acciones o participaciones para evitar

[38] Memento Práctico Sociedades Mercantiles 2012, Francis Lefebvre, páginas 831 y ss.

una alteración del *status quo,* del equilibrio existente, en el momento de concluir el contrato.

4. Acuerdos de coinversión y de salida. Habituales en las transacciones de capital—riesgo; tratan de asegurar a las partes que, de producirse una posterior desinversión, todas ellas podrán participar del esperado incremento de valor de la empresa por igual o en las proporciones que correspondan, mediante la aplicación, en su caso, de los mecanismos de ecualización que quieran incluirse.

5. Convenios de ecualización de beneficios. Son convenios entre algunos socios relativos a las pérdidas o las ganancias que modifican el régimen estatutario de distribución de beneficios, de forma que unos socios procuran a otro u otros una ventajas patrimonial superior a la que correspondería a su estricta participación en el capital.

En este punto hay que estar muy atento a *posibles pactos que rozan la ilicitud*. El art. 1.691 Cc establece la nulidad del pacto que excluya a un socio de toda participación en las ganancias, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ[39]. La jurisprudencia admitió desde antiguo (STS 16 de febrero de 1.916) los «*pactos destinados a poner a un socio a salvo por completo de toda participación en las pérdidas*». Este compromiso solo es exigible a los suscriptores del mismo y nunca a socios terceros ni a la propia sociedad pues, en tal caso, quedaría distorsionada la verdadera naturaleza del contrato societario, y sería tal contrato entonces uno relativamente simulado, siendo el verdaderamente querido otro tipo contractual, como el préstamo.

3.2. Pactos de atribución

Lo característico de esta clase de pactos es ser netamente beneficiosos para la sociedad, a la que solo atribuyen ventajas o derechos; de este modo, en virtud de estos pactos, los suscriptores de los mismos se obligan a realizar una prestación en favor de la sociedad, *siendo su naturaleza jurídica la del contrato con estipulación a favor de tercero*. Ahora bien, respecto de la legitimación activa para su exigencia debe tenerse en cuenta que la sociedad, ente dotado de personalidad jurídica, no suele ser parte en el contrato; así, para que la sociedad pueda reclamar la prestación establecida a su favor es necesario que tome razón de la misma y la acepte antes de que se pueda producirá su eventual revocación (ex artículo 1.257 párrafo IIº del Código civil).

Los tipos más habituales son:

---

[39] MADRIDEJOS FERNÁNDEZ: Obra citada, página 211.

— *Pactos de financiación*: pactos cuyo fin es que los suscriptores faciliten financiación a la sociedad, más allá de las aportaciones iniciales o los dividendos pasivos pendientes, previéndose en función de las necesidades de caja del plan de negocio, o bien para el caso de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo de determinados niveles.

— *Pactos de no competencia con la propia sociedad*

Supuestos problemáticos: la contraprestación a favor del socio.

— Si la contraprestación se pacta en un contrato bilateral vinculado al convenio parasocial, los pactos no pueden considerarse meramente atributivos sino verdaderamente sinalagmáticos.

— Contratos entre socio administrador o gestor y otros socios: estos pactos suelen referirse a la continuidad de la labor del socio administrador o gestor en pro de la empresa, normalmente estableciendo una obligación de permanencia por tiempo determinado, lo que suele ser muy relevante para los demás firmantes del pacto (este pacto es esencial en operación es de *start-up* y de *management buy-out*). En estos casos es habitual que el cargo de administrador o director esté remunerado y que dicha retribución no esté detallada en los estatutos, sino en un contrato laboral o de prestación de servicios.

Asegurando la eficacia del pacto de atribución. Normalmente se utilizan dos vías de aseguramiento...,

a) Regular estatutariamente la obligación del socio como *prestación accesoria*.

b) Suscripción de un *contrato entre socio y sociedad*; el inconveniente en este caso es que, aun cuando el contrato haga constar su relación de causalidad con el pacto parasocial, hay pocas probabilidades de que el segundo se tenga en cuenta si la disputa entre sociedad y administrador o directivo se ventila en la jurisdicción laboral.

3.3. Pactos de organización

Estos pactos pretenden reglamentar la organización y funcionamiento de la sociedad al margen de, con más detalle o de forma distinta que el contrato social. Suelen ser los más relevantes en la práctica empresarial y los más conflictivos a la hora de su ejecución y de asegurar su cumplimiento; en este sentido, pueden matizar o condicionar los preceptos estatutarios, —dice MADRIDEJOS FERNÁNDEZ (obra citada) que constituyen una *regulación «subalterna»* respecto de los estatu-

tos— pero *no deberían estar directamente destinados a dejar aquéllos o alguna parte de los mismos sin efecto; si lo hacen, es dudoso si son o no nulos*; pero desde luego serán inoponibles a la sociedad, de modo que verán su eficacia restringida a las relaciones *inter partes*. Además, si el pacto que se aparta del contenido estatutario hubiera podido tener reflejo en la escritura social, pueden surgir verdaderos problemas de ejecución a la hora de interpretar lo verdaderamente querido por las partes.

En los casos en que los firmantes son todos los socios o los mayoritarios, pueden llegar a imponerse respecto al régimen estatutario, constituyendo verdaderas «derogaciones singulares» de aquél. Lo que en ningún caso pueden es oponerse a los principios configuradores del tipo social considerados imperativos o de orden público societario (vid. ARANGUREN URRIZA[40]).

Tienen por objeto propiamente el comportamiento del socio como tal; regulan su forma de ejercitar los derechos derivados de su posición de socio y condicionan su comportamiento en el seno de los órganos sociales. Más particularmente, el fin primordial de estos pactos es disciplinar el voto de los socios o accionistas. Puede decirse que su causa —entendido como función típica y finalidad de las partes— es procurar el control de la sociedad, acrecentarlo, distribuirlo o transferirlo.

Dentro de esta clase, se pueden distinguir también dos grandes grupos:

a) Aquéllos en que las partes se obligan a votar en un determinado sentido como vía para la mejor consecución de los objetivos marcados en el pacto de socios o en documentos a los que éste se refiera (por ej., votar como resulte más procedente para realizar el plan de negocios, para lograr la composición pactado del órgano de administración... etc..)

b) Los de sindicación de voto, en que el objeto directo es precisamente el establecimiento de una actuación concertada para lograr el control de la sociedad, aunque no sea con un programa predeterminado (sobre todo en sociedades cotizadas).

La cuestión fundamental sobre los convenios relativos al ejercicio del voto por los socios es la posibilidad de impugnar los acuerdos válidamente adoptados conforme a los estatutos, pero en contravención de lo estipulado en el pacto parasocial (vid. MORALES BARCELÓ[41]).

Este tipo de pactos suelen establecer también la forma de organizar la administración y la dirección de la sociedad con mayor detalle que los estatutos, a la

[40] Obra citada.
[41] Obra citada, página 183.

hora de organizar la gestión del negocio de la sociedad conforme a las políticas pactadas en el propio convenio —por ej., actividad comercial, reparto de dividendos, captación de financiación ajena, contratos con terceros, con familiares y personas especialmente relacionadas, etc...—

Finalmente, hay que destacar que, en la actualidad, tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, el artículo 161 LSC permite a la Junta —salvo disposición en contrario de los estatutos— impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. Esta posibilidad de la Junta refuerza un pacto que existiera entre los socios sobre asuntos de gestión sobre los que quisieran mantener el control, sin perjuicio de que esas limitaciones internas al poder de representación no podrán hacerse valer frente a terceros de buena fe *ex* artículo 234 LSC; no obstante, su inclusión en estatutos e inscripción registral no deja de ser una medida cuya eficacia práctica parece indudable.

(Trabajo recibido el 04/10/2017
y aceptado para su publicación el 17/10/2017)

CAPÍTULO VI: EL PROTOCOLO FAMILIAR

MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ
Notario de Granada

RESUMEN

El ordenamiento jurídico español ofrece, como instrumento de buen gobierno y autoregulación adecuado para planificar el desenvolvimiento futuro de las actividades de la empresa familiar y para prevenir posibles disfunciones en su desarrollo, crecimiento y sucesión, la figura del protocolo familiar. Se trata de una figura de gran utilidad potencial para solucionar los graves problemas que padece la empresa familiar en la práctica. Ante la falta de regulación positiva, se analizan en el presente capítulo el concepto, naturaleza jurídica, elementos subjetivos, forma y publicidad, contenido y eficacia del protocolo familiar.

Palabras clave: empresa familiar, protocolo familiar, naturaleza jurídica, contenido, eficacia, publicidad .

CHAPTER VI: FAMILY PROTOCOLS

MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ
Notary Public in Granada

ABSTRACT

As an instrument for good governance and the proper self-regulation required to plan the future development of the activities of family-owned businesses and to prevent possible dysfunctions in their execution, growth and succession, the Spanish legal system offers the concept of family protocols. This concept is of great potential usefulness to solve the serious problems suffered in practice by family-owned businesses. In view of the lack of positive regulation, the present chapter analyses the concept, legal nature, subjective elements, format and public knowledge, contents, and effectiveness of family protocols.

Keywords: family-owned business, family protocol, legal nature, contents, efficacy, public notice.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO.—III. NATURALEZA JURÍDICA.—IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS. 1. Concepto de «familia» o «grupo familiar». 2. Grado de control de la empresa. 3. Sujetos firmantes del protocolo familiar.—V. FORMA Y PUBLICIDAD. 1. Forma del protocolo familiar. 2. Publicidad general del protocolo familiar a través del Registro Mercantil.—VI. CONTENIDO. 1. Preámbulo. 2. Ámbito de aplicación del protocolo familiar. 2.1. Ámbito subjetivo de aplicación. 2.2. Ámbito objetivo de aplicación. 2.3. Ámbito temporal de aplicación. 3. Gobierno y dirección de la empresa familiar. 3.1. Creación de órganos de dirección de carácter familiar ajenos, en su caso, a la estructura societaria. 3.2. Establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos societarios. 4. Propiedad de la empresa familiar. 4.1. Régimen de ingreso y salida de la empresa. 4.2. Contenido de la posición de socio o partícipe. 4.3. Régimen jurídico de las acciones o participaciones. 4.4. Compromisos sobre régimen económico-matrimonial de los familiares. 4.5. Ordenación de la sucesión en la empresa familiar. 5. Relaciones familia-empresa y empresa-sociedad. 6. Cláusulas de orden. VII. EFICACIA.

I. INTRODUCCIÓN

Sabido es por todos que las empresas familiares sostienen el tejido productivo y la creación de empleo en la mayor parte de los países desarrollados con economía de mercado. En España existen en torno a tres millones de empresas familiares, que representan entre el sesenta y cinco y el setenta por ciento del producto interior bruto nacional, realizan el sesenta por ciento de las exportaciones y generan cerca de quince millones de puestos de trabajo.

El carácter familiar de una empresa lleva aparejados, indefectiblemente, inconvenientes y ventajas, que, en el fondo, no son más que trasunto de las tensiones positivas y negativas que genera el solapamiento cotidiano en el seno de la empresa familiar de dos instituciones esenciales para la sociedad: la *familia* —regida por los valores del afecto, la lealtad personal y la fraternidad entre sus miembros— y la *empresa* —guiada por el ánimo de lucro y por los principios de la eficiencia y la productividad—. Así, el carácter familiar de una empresa supone tres principales ventajas[1], a saber: i) un alto grado de compromiso y dedicación de los familiares implicados en el negocio, ii) un alto grado de autofinanciación y reinversión de beneficios y iii) un alto grado de vinculación con la clientela. Pero, simultáneamente, ese mismo carácter familiar de la empresa acarrea unos cuantos inconvenientes y peligros que habrá que saber conjurar y entre los que destacan los cinco siguientes:

---

[1] Sobre las ventajas e inconvenientes específicos que lleva consigo el carácter familiar de la empresa, *vid.* SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J.: «El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional», en *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Madrid, número 27, 3.ª época, Madrid, octubre de 2003, págs. 91-93. Además de las citadas más arriba, el autor destaca otras dos ventajas relevantes: la correcta capitalización y la planificación a largo plazo o con vocación de continuidad en el tiempo.

i) El acceso a funciones directivas o de gestión de familiares no suficientemente cualificados para tal tarea.

ii) La dificultad para obtener financiación exterior sin perder la familia el control de la empresa.

iii) La alarmante inoperancia de los órganos sociales —en los casos en los que la empresa familiar reviste forma societaria—, en la medida en que las decisiones empresariales se adoptan en el seno de la familia como si de simples decisiones familiares se tratase.

iv) La confusión entre el patrimonio familiar y el empresarial.

v) Y la complicada ordenación de la sucesión en el seno de la empresa, entendiendo tal sucesión en un sentido amplio, como sinónimo del tránsito de una generación de familiares implicados en la empresa a otra, cualquiera que sea la causa por la que dicho tránsito se produzca (fallecimiento, jubilación, simple apartamiento voluntario del negocio, etc.). En este punto no olvidemos el revelador dato de que sólo el treinta por ciento de las empresas calificadas como familiares llega a la segunda generación y no más del quince por ciento sobrevive hasta la tercera.

En el contexto que acabo de describir el ordenamiento jurídico español ofrece, como instrumento de buen gobierno y autorregulación adecuado para planificar el desenvolvimiento futuro de las actividades de la empresa familiar y para prevenir posibles disfunciones en su desarrollo, crecimiento y sucesión, la figura del protocolo familiar, al que este capítulo se dedica. Más allá de otros antecedentes remotos recordemos que la figura del protocolo familiar empieza a ser acogida en los ordenamientos jurídicos de diversos países europeos a partir de la década de los años noventa del siglo XX y, ya con algo más de concreción, en la primera década del siglo XXI, mirándose en el espejo de un sistema jurídico-societario tan distinto de los sistemas continentales como el estadounidense, un sistema éste que responde al llamado *«paradigma contractual»* y en el que está plenamente consolidada la figura de la *«Family Constitution»* o *«Family Agreement»*.

Es preciso también destacar dos antecedentes de Derecho comunitario relevantes —no tanto por su vinculatoriedad jurídica, prácticamente nula, sino por su gran impacto pedagógico y divulgativo—, como la Recomendación 94/1069/CE, de 7 de diciembre, *sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas* y la Comunicación de la Comisión de 11 de febrero de 2004 comprensiva del *«Programa europeo en favor del espíritu empresarial»*. A partir de ellos, el *«Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar»* (ponencia creada en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado), publicado en el

Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de noviembre de 2001 refleja, por primera vez, el interés del legislador español por la problemática específica de la empresa familiar. Consideró dicho informe que no debía elaborarse un estatuto completo y específico para la empresa familiar por dos razones: porque, por su trascendencia cualitativa y cuantitativa, más valdría dictar un estatuto de la empresa no familiar y porque la gran diversidad de tipos de empresas familiares con sus variopintas necesidades y circunstancias harían imposible una regulación sistemática, ordenada, homogénea y útil de su realidad. Por eso, el informe se limitó a hacer una serie de recomendaciones que luego serían seguidas por el legislador en distintos momentos, singularmente con la promulgación de la Ley 7/2003, de 1 de abril, *de la Sociedad Limitada Nueva Empresa* (en adelante, LSLNE). Entre esas recomendaciones destaca la de *«recomendar a la empresa familiar la formalización de un protocolo familiar como acuerdo que delimite el marco de desarrollo, las reglas de actuación y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros»*, así como la de *«recomendar la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del protocolo familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros».* Y fue, precisamente, en cumplimiento de esta última recomendación y de lo dispuesto en la disposición final 2.ª3 LSLNE, que se dictó el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (en adelante, RDPPF).

Basta con sólo leer con un mínimo de atención el título de la norma citada para desterrar una primera idea: la de creer que se trata de una norma que regula de forma sistemática, global y unitaria la figura del protocolo familiar. No es así. En modo alguno se abandona con este reglamento la tendencia a tratar fragmentariamente la problemática de la empresa familiar y a dar, en consecuencia, soluciones fragmentarias (ora en el ámbito civil —*v. gr.,* art. 1056 CC—, ora en el ámbito fiscal —*v. gr.,* arts. 4.8 de la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio o art. 20 de la Ley 29/1987 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y preceptos concordantes de las legislaciones autonómicas)—, ora en el ámbito laboral o en el ámbito puramente societario —*v. gr.,* arts. 98 y ss. TRLSC—) a dicha problemática. Así, el mencionado RDPPF ni da un concepto preciso de empresa familiar ni regula aspectos estructurales u organizativos de la empresa familiar, ni siquiera regula los elementos subjetivos, objetivos, ni formales del protocolo familiar, quedando todos ellos encomendados a la autonomía negocial. El RDPPF regula estrictamente lo que su título dice regular, es decir, la publicidad de los protocolos familiares.

En definitiva, podríamos decir que, como en tantas otras ocasiones, una figura de gran utilidad potencial para solucionar graves problemas que padece una institución como la empresa familiar, de indiscutible importancia en nuestro sistema jurídico-económico-social, ha entrado en nuestro ordenamiento casi «de tapadillo». A partir de aquí y en ausencia de regulación positiva al respecto,

vamos a analizar el concepto, naturaleza jurídica, elementos subjetivos, forma y publicidad, contenido y eficacia del protocolo familiar.

II. CONCEPTO

Comenzando por el concepto de protocolo familiar, es posible dar una definición de la figura desprovista de las restricciones que incorporan algunas de las definiciones más frecuentemente citadas (como la que da la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*[2] o la que proporciona, en atención a su específico ámbito de aplicación, el art. 2 RDPPF[3]). Así, el protocolo familiar puede definirse, profundizando en la línea ya apuntada por GARRIDO DE PALMA[4], como el conjunto de acuerdos que celebran y documentan los familiares (y en ocasiones ciertos terceros) directamente implicados en una empresa familiar —cualquiera que sea la forma jurídica bajo la que ésta se haya configurado—, con el fin de establecer las reglas que han de regir la relación entre la familia y la empresa y de fijar los mecanismos adecuados para prevenir y, en su caso, resolver los conflictos que puedan surgir entre los firmantes del protocolo y entre éstos y la empresa, para así procurar la continuidad de ésta en el tiempo y la preservación, en su caso, de su carácter familiar.

III. NATURALEZA JURÍDICA

De la anterior definición ya se deduce claramente la naturaleza poliédrica o múltiple del protocolo familiar[5], concebido como instrumento para el buen

---

[2] Esa guía fue editada y actualmente está publicada en la página *web* de la Dirección General de Política de la Pyme. Define el protocolo familiar como *«un acuerdo-marco entre los miembros de la familia que regula las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia que ostentan la condición de socios y la propia empresa, así como la gestión y organización de la empresa, y todo ello con el fin de asegurar la continuidad de la empresa de una manera eficaz».*

[3] El precepto citado concibe el protocolo familiar como «*conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares, que afectan a 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».*

[4] El citado autor fue pionero en el tratamiento de la figura del protocolo familiar en nuestra doctrina. *Vid.* GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familiar», en AA.VV., *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar,* seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, edit. Cívitas, Madrid, 1995. *Cfr.* GARRIDO DE PALMA, V. M.: «La familiar empresaria: su protocolo», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 44, Madrid, 2006, págs. 94-123.

[5] Subraya GOMÁ LANZÓN que el protocolo familiar, por su sujeto (que no se sabe con precisión cuál es), por su objeto (que es heterogéneo) y por su eficacia (variada y en ocasiones vacilante) no encaja en las categorías clásicas de los contratos y choca con el Derecho continental moderno. *Vid.*

gobierno de la empresa familiar, como una suerte de compendio de las «reglas del juego» que han de armonizar los valores, las funciones y los intereses propios de la familia y de la empresa. Así:

i) El protocolo familiar es, siguiendo la clásica clasificación de los negocios jurídicos, un negocio jurídico atípico (en cuanto que carece de específica y sistemática regulación en nuestro Ordenamiento), nominado, familiar y patrimonial al mismo tiempo, plurilateral en la mayor parte de los casos (y, más concretamente, del tipo acuerdo o acto colectivo, por cuanto los intereses de las partes son convergentes), inter vivos (sin perjuicio de que, en desarrollo del mismo, puedan acabar otorgándose disposiciones *mortis causa*), oneroso (por cuanto cada parte espera obtener de las demás unas ventajas o atribuciones que operan, a su vez, como causa de la atribución que ella hace a favor de los demás), con elementos tanto conmutativos como aleatorios, consensual o no solemne, principal y potencialmente generador de negocios conexos o coligados.

ii) El protocolo familiar es un negocio jurídico de contenido heterogéneo y complejo, lo que resulta coherente con su frecuente (aunque no imprescindible) 0, es decir, con su frecuente pretensión de ordenar, prever y solucionar, unitaria y globalmente, todos los problemas que pueden surgir en el seno de la empresa familiar.

iii) El protocolo familiar es una suerte de acuerdo-marco, que no se agota en sí mismo, sino que necesita ser desarrollado o concretado por otra pluralidad de actos y negocios jurídicos de la más variada índole, algunos de ellos, en ocasiones, conexos o coligados entre sí (como testamentos, capitulaciones matrimoniales, estatutos sociales o reglamentos de régimen interior).

iv) En el supuesto específico de las empresas familiares configuradas bajo forma societaria, el protocolo familiar es un pacto ajeno al contrato social, parte de cuyo contenido responde al concepto técnico de pacto parasocial.

v) El protocolo familiar es un instrumento estable y, al mismo tiempo, dinámico, en el sentido de que debe ser revisado cada cierto tiempo para adaptarlo a las nuevas circunstancias familiares y empresariales.

vi) Consecuentemente con su heterogéneo y complejo contenido, el protocolo familiar tiene una eficacia variable o heterogénea, que va desde el alcance meramente moral de algunos de sus pactos hasta la plena vincu-

---

GOMÁ LANZÓN, I.: «El protocolo familiar», en AA.VV, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, edit. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 670-671.

latoriedad jurídica de sus pactos contractuales, pasando por la trascendencia institucional de los pactos que acaban siendo trasladados a los estatutos de la sociedad familiar.

IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Cuando se analizan los elementos subjetivos del protocolo familiar, se trata de determinar quiénes pueden ser y han de ser los sujetos intervinientes y firmantes del protocolo familiar, cuestión que entronca directamente con la problemática delimitación del propio concepto de empresa familiar. Más concretamente, deben plantearse aquí tres interrogantes:

— ¿Cuál es el concepto de «familia» o de «grupo familiar» relevante a efectos de calificar una empresa como empresa familiar?

— ¿Qué grado de control de la empresa es exigible al grupo familiar para calificar una empresa como empresa familiar?

— ¿Qué sujetos han de suscribir o pueden suscribir el protocolo familiar?

1. Concepto de «familia» o «grupo familiar»

El primer interrogante planteado, el de cuál es el concepto de «familia» o de «grupo familiar» a efectos de calificar una empresa como empresa familiar, es especialmente problemático. Y tal interrogante no sólo no ha sido resuelto por el legislador, sino que, antes al contrario, se ha hecho más complejo y oscuro a raíz de los descoordinados y torpes intentos de alguna norma de nuestro Ordenamiento —en su articulado o en los prolegómenos de su articulado— de poner luz en el asunto.

Así, la Exposición de Motivos del RDPPF, en un cierto punto, define la sociedad familiar o sociedad de carácter familiar restrictivamente como *«aquélla en la que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí»* y añade luego —en línea con el artículo 2 de la propia norma y de manera algo menos restrictiva— que el protocolo familiar es el *«conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares».* Pero, inmediatamente a continuación, la misma Exposición de Motivos retrocede y afirma de manera mucho más neutra que *«en lo que interesa a este Real Decreto, será familiar una sociedad de personas o capital en la que existe un protocolo que pretende su publicidad»*. Y es que no olvidemos que, como antes señalé y como advierte la Exposición de Motivos de referencia, el RDPPF no tiene por

objeto regular los elementos subjetivos, objetivos ni formales del protocolo familiar, sino tan sólo el concreto aspecto de su publicidad a través del Registro Mercantil.

Yendo aún más allá, dispersos por nuestro Ordenamiento, al descender a la regulación de concretas instituciones, encontramos múltiples conceptos de familia más o menos restringidos. Así:

i) En el sentido más restringido posible, la familia comprende sólo al progenitor o progenitores y su descendencia. Este concepto se tiene en cuenta, por ejemplo, en el marco de la sucesión forzosa.

ii) En un sentido algo menos restringido, la familia comprende a las personas ligadas por vínculo de matrimonio o relación de afectividad análoga a la conyugal (constituyan o no pareja de hecho en sentido estricto) o por vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad que conviven bajo un mismo techo. Este concepto es tenido en cuenta, por ejemplo, en sede de subrogación *mortis causa* en los arrendamientos urbanos.

iii) Y, finalmente, en el sentido más amplio posible, la familia incluye a todas las personas unidas por vínculo de matrimonio o relación de afectividad análoga a la conyugal (constituyan o no pareja de hecho en sentido estricto) o por vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad. Este concepto se tiene en cuenta, aunque incorporándole ciertos límites en el grado de parentesco, para el llamamiento a la sucesión intestada, la obligación de alimentos, el impedimento matrimonial de parentesco, la determinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado (artículo 93.1 LC) o con los administradores de sociedades de capital (art. 231 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) o la identificación de una operación como operación vinculada a efectos fiscales (artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

Asimismo, es sabido por todos que el Tribunal Constitucional, en las ocasiones que ha tenido de pronunciarse sobre el principio de protección integral de la familia del artículo 39.1 de la Constitución Española[6], ha puesto el acento en que el concepto constitucional de familia es un concepto amplio y plural, con tres notas características mínimas: la estabilidad, la publicidad y la existencia de lazos de afectividad de diversa índole entre sus miembros.

En definitiva, ¿con qué concepto de familia nos quedamos en la sede que aquí nos ocupa? En mi opinión, debemos quedarnos con el concepto de familia más

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 (*BOE* núm. 16, de 19 de enero de 1993).

amplio posible, es decir, el antes definido como concepto de familia amplio, con sólo los requisitos mínimos exigidos por el Tribunal Constitucional y, además, sin límite apriorístico en el grado de parentesco. Y ello por dos razones: porque es lo más coherente con la encomienda general de esta materia a la autonomía negocial, sin más límites que los impuestos por la normativa civil, mercantil, hipotecaria o fiscal en su caso aplicables. Y porque también es lo más coherente con la finalidad última de la propia formulación formal del concepto de empresa familiar y con la aún escasa y dispersa pero previsiblemente creciente normativa dedicada a aquélla, finalidad que no es otra que la de crear un marco jurídico adecuado que garantice la estabilidad y continuidad de la explotación económica familiar.

2. Grado de control de la empresa

Por lo que se refiere ahora al segundo interrogante planteado, el de cuál es el grado de control de la empresa exigible al grupo familiar para calificar aquélla como empresa familiar, la cuestión es más pacífica. Parece claro que debe exigírsele al grupo familiar un grado de control de la propiedad y de los órganos de administración suficiente para que la toma de decisiones en el seno de la sociedad dependa de la voluntad del grupo familiar sin necesidad de sumar apoyos de terceros ajenos a dicho grupo. Esta respuesta implica, por tanto, que en la empresa familiar pueden existir socios, administradores y trabajadores ajenos al grupo familiar.

3. Sujetos firmantes del protocolo familiar

Y, finalmente, para dar respuesta a la cuestión que cuáles han de ser o pueden ser los sujetos firmantes del protocolo familiar es imprescindible conjugar cuatro ideas básicas:

i) El protocolo familiar puede configurarse como un negocio unilateral o plurilateral. Ciertamente, esto último es lo más frecuente, pero hay que admitir la viabilidad jurídica de un protocolo familiar otorgado por una única persona, que normalmente sería el cabeza de familia titular exclusivo de la propiedad de la empresa familiar, y comprensivo de ciertas determinaciones que habrán de marcar en el futuro el proceso de sucesión en la empresa, siendo aconsejable, por lo demás, que el contenido de tales determinaciones se halle coordinado con el contenido del testamento del futuro causante y, cuando proceda, con el contenido de los estatutos sociales[7].

[7] *V. gr.,* en el supuesto de designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria, es aconsejable que tal designación sea realizada en testamento y en el protocolo familiar y que tenga reflejo estatutario por la vía del art. 188.5 RRM.

ii) Admitido que en la empresa familiar pueden existir socios o partícipes, administradores y trabajadores ajenos al grupo familiar y considerando que a éste puede interesar contar con la participación y consentimiento de ciertos terceros, hay que admitir la intervención de sujetos en el protocolo familiar en distintos conceptos[8], a saber:

— Miembros del grupo familiar socios/partícipes, que pueden ser simultáneamente, administradores y/o trabajadores.

— Miembros del grupo familiar administradores no socios/partícipes.

— Miembros del grupo familiar trabajadores no socios/partícipes.

— Miembros del grupo familiar que no son ni socios/partícipes, ni administradores ni trabajadores.

— Socios/partícipes no miembros del grupo familiar.

— Administradores no miembros del grupo familiar.

— Trabajadores no miembros del grupo familiar.

Y nada obsta a lo dicho la circunstancia de que el tenor literal del artículo 2 RDPPF parezca ligar la condición de firmante del protocolo familiar con la condición de miembro integrante del grupo familiar por dos razones fundamentales: tal orientación resulta desmentida por la propia Exposición de Motivos de la norma y, una vez más, no hay que olvidar que el mencionado Real Decreto no tiene por finalidad delimitar los elementos subjetivos, objetivos ni formales del protocolo familiar.

iii) Vistos los títulos o conceptos por lo que se puede intervenir en un protocolo familiar, hay que matizar que no todos los sujetos que cumplen con tal título o concepto tienen por qué ser parte del protocolo familiar. Dicho de otra manera, no todos los socios o partícipes, trabajadores y administradores de la empresa familiar ni todos los miembros del grupo familiar han de ser firmantes del protocolo familiar.

iv) Finalmente, es importante tener en cuenta que el protocolo familiar, como instrumento típicamente evolutivo y llamado a dotar de estabilidad a la empresa familiar ante cualquier evento sucesorio, suele contemplar y es aconsejable que contemple —como también luego indicará al tratar los límites objetivos del protocolo—:

---

[8] *Vid*. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *Revista de Derecho de Sociedades*, edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, año 2007-2, número 29, págs. 139 y ss.

— De un lado, la incorporación futura de nuevos firmantes, mediante su adhesión al protocolo.

— Y, de otro lado, la continuación del protocolo con los sucesores del difunto firmante.

Para terminar con este apartado dedicado a los elementos subjetivos del protocolo familiar es preciso destacar el valor del control notarial sobre dichos elementos. Cuando el protocolo familiar se formaliza en escritura pública, el notario —como hace en todo otro instrumento público que autoriza o interviene— realiza un triple control de la identidad, capacidad y legitimación de los sujetos otorgantes, control que, de ser superado satisfactoriamente, se expresa mediante el oportuno juicio notarial favorable amparado por la fe pública notarial, reforzado por las presunciones de veracidad y legalidad y sólo destruible en juicio mediante una completa y especialmente intensa o rigurosa prueba en contrario.

V. FORMA Y PUBLICIDAD

El estudio de los elementos formales del protocolo familiar obliga a prestar atención a dos principales cuestiones: la forma del protocolo y su publicidad general.

1. Forma del protocolo familiar

En el estudio de la forma del protocolo familiar hay que partir de la idea de que, no existiendo previsión normativa específica en contrario, debe entenderse que el protocolo familiar está sujeto al principio general de libertad de forma (artículos 1278-1280 y 1667 del Código Civil), por lo que para su validez sólo se requiere la concurrencia de los requisitos esenciales del Derecho, que no son otros que el consentimiento, el objeto y la causa (artículo 1261 del Código Civil). Así las cosas, el protocolo familiar podrá formalizarse —según lo que decidan los interesados— en documento público o privado, decisión ésta que, eso sí, lejos de ser neutra, tiene importantes consecuencias ligadas a los singulares y poderosos efectos que el instrumento público notarial lleva aparejados, entre los cuales merece la pena destacar los efectos probatorio, ejecutivo, de preferencia crediticia y de acceso a registros públicos, sin olvidar tampoco el valor añadido del asesoramiento notarial y, en general, las presunciones de veracidad y legalidad que las labores de control y dación de fe pública notarial incorporan al instrumento.

Sin embargo, su procedencia anglosajona y su frecuente vocación totalizadora hacen también del protocolo familiar un arma de doble filo: un protocolo fami-

liar correctamente redactado, ajustado a las concretas características y necesidades de la empresa a la que se refiere, respetuoso con las determinaciones imperativas de nuestros Ordenamientos civil y mercantil y abierto a cuantos pactos sirvan para la consecución de los fines que persigue dentro de los límites de la autonomía de la voluntad será un protocolo familiar útil, conveniente y deseable; en cambio, un protocolo familiar ambigua o incorrectamente redactado, excesivamente general o desapegado de las específicas circunstancias de la empresa familiar a la que se refiere, comprensivo de pactos contrarios a normas imperativas que pretendan trascender a los estatutos sociales o incapaz de aprovechar hasta sus límites el amplio terreno del que dispone la autonomía de la voluntad en esta materia será un protocolo familiar inútil, inconveniente e indeseable, un protocolo que, lejos de servir a los nobles objetivos de asegurar la estabilidad, continuidad y funcionamiento pacífico de la empresa familiar, resultará peligroso y abocará a la empresa y a la familia a las situaciones de caos y tensión que justamente se pretendían evitar.

Por todo ello, se antoja clave la formalización del protocolo familiar en escritura pública, bajo el control de la legalidad y el asesoramiento jurídico especializado e imparcial del notario, dotándolo así, además, del valor probatorio y ejecutivo ligados al instrumento público notarial y procurando con especial cuidado especificar el alcance y eficacia jurídica de todos y cada uno de los pactos contenidos en él (de modo que queden claramente deslindadas las estipulaciones que expresan un mero compromiso moral de aquellas otras que tienen una más intensa eficacia jurídica y, dentro de éstas, cuáles requieren para su plena eficacia el otorgamiento de otros instrumentos jurídicos complementarios o de desarrollo), así como excluir los pactos contrarios a normas imperativas o corregir su contenido hasta que queden ajustados a la ley (para evitar así que la ineficacia de un pacto arrastre la de los demás pactos que pudiesen entenderse correspectivos).

En la formalización pública del protocolo familiar, el notario controlará la identidad y la capacidad de los firmantes, examinará la legitimación de los otorgantes (pensemos, por ejemplo, en los supuestos de actuación por medio de representante o de personas casadas bajo cualquier régimen económico-matrimonial), dará fe de la libre e informada prestación del consentimiento por parte de los firmantes y de que su voluntad no está en ese instante viciada por error, violencia, dolo o intimidación, juzgará la adecuación de los pactos alcanzados a la ley, aconsejará a los interesados soluciones alternativas si las inicialmente propuestas no se ajustan a la legalidad y advertirá cumplidamente a los firmantes sobre las consecuencias jurídicas de toda índole que para ellos comportan los compromisos asumidos. En definitiva, la intervención notarial en la formalización del protocolo familiar —al igual que en todos los actos y negocios de que conoce el notario—, lejos de constituir una carga, garantiza la perfecta adecuación a la legalidad de todos los aspectos (subjetivos, objetivos y formales) del acto que se realiza, lleva aparejados especiales efectos jurídicos que ni el documento privado ni la

publicidad registral pueden alcanzar y enriquece con certera información y asesoramiento imparcial la voluntad de los interesados.

2. Publicidad general del protocolo familiar a través del Registro Mercantil

La publicidad general del protocolo familiar constituye el objeto específico de la regulación contenida en el ya tantas veces citado RDPPF. Así, a tenor de su art. 1, el RDPPF *«tiene por objeto la regulación de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y especialmente el acceso al registro mercantil de los mismos»*. Tres aspectos generales de este texto normativo merecen ser destacadas antes de entrar a analizar las concretas vías de publicidad habilitadas por el RDPPF para los protocolos familiares:

i) Excluye de su ámbito de aplicación las sociedades cotizadas (que, como es sabido, cuentan con una específica normativa sobre publicidad y transparencia de los pactos parasociales relevantes que les afectan) y las empresas familiares configuradas bajo una forma jurídica distinta de la sociedad mercantil, que son muchas.

ii) Dota de carácter voluntario a la publicidad del protocolo familiar, a diferencia de lo que ocurre con ciertos pactos parasociales en las sociedades cotizadas que son de obligatoria publicación por razones de transparencia del mercado.

iii) Atribuye la legitimación para solicitar la publicidad registral al órgano de administración de la sociedad familiar, algo que resulta criticable en la medida en que un buen número de protocolos familiares pueden ser pactos privados y reservados entre los socios. Eso sí, como antes indiqué, se establece al menos la salvaguarda de que será preciso el consentimiento individual, expreso e inequívoco de todos los firmantes del protocolo para la publicación de sus nombres y otros datos personales.

La atribución de la legitimación para solicitar la publicidad al órgano de administración, por lo demás, no impide que la Junta general pueda pronunciarse sobre la conveniencia o no de publicitar el protocolo o que, incluso, tratándose de una SRL, pueda impartir al órgano de administración alguna instrucción al respecto o someter su decisión en este terreno a la autorización de la Junta al amparo de lo dispuesto en el artículo 161 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, cualquier acuerdo de la Junta en alguno de los sentidos expresados tendrá mera trascendencia interna, de suerte que en nada afectará a la validez y eficacia de los actos realizados por los administradores en la esfera externa —por aplicación del artículo 234 del Texto Refundido de la Ley de Socie-

dades de Capital—, sin perjuicio de la responsabilidad interna en que puedan incurrir los administradores que desoigan el criterio de la Junta o de la posibilidad de que ésta acuerde la separación de aquellos por tal motivo.

A partir de aquí, el RDPPF ofrece, más allá de su publicación en la página *web* de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro Mercantil (artículo 4), tres modalidades de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil:

a) La primera modalidad consiste en la mera constancia de la existencia de protocolo familiar en la hoja abierta a la sociedad a solicitud del órgano de administración mediante instancia con firma legitimada notarialmente (artículo 5 RDPPF). En este caso, la inscripción reflejará la mera existencia del protocolo familiar mediante una reseña identificativa del mismo basada en la declaración de los administradores solicitantes, bajo su responsabilidad. Si el protocolo estuviese formalizado en escritura pública, la reseña expresará necesariamente el notario autorizante, lugar, fecha y número de protocolo notarial. Asimismo, deberá expresarse si el protocolo familiar es accesible en el sitio corporativo o *web* de la sociedad que conste en la hoja registral.

   No hay duda de que el tipo de publicidad que se logra por esta primera vía es puramente formal. El registrador mercantil no podrá exigir siquiera la presentación del protocolo en cuestión ni, en consecuencia, habrá calificación alguna de su contenido. La labor del registrador se limitará a reseñar la existencia del protocolo a partir de la declaración de los solicitantes, a comprobar —en su caso— que el protocolo es accesible desde el sitio *web* que consta en la hoja registral y a verificar que no existe otro protocolo anterior, salvo que el nuevo sea una modificación o sustitución del anterior y así lo haga constar el órgano de administración.

b) La segunda modalidad de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil consiste en el depósito del protocolo familiar formalizado en documento público junto con las cuentas anuales (artículo 6 RDPPF). A tal efecto, el órgano de administración deberá presentar copia del documento público en el que conste en protocolo como parte de la documentación complementaria que acompaña a las cuentas anuales. Hecha tal presentación, señala el precepto indicado que el protocolo familiar *«será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el registrador»*. Y es este último inciso el que más problemas interpretativos ha planteado. Más concretamente, se ha discutido el alcance de la calificación a la que hace mención el precepto, es decir, si se trata de una calificación registral plena o limitada. En mi opinión, de la lectura conjunta del artículo 6 RDPPF y de la exposición de motivos se

desprende la clara idea de que se ha querido dar un trato similar al protocolo familiar —*«en cuanto documento que pueda afectar al buen gobierno de la sociedad familiar»*— y a la información contable y financiera presentada por la sociedad, de modo que la calificación registral en este caso es limitada o formal, con un alcance equivalente al de la calificación de las cuentas anuales (artículo 280 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), lo que supone que el registrador se limitará a comprobar que el documento presentado responde a la naturaleza del protocolo familiar y que la solicitud de publicidad aparece firmada por quienes figuran como administradores inscritos de la sociedad. Y este carácter limitado de la calificación registral conlleva una importante consecuencia: la publicidad que se logra por esta vía es, de nuevo, una publicidad meramente formal, que no goza de la presunción de validez y exactitud en protección de terceros (artículo 20 del Código de Comercio).

c) Y, finalmente, la tercera modalidad de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil consiste en la mención del protocolo familiar ya publicado en la inscripción de acuerdos sociales adoptados en ejecución del mismo (artículo 7 RDPPF), mención que, por un lado, puede ayudar a la interpretación del acuerdo social adoptado, pero que, por otro lado, permite que afloren —a veces, un tanto inopinadamente— en la esfera corporativa unos pactos reservados entre los socios. Para lograr la publicidad por esta vía, la escritura pública en la que conste el acuerdo social cuya inscripción se pretende deberá expresar que el acuerdo en cuestión se ha adoptado en ejecución de un protocolo familiar ya publicado. A partir de ahí, el registrador realizará su labor de calificación previa a la inscripción sobre la base de la escritura de elevación a público del acuerdo social, de los asientos del registro y también del protocolo familiar invocado. A tal efecto, la escritura de elevación a público del acuerdo bien podrá llevar incorporada copia del protocolo familiar (ya esté formalizado en documento privado, ya lo esté en escritura pública) o bien podrá contener una breve transcripción de la parte del contenido del protocolo familiar que interese al caso. No basta, pues, con el solo hecho de que el protocolo familiar haya sido objeto de publicidad formal con anterioridad, porque, como antes vimos, la calificación previa a tal publicidad formal es limitada y porque, además, el protocolo podría haber experimentado en el ínterin toda suerte de modificaciones.

Analizadas en estos términos las distintas modalidades de publicidad del protocolo familiar a través del Registro Mercantil que ofrece el RDPPF, se puede concluir lo siguiente:

i) No se prevé la inscribibilidad directa del protocolo familiar, es decir, la presentación en el Registro Mercantil de copia autorizada de la escritura

pública en la que se haya formalizado el protocolo familiar para su calificación plena por el registrador y su ulterior inscripción junto a los estatutos sociales en la hoja abierta a la sociedad. Esta posibilidad no aparece contemplada ni en el RDPPF ni en el artículo 16 del Código de Comercio. Como acertadamente ha señalado algún autor[9], por el momento, el RDPPF sólo recoge formas «circunstanciales» de presentación del protocolo familiar, bien sea con ocasión de la presentación y depósito de las cuentas anuales o bien sea con ocasión de la presentación a inscripción de un acuerdo adoptado en ejecución del protocolo.

ii) En todo caso, la publicidad que logra el protocolo familiar a través del Registro Mercantil es, en esencia, una simple publicidad formal o publicidad-noticia y no goza de los efectos y beneficios propios de la publicidad material. Y esto es predicable incluso de la vía prevista en el artículo 7 RDPPF, puesto que, en tal caso, el alcance material de la publicidad está vinculado en sentido estricto al acuerdo social inscrito que fue adoptado en ejecución del protocolo y, en todo caso, la publicidad de éste es parcial o limitada en exclusiva a aquella parte de su contenido que dio pie a la adopción del acuerdo social inscrito.

iii) El RDPPF muestra una clara preferencia por la formalización del protocolo familiar en escritura pública, como lo corrobora el tenor literal de sus artículos 5.2, 6 y 7. En el caso concreto de la publicidad por vía de depósito del protocolo junto con las cuentas sociales, es incuestionable la exigencia del artículo 6 RDPPF de que el protocolo cuyo depósito se pretende haya sido formalizado en escritura pública, cuya copia será la que acompañe a las cuentas sociales. Tan claros son los términos en los que se expresa que, pese a la insistencia de algún sector doctrinal en otra línea[10], no admite el tenor literal del precepto de referencia, a mi juicio, otra interpretación.

iv) La regulación del RDPPF sobre publicidad del protocolo familiar debe entenderse como una forma de regulación indirecta de la transparencia de las sociedades familiares. El incentivo a la promoción de la publicidad debemos buscarlo en las nociones de *«responsabilidad social corporati-*

---

[9] *Vid.* VICENT CHULIÁ, F.: «La publicidad del protocolo familiar (RD 171/2007, de 9 de febrero)», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 1-2008, págs. 72-73.

[10] Ha insistido un sector registral en la idea de que para el depósito del protocolo familiar por la vía del art. 6 RDPPF debe bastar el documento privado con firma legitimada. En esta línea se ha mantenido con particular empeño FERNÁNDEZ DEL POZO, que, fiel a la idea de que el Registro Mercantil y su encargado han de ocupar el centro único y absoluto del tráfico mercantil societario y con lo que en mi opinión es un cierto indisimulado desdén hacia el valor de la intervención notarial en dicho tráfico, llega a denunciar la «obsesión» del RDPPF por la cuestión de la forma y su marcadísima preferencia por la instrumentación pública, haciendo para ello una difícilmente sostenible interpretación de la expresión «testimonio total o parcial» que emplea el artículo 6 RDPPF. *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: ibídem, págs. 161-162.

va» y de *«capital reputacional»,* es decir, en la idea de que el mercado en general ve con buenos ojos, confía y premia a las sociedades familiares que no tienen reparos a la hora de dar publicidad a los instrumentos que afectan a su gestión.

VI. CONTENIDO

Sobre el contenido del protocolo familiar, ya se ha destacado antes su llamativa y, en cierto modo, problemática complejidad o heterogeneidad. A título meramente enunciativo y a modo de introducción, quede dicho que el protocolo familiar contiene o puede contener:

i) Pactos sobre la filosofía o cultura empresarial que ha de vertebrar, desde el punto de vista de los valores, el futuro desarrollo de la empresa familiar.

ii) Pactos sobre la delimitación del ámbito de aplicación del propio protocolo y sobre la delimitación del ámbito material, temporal y territorial de actuación de la empresa.

iii) Pactos sobre la incorporación a la empresa y salida de la misma de los miembros de la familia y sobre la conducta que han de tener los familiares incorporados en sus relaciones internas y hacia la empresa.

iv) Pactos sobre el gobierno y dirección de la empresa.

v) Pactos sobre la estructura de propiedad de la empresa, con especial atención a los pactos que inciden directamente en la problemática cuestión de la sucesión en la empresa.

vi) Pactos sobre la gestión económico-financiera de la empresa y, en particular, sobre las relaciones económicas entre la empresa y los familiares implicados en ella.

vii) Pactos sobre la resolución de futuros conflictos en el seno de la empresa.

A partir de aquí podemos ordenar los posibles contenidos del protocolo familiar en función de las partes en que, materialmente, suele dividirse aquél y que son seis partes principales[11]:

---

[11] *Vid*. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: ibídem*,* págs. 163-164 y AMAT, J. M. y CORONA, J. F.: *El protocolo familiar: experiencia de una década,* edit. Deusto, 2007, págs. 251 y ss.
Vid. GOMÁ LANZÓN, I.: ibídem*,* págs. 665-668.

— Preámbulo.

— Capítulo I, dedicado a la *delimitación del ámbito de aplicación del protocolo*.

— Capítulo II, dedicado al *gobierno y dirección de la empresa familiar*.

— Capítulo III, dedicado a la *propiedad de la empresa familiar*.

— Capítulo IV, dedicado a las *relaciones entre familia y empresa y entre empresa y sociedad*.

— Y un capítulo final dedicado a las denominadas *«cláusulas de orden»*.

1. Preámbulo

La primera parte del protocolo familiar, el preámbulo, no plantea demasiados problemas ni especialidades. Suele dar cabida a una breve exposición de la historia de la familia y de sus negocios y a la formulación de los principios y valores éticos y culturales esenciales (p. ej., la unidad, la austeridad, la transparencia, etc.) en los que se funda la empresa familiar y que constituyen, de algún modo, su filosofía o sus signos de identidad. Es una parte del protocolo, por tanto, de carácter netamente declarativo y programático.

2. Ámbito de aplicación del protocolo familiar

La segunda parte del protocolo familiar, el capítulo dedicado a la delimitación del ámbito de aplicación del propio protocolo, sí que es mucho más enjundiosa y potencialmente problemática. En ella se trata de especificar el ámbito de aplicación del protocolo en una triple dimensión: subjetiva, objetiva y temporal.

2.1. Ámbito subjetivo de aplicación.

La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación comprende cuatro contenidos diferentes cuya problemática vamos a analizar separadamente.

a) Identificación de los sujetos firmantes, expresión del concepto en que lo hacen y valoración de la capacidad y legitimación. El primero de esos contenidos es bien sencillo y no problemático; i) la identificación suficiente (esto es, al menos con nombre completo, apellidos y documento de identidad) de los sujetos firmantes del protocolo, ii) la expresión del concepto en que lo hace cada uno de ellos (es decir, en calidad de socio, admi-

nistrador o trabajador de la empresa o en calidad de simple miembro de la familia) y iii) la valoración sobre la capacidad y legitimación de los intervinientes para el acto que formalizan. En este punto habría que añadir las correspondientes especialidades cuando alguna de las partes actúe por medio de representante legal o voluntario. Y, de nuevo, se hace evidente en este punto la utilidad y especial valor de la experta intervención notarial.

b) Previsión de futuras adhesiones al protocolo. Un segundo contenido —ya antes apuntado y tampoco problemático— puede ser la previsión de futuras adhesiones al protocolo familiar.

c) Previsión de continuación del protocolo con los sucesores del firmante. Otro contenido puede consistir en la previsión expresa de continuación del protocolo con los sucesores *mortis causa* del firmante (excluidos, claro está, los compromisos de tipo personalísimo suscritos por éste), de modo análogo al previsto en sede de sociedades personalistas para evitar la disolución de la sociedad por muerte de uno de los socios (artículos 1704 CC y 222.1.ª del Código de Comercio).

d) Pacto de configuración de la obligación de suscribir el protocolo familiar como prestación accesoria exigible a todo futuro socio como condición indispensable para adquirir tal cualidad. Y, finalmente, un cuarto contenido que nos interesa en sede de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del protocolo familiar y que resulta especialmente problemático es la eventual inclusión de un pacto por virtud del cual la obligación de suscribir el protocolo familiar se configure como prestación accesoria exigible a todo futuro socio como condición indispensable para adquirir tal cualidad, prestación accesoria cuyo incumplimiento puede llevar aparejada la aplicación de una cláusula penal o, incluso, la sanción de exclusión y que supone la necesidad de contar con el consentimiento de la sociedad para transmitir voluntariamente *inter vivos* las acciones o participaciones que lleven aparejada tal prestación. Obviamente, semejante pacto, para desplegar todos sus efectos, habría de tener su reflejo en los estatutos de la sociedad en cuestión. O, dicho en otras palabras, nos encontramos ante uno de esos pactos o contenidos del protocolo familiar que —según señalé más arriba— merecen ser calificados como pactos contractuales de transcendencia institucional necesitados de desarrollo y concreción en los estatutos sociales.

Mucho se ha discutido acerca de la viabilidad jurídica del pacto que aquí analizamos y que parece ser el camino más directo para aproximar lo máximo posible el sustrato subjetivo del protocolo familiar al sustrato subjetivo de la sociedad familiar. Tres son, básicamente, las opiniones que se han formulado al respecto:

i) En primer lugar, un sector minoritario de la doctrina entiende que la obligación de firmar y cumplir el protocolo familiar no puede constituir nunca una prestación accesoria porque ello supondría la aberración de entremezclar —hasta confundirlas— las esferas societaria y extrasocietaria, trocando lo parasocial en societario, abriendo la puerta a incontables incumplimientos indirectos o por vía de fraude de ley del contrato social y de los estatutos y atentando así, en definitiva, contra los principios configuradores básicos de toda sociedad mercantil.

ii) En segundo lugar, en una posición intermedia, otro sector de la doctrina[12] entiende que la obligación de firmar y cumplir el protocolo familiar no puede constituir en todos los casos una prestación accesoria impuesta en los estatutos sociales, sino que hay que discriminar en función del concreto contenido de los pactos parasociales reflejados en el protocolo familiar. Y ello porque las prestaciones accesorias, por definición y por su propia naturaleza, contemplan sólo una obligación del socio frente a la sociedad y no frente a los demás socios. Según esta postura, en definitiva, sólo cabría incluir como prestación accesoria la obligación de cumplir ciertos pactos parasociales concretos contenidos en el protocolo que supongan obligaciones de los firmantes respecto de la sociedad (p. ej., la obligación de realizar ciertas aportaciones o de trabajar personalmente en la sociedad).

iii) Y, en tercer lugar, la doctrina mayoritaria[13] —a la que me adhiero— admite que la obligación de firmar y cumplir el protocolo familiar pueda constituir, en todo caso, una prestación accesoria impuesta en estatutos. Tal tesis se apoya en la idea de que no es *per se* ilícito obligar societariamente al cumplimiento de una obligación parasocial, por cuanto el anclaje causal de la prestación accesoria en el contrato de sociedad no tiene el poder taumatúrgico de mutar la naturaleza ni de dicho contrato social ni del pacto parasocial de referencia, de suerte que ambos ni se confunden ni se pueden confundir. Además, son varios los preceptos de nuestro Ordenamiento societario (varios de ellos introducidos o modificados, precisamente, por el RDPPF) que respaldan la tesis que nos ocupa, a saber:

   — Los artículos 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, que hacen referencia a la inscribibilidad de los *«pactos o condiciones que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o los estatutos»* y señalan expresamente que, entre esos pactos, pueden encontrarse cláusulas sobre sometimiento a arbitraje, sobre existencia de comités consultivos o sobre cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, *«especialmente si están contenidas en*

[12] En defensa de esta tesis, *vid.* GOMÁ LANZÓN, I.: ibídem, págs. 700-704.
[13] *Vid*. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: ibídem, págs. 175 y ss.

un protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 RDPPF».

— El artículo 187.1 del Reglamento del Registro Mercantil, que señala que el contenido de las prestaciones accesorias puede ser *«económico o, en general, cualquier obligación de dar, hacer y no hacer».*

— El artículo 17.2 de la Ley de Sociedades Profesionales, que contempla que en las sociedades mercantiles de capital que tengan la calificación de profesionales, las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevarán aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social, sin que, como es obvio, semejante previsión legal convierta al contrato de arrendamiento de servicios o equivalente que liga al socio con la sociedad profesional en contrato de sociedad.

2.2. Ámbito objetivo de aplicación

Por lo que se refiere ahora a la segunda vertiente de la delimitación del ámbito de aplicación del protocolo familiar, la vertiente objetiva, ésta resulta poco problemática. En este punto, el protocolo familiar debe contener la identificación suficiente de la empresa o empresas familiares a las que va a ser aplicable. Y conviene recordar, una vez más, que tales empresas pueden hallarse configuradas jurídicamente de cualquier manera admitida en Derecho, societaria o no.

2.3. Ámbito temporal de aplicación

Más problemática sí que resulta la delimitación del ámbito temporal de aplicación del protocolo familiar. En este apartado, el protocolo familiar puede reflejar tres contenidos:

a) Duración del protocolo familiar. Un primer contenido —imprescindible— consiste en la fijación de la duración del protocolo familiar. La doctrina es casi pacífica a la hora de rechazar la duración puramente indefinida del protocolo familiar o la vinculación de su duración a la de la sociedad a la que se refiere cuando ésta es también indefinida. Se admiten, pues, dos soluciones: bien se fija una duración concreta del protocolo familiar y se prevén, en su caso, ulteriores prórrogas, o bien se establece una duración indefinida, pero con simultáneo reconocimiento de un derecho de separación o denuncia unilateral a favor de los firmantes (*mutatis mutandi* artículos 1700.1.4.º, 1705 y 1706 del Código Civil). Sólo así se logra

armonizar el loable fin del protocolo familiar de dotar de estabilidad a la empresa familiar con el principio esencial de nuestro Derecho de obligaciones que impide las vinculaciones perpetuas en las relaciones obligatorias de larga duración. Por lo demás, ese derecho de separación o denuncia unilateral del protocolo familiar deberá ser ejercitado de buena fe por los firmantes y con justa causa —al menos cuando la duración del protocolo es determinada—, interpretándose dicha justa causa, en todo caso, de manera extraordinariamente amplia o generosa, como sinónimo de cualquier circunstancia o evento que hace devenir inexigible el compromiso de permanencia del denunciante como parte del protocolo familiar. Supuestos de tal índole serían, por ejemplo, el incumplimiento relevante del protocolo por parte de los demás firmantes, la alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias que marcaron el momento de celebración de los pactos contenidos en el protocolo, la existencia de desavenencias irreconciliables entre los firmantes, la aparición de circunstancias personas del firmante que convierten en excesivamente gravosa su sujeción al protocolo, etc.

b) Previsión de actualizaciones periódicas del protocolo familiar. Un segundo contenido de este apartado del protocolo familiar consiste en la previsión de futuras actualizaciones o revisiones periódicas —en fecha determinada— del protocolo familiar para mantenerlo apegado a las circunstancias de toda índole que rodean la vida de la empresa familiar en cada momento. De hecho, el artículo 3.2 RDPPF llega a señalar que el protocolo familiar publicado deberá ser actualizado y que, si no se hace constar la existencia de actualizaciones, se presumirá que el protocolo familiar con todo su contenido continúan vigentes. En este punto, por lo demás, es posible designar a un conjunto de firmantes, a modo de especial comité con competencia para estudiar las actualizaciones que correspondan cuando proceda.

c) Régimen jurídico de las futuras modificaciones del protocolo familiar. Y un tercer contenido que aquí nos interesa, más problemático que los anteriores, consiste en la especificación del régimen jurídico al que quedarán sometidas las futuras modificaciones del protocolo familiar. En principio, si no se dice otra cosa, el protocolo familiar sólo podrá ser modificado con el consentimiento unánime de los firmantes (cfr. artículo 1702 del Código Civil). Pero debe ser admitido —como lo es pacíficamente en sede de sociedad civil— el pacto que permite la modificación del protocolo por mero consentimiento mayoritario de los firmantes, en la proporción que libremente se determine, siendo posible atribuir tal competencia en exclusiva al comité competente para estudiar las actualizaciones al que antes hice alusión. Lo más frecuente y aconsejable en la práctica es que se exija una mayoría cualificada para la modificación del protocolo, evitan-

do así que la unanimidad bloquee las actualizaciones y que una mayoría demasiado laxa perjudique la necesaria estabilidad de los acuerdos familiares.

3. Gobierno y dirección de la empresa familiar

Pasamos, a continuación, a estudiar la tercera parte del protocolo familiar-tipo: el capítulo dedicado al gobierno y dirección de la empresa familiar, un apartado que cobra particular sentido en el seno de empresas familiares societarias y que, en ocasiones, puede resultar especialmente problemático por el carácter organizativo de los pactos parasociales que suele incorporar, por cuanto éstos pueden llegar a reflejar la pretensión de alterar la estructura orgánica de la sociedad y ello puede chocar contra ciertos principios configuradores de la empresa familiar societaria.

Voy a analizar separadamente los dos contenidos fundamentales que puede tener esta parte del protocolo familiar: la creación de órganos de dirección de carácter familiar ajenos —cuando la empresa familiar se configura bajo la forma societaria— a la estructura societaria y el establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos estatutarios societarios.

3.1. Creación de órganos de dirección de carácter familiar ajenos, en su caso, a la estructura societaria

El primer contenido fundamental de esta parte del protocolo familiar consiste en la creación de órganos de dirección de carácter familiar que, en caso de estar configurada la empresa familiar bajo forma societaria, quedarán al margen de la estructura orgánica estatutaria. Más concretamente, son cuatro los órganos que suelen crearse en este apartado:

i) La asamblea o junta de familia, órgano de carácter deliberativo e informativo (no decisorio) integrado por todos los miembros de la familia implicados o interesados en la empresa familiar, sean o no socios, administradores o trabajadores de la misma y que se reunirá periódicamente para debatir sobre la marcha de la empresa y para informar a todos los familiares sobre las circunstancias que, en cada momento, rodeen a ésta.

ii) El consejo de familia, órgano permanente encargado de mantener siempre abiertos los cauces de comunicación entre la familia y la empresa, de dirigir la sucesión, de fomentar la formación de las nuevas generaciones, de velar por el cumplimiento del protocolo familiar y de revisar y actua-

lizar éste cuando sea preciso[14], que estará integrado por un número determinado de miembros de la Junta de familia (es aconsejable que tal número no exceda de diez o doce, para no mermar la operatividad del órgano), entre los cuales podrán elegirse cargos como los de presidente, vicepresidente y secretario.

iii) El comité de seguimiento del protocolo familiar, órgano con la específica función de velar por el cumplimiento de todos los pactos contenidos en el protocolo familiar y de aconsejar la apertura de un proceso de revisión o actualización del mismo, que estará integrado por un número determinado de miembros del consejo de familia.

iv) Y el comité de nombramientos, órgano con la específica función de seleccionar los miembros de la familia más adecuados para el desempeño de puestos de trabajo vacantes reservados a la familia y que, habitualmente, estará integrado por un número determinado de miembros del consejo de familia.

En cualquier caso, de acordarse en el protocolo la creación de órganos del tipo de los que acaban de ser mencionados, deben tenerse en cuenta dos límites o condicionantes relevantes, cuya existencia advertirá y sabrá manejar oportunamente el notario, si se decide la formalización del protocolo en escritura pública:

— Por un lado, deberá establecerse simultáneamente con precisión la composición, régimen de funcionamiento (elección, convocatoria, ejercicio del derecho de voto, régimen de mayorías…), competencias, etc., de los órganos creados, bien sea directamente mediante el desarrollo de semejantes extremos en el propio protocolo o bien sea mediante el esbozo en éste de los aspectos esenciales del régimen de los órganos creados con remisión para su desarrollo detallado a reglamentos de funcionamiento que, de existir al tiempo de formalizarse el protocolo, podrán acompañarse como anexos de éste.

---

[14] *Vid.* RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: «El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares», en *Revista de Derecho Mercantil*, número 266, octubre-diciembre de 2007, págs. 1141-1142.

Señala esta autora que las funciones esenciales que deberían corresponder al Consejo de Familia son: tomar las decisiones relativas a las relaciones entre la familia y la empresa, canalizar hacia la empresa las inquietudes de los familiares, promover la aplicación del protocolo y su modificación, fijar normas de comportamiento de los miembros del grupo familiar dentro de la empresa, asegurar la buena convivencia mediando y resolviendo en los conflictos planteados entre los integrantes de la familia, establecer criterios para la resolución de conflictos, crear programas educativos y de información respecto a la empresa familiar, fomentar el desarrollo de los parientes jóvenes dotando un fondo de becas, servir de conducto de comunicación entre la familia y los órganos de la compañía, establecer la política de contratación de familiares y redactar los estatutos de la fundación privada, si la hubiere.

— Y, por otro lado, como segundo límite relevante, el protocolo familiar debe procurar respetar los ámbitos de competencias exclusivos y propios de los órganos sociales estatutarios (en particular, la Junta general y el órgano de administración), por lo que debe rechazarse de plano la pretendida trascendencia institucional de cláusulas que atribuyan a los órganos extraestatutarios de carácter familiar creados por el protocolo competencias de gestión o decisión propias de aquellos otros órganos sociales estatutarios, sin perjuicio de los meros efectos obligacionales *inter partes* que dichas cláusulas puedan surtir. Y todo ello sin desatender el riesgo de que previsiones de esta índole contenidas en el protocolo creen situaciones próximas a las de la administración de hecho o el grupo empresarial aparente.

Por lo demás, recordemos que, tras la reforma introducida por el RDPPF, en sede de SA y SRL, los artículos 124.2 y 185.3 del Reglamento del Registro Mercantil (en relación con los artículos 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, respectivamente) prevén que los estatutos sociales podrán crear en el seno de la sociedad —abandonando ya, por tanto, la esfera parasocial— órganos de carácter meramente honorífico y también un comité consultivo o consejo asesor, con funciones consultivas e informativas (nunca vinculantes), fijando si la competencia para el nombramiento o revocación de sus miembros es del órgano de administración o de la Junta general, así como su régimen de funcionamiento y retribución[15].

3.2. Establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos societarios

Y el segundo contenido fundamental de esta parte del protocolo familiar dedicada a los órganos de gestión y dirección consiste en el establecimiento de normas específicas sobre composición y funcionamiento de los órganos estatutarios societarios.

Algunas de dichas normas son indudablemente válidas y eficaces y susceptibles de ser incorporadas a los estatutos sociales; y otras, en cambio, suscitan serias dudas sobre su propia viabilidad jurídica. Vamos a verlas separadamente.

---

[15] En este punto, la conocida, interesante y más arriba mencionada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005 (BOE núm. 160, de 6 de julio de 2005) ya había admitido la posibilidad de que los estatutos sociales de una SRL de carácter familiar creasen un órgano estatutario de carácter consultivo e informativo, al margen de la Junta general y del órgano de administración, siempre que ello se hiciese con pleno respeto a los respectivos ámbitos competenciales de éstos y sin alterar o menoscabar ninguno de los principios esenciales configuradores del tipo social.

a) Normas válidas, eficaces y susceptibles de ser incorporadas a los estatutos. Comenzando por las normas válidas, eficaces y susceptibles de ser incorporadas a los estatutos sociales, se pueden citar —a título ejemplificativo— las siguientes:

* En relación con la Junta general:

i) La fijación de un número mínimo o concreto de reuniones que ha de celebrar anualmente la Junta general (artículo 167 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), respetando el mínimo de una reunión ordinaria para aprobación de las cuentas dentro de los seis primeros meses del ejercicio social (artículo 164 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

ii) La atribución de determinadas materias concretas a la competencia de la Junta general, al amparo del art. 160.i) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

iii) La concreción del tipo de instrucciones que la Junta general puede impartir al órgano de administración en asuntos de gestión o, incluso, la prohibición de impartir cualquier tipo de instrucciones (artículo 160 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

iv) La previsión de convocatoria de la Junta general mediante comunicación individual a los socios con, en su caso, mecanismos adicionales de publicidad (artículo 173 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

v) La fijación del lugar de reunión de la Junta general en lugar distinto al término en que se halle el domicilio social (artículo 175 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

vi) La limitación del derecho de asistencia a la Junta general de SA a la posesión de número mínimo de acciones, sin superar el uno por mil del capital social (artículo 179.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), y la exigencia de legitimación anticipada del accionista (en los términos del art. 179.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

vii) La exigencia de contar con la asistencia de directores, gerentes, técnicos, expertos o consejeros externos a las reuniones de la Junta general (artículo 181.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

viii) La prohibición de que el presidente de la junta general de la SRL autorice la presencia de las personas que juzgue conveniente en las reuniones (artículo 181.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

ix) La previsión de asistencia telemática a las reuniones de la Junta general de SA (artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

x) La autorización para los socios de la SRL se puedan hacer representar en las reuniones de la Junta general por medio de personas distintas de las mencionadas en el artículo 181.1 *ab initio* del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (artículo 181.1 *in fine* del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xi) La limitación a la facultad de los socios de la SA de hacerse representar en las reuniones de la Junta general por medio de cualquier persona (artículo 182.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xii) La alteración de la proporcionalidad entre número de participaciones y número de votos que cada socio puede emitir en la SRL (artículo 188.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xiii) La fijación del número máximo de votos que pueden emitir en la SA un mismo accionista, un grupo de sociedades o quienes actúen junto a los anteriores en el marco de un pacto de sindicación de voto (artículo 188.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), con los límites previstos —para las SSAA cotizadas— en el conocido artículo 527 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

xiv) La regulación del ejercicio del derecho de voto en la Junta general de SA por medios a distancia (artículo 189 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xv) La concertación y regulación de pactos de sindicación de voto, respetando siempre los límites legales y, en particular, aquellos que tienen que ver directamente con los principios configuradores del tipo social de que se trate. Así, deben ser rechazados, por ejemplo, los pactos de sindicación de voto que suponen la escisión del ejercicio del derecho de voto respecto de la titularidad de la acción o participación o los que someten el ejercicio del voto a instrucciones de la Junta general o del órgano de administración[16].

[16] Sobre los sindicatos de voto y sus límites, *vid*. VICENT CHULIÁ, F.: «Introducción», en *El buen gobierno de las empresas familiares*, Navarra, 2004, págs. 51 y ss.

xvi) La previsión de creación de acciones o participaciones sin voto (artículos 98 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xvii) La atribución del ejercicio del derecho de voto al usufructuario o al deudor pignoraticio (artículos 127 y 132 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xviii) La designación de las personas que han de ocupar los cargos de presidente y secretario de la Junta general (artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xix) El reforzamiento de los quórum de constitución de la Junta general de la SA (artículos 193 y 194 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xx) El reforzamiento de las mayorías legalmente establecidas para la adopción de acuerdos en la Junta general, siempre que —en el caso de la SRL— no se llegue a exigir la unanimidad (artículos 200 y 201 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). En la SRL, además, se podrá exigir el voto favorable de un determinado número de socios.

* En relación con el <u>órgano de administración</u>:

xxi) La exigencia de que los administradores tengan la condición de socios (artículo 212.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xxii) La fijación de las garantías que habrán de prestar los que accedan al cargo de administrador (artículo 214.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xxiii) La determinación del régimen retributivo de los administradores (artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

xxiv) La fijación del número concreto de integrantes del Consejo de administración, dentro de los límites previstos en el artículo 242 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, con, en su caso, participación de consejeros independientes.

xxv) La concreción del régimen de convocatoria, funcionamiento y adopción de acuerdos del Consejo de administración (artículo 245

del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) —incluyendo previsiones sobre número mínimo de reuniones anuales, voto dirimente del presidente, etc., y otras destinadas a repartir el poder de gestión entre las distintas ramas familiares—, así como de la posibilidad de realizar delegaciones con los límites del artículo 249.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

xxvi) La obligación de determinados socios de desempeñar, en un momento dado, el cargo de administrador, configurada como prestación accesoria[17].

Como vemos, todas las anteriores previsiones del protocolo familiar entran sin problemas dentro de los márgenes que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital concede a la autonomía de la voluntad en el marco de la regulación de los órganos sociales.

b) Normas de dudosa viabilidad jurídica. Por lo que se refiere ahora a las normas especiales contenidas en el protocolo familiar sobre órganos societarios cuya viabilidad jurídica resulta dudosa, se pueden destacar —sin ánimo exhaustivo— las siguientes:

i) La distribución de ciertas competencias de gestión y administración entre el órgano estatutario de administración y el consejo de familia.

ii) La exigencia de contar con el voto favorable de ciertas personas concretas para la validez de los acuerdos adoptados por la Junta general o por el órgano colegiado de administración.

iii) La fijación de un número mínimo de participaciones para asistir a Junta general de SRL (contra la expresa prohibición al respecto del artículo 179.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y la fijación de un número mínimo de acciones superior al previsto en el artículo 179.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

iv) El establecimiento —en particular, en el seno de SA— de requisitos específicos para ser administrador, tales como tener una determinada titulación o una edad mínima o máxima o ser miembro del grupo familiar en cierto grado de parentesco, etc.

---

[17] Sobre la viabilidad jurídica de esta prestación accesoria y su compatibilidad con la libre revocabilidad del cargo de administrador, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Prestaciones accesorias», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, edit. Bosch, tomo IV, Barcelona, 2005, págs. 456-457.

v) La admisión de asistencia telemática y de voto a distancia en la Junta general de las SRL (ante el silencio de los artículos 182 y 189 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

vi) La alteración de la regla de la proporcionalidad entre acción y voto en la SA (contra la expresa prohibición al respecto del artículo 188.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

vii) La delegación de facultades del Consejo de administración más allá de los límites del artículo 249.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Todas las previsiones que acaban de ser mencionadas está claro que no podrán ser incorporadas a los estatutos sociales, en unos casos por ser contrarias a alguna prohibición legal y en otros por violentar o, al menos, sortear inapropiadamente los principios configuradores del tipo social de que se trate. Lo que resulta más discutible es si semejantes previsiones podrán ser incluidas en el protocolo familiar. En contra de tal posibilidad, se puede argumentar que ello supondría una vulneración indirecta de los principios configuradores del tipo social —una suerte de «pseudofraude de ley»— y se puede invocar también una cierta interpretación amplia y finalista del artículo 210.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en cuya virtud *«Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil»*. A favor, en cambio, de la posibilidad de incluir estas discutibles previsiones en el protocolo familiar, puede utilizarse un argumento, en mi opinión de gran peso: en el marco del protocolo familiar, las previsiones indicadas —vetadas en sede estatutaria— tendrán una eficacia obligacional meramente interna entre los firmantes, en el sentido de quedar éstos comprometidos a adoptar conductas y decisiones en el ámbito societario lo más compatibles posible con los fines pretendidos por los pactos protocolares. Hasta ahí alcanzaría el compromiso, sin mayores implicaciones en la esfera societaria. No perdamos nunca de vista, en definitiva, que los límites derivados de los principios configuradores de cada tipo social encuentran su razón de ser, con contadas excepciones, en la protección de los terceros y en la seguridad del tráfico jurídico en general, de suerte que no deben considerarse oponibles a los contratos nacidos para surtir efectos en la esfera puramente interna de los contratantes, pues estos contratos se rigen por el principio general de la autonomía de la voluntad, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes, la moral y el orden público (artículo 1255 del Código Civil)[18].

[18] *Vid.* MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M.: «Los pactos parasociales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXVII, EDERSA, Madrid, pág. 203.

4. Propiedad de la empresa familiar

Paso, a continuación, a analizar la cuarta parte del protocolo familiar típico que venimos estudiando, la que comprende los pactos y cláusulas relativos a la propiedad de la empresa familiar. Esos pactos pueden versar sobre cinco principales materias, cada una de las cuales lleva aparejada su particular problemática.

4.1. Régimen de ingreso y salida de la empresa

La primera de esas materias es el régimen de ingreso y salida de la empresa, que comprende previsiones y pactos relativos a:

i) Los requisitos de acceso de los miembros de la familia y, en su caso, de ciertos terceros, a la empresa familiar y/o a los órganos de administración y dirección (por ejemplo, tener una determinada formación académica o profesional, contar con cierto tiempo de experiencia laboral previa en el sector, ser propuesto por algún órgano, etc.), incluyendo la posibilidad —más arriba estudiada— de configurar la obligación de suscribir el protocolo familiar como prestación accesoria exigible a todo futuro socio como condición indispensable para adquirir tal cualidad. En este punto pueden plantear problemas y deben ser rechazados de plano los pactos que imponen requisitos personales que contravienen el principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española.

ii) Las condiciones y el momento del cese de los gestores en el desempeño de su cargo, para facilitar el relevo generacional, en atención a criterios de edad o condiciones físicas, etc., y con posibilidad de establecer un pacto de no competencia bien delimitado objetiva, temporal y territorialmente.

iii) El régimen de la exclusión y del derecho de separación de los socios o partícipes de la empresa familiar, fijando causas específicas de exclusión —que pueden consistir en la pérdida de la condición de familiar— (artículos 218 del Código de Comercio y 350 y 351 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y de separación (artículo 347 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) —concretando, en este último caso, la forma de acreditar su concurrencia y la forma y plazo de ejercicio del derecho— y estableciendo reglas para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones del socio excluido o separado a efectos de su reembolso (artículos 114 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, modificados por Real Decreto 171/2007), así como sobre el plazo y forma de liquidación del valor obtenido. Todos estos pactos deberán ser incorporados a los estatutos sociales.

4.2. Contenido de la posición de socio o partícipe

Otra materia sobre la que se puede pactar en esta parte del protocolo familiar es la que tiene que ver con el contenido de la posición de socio o partícipe y, más concretamente, sobre cuatro aspectos importantes de dicha posición:

i) El derecho de información de los socios o partícipes, siempre que —en el caso de las empresas familiares configuradas como sociedades de capital— se trate de ampliar su contenido respecto de los mínimos previstos legalmente (p. ej., minorando el porcentaje del capital social que tiene que respaldar la solicitud de información, *ex* artículo 197.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

ii) El derecho a la percepción de beneficios o dividendos, determinando la periodicidad del reparto, las atenciones que deberán quedar cubiertas antes de proceder al reparto —además de las legales—, la forma y lugar de pago e, incluso, la posibilidad de alterar la proporcionalidad entre los dividendos y la participación de cada socio o partícipe en el capital de la empresa (posibilidad amparada expresamente, en sede de SRL, por el artículo 275 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

iii) El derecho de asistencia y voto en los órganos de la empresa y, muy en particular, en el seno de la asamblea o Junta general, cuestión sobre la que —si hablamos de empresas familiares configuradas bajo forma societaria de capital— el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital deja amplia libertad de pacto, como antes ya tuvimos ocasión de comprobar.

iv) Las prestaciones accesorias que estarán obligados a realizar determinados socios de la sociedad familiar, determinando su contenido, carácter retribuido o gratuito, el tipo y cuantía de la retribución —en su caso—, el órgano competente para autorizar la transmisión de acciones o participaciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas y la eventual tipificación de su incumplimiento como causa de exclusión de la sociedad (artículos 86 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

Todas las anteriores previsiones deberán ser incorporadas a los estatutos sociales.

4.3. Régimen jurídico de las acciones o participaciones

Una tercera materia sobre la que se puede pactar en esta parte del protocolo familiar que estamos analizando es el régimen jurídico de las acciones o partici-

paciones de la sociedad familiar de capital. Más concretamente, pueden introducirse previsiones específicas sobre:

i) Las clases de acciones y participaciones que existirán, con diferentes contenidos de derechos —incluida la posibilidad de atribuir el derecho a obtener un dividendo preferente, *ex* artículos 94 y 95 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital—, con el fin de garantizar que la influencia efectiva en la empresa reconocida por el grupo familiar a cada socio sea correctamente retribuida. Esta previsión sobre la existencia de distintas clases de acciones o participaciones debe ser incorporada a los estatutos sociales. En ellos, no obstante, recordemos que estará vetada la entrada de privilegios consistentes en el derecho a percibir un interés o en la alteración de la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (si es una SA) o entre el valor nominal y el derecho de preferencia. En todo caso, estos privilegios prohibidos por el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital sí podrán pactarse en el estricto marco del protocolo familiar, con el estricto alcance y eficacia internos que más arriba defendí para las previsiones protocolares sobre gobierno y administración contrarias a las disposiciones legales aplicables.

ii) El régimen de transmisión de las acciones o participaciones y, más concretamente, las eventuales limitaciones a dicha transmisión *inter vivos* o *mortis causa*[19], con el fin de controlar la entrada de extraños en la sociedad familiar. Dichas limitaciones, siempre que estén ajustadas a la ley (cfr. artículos 108 y 123 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) podrán y deberán ser incorporadas a los estatutos sociales. Particularmente interesante es la posibilidad de supeditar la adquisición *mortis causa* al consentimiento de la sociedad, lográndose así por vía directa lo que el derecho de adquisición preferente previsto en los artículos 110 y 124 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital consigue por vía indirecta.

   Si las cláusulas del protocolo familiar limitativas de la transmisión de las acciones o participaciones no se ajustan a la ley, contraviniendo los principios configuradores del tipo social de que se trate (v. gr., las que hacen total o prácticamente intransmisibles las acciones, las que hacen totalmente libre la transmisión *inter vivos* de las participaciones, las que prohíben totalmente la transmisión *inter vivos* de las participaciones sin prever

[19] Sobre las técnicas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales aplicables a las sociedades familiares, *vid.* PERDICES HUETOS, A. B.: «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, edit. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 481-522.

simultáneamente el derecho de separación del socio o las que imponen la transmisión por debajo de su valor real en determinadas circunstancias), de nuevo está claro que no podrán ser incorporadas a los estatutos sociales, pero sí podrán permanecer en el estricto marco del protocolo familiar con el alcance y eficacia antes estudiados para las demás previsiones protocolares contrarias a las disposiciones legales aplicables.

iii) El pacto por virtud del cual los firmantes del protocolo familiar se comprometen a transmitir *inter vivos* y gratuitamente sus acciones o participaciones a favor de una determinada persona cuando concurran ciertas circunstancias, pacto cuya viabilidad ha sido largamente discutida en conexión con el tradicional debate sobre la naturaleza jurídica de la donación. Si se acepta la tesis de que la donación es un modo de adquirir, esa suerte de promesa de donación ha de considerarse jurídicamente irrelevante. En cambio, si se opta por la tesis clásica que sostiene la naturaleza contractual de la donación o por la tesis intermedia que defiende que la donación es un modo de adquirir, pero que los particulares —haciendo uso de su autonomía privada— pueden configurarla expresamente con carácter contractual, sí sería viable la promesa de donación como precontrato, con la consabida y consiguiente discusión sobre los efectos o consecuencias que acarrea el eventual incumplimiento de éste.

iv) El pacto por virtud del cual los firmantes del protocolo familiar se comprometen a transmitir *inter vivos* y a título oneroso sus acciones o participaciones a favor de los demás socios o de terceras personas cuando concurran ciertas circunstancias —entre las cuales pueden contarse las relacionadas con la pérdida de la condición de «familiar» por separación o divorcio, con la jubilación, con la incapacidad sobrevenida de los firmantes, etc.—, pacto éste admitido expresamente por el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil en sede de SRL, sin que exista —por lo demás— obstáculo legal alguno para admitir su extensión a la SA (*ex* artículo 123 del Reglamento del Registro Mercantil).

v) Y el pacto por virtud del cual los firmantes del protocolo familiar asumen la obligación de venta conjunta (*drag along*) de las acciones o participaciones de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable, pacto éste cuya viabilidad jurídica y posible inclusión en los estatutos sociales contemplan expresamente los artículos 114.2 y 175.2 Reglamento Registro Mercantil (tras la modificación operada por el RDPPF) y que pretende, entre cosas, proteger a los socios minoritarios dándoles la opción de separarse de la sociedad cuando el control de ésta cambia de manos.

4.4. Compromisos sobre régimen económico-matrimonial de los familiares

Otro discutible contenido de esta parte del protocolo familiar es el que tiene que ver con ciertos compromisos sobre régimen económico matrimonial de los familiares. Más concretamente, se discute la viabilidad del pacto por el que se impone a los familiares implicados en la empresa familiar la obligación de estipular con sus cónyuges un determinado régimen económico-matrimonial, habitualmente el de separación de bienes. En línea con la doctrina mayoritaria[20], entiendo que debe ser rechazada de plano la validez de semejante pacto, de modo que, en caso de establecerse, su eficacia no podrá ser otra que la de un mero ruego o *desiderátum* y nunca podrá exigirse su cumplimiento forzoso ni reclamarse indemnización o pena de ningún tipo por su inobservancia. Y ello porque el régimen económico-matrimonial está fuera del comercio de los hombres (esto es, fuera de las posibilidades de negociación y pacto de todas las personas ajenas al matrimonio en cuestión) y, por tanto, no puede ser objeto de contrato por terceros distintos de los cónyuges (artículos 1814 y 1271 del Código Civil). Además, siendo las capitulaciones matrimoniales un negocio jurídico bilateral, si el cónyuge no implicado en la empresa familiar fuese quien no consintiese en otorgar aquellas en los términos previstos en el protocolo, el incumplimiento de éste no sería imputable al firmante del protocolo familiar.

Cuestión distinta es que en el protocolo familiar se prevea la incorporación a los estatutos sociales de cláusulas con una finalidad práctica semejante al pacto controvertido que acabamos de analizar, como, por ejemplo, que estar casado bajo un determinado régimen económico-matrimonial sea contemplado requisito para adquirir acciones, participaciones o cuotas sociales. Incluso podría plantearse la posibilidad de establecer como causa estatutaria de exclusión del socio el hecho de contraer matrimonio bajo un determinado régimen económico.

Asimismo, contando con el consentimiento de ambos cónyuges, es perfectamente posible incluir en capitulaciones matrimoniales ciertos pactos que coadyuven al fin de asegurar la continuidad de la empresa familiar, superando las dificultades que puede llegar a plantear el derecho de preferente adjudicación del artículo 1406 del Código Civil (en sede de liquidación de gananciales) o los excesivos rigores del régimen de separación de bienes. Así, en el marco del régimen de sociedad de gananciales, podrían incluirse en capitulaciones pactos tales como: i) el pacto de que, concurran o no todos los presupuestos para la aplicación del artículo 1406 del Código Civil, el cónyuge miembro de la familia

---

[20] Defienden esta solución, entre otros, HUERTA TRÓLEZ y GOMÁ LANZÓN. *Vid.* HUERTA TRÓLEZ, A.: «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, número 27, 3.ª época, octubre de 2003, págs. 52-53; y GOMÁ LANZÓN, I.: ibídem, págs. 688-689.

o, en su caso, fundador de la empresa, tenga tal derecho de preferente adjudicación respecto de ésta; ii) el pacto recíproco de total exclusión de ambos cónyuges de cualquier pretensión sobre los bienes y derechos integrantes del patrimonio empresarial familiar del otro cónyuge, aunque tengan carácter ganancial, en caso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio; iii) pactos sobre la valoración del derecho de reembolso que corresponde a la sociedad de gananciales en caso de inversión de fondos comunes para la mejora o ampliación de una empresa privativa de alguno de los cónyuges o para la adquisición de nuevas acciones o participaciones derivadas de la titularidad de otras privativas de alguno de los cónyuges, sobre todo en previsión de que la mejora no subsista al tiempo de disolverse la sociedad de gananciales; o iv) el pacto recíproco de total exclusión de tal derecho de reembolso. Y, en el marco del régimen de separación de bienes, podrían incorporarse a las capitulaciones pactos como los siguientes: i) el pacto de que la llevanza de la empresa implica su titularidad y propiedad, acentuando así la separación absoluta y eludiendo la presunción del artículo 1441 del Código Civil; ii) el pacto de que las empresas fundadas durante la vigencia del régimen pertenecerán a ambos cónyuges por mitad; o iii) el pacto de atribución preferente al cónyuge supérstite de la totalidad de la empresa fundada por ambos durante el régimen de separación (a modo de *«pacto de sobrevivencia»*).

4.5. Ordenación de la sucesión en la empresa familiar

Finalmente, otro contenido conflictivo de esta parte del protocolo familiar que ahora estamos analizando es el que tiene que ver con lo que al principio destaqué como uno de los problemas capitales de la empresa familiar: la ordenación de la sucesión en ella. Más concretamente, se discute la viabilidad jurídica del pacto por el que uno, varios o todos los firmantes del protocolo familiar se obligan a otorgar testamento instituyendo a determinados herederos o disponiendo de las acciones, participaciones o cuotas de la empresa en un sentido determinado. Como sabemos, la ordenación sucesoria irrevocable en virtud de pacto está prohibida con carácter general en el Derecho común y está permitida —con matices y límites objetivos y formales diversos— en los Derechos forales. En el ámbito del Derecho común y sin ignorar la creciente tendencia a flexibilizarla[21], la prohibición del artículo 1271.2 del Código Civil (reflejada también en otros preceptos como los artículos 658, 794 y 816 del

[21] Se advierte en la doctrina y en la jurisprudencia una progresiva flexibilización de la prohibición general de los pactos sucesorios en el Derecho común. Se tiende hoy a interpretar tal prohibición en el sentido de que sólo comprende los pactos gratuitos que recaen sobre la universalidad de la herencia o sobre una cuota de dicha universalidad, pero no los pactos que recaen sobre bienes conocidos, determinados y existentes (en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1997). En definitiva, según esta creciente corriente, son admisibles los pactos sobre la herencia futura que cumplan dos requisitos: que recaigan sobre cosas concretas y determinadas y

Código Civil) debe conducir a rechazar la posibilidad de que el protocolo familiar tenga eficacia invalidante respecto del testamento que no respete el pacto sucesorio de referencia y, aún más allá, debe conducir a rechazar también las cláusulas de tipo penal que pretendan aplicarse por el incumplimiento de la «obligación» de testar en determinado sentido previamente establecida. Abonan tal conclusión —más allá de argumentos clásicos como el hipotético favorecimiento del *«votum mortis»*— el carácter personalísimo del testamento, la prohibición de condiciones captatorias (artículo 794 del Código Civil), la especial y reforzada protección que nuestro Ordenamiento brinda al derecho subjetivo a testar libremente[22] y la circunstancia de que el principio general de libertad de testar únicamente puede verse limitado en los concretos casos previstos legalmente.

Con finalidades también ligadas a la ordenación sucesoria de la empresa, sí es posible, en cambio, incluir en el protocolo familiar las dos previsiones siguientes:

i) Un acuerdo sobre la distribución de las acciones, participaciones o cuotas de la empresa familiar, con el valor de la partición hecha por el propio testador prevista en el artículo 1056.1 del Código Civil, al que se remite el artículo 1271.2 del Código Civil. En todo caso, esa distribución sería unilateralmente revocable por el testador.

ii) Y un acuerdo para incluir en los estatutos sociales cláusulas limitativas de la transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones sociales, que bien pueden limitarse a preordenar el destino de las participaciones o acciones sin determinar expresamente quién será el sucesor o bien pueden designar nominativamente quién lo será. Esta última posibilidad podría admitirse por tres razones: el pacto sólo afecta a bienes concretos e identificables, no hay gratuidad (dado que el designado deberá satisfacer al heredero el valor de las acciones o participaciones adquiridas) y no hay pacto sucesorio sino mera modificación del patrimonio relicto (de modo que quede integrado en él, no las acciones, sino su valor). Sólo cuando se quiera atribuir gratuitamente la condición de socio a la persona designada habrá que acudir al testamento, quedando vedado el pacto estatutario.

---

que sean onerosos (puesto que, en caso contrario, se vulneraría la prohibición de donación de bienes futuros del artículo 635 del Código Civil).

[22] En esta línea subraya HUERTA TRÓLEZ que el derecho subjetivo a testar libremente no admite renuncia, pacto o limitación de ninguna clase. Tan es así que se consideran nulas de pleno derecho las *«cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras»* (artículo 737 del Código Civil). *Vid.* HUERTA TRÓLEZ, A.: ibídem, pág. 50. En parecida línea *vid.* también GOMÁ LANZÓN, I.: ibídem, págs. 684-688.

E, igualmente, no conviene olvidar que es posible adoptar en testamento medidas por todos conocidas tendentes a asegurar la continuidad y estabilidad de la empresa familiar, tales como:

i) La conmutación de la legítima del cónyuge viudo, admitido —como lo es ya pacíficamente por la doctrina y por la jurisprudencia— que el testador puede imponerla al amparo del art. 839 CC siempre que respete la intangibilidad de las legítimas, para mitigar las distorsiones prácticas que puede suponer el peso del usufructo legitimario del cónyuge viudo sobre bienes afectos a las actividades empresariales o sobre las acciones, participaciones o cuotas sociales que pertenecían al causante[23].

ii) La previsión de pago en metálico de la legítima, con el fin de evitar las dificultades que puede suscitar el estricto régimen de la legítima de los descendientes, en los casos permitidos por el Código Civil particularmente en los artículos 829, 841 y siguientes y 1056.2 del Código Civil, cuyo estudio exhaustivo excede con creces del objeto de estas líneas[24].

---

[23] Un supuesto interesante que en esta sede se puede plantear es el de concurrencia o conflicto, en el momento particional, entre las dos vías de conmutación previstas en los artículos 839 (conmutación ordinaria a iniciativa de los herederos o del testador) y 840 del Código Civil (conmutación a iniciativa del cónyuge viudo que concurre con hijos que lo eran sólo del causante). ¿Cómo conjugar los artículos 839 y 840 del Código Civil cuando un caso concreto entra en el supuesto de hecho de ambos?

Una primera solución podría ser la de apostar por la aplicación prevalente de alguno de dichos preceptos. Así, a favor de la aplicación prevalente del artículo 839 del Código Civil se podría alegar la preeminencia de la voluntad del testador como criterio rector de la sucesión y a favor de la aplicación prevalente del artículo 840 del Código Civil se podría recordar el carácter especial de este caso de conmutación frente al carácter general del artículo 839 del Código Civil.

En cambio, otra solución, a mi juicio más acertada, podría ser la de armonizar o integrar ambos preceptos, en atención a sus *ratios* respectivas, de suerte que habría de respetarse la voluntad de conmutar expresada por el testador o por los herederos —con lo que se cumple la finalidad del artículo 839 del Código Civil, que es la de evitar los inconvenientes económicos y jurídicos que provoca la existencia de bienes gravados con usufructo—, pero el elenco de medios sustitutorios habría de ser únicamente el contemplado en el artículo 840 del Código Civil (capital en dinero o lote de bienes hereditarios) —pues sólo así se cumple la finalidad de este precepto, que es la de evitar que el cónyuge viudo halla de seguir manteniendo relaciones continuadas con hijos que lo son sólo de su consorte difunto.

[24] Como sabemos, el artículo 829 del Código Civil se refiere al caso de mejora en cosa determinada cuyo valor exceda del tercio de mejora y de la legítima del mejorado (y del tercio libre, añade la doctrina), en el que el mejorado deberá abonar a los demás interesados el exceso en metálico. El título de atribución de la mejora será normalmente un legado y, precisamente, esa limitación del título atributivo, unida a la falta de previsión de la posibilidad de aplazar el pago de la legítima, hace menos atractiva esta opción que la que ofrecen los artículos 841 y siguientes y 1056.2 del Código Civil.

Los artículos 841 y siguientes del Código Civil, por su parte, fruto de la reforma de 1981, han generalizado la posibilidad de ordenar el pago en metálico de la legítima de los descendientes, sin subordinarla a la especial naturaleza de la cosa legada ni a la específica finalidad del artículo 1056.2 del Código Civil. Hasta tal punto es amplia la vía abierta por esos artículos 841 y siguientes del Código Civil que un buen sector de la doctrina considera que, con ellos, ya no puede afirmarse tan

iii) El nombramiento de contador-partidor testamentario (artículo 1057.1 del Código Civil), cuando se prevén futuros conflictos entre los herederos a la hora de realizar la partición convencional.

---

contundentemente que la legítima en el Derecho común tenga naturaleza *pars bonorum*, porque está experimentado un claro tránsito hacia la legítima *pars valoris bonorum*. En todo caso, el régimen de los artículos 841 y siguientes del Código Civil presenta 3 grandes inconvenientes, a saber: su limitación a la legítima de los descendientes, la necesaria aprobación de todos los hijos o descendientes interesados o, en su defecto, aprobación judicial (artículo 843 del Código Civil) y los breves plazos para la aceptación y el pago que impone el artículo 844 del Código Civil.

Finalmente, hay que hacer una especial referencia al supuesto del artículo 1056.2 del Código Civil, modificado por la disposición final 1.ª de la Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y pensado específicamente para lograr la conservación indivisa de explotaciones económicas. Tras esa reforma de 2003, el precepto de referencia supera las deficiencias, limitaciones y dudas que suscitaba la redacción anterior. *Vid.* RUEDA ESTEBAN, L.: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», en AA.VV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo IV, edit. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 205-237. Así:

i) Ya no se limita a aludir al *«padre»* y a los *«hijos»,* sino que hace referencia al «testador» y a *«los demás interesados»*. En consecuencia, cualquier testador, tenga o no descendientes, puede usar de esta facultad, resultando indiferente que los legitimarios a quienes se haya de pagar el metálico sean descendientes, ascendientes o cónyuge. Con ello, además, se subraya que la partición hecha por el testador exige, como ya habían señalado antes la doctrina y la jurisprudencia, un testamento simultáneo, previo o posterior, y la concordancia entre la voluntad dispositiva y la particional.

ii) Se especifica que la facultad prevista en el precepto ha de usarse *«en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia»* y para *«preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas»*. Se unen así una motivación subjetiva y una finalidad objetiva.

iii) La expresión «explotación económica» debe ser interpretada flexiblemente. De hecho, el Tribunal Supremo entiende que basta la afirmación del testador en tal sentido. Por supuesto, como ahora el propio precepto señala expresamente, se incluyen las acciones y participaciones sociales. Y tampoco existe obstáculo alguno para incluir las cuotas en sociedades civiles, colectivas o comanditarias. Además, la falta de mención a la actividad empresarial permite entender que la norma, acaso yendo más allá de lo querido por el legislador, pueda aplicarse a las sociedades que no tengan objeto mercantil e, incluso, a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes. Pero cabe argumentar en contra que ello supone fraude para los derechos de los legitimarios y atenta contra la *ratio* de la norma.

iv) En todo caso, la explotación ha de ser de titularidad del causante, aunque no necesariamente ha de tener la propiedad (puede tener, por ejemplo, el usufructo), si bien la práctica notarial ha encontrado cauces para su aplicación a las empresas gananciales, como la posibilidad de otorgar sendos testamentos particionales combinados de ambos cónyuges con voluntades coincidentes (admitidos, por ejemplo, por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986).

v) El adjudicatario de la explotación o la cuota social no está determinado por el precepto, por lo que parece que pueden serlo los descendientes (uno o varios), cualquier otro legitimario (por ejemplo, los ascendientes o el cónyuge) o, incluso, cualquier otra persona, física o jurídica, ajena a la familia. Esta última posibilidad ha sido la más discutida: algunos autores se han opuesto a ella basándose en los antecedentes del precepto y en la exposición de motivos de la ley de reforma (que apuntan al entorno familiar del testador), pero la doctrina mayoritaria la admite, con fundamento en el propio tenor literal del precepto y en que esa solución puede ser la más adecuada para la conservación de la empresa.

vi) La adjudicación de la explotación a una determinada persona puede hacerse por cualquier título (aunque lo más lógico y razonable es instituirlo heredero), debe entenderse como una adjudicación sujeta a carga o modo (cuyo incumplimiento haría renacer la legítima *pars bonorum*) y no limita

iv) La imposición a los herederos de la obligación de explotar la empresa familiar en régimen de comunidad, medida que, en todo caso, presenta tres importantes inconvenientes o limitaciones: no puede violar el principio de intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima, no puede exceder de los diez años (por aplicación del artículo 400.2 del Código Civil) y dificulta la gestión ordinaria de la empresa por los rigores propios del régimen comunitario. También los herederos podrían pactar en el momento particional por unanimidad la continuación del ejercicio de la empresa en régimen de comunidad, de nuevo con el citado límite de diez años, sin perjuicio de ulteriores prórrogas.

v) El recurso a la figura de la fiducia sucesoria, en sus diversas variantes, admitidas generosamente por los Derechos forales y mucho más limitadamente en el Derecho común, en el que, no obstante, es de destacar la posibilidad de hacer uso de la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil, que atribuye al fiduciario la administración de los bienes sobre los que pendan sus facultades, administración que ha sido interpretada por la doctrina en un sentido amplio como sinónimo de administración dinámica que incluye las facultades dispositivas necesarias para mantener el valor de los bienes.

---

el abono de la legítima en metálico a los demás interesados a la legítima estricta, salvo que así lo disponga expresamente el testador o pueda deducirse de los términos del testamento. Así lo entiende la doctrina mayoritaria, si bien alguna sentencia del Tribunal Supremo (como la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1982) se inclinó por el pago de la legítima corta como regla general, salvo que la voluntad del testador sea otra, lo que nos situaría ante un supuesto de *mejora tácita*.

vii') Los legitimarios no adjudicatarios gozan de la garantía de la mención registral del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, porque se pueden incluir perfectamente en el grupo de *«legitimarios que no pueden pedir el juicio de testamentaría»*. En caso contrario, quedarían como simples titulares de un derecho de crédito. Con esta garantía se impide que surjan terceros protegidos por la fe pública registral a quienes no se les pueda oponer el incumplimiento del adjudicatario.

viii) El testador puede disponer el pago de la legítima en metálico extrahereditario. Si no lo hace así, cualquier legitimario puede pedir el pago en bienes de la herencia. En todo caso, ese pago en metálico extrahereditario puede ser suplido por los demás medios de extinción de las obligaciones, como, por ejemplo, la compensación (cuando el que deba recibir el dinero sea a su vez deudor del que haya de abonarlo), la confusión (cuando el perceptor sea sucesor del que debía abonarlo antes de que el pago se haya producido) o la condonación por vía de la repudiación.

ix) La novedad quizá más importante del precepto es la posibilidad de que el testador o el contador-partidor ordenen el aplazamiento del pago por un plazo máximo de cinco años. En caso de aplazamiento, aunque el Código Civil no establece el devengo automático de interés y la doctrina rechaza la aplicación analógica del artículo 847 del Código Civil, puede acordarlo así el testador.

x') Por último, la determinación de la cantidad que debe pagarse a los legitimarios, salvo que la haga el testador o que el adjudicatario y los perceptores acuerden otra cosa, se hará (*ex* artículos 818 y 1974 del Código Civil) con referencia al momento de la muerte del causante para fijar la cuota que haya de abonarse, pero de acuerdo con el valor que dicha porción tenga en el momento en que se abone.

vi) El nombramiento de un administrador para la herencia o, en concreto, para la empresa incluida en la herencia, posibilidad implícita en multitud de preceptos del Código Civil y expresamente en el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé que el testador establezca normas sobre administración, custodia y conservación del caudal, dando lugar así a una suerte de gerente o factor de comercio *mortis causa*.

vii) El nombramiento de albacea, con expresa atribución de facultades en orden a la administración de la empresa sin intervención de los herederos, al amparo del artículo 901 del Código Civil). De no conferírsele facultades en tales amplios términos, las facultades legales del artículo 902 del Código Civil sólo facultarían al albacea para poner en marcha las mínimas medidas provisionales necesarias para asegurar la continuación del giro de la empresa.

viii) Finalmente, otras medidas valiosas para la conservación y continuidad de la empresa familiar se pueden englobar en el amplio concepto de sucesión contractual, admitida con generosidad en los Derechos forales y casi proscrita, como sabemos, en el Derecho común. Especialmente interesantes a estos efectos son los pactos de mejora en Galicia, los pactos sucesorios sobre ordenación del caserío en Guipúzcoa y las previsiones de los arts. 431-1 y siguientes del Código Civil de Cataluña[25].

5. Relaciones familia-empresa y empresa-sociedad

Una quinta parte del protocolo familiar que nos interesa ahora analizar es la dedicada a las relaciones entre la familia y la empresa y entre la empresa y la sociedad en general. En este apartado es útil incluir las siguientes previsiones, de

[25] Los preceptos citados prevén lo siguiente:

—Las cargas del pacto sucesorio pueden consistir en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento mercantil o industrial.

—Los heredamientos o pactos sucesorios pueden tener por objeto acciones nominativas o participaciones sociales.

—Si la finalidad del pacto sucesorio es la continuidad de la empresa familiar, se puede hacer constar su existencia en el Registro Mercantil y se puede convenir que su transmisión onerosa o la de las acciones o participaciones que representen su titularidad deba hacerse con el consentimiento de la persona instituida, si es parte del pacto, o de terceros.

—El heredante puede establecer normas sobre la administración de la empresa familiar, que pueden incluirse en los estatutos y publicarse en el Registro Mercantil.

—Y, como institución especialmente interesante para la empresa familiar, el *pacto sucesorio de atribución particular* constituye un legado irrevocable realizado en pacto sucesorio (aunque, si se conviene también la transmisión de presente de bienes, el acto se considera donación), a favor de los otorgantes o de terceros o recíproco a favor del que sobreviva. Para disponer de los bienes, el causante necesita el consentimiento del beneficiario y, si éste no es parte del pacto, de los otorgantes.

las cuales algunas quedarán como meros pactos de caballeros, otras (la mayoría) tendrán la consideración de pactos parasociales contractuales y otras (las menos y que indicaré) podrán tener alcance institucional si se incorporan a los estatutos:

i) Los criterios y estándares mínimos que han de regir la calidad de los productos y servicios que produzca o preste la empresa, la selección del personal y las relaciones con clientes y proveedores.

ii) Las normas que han de regir el trabajo de los miembros del grupo familiar en el seno de la empresa, desde los requisitos de formación y experiencia que han de cumplir para desempeñar cada puesto hasta su régimen de contratación, remuneración y promoción laboral dentro de la empresa, pasando por la reglamentación de la salida voluntaria o forzosa de la empresa y del proceso de selección que deben superar para ingresar en ella. Las decisiones relativas a la selección de ingreso y al despido o salida forzosa pueden ser atribuidas al Comité de Nombramientos a la que antes hice alusión.

iii) Las reglas sobre conducta empresarial y compromiso social de la empresa familiar, lo que incluye materias tan variadas como el uso del nombre familiar en marcas y denominaciones comerciales, la explotación de derechos de propiedad industrial, la presencia de la empresa en los medios de comunicación y vida social y pública en general, las relaciones con el personal de la empresa, las políticas de responsabilidad social corporativa, los conflictos de intereses entre miembros de la familia y la empresa (derivados, generalmente, de la realización del mismo o análogo género de actividad), el deber de secreto y confidencialidad respecto de las actividades de la empresa, las iniciativas empresariales en favor de la conservación del medioambiente o del patrimonio histórico-artístico y en favor de colectivos desfavorecidos.

iv) Las decisiones estratégicas para el diseño de futuro de la empresa, con fijación de su ámbito territorial de expansión, actividades a las que debe dedicarse, etc., incluyendo la determinación del momento y condiciones en que la empresa habrá de ir profesionalizándose con incorporación de terceros ajenos a la familia e, incluso, habrá de perder su carácter familiar.

v) Y pactos relativos a las relaciones económico-financieras entre la familia y la empresa, que pueden referirse a cuestiones variopintas, tales como:

   — Los criterios que han de regir la participación de los socios en los dividendos, como, por ejemplo, el establecimiento de un dividendo mínimo anual obligatorio salvo que existan pérdidas.

— Las normas sobre concesión (o prohibición de concesión) de préstamos y garantías por parte de los miembros del grupo familiar a favor de la empresa, o viceversa.

— La fijación de criterios específicos de valoración de las cuotas, acciones o participaciones sociales de la empresa familiar, incluyendo la posibilidad de acordar la creación de un fondo común de reserva preparado para satisfacer el importe de las cuotas, acciones o participaciones del familiar que decida, en un momento dado, abandonar la empresa.

— La recomendación de que los miembros de la familia no dependan exclusivamente de los recursos de la empresa.

— La creación de una fundación para fines de interés general.

— La concreción de patrones de conducta fiscal comunes a los miembros del grupo familiar.

De todas las previsiones anteriores es conveniente que se incorporen a los estatutos de la empresa familiar societaria las relativas a la política de reparto de dividendos (*cfr*. artículos 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con los artículos 273 y 275 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), a la concesión de préstamos y garantías (cfr. artículos 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con los arts. 150 y 162 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y a los criterios de valoración de acciones y participaciones (cfr. artículos 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con el artículo 353 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

6. Cláusulas de orden

Finalmente, queda por hacer referencia a una última parte del protocolo familiar típico que venimos analizando y que es la que más arriba identifiqué con las llamadas «cláusulas de orden». Se trata de una suerte de cajón de sastre en el que se pueden incluir pactos y cláusulas referentes a las más variadas cuestiones, algunos de los cuales permanecerán en la esfera parasocial, mientras que otros se podrán incorporar a los estatutos de la empresa familiar societaria. Sólo citaré aquí los contenidos más frecuentes de esta parte de cierre del protocolo:

i) La previsión de transformación futura de la forma jurídica de la empresa familiar cuando las circunstancias lo aconsejen o cuando concurran determinadas circunstancias, incluyendo —si acabase revistiendo la forma jurídica societaria de SA— la posible salida a cotización en Bolsa.

ii) La adaptación automática del protocolo familiar a los cambios legislativos de carácter imperativo.

iii) Las excepciones a la aplicación del protocolo familiar.

iv) Las reglas especiales sobre interpretación del protocolo familiar, interpretación que, además, puede ser encomendada a algún órgano específico (como el consejo de familia o el comité consultivo) o confiada a uno o varios expertos independientes designados apriorísticamente o cuya designación se confíe a un concreto órgano.

v) Las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento de los términos del protocolo familiar, incluyendo, en su caso, la sanción de exclusión del infractor (*ex* arts. 218 CCom y 350-351 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Estas cláusulas penales podrán ser llevadas al contrato social o a los estatutos y serán inscribibles en el Registro Mercantil, siempre que —conforme a lo dispuesto en los arts. 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil— el protocolo en cuestión haya sido publicado en alguna de las formas contempladas en los arts. 6 y 7 RDPPF, es decir, mediante depósito o con ocasión de la inscripción de acuerdos adoptados en ejecución del mismo.

vi) Las previsiones oportunas sobre publicidad formal del protocolo familiar, en particular en alguna de las formas previstas en el RDPPF. Es importante que, en caso de acordarse esa publicidad, conste —a los efectos del art. 3.2 RDPPF— el consentimiento individual, expreso e inequívoco de todos los firmantes del protocolo para la publicación de sus nombres y otros datos personales junto con el contenido propiamente dicho del protocolo. Sin tal consentimiento, pese a que la competencia para acordar la publicación del protocolo esté atribuida al órgano de administración (*ex* art. 3.1 RDPPF), éste no podrá decidir la publicación de aquellas partes que revelen datos de los firmantes que no han consentido. También es importante precisar, en su caso, qué determinadas cláusulas o contenidos deben quedar excluidos de la publicidad.

vii) Los pactos relativos a la resolución de conflictos planteados en el seno del grupo familiar o entre los familiares y la empresa, encomendando tal labor al arbitraje, la mediación o, en general, cualquier medio alternativo extrajudicial de resolución de controversias (más conocidos por su denominación en inglés de *«alternative dispute resolution»* o por sus siglas ADR). De nuevo, este tipo de pactos podrán llevarse al contrato social o a los estatutos de la empresa familiar societaria, como ya venían admitien-

do desde hace años la doctrina de la DGRN[26] y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo[27] y como ya reconocen expresamente los arts. 18 de la Ley de Sociedades Profesionales y 114.2 y 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, tras la reforma operada por el RDPPF. Más concretamente, tras la mencionada reforma, los preceptos citados contemplan la inscribibilidad de los pactos de sumisión a arbitraje, previsión que, por su misma *ratio* y por el argumento *«a maiori, ad minus»,* debe considerarse a todas luces extensible a los pactos sobre otras formas extrajudiciales de resolución de conflictos y, en particular, sobre mediación, en coherencia con la inclusión de los asuntos mercantiles en el ámbito de aplicación de la nueva Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

viii) Los pactos relativos a la determinación de la ley aplicable y sobre sumisión expresa a un determinado fuero jurisdiccional.

x) La llamada cláusula «con gratitud», en la que los firmantes del protocolo familiar expresan su gratitud hacia el fundador o fundadores de la empresa y hacia todas las demás personas que han contribuido al sostenimiento de ésta a lo largo del tiempo.

VII. EFICACIA

La eficacia de los pactos contenidos en el protocolo familiar es tan variable o heterogénea como los pactos que incluye y que acabamos de tratar, en la medida en que tal eficacia difiere considerablemente de un pacto a otro en función de su naturaleza y contenido. Así, conviene distinguir, en mi opinión, dos grandes categorías de pactos susceptibles de ser incluidos en el protocolo familiar y, a su vez, dentro de la segunda categoría que citaré, varias subcategorías:

i) De un lado, están los que podríamos llamar pactos de caballeros, a los que se dota voluntariamente de un mero alcance moral o metajurídico, de un contenido incoercible, si bien no se puede perder de vista su valor como elementos coadyuvantes en la tarea de interpretación del contrato (artículo 1282 CC y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005[28]).

ii) Y, de otro lado, están los pactos propiamente contractuales y, como tales, vinculantes para las partes con la fuerza de una ley (artículo 1091 del

[26] *V. gr.,* RDGRN de 19 de febrero de 1998 (*BOE* núm. 61, de 12 de marzo de 1998) y de 2 de octubre de 2001.

[27] *V. gr.,* STS de 18 de abril de 1998.

[28] *BOE* núm. 160, de 6 de julio de 2005.

Código Civil) y generadores de responsabilidad en caso de incumplimiento. A su vez, dentro de esta categoría, se deben distinguir, a mi juicio, los siguientes subtipos de pactos:

i') En primer término, en función de su autosuficiencia, podemos hablar de:

— *Pactos contractuales autosuficientes*, completos por sí mismos, delimitados y consentidos en todos sus extremos en el propio protocolo familiar.

— *Pactos contractuales pendientes o necesitados de ulterior desarrollo y/o ejecución mediante otro instrumento jurídico independiente*, cuya eficacia queda ligada a ese instrumento jurídico ulterior de desarrollo (p. ej., modificación estatutaria, testamento, capitulaciones matrimoniales).

ii') Y, en segundo término, en función de la ajeneidad o pertenencia del pacto a la esfera jurídica societaria (en el caso de que la empresa familiar se configure bajo dicha fórmula), podemos hablar de:

— *Pactos con trascendencia institucional*, es decir, que acaban incorporándose al acervo jurídico de la sociedad, típicamente mediante su reflejo en los estatutos por el procedimiento legalmente previsto para ello en la normativa societaria.

— *Pactos parasociales «sensu stricto»*[29], que permanecen al margen de dicho acervo jurídico de la sociedad y que desplegarán su eficacia jurídica *inter partes*, frente a la sociedad y frente a terceros a través de los múltiples mecanismos articulados por la doctrina, la jurisprudencia y el legislador en los últimos tiempos para reforzar la eficacia de este tipo de pactos[30]. El protocolo

[29] En esta línea, la RDGRN de 24 de marzo de 2010 (*BOE* núm. 114, de 10 de mayo de 2010) insistió en la distinción entre *pactos corporativos* y *pactos convencionales parasociales*, destacando que la ajeneidad de estos últimos a los estatutos sociales no determina su invalidez, sino sólo un grado diferente de eficacia. Los pactos parasociales se adoptan en el marco de la esfera individual (diferenciada de la corporativa), con alcance obligacional *inter partes*, sobre cuestiones atinentes a la compañía, pero sin modificar el régimen societario y al margen de él. Por eso, no tienen acceso al Registro Mercantil, salvo la excepcional publicidad-noticia de los protocolos familiares, mediante su reseña o depósito, cuestión que luego veremos.

[30] Destacan los interesantísimos estudios sobre esta materia de PAZ-ARES. *Vid.* PAZ-ARES, C.: «Los pactos parasociales. Su eficacia», en AA.VV., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, edit. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 709-752.

En primer lugar, recordemos los claros mecanismos de refuerzo de la eficacia inter partes de los pactos parasociales que ofrece nuestro Ordenamiento, derivados de la *relatividad* y *obligatorie-*

familiar, además, por la heterogeneidad de su contenido, suele contener pactos parasociales de las tres clases identificadas por la doctrina: pactos parasociales *de relación* (sin repercusión jurídica apreciable *prima facie* sobre la esfera societaria), *de atribución* (generadores de alguna ventaja para la sociedad) y *de organización* (los más problemáticos, con repercusión directa sobre la organización y funcionamiento internos de la sociedad)[31].

(Trabajo recibido el 23/10/2017
y aceptado para su publicación el 30/11/2017)

dad propia de todo contrato (artículos 1091, 1124, 1254 y 1258 del Código Civil), tales como la acción de indemnización de daños y perjuicios, la acción de cumplimiento, la acción de remoción (dirigida a destruir el estado de cosas creado por el incumplimiento) o la acción de exclusión del propio protocolo familiar.

En segundo lugar, encontramos también mecanismos de refuerzo de la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad, entre los cuales destacan tres:

i) La admisión de la oponibilidad directa del pacto parasocial frente a la entidad (con la consiguiente posibilidad de impugnar los acuerdos sociales contrarios al pacto y quebrándose, en consecuencia, la habitual incomunicación entre los ámbitos societario y extrasocietario) cuando ésta no puede ser razonablemente considerada como «tercero» respecto de dicho pacto, lo que ocurre en aquellos casos en que resultan ser idénticos el sustrato subjetivo del pacto y el sustrato subjetivo del contrato social.

ii) La inclusión en los estatutos sociales de una cláusula que imponga la suscripción y cumplimiento del pacto parasocial (siempre que éste ya exista y quede perfectamente identificado), por la vía de las prestaciones accesorias, cuyo incumplimiento puede llevar aparejada la aplicación de una cláusula penal o, incluso, la sanción de exclusión y que supone la necesidad de contar con el consentimiento de la sociedad para transmitir voluntariamente *inter vivos* las acciones o participaciones que lleven aparejada la prestación.

La viabilidad jurídica de este tipo de cláusulas será objeto de estudio más adelante, con ocasión de analizar la delimitación del ámbito subjetivo del protocolo familiar.

iii) Y la inclusión en los estatutos sociales, al amparo de la nueva redacción dada al artículo 188.5 del Reglamento del Registro Mercantil por el Real Decreto 171/2007, de una *cláusula que establezca que sólo se reconoce la legitimación para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las participaciones de las que sean titulares los firmantes del pacto parasocial al comisario o síndico* debidamente designado por ellos en el marco de dicho pacto. Esta legitimación irrevocable excepcionaría la regla general de revocabilidad de la representación y sería admisible al amparo de la nueva redacción del artículo 186.5 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y, finalmente, encontramos también algún todavía muy débil mecanismo de refuerzo de la eficacia de los pactos parasociales *erga omnes*, que se concreta en su *publicidad registral general* en la forma prevista en el RDPPF, que será objeto de estudio en otra parte de este trabajo.

[31] *Vid.* PAZ-ARES, C.: ibídem, págs. 710-712.

CAPÍTULO VII: LOS CONSEJEROS DELEGADOS EN LA EMPRESA FAMILIAR TRAS LA REFORMA PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO. ESPECIAL REFERENCIA A SU RETRIBUCIÓN

RAFAEL JORDÁ GARCÍA
Abogado
Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia

RESUMEN

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo introdujo relevantes cambios, entre otras materias, en relación con los Consejos de administración, afectando especialmente a los consejeros delegados. Dichos cambios afectan a las empresas familiares en las que se implanta el Consejo de administración para facilitar la incorporación de la segunda o tercera generación. La reforma ha pretendido *activar* el Consejo de administración y la participación de sus miembros, reconociendo al mismo tiempo que es la forma de administración más compleja, cuestión que deben asumir las sociedades que la escojan. Por ello, las empresas familiares que opten por el Consejo de administración deben conocer el incremento de las obligaciones de los consejeros y en particular de los que sean ejecutivos (limitación de las facultades delegables, independencia de terceros, etc.). Junto a ello, el régimen de retribución de los consejeros ejecutivos o de aquellos que ejerzan funciones extrañas al cargo de consejero, que no exige previsión estatutaria, puede generar diferencias entre socios familiares consejeros y no consejeros, cuestión que puede regularse para la mejor transparencia en la empresa familiar.

Palabras clave: administrador, retribución, consejero delegado, consejeros ejecutivos, estatutos.

CHAPTER VII: MANAGING DIRECTORS IN FAMILY-OWNED BUSINESSES FOLLOWING THE REFORMS TO IMPROVE CORPORATE GOVERNANCE. SPECIAL REFERENCE TO THEIR REMUNERATION

RAFAEL JORDÁ GARCÍA
Lawyer
Associate Professor of Company Law at the University of Murcia

ABSTRACT

The Spanish Act 31/2014 of 3rd December for the improvement of the corporate governance introduced relevant changes related to the Boards of Directors and managing directors, among other aspects. Said changes affect family businesses in which Board of Directors are implemented in order to facilitate the incorporation of the second or third generation. This reform has intended to *activate* the board of directors and the involvement of its members, bearing in mind that it is the most complex administration method. Therefore, family businesses opting for a board of directors must be familiar with the increase in directors' obligations, especially in executive directors' (limitation in the delegation of powers, independency in third parties, etc.). Additionally, the retribution regime of the executive directors or the retribution regime of those taking roles different to the ones belonging to the director, which does not require by-laws provisions, can generate differences between family partners directors and non-directors, which could be regulated in order to achieve a better transparency in family business.

Keywords: director, remuneration, managing director, executive directors, by-laws.

SUMARIO: I. La mejora del gobierno corporativo en las empresas familiares.—II. Los consejeros delegados en la empresa familiar tras la reforma de la Ley 31/2014. 1. Reuniones mínimas anuales. 2. Independencia de terceros y deber de informarse. 3. Nuevas facultades del Consejo indelegables.—III. La retribución de los consejeros delegados tras la reforma y su incidencia en las empresas familiares. 1. Consejeros ejecutivos: innecesaridad de previsión estatutaria. 2. Remuneración máxima anual de los consejeros ejecutivos. 3. Distribución de la retribución entre los distintos consejeros. 4. Las retribuciones de los consejeros familiares extrañas al cargo. —IV. Bibliografía.

I. LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

El gobierno corporativo trata de controlar y regular el poder de los altos directivos y del órgano de administración en la sociedad cotizada ante la dispersión del accionariado[1], fomenta una mayor transparencia e información a los inversores[2], previene de la asunción excesiva de riesgos por los administradores (en su pretensión de maximizar el beneficio del que en ocasiones depende su retribución)[3] y busca solucionar los conflictos de intereses entre socios y entre socios y administradores[4]. Cuestiones todas ellas que de una u otra forma afectan a la empresa familiar donde la transparencia y la información a los miembros de la familia

---

[1] PASCUAL FÚSTER, B.; GALVE GÓRRIZ, C.; CRESPÍ CLADERA, R.: «Prácticas de gobierno corporativo y modelos de control: una aplicación a las sociedades cotizadas», *Papeles de Economía Española*, n.º 132, 2012, págs. 289-300, pág. 289. Para HIERRO ANÍBARRO, S.: «Gobierno Corporativo sin mercado de valores», en AA.VV. *Gobierno Corporativo en sociedades no cotizadas*, Dir. HIERRO ANÍBARRO, S., Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 17-35, pág. 18, no obstante la extensión que ha alcanzado el gobierno corporativo en Europa y el interés de extender sus principios fuera del mercado de valores, el gobierno corporativo ha sido y sigue siendo patrimonio casi exclusivo de la sociedad cotizada.

[2] El buen gobierno corporativo es un factor esencial para crear valor en las empresas, aumentar la eficiencia económica y reforzar la confianza de los inversores (ARROYO, E.: «Cómo mejorar el gobierno corporativo de las empresas», *Escritura Pública*, julio-agosto 2014, págs. 36-39, pág. 39).

[3] El buen gobierno corporativo va unido a la responsabilidad social corporativa que no se constriñe a la maximización del beneficio para el accionista y amplía el espectro de sus beneficiarios a los distintos grupos de interés, los *stakeholders* (*vid*. LIZCANO, J. L.: «Buen gobierno y responsabilidad social corporativa», *Partida doble*, n.º 182, noviembre 2006, págs. 20-35).

[4] El conflicto entre accionistas y directivos o riesgo de agencia surge de un contrato bajo el cual una persona (el principal) encarga a otra (el agente) desempeñar algunos servicios en su nombre, delegando en el agente para que tome ciertas decisiones en nombre del principal, por lo que se trata de determinar en el contrato cómo minimizar los costes de la transacción en la relación principal-agente; si bien, debido a una alta concentración de la propiedad, se generan también conflictos entre los accionistas controladores y los minoritarios, el cual ha sido denominado como el conflicto

socios y que no participan en la dirección, o donde en materia de administración es habitual que exista un interés en controlar y regular el poder de los familiares que se encargan de la gestión (conflictos de interés, retribución, etc.), en particular de los que ostentan la condición de consejeros delegados.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), para la mejora del gobierno corporativo, convierte en derecho positivo algunas recomendaciones de gobierno corporativo que han acabado siendo de aplicación general para todas las sociedades, cotizadas o no, y por tanto a las sociedades familiares, siendo la materia de los órganos de administración claramente objeto de dichas recomendaciones y regulación[5], para un mayor control, en nuestro caso, no por los inversores, sino por los socios de la familia que no participan en la gestión de la empresa.

Entre las recomendaciones en materia de gobierno corporativo menos cumplidas figura el régimen de aprobación y transparencia de las retribuciones de los consejeros[6], que si pueden incrementar su retribución en función del beneficio anual de la sociedad, no se van a preocupar de políticas a medio o largo plazo, sino de maximizar el beneficio de cada año en curso, desconociendo si seguirán en el cargo mucho tiempo más[7]. En las empresas familiares, la cuestión de la

---

entre principal-principal (BRIANO TURRENT, G. C.; RODRÍGUEZ, L.; AZUARA, V.: *Gobierno Corporativo en Latinoamérica y España*, Ed. Académica Española, Saarbrücken, 2013, págs. 17-19.

[5] Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, «*en origen el gobierno corporativo se centraba en el estudio del Consejo de administración y en las posibles soluciones a los problemas de agencia y de información asimétrica de las sociedades mercantiles; en la actualidad, junto con estas cuestiones, se analizan pormenorizadamente otras como las relativas a las retribuciones y profesionalización de administradores y directivos*». Además, las propuestas de gobierno corporativo han estado basadas inicialmente en principios y recomendaciones voluntarias que no habían surtido todos los efectos esperados, por lo que se venía reclamando un desarrollo normativo y preceptivo claro, entre otras, en materia de gobierno de las empresas. Sin menospreciar el valor de las recomendaciones y del modelo de «cumplir o explicar», que tratan de concienciar a las sociedades de la necesidad de actuar con corrección en el mercado, se considera necesario proponer cambios normativos relativos al gobierno de las empresas; Cuestión que algunos autores vinculan a la crisis económica (*vid*. BARCIELA, F.: «Gobierno corporativo: Menos autorregulación, más leyes», *Consejeros*, junio 2014, págs. 48-51, pág. 48 o LÓPEZ QUESADA MARTÍN, E. y CAMACHO MIÑANO, M. M.: «Códigos de Gobierno ¿suficientes para afrontar la crisis?», *Contabilidad*, n.º 237, noviembre de 2011, págs. 46-55). Para FERRANDO VILLALBA, M. L.: «Gobierno corporativo y crisis económica: La delimitación de los nuevos intereses sociales», en AA.VV. *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Dirs. ABRIANI, N. y EMBID IRUJO, J. M., Editorial Comares, Granada, 2013, págs. 95-109, pág. 96, «dejar a la autonomía de la voluntad la inclusión, al menos, de algunas de las recomendaciones, sometiendo su inobservancia a una sanción extrajurídica, bien económica o bien social o "reputacional", ha permitido el incumplimiento, en nuestro país, de las recomendaciones más relevantes de nuestro Código de buen gobierno, como las relativas a la información sobre la retribución de los consejeros».

[6] LÓPEZ QUESADA MARTÍN, E. y CAMACHO MIÑANO, M. M.: «Códigos de Gobierno…», *est. cit.*, pág. 52.

[7] JORDÁ GARCÍA, R.: «Aplicabilidad de los principios de gobierno corporativo a las sociedades no cotizadas y la reforma de la ley de sociedades de capital basada en la mejora del gobierno cor-

retribución de los administradores va a depender de cada caso concreto, desde aquellos en que con ánimo conservador no se actualizan ni incrementan dichas retribuciones (normalmente sociedades en primera generación), a los que, en el otro extremo, la retribución (en segunda y posteriores generaciones) es fuente de posibles conflictos entre socios o ramas familiares, que no trabajando ni participando en la gestión pueden desconfiar del régimen retributivo de los familiares que dirigen la empresa, como directivos o como consejeros.

En este artículo vamos a mencionar las principales novedades en materia de regulación de los Consejos de administración y sus consejeros delegados incidiendo especialmente en el régimen establecido para la retribución de estos últimos.

II. LOS CONSEJEROS DELEGADOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES TRAS LA REFORMA DE LA LEY 31/2014

La reforma para la mejora del gobierno corporativo, introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, conlleva una mayor profesionalización de los administradores y, en particular, de los Consejos de administración, cuestión que se refleja en varias de las modificaciones introducidas en la LSC aplicables a todas las sociedades de capital, incluidas las sociedades familiares, aunque las reformas en materia de gobierno corporativo nos puedan parecer pensadas para las sociedades cotizadas[8].

---

porativo», en AA.VV.: *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Dirs. JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L., Dykinson, Madrid, 2014, págs. 21-40, p. 25.

[8] De hecho la reforma introduce la obligatoriedad de la existencia de Consejo de administración en las sociedades cotizadas, siendo el cargo remunerado salvo disposición contraria de los estatutos (arts. 529 bis y sexdecies LSC). Y la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 señala que «*La experiencia adquirida en los últimos años ha demostrado la importancia que un Consejo de administración bien gestionado tiene para las empresas y, muy especialmente, para las sociedades cotizadas. Se hace necesario por tanto regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son, por ejemplo, la transparencia en los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros*». No obstante, como señala, VIVES RUIZ, F.: «Propuesta de reforma legislativa en el Estudio de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (I)», *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre 2013, n.º 52, (http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-52/3584-propuesta-dereforma-legislativa-en-el-estudio-de-la-comision-de-expertos-en-materia-de-gobierno-corporativo-i), págs. 1-5, p.5, remarca respecto al ámbito subjetivo del estudio realizado por la Comisión de expertos, de la que trae causa la reforma que «si bien el estudio se dirige principalmente a las sociedades cotizadas como paradigma de sociedad abierta y en la que con mayor intensidad se plantean los problemas de gobierno corporativo (…) no se excluye del mandato del Consejo de Ministros a las sociedades no cotizadas». En el mismo sentido, PIÑEL, E.: «Proyecto de ley de sociedades de capital corporativo», *Escritura Pública*, julio-agosto 2014, págs. 38-39, pág. 39.

1. Reuniones mínimas anuales

Antes de la reforma, para cumplir sus obligaciones legales, era suficiente formalmente que los Consejos de administración de las sociedades anónimas o limitadas se reunieran una vez al año, dentro de los tres primeros meses del ejercicio, para la formulación de las cuentas anuales y de la propuesta de distribución del resultado (art. 253 LSC)[9].

Con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se introduce en la LSC la obligación de que el Consejo de administración se reúna, al menos, una vez al trimestre (art. 245.3 LSC), de lo que resultaría un mínimo de cuatro reuniones anuales.

El régimen anterior podía suponer, en la práctica, que el Consejo de administración no se reuniera de forma periódica, siendo el consejero delegado el que tomaba todas las decisiones relativas a la dirección y gestión al ser, entonces, la única facultad indelegable la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general[10]. La falta de reuniones del Consejo suponía una *dejación o abandono* de funciones por parte de los consejeros que ostentaban el cargo con carácter meramente formal o nominativo, manteniendo su responsabilidad.

En las sociedades familiares, en muchas ocasiones, se ha optado por establecer un Consejo de administración para la integración de la segunda o ulteriores generaciones, e incluso para facilitar la sucesión en el liderazgo de la empresa, pero dichos intentos han quedado frustrados en la práctica a través precisamente de la figura del consejero delegado que atribuida, en caso de primera y segunda generación, al socio fundador permitía que éste continuara con la dirección de la empresa, ejerciendo como un *cuasi* administrador único y retrasándose el proceso de facilitar la sucesión en la empresa familiar a la segunda generación.

En dichos casos, el padre (fundador y primera generación) normalmente es reconocido en su labor por sus hijos y éstos aceptan que siga dirigiendo la empresa, por lo que aunque se limitan a firmar la formulación de las cuentas anuales lo hacen entendiendo que cumplen así con sus deberes familiares. La cuestión no es baladí desde el momento en que la responsabilidad de los consejeros, sean o no consejeros delegados, es solidaria (art. 237 LSC), por lo que lo actuado por el consejero delegado no supone su sola responsabilidad, sino que se la comunica al resto de consejeros, en este caso a sus hijos (con el consiguiente riesgo para el patrimonio no empresarial de los familiares que figuren «nominativamente» en el Consejo de administración).

---

[9] Resultante de la refundición del art. 171 LSA, al que, entre otros, se remitía el art. 84 LSRL.

[10] Aunque también se refería la prohibición de delegar las facultades que la Junta general conceda al Consejo, éste podía ser autorizado por la Junta [cuestión prevista antes (art. 249.2 *in fine* LSC) y después de la reforma (art. 249 bis, l LSC)], por lo que no era en la práctica una verdadera vía de limitación al consejero delegado.

La falta de reuniones en ocasiones podía llegar al extremo de que ni la formulación conllevase una reunión formal del Consejo, sino una mera recogida de firmas en la que los hijos como consejeros, obedeciendo y sin pedir información para no perturbar a su padre, socio fundador (normalmente al que admiran por su esfuerzo, entrega y resultado de su labor), no cumplían con sus deberes *legales* de consejeros sin revisar la corrección de las cuentas formuladas. En definitiva, los hijos consejeros no reciben información de la empresa ni la formación necesaria para en el futuro hacerse cargo de la misma, siendo como es la sucesión en la gestión empresarial una de las cuestiones a resolver por las sociedades familiares.

2. Independencia de terceros y deber de informarse

La reforma trata de poner límites a las referidas prácticas, que no solo se han producido en las empresas familiares y, junto a la tradicional obligación de los administradores de desempeñar el cargo y cumplir las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario (art. 225.1 LSC), establece que los mismos han de desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros (art. 228 d) LSC)[11].

Luego, en la empresa familiar, los hijos designados consejeros no pueden ni deben verse influidos, en el ejercicio de sus funciones como administradores, por su padre y fundador de la empresa. Cuestión en la que se incide en relación al deber de lealtad que obliga a los consejeros a no solo obrar de buena fe, sino también en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC), y por tanto a oponerse a aquellas cuestiones que puedan considerarse ilegales, negligentes y/o perjudiciales para la sociedad.

Esos hijos, introducidos en el Consejo de administración, deberán tener la dedicación adecuada y deberán adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad (art. 225.2 LSC). Para ello la reforma refuerza el derecho y el deber de recabar la información adecuada y necesaria para poder cumplir adecuadamente sus obligaciones (art. 225.3 LSC)[12].

---

[11] Para MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J.: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 65, junio 2016, págs. 39-118, pág. 55, el artículo busca evitar no sólo los acuerdos entre administradores, sino también los vínculos y pactos que puedan hacerse entre éstos y uno o varios socios. Sin perjuicio de las instrucciones de la Junta a que se refiere el artículo 161 LSC, el órgano de administración debe someterse al interés social, que se expresa a través de los acuerdos que adopta la Junta general. Pero una cosa es el cumplimiento de lo decidido en la Junta de modo transparente y con todas las garantías y otra muy distinta es que un miembro del órgano de administración opere a espaldas de la Junta siguiendo instrucciones o cumpliendo lo acordado, sin ninguna transparencia, con algún o algunos socios.

[12] Como señala, GÓMEZ ASENSIO, C.: «El alcance efectivo de la Business Judgement rule en el Derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal»,

La aplicación de las normas anteriores no cabe duda que facilitarían realmente la integración de los hijos a la dirección y gestión de la empresa familiar con la suficiente información y formación para poder hacerse cargo de la misma en el futuro.

3. Nuevas facultades del Consejo indelegables

La reforma dedica un artículo completo a referir las facultades que el Consejo de administración no va a poder delegar (art. 249 bis LSC), en el correspondiente consejero o consejeros delegados, ante la escasa limitación existente solo en materia de formulación de cuentas.

Pasan a ser indelegables las siguientes facultades para incrementar la participación y decisión de los consejeros en cuestiones relevantes para la sociedad: (a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado[13], (b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad[14], (c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230[15], (d) Su propia organización

---

RdS, n.º 45, julio-diciembre 2015, el deber de informarse estaba presente en la versión anterior del precepto, y ahora se refuerza mediante su tipificación no solo como un deber del administrador, sino también como un derecho frente a la sociedad, en garantía de la correcta prosecución del interés social a cuya consecución se orienta la labor del administrador como gestor de intereses ajenos. Deber de información que se extiende no sólo con respecto de la «marcha general de la sociedad», sino también acerca de los actos particulares en que ésta se concrete. Destaca, asimismo, que el deber de información del administrador como núcleo del deber de diligencia vuelve a relucir de nuevo en sede de inmunidad de la discrecionalidad empresarial conocida como Business Judgement Rule . Sin embargo, no se trata tanto aquí de si el administrador se ha o no informado antes de la toma de la decisión, sino más bien de cuál ha sido el contenido de la misma: qué información podía haber a su alcance y en base a qué información se ha tomado la decisión, se trata por tanto de un análisis de la disponibilidad —costes de obtención de la información— y uso de la misma en el proceso de la toma de decisión objeto de revisión.

[13] En este apartado debemos reconocer que solo en las grandes empresas familiares será más probable que se establezcan comisiones dentro del propio Consejo. Habrá por tanto que estar al tipo de sociedad familiar para validar su aplicación práctica.

[14] Esta facultad no delegable se podría pensar que es demasiado genérica y que en el día a día se toman decisiones sobre aspectos concretos del negocio, pero no hemos de olvidar la importancia en las empresas familiares, y en los protocolos que en ocasiones se firman, que la estrategia y los objetivos de la familia empresaria deben, como en toda empresa, plantearse e incluso corregirse continuamente con los cambios de escenarios en la vida de toda empresa.

[15] En particular, el deber de lealtad obliga al administrador, se recoge en el art. 228 LSC, entre dichos deberes destaca el de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que los intereses del administrador, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad, y en concreto debe abstenerse, entre otras (*vid*. art. 229 LSC) de: a) realizar transacciones con la sociedad, salvo que sean operaciones ordinarias, en condiciones estándar y de escasa relevancia; b) hacer uso de los activos sociales, c) aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, o d) desarrollar actividades por cuenta propia

y funcionamiento[16], (e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la Junta general[17], (f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada[18], (g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato, (h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del Consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución[19], (i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la Junta general[20], (j) La convocatoria de la Junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos[21], (k) La política relativa a las acciones o participaciones propias[22], (l) Las facultades que la Junta general hubiera delegado en el Consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas, cuestión ésta que ya figuraba en la redacción anterior a la reforma.

---

o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad. Todas ellas cuestiones de interés para la empresa familiar, que debe tratar de que los consejeros se abstengan de todo conflicto de interés. Según los casos y con determinados requisitos, el Consejo o la Junta pueden dispensar del concreto conflicto (art. 230 LSC), razón por la que se regula como indelegable por el Consejo las dispensas que deba otorgar el mismo, de forma que el consejero delegado actúe por libre.

[16] Cuestión de interés también para la empresa familiar en cuanto se tenga o no protocolo es recomendable que exista un Reglamento del Consejo de Administración que desarrolle los artículos estatutarios respecto a este órgano y a la vez sirva para que los consejeros tomen conciencia de sus derechos y obligaciones.

[17] Facultad indelegable que preveía la normativa anterior a la reforma.

[18] Entre otros, los necesarios para: (i) la ampliación de capital mediante compensación de créditos (art. 301 LSC), (ii) aumento con cargo a aportaciones no dinerarias (art. 300 LSC), (iii) exclusión de socios (art. 308); (iv) exclusión del derecho de preferencia (art. 308 LSC); o (v) en las sociedades anónimas la justificación de las modificaciones estatutarias, entre otros.

[19] No cabe duda que el nombramiento de los altos directivos de la empresa debe ser conocido y aprobado por el Consejo; como segundo escalón de mando es fundamental para la gestión de la empresa y la responsabilidad de los consejeros debe permitirles opinar, valorar y votar a los candidatos a puestos de confianza.

[20] A la retribución del consejero delegado nos referimos en el epígrafe siguiente, siendo lógico que el importe de su retribución la decida y por tanto la conozca el Consejo de administración que lo designa.

[21] Si pensamos en las sociedades familiares y partimos de la obligación de los administradores de asistir a las Juntas generales (art. 180 LSC), los consejeros deben no solo conocer la convocatoria de la Junta general, sino también proponer puntos del orden del día que a su juicio sean de interés para la sociedad y debatir las propuestas de acuerdo a someter a los socios o incluso las alternativas si fuera necesario.

[22] La relevancia contable de la tenencia de autocartera, que minora el patrimonio neto y que mientras no se consiga transmitir viene a ser un activo ficticio sin valor a los efectos de una liquidación, justifica que sea el Consejo el que vele porque la política de enajenación de las acciones o participaciones propias sean decididas por el Consejo de administración y no de forma individual por el consejero delegado.

Se concede un mayor protagonismo al Consejo de administración en dichas materias que no va a poder delegar y que además cualquier consejero, en el ejercicio de sus funciones, podrá exigir que sean sometidas a deliberación y votación. Las empresas familiares cuyos Consejos no sean especialmente activos deben promover las reuniones y la toma de decisiones que el socio fundador o quien le suceda en el liderazgo no pueden tomar individualmente.

III. LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS DELEGADOS TRAS LA REFORMA Y SU INCIDENCIA EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

La retribución de los consejeros y los consejeros delegados en las empresas familiares es una cuestión normalmente relevante[23], los familiares que ostentan dichos cargos defienden la necesidad de su retribución a mercado por la dedicación y las responsabilidades asumidas. Los familiares que no son consejeros miran con recelo que las mismas puedan no ser razonables o de mercado, además de considerar ya no que con ellas se reduce el beneficio de la sociedad (lo que conlleva la posibilidad de un menor dividendo) sino que los familiares en la gestión, van a tener una remuneración que se puede denegar a los socios no trabajadores en base a la necesidad de reinvertir, una de las mayores virtudes de la empresa familiar[24], pero que debe ser manejada atendiendo a la posición de todos

---

[23] La actualidad de la retribución de administradores también se ha producido en los ámbitos fiscal y laboral, en el primer caso por la no deducibilidad, como gasto, de la retribución si la misma no estaba prevista en los estatutos. Por todos, DE MIGUEL ARIAS, S.: «De nuevo sobre la calificación tributaria de las retribuciones de los socios administradores de entidades», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 12, junio 2015, pp.143 a 148, cuestión superada por la vigente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), pero que ha incluido que no son deducibles los gastos que incumplan cualquier norma del ordenamiento jurídico (art. 15 f, LIS); por ello, para FERNÁNDEZ VIDAL, F. J.: «El principio de reserva estatutaria frente a la retribución del consejero ejecutivo en sociedades no cotizadas», *Diario la Ley,* 18 de diciembre de 2015, págs. 11-13, p.13, probablemente muchas sociedades opten por seguir incluyendo en sus estatutos sociales la previsión de la retribución de los consejeros ejecutivos, no solo desde la perspectiva del derecho de transparencia, sino incluso para tratar de minimizar potenciales riesgos de deducibilidad que se pudieran derivar en materia tributaria. En el ámbito laboral, su actualidad deriva de la teoría del vínculo que venía sirviendo para diferenciar la relación laboral o mercantil de los administradores (La teoría del vínculo sigue siendo de aplicación tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo, en cuanto, como se referirá *infra*, es compatible la realización de funciones extrañas al cargo de administrador siempre que no se formalice mediante un contrato de alta dirección. *Vid*. TOVAR ROCAMORA, J. J.: «La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, febrero 2016, págs. 215 a 236, y las recientes resoluciones de la DGRN, entre otras, la de 17 de junio de 2016 (RJ/2016/4008)).

[24] Y ello justificado en la necesidad de capitalizar la sociedad, dotando continuamente reservas al no existir un derecho a un dividendo, sino el derecho a la parte proporcional del dividendo cuando éste se haya acordado. Pese a ello, entre otras, la STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ/2012/3521) confirmó la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas y de aplicación a reservas del resultado considerando el acuerdo lesivo para la minoría por abusivo al privar al socio minoritario sin causa

los miembros de la familia, en especial los no remunerados laboralmente o como consejeros, ejecutivos o no.

Ha habido, con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, modificaciones sustanciales en el régimen de la retribución de los administradores que afectan especialmente a los consejeros delegados y por tanto a los de las sociedades.

1. Consejeros ejecutivos: innecesaridad de previsión estatutaria

Desde la reforma se diferencian las retribuciones ejecutivas de los consejeros en su condición de tales y las retribuciones de los consejeros delegados. Las funciones ejecutivas no corresponden, en el caso de Consejo de administración, a todos los consejeros, sino a aquel o aquellos que sean facultados expresamente por los restantes[25] para el ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a los poderes otorgados[26]. Dichas funciones ejecutivas se contraponen a las funciones de los consejeros en su condición de tales a las que también se les llama «*deliberativas*», entendidas como las consistentes en participar en la gestión y en la toma de decisiones mediante el ejercicio de su derecho de información, intervención en los debates y el ejercicio de su derecho de voto[27].

---

acreditada alguna. Esta cuestión se podría paliar con el derecho de separación del socio en caso de no reparto de un dividendo mínimo, siempre que se cumplan determinados requisitos, introducido en el art. 348 bis LSC, por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, pero que ha estado suspendido hasta el pasado 31 de diciembre de 2016.

[25] La función ejecutiva «es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la Junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el Consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro» (RDGRN 17 de junio de 2016).

[26] En la medida que un consejero sea al mismo tiempo alto directivo y/u ostente determinados poderes amplios pasaría a ser un consejero ejecutivo, sin necesidad de ser consejero delegado. Por su parte, la única referencia al concepto de consejero ejecutivo la encontramos en el art. 529 duodecies LSC: «*Son consejeros ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. No obstante, los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad tendrán en ésta la consideración de dominicales. Cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o represente a un accionista significativo o que esté representado en el Consejo de administración, se considerará como ejecutivo. 2. Son consejeros no ejecutivos todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos*»).

[27] En el resto de los sistemas de administración, distintos al Consejo, o «formas de administración simple» (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen, también, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar siempre en estatutos. Así, entre otras, RRDGRN 10 de mayo y 17 de junio de 2016 (RJ/2016/3014; RJ/2016/4008), que añaden que «hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como Consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio

Para estas últimas funciones el art. 217 LSC mantiene el principio de reserva estatutaria, estableciendo el carácter gratuito del cargo de administrador, salvo mención estatutaria con determinación del concreto sistema o sistemas de remuneración[28], y se enumeran diferentes sistemas de remuneración a percibir por los administradores *en su condición de tales*[29]. Si se quiere retribuir a los consejeros no ejecutivos los estatutos lo han de reflejar de forma que, en el caso de las empresas familiares, los socios que no participan de la gestión pueden conocer los conceptos retributivos establecidos para dichas funciones, sin perjuicio de que el importe total de las mismas debe figurar en la Memoria de las cuentas anuales (art. 260 undécima LSC).

A falta de regulación estatutaria no cabría la retribución de los consejeros no ejecutivos y se presume gratuito el cargo, presunción que no ha dejado de extrañar sobre todo en sociedades unipersonales o pequeñas sociedades familiares en las

---

de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. (…) La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del Consejo con el consejero».

[28] No es válida la cláusula que deja al arbitrio de la Junta el concreto sistema de retribución al establecer el artículo estatutario simplemente el carácter retribuido del cargo y que la cuantía la fijará la Junta general (RDGRN de 16 de febrero de 2013 (RJ 2013/1982), criterio reiterado después de la reforma por la RDGRN de 21 de enero de 2016 (RJ/2016/1251). También permite la DGRN que el cargo pueda ser gratuito durante el ejercicio del cargo, pero que exista un derecho de retribución compensatoria cuando se dejase el cargo por causa de jubilación (RDGRN 5 de abril de 2013; RJ/2013/3673), y se sigue permitiendo que los estatutos concreten la cuantía de la retribución (*vid*. RDGRN de 19 de febrero de 2015; RJ/2015/2577).

[29] Podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes: «a) una asignación fija, b) dietas de asistencia, c) participación en beneficios, d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución, f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos». Enumeración con carácter enunciativo y no limitativo, pudiendo preverse otros conceptos retributivos (retribución en especie, seguros de vida, de responsabilidad civil, etc.). Respecto a la posibilidad de establecer una pensión vitalicia a favor de los administradores que alcancen la jubilación en el ejercicio de su cargo, *vid*. RDGRN de 5 de abril de 2013 (RJ/2013/3673). No se aceptan retribuciones alternativas, pero si cumulativas. Por todas, RDGRN de 19 de febrero de 2015; RJ/2015/2577 y RGDRN de 17 de junio de 2014, RJ/2014/4181). Aunque la DGRN no acepte retribuciones alternativas, sí que acepta las combinadas en el sentido de que pueda ser determinada sin intervención de la Junta, como por ejemplo cuando consista en la cantidad mayor de las dos contempladas en estatutos (RDGRN de 12 de marzo de 2015 RJ/2015/736). Pese a lo anterior, para SÁNCHEZ RUS, H.: «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital», *La Ley Mercantil*, n.º 14, Smarteca, 1 de mayo de 2015, págs. 1-23, pág. 12, la dicción del artículo 217.2 (uno o varios sistemas de retribución) modificaría dicha doctrina que rechaza la posibilidad de establecer varios sistemas alternativos de retribución, ya que, a su juicio, la reforma trata de lograr una adecuación continuada de la remuneración de los administradores a las circunstancias de la sociedad, lo que puede conseguirse ejecutando en cada ejercicio solo alguno de los esquemas de remuneración previstos en estatutos.

que el medio de vida del o de los socios precisamente lo constituye el desarrollo de una actividad profesional o empresarial a través de esa sociedad[30].

Respecto a la retribución por el ejercicio de funciones ejecutivas, no se requiere su constancia en estatutos, y el art. 249.3 LSC ha establecido como novedad que solo será necesario que se celebre un contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros[31]. Y, en el referido contrato, que adquiere carácter obligatorio[32], se deben detallar todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas[33], de forma que el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en dicho contrato, que deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la Junta general (art. 249.4 LSC). En las empresas familiares con consejeros delegados, salvo pacto expreso, existirá menos transparencia con los socios familiares que no sean consejeros, que desconocerán los conceptos retributivos de los consejeros delegados[34]. Sin duda, las suspicacias podrían perjudicar las relaciones entre los socios familiares, si bien en las sociedades de responsabilidad limitada el art. 220 LSC exige acuerdo de la Junta para la celebración de los contratos que establezcan o modifiquen relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores, de lo que se ha deducido que también lo exige el contrato que deba firmarse con el consejero ejecutivo correspondiente, lo que permitirá un conocimiento por parte de los socios de la retribución propuesta en el mismo[35].

---

[30] Lora-Tamayo Villacieros, M.: «La retribución de los administradores en las pequeñas sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2013, n.º 59, págs. 255-276, pág. 260,

[31] El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

[32] No se excluye en el art. 249 la obligatoriedad del contrato en el caso de que el consejero delegado o ejecutivo no sea remunerado. No lo entiende así Ortiz del Valle, M. C.: «Estado actual de la delegación de facultades en las sociedades de capital, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 65, junio 2016, págs. 143-172, pág. 159.

[33] Incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro.

[34] Parece invitarse a las sociedades no cotizadas (y entre ellas las sociedades familiares) a no decantarse por el Consejo de administración, optando por administrador único o administradores solidarios o mancomunados, para los que hemos visto que se mantiene una reserva estatutaria absoluta en materia de su retribución y en los que no se diferencian funciones deliberativas y ejecutivas que, al contrario, se confunden.

[35] Fernández del Pozo, L.: «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas…, *est. cit.*, pág. 246. Adicionalmente, en este caso, habría que tener en cuenta que al regular el derecho de voto y los supuestos de existencia de conflicto de interés, se establece que el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar, entre otros, un acuerdo que le conceda un derecho o cuando siendo administrador el acuerdo se refiera al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación

Razones no faltan para que el nuevo régimen retributivo de los consejeros ejecutivos haya generado polémica en la doctrina[36], si bien la DGRN no ha dudado en concluir que para la retribución de los consejeros ejecutivos no es necesaria una previsión estatutaria, siendo suficiente el acuerdo con mayoría reforzada del Consejo de administración[37]. La RDGRN de 30 de julio de 2015, primera resolución que interpretó las nuevas reglas vigentes en materia de retribución de administradores, no estima el criterio del registrador de que la cláusula estatutaria, por la que se establece que los miembros del Consejo de administración que desempeñen funciones ejecutivas percibirán por este concepto ciertas retribuciones, no es inscribible porque no se determina estatutariamente dicha retribución[38], con-

---

de cualquier tipo de obras o servicios (art. 190 LSC), y aunque no se refiere, expresamente, el conflicto en la aprobación de la retribución, sin duda ésta le concede un derecho.

[36] De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, vendría a contradecir el tenor literal de la reforma. Para RONCERO SÁNCHEZ, A.: «Principales deficiencias de técnica y política jurídica del nuevo régimen sobre retribución de los administradores de sociedades de capital», en AA.VV. *Estudios sobre Derecho de Sociedades*, Dir. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 399-431, pág. 423, señala que la reforma introducida en 2014 ha acabado por generar un problema muy grave en las sociedades no cotizadas relativo al control de las retribuciones y a la protección del socio minoritario. Para FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas las carencias regulatorias de la reforma». Revista de Derecho Mercantil, 297, julio-septiembre 2015, pp. 199 a 248, pág. 245, lo más coherente es entender que el art. 249 LSC es una derogación singular del rigor del art. 220 LSC, pero en el bien entendido que siempre existe control de Junta ex art. 217 LSC. Para RUIZ MUÑOZ, M.: «Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital», *RdS*, enero-abril 2016, págs. 53 a 130, pág. 85, el nuevo diseño del art. 249 deja una situación de cierta opacidad al margen de la reserva estatutaria y del control de la Junta. Para DE ALARCÓN ELORRIETA, M. L.: «Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas», *La Ley Mercantil*, 1 de mayo de 2015, Smarteca, págs. 1-16, pág. 11, con anterioridad a las resoluciones de la DGRN posteriores a la reforma reclamaba que el contrato a otorgar con los consejeros ejecutivos debe estar siempre dentro de los límites estatutarios y de los límites máximos de retribución que la Junta haya asignado para todos los consejeros. Para VELA TORRES, P. J.: «La reforma de las sociedades de capital: una visión jurisprudencial», *Revista jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2016, págs. 319 a 341, pág. 335, resulta paradójico que los socios de las sociedades cerradas carezcan de capacidad de decisión sobre la fijación de la retribución de sus consejeros ejecutivos, lo que, a su juicio, no ocurre con las sociedades cotizadas.

[37] RDGRN de 30 de julio de 2015 (RJ/2015/4249), primera resolución que interpretó las nuevas reglas vigentes en materia de retribución de administradores, y en la que se analiza la concreta retribución de los consejeros ejecutivos haciendo referencia a lo que sobre la cuestión indicaba la Comisión de Expertos: «La fijación de su retribución corresponde al Consejo de Administración, si bien, dada su trascendencia y los posibles conflictos de interés a los que puede dar lugar, resulta conveniente una regulación específica en la que se introduzcan las cautelas apropiadas, como la exigencia de mayoría reforzada o la abstención de los consejeros interesados y la previsión de que el Consejo se circunscriba necesariamente en su actuación a las decisiones que, en su caso —que su intervención no es obligatoria en sociedades no cotizadas— adopte la Junta». Termina expresando la Comisión que para ello propuso, siguiendo el artículo 231.97.3 de la Propuesta de Código Mercantil, introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 249 de la LSC que regule el régimen de aprobación y documentación de la retribución de consejeros por el desempeño adicional de funciones ejecutivas. Explicación que se reitera en las Res. DGRN de 10 de mayo de 2016 y 17 de junio de 2016, ya referidas.

[38] En concreto, la cláusula estatutaria denegada por el registrador es la siguiente: «Adicionalmente, y con independencia de la retribución arriba señalada, los miembros del Consejo de Admi-

cluyendo que «de la literalidad del artículo 249 LSC se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el Consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, (…). Y dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo 249.4, «…deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la Junta general»[39]».

En resoluciones posteriores, la DGRN ha seguido manteniendo el referido criterio y, entre otras, la RDGRN de 5 de noviembre de 2015[40] hace referencia expresa a que en el contrato del art. 249.3 LSC es en el que deberá detallarse la retribución como administrador ejecutivo, y que el artículo 249.4 LSC exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la Junta general, pero «*la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria alguna*». Hay pocos antecedentes jurisprudenciales en esta materia y habrá que esperar a que se confirmen las primeras resoluciones[41].

Pese a dicha interpretación, la DGRN no cierra la puerta a la inclusión voluntaria en los estatutos de cláusulas que exijan la aprobación por la Junta general de la remuneración anual de los consejeros ejecutivos y ello en base al inciso final del art. 294 LSC, que en su apartado 4 indica que el contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la Junta general, y pese a que ello no supone para la DGRN la necesidad de aprobación por la Junta de la retribución de los consejeros ejecutivos, «ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración (de los consejeros ejecutivos) se acuerde anualmente en Junta general de socios, previsión que, por lo demás, se ajusta a la exigencia legal de que el referido contrato

---

nistración que desempeñen funciones ejecutivas percibirán por este concepto: (i) una cantidad fija y (ii) una cantidad variable en función de cumplimiento de objetivos de acuerdo con lo que figure en sus respectivos contratos, los cuales preverán asimismo las oportunas indemnizaciones para el caso de cese en tales funciones o resolución de su relación con la Sociedad. Adicionalmente, en la medida en que resulte adecuado para garantizar una adecuada compensación por sus funciones, su retribución se verá complementada con: (i) aportaciones a un plan de pensiones, (ii) póliza de seguro por fallecimiento e invalidez y (iii) seguro médico personal y para los familiares a su cargo que convivan con ellos».

[39] A dicha conclusión llega refiriendo expresamente como antecedente lo manifestado por la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, en cuyo informe de 14 de octubre de 2013 así se proponía en el apartado 4.10.1 («Normas aplicables a todas las sociedades de capital»).

[40] JUR/2015/277623.

[41] El juzgado de lo mercantil n.º 9 de Barcelona en sentencia de 27 de noviembre de 2015, respecto a una cláusula estatutaria en la que el cargo de administrador no es retribuido, pero se prevé que de existir Consejo éste podrá acordar la retribución de los consejeros ejecutivos, por aplicación del art. 249.2 LSC, entiende que vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución siendo competencia exclusiva de la Junta de socios.

sea conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la Junta general» (RDGRN de 17 de junio de 2016).

Se pueden paliar así, en las sociedades familiares, los efectos de una retribución excesiva aprobada por el propio Consejo para los consejeros ejecutivos, reservándose la Junta general la determinación de la política de retribuciones, y ello sin olvidar lo que es de interés también para la empresa familiar, que en todo caso el importe de la retribución de los administradores debe adecuarse a lo establecido en el nuevo apartado 4 del art. 217 LSC, relativo a la proporcionalidad y principios orientadores de la remuneración de los administradores[42], criterio normalmente reiterado en los protocolos familiares donde hasta en ocasiones se prevé la determinación por un tercero de los importes razonables a recibir de los administradores[43].

2. Remuneración máxima anual de los consejeros ejecutivos

La expresión «*retribución de los administradores en su condición de tales*» se reitera en el art. 217.3 LSC al establecer, como novedad, que deberá ser aprobado por la Junta general el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, *en su condición de tales*, importe que permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Esta obligación supone un plus en cuanto se obliga a los administradores, tanto en las SSAA como en las SSLL, a convocar una Junta general en la que se someta a deliberación y votación el importe máximo anual de su retribución. Es cierto que el socio mayoritario podrá imponer su posición, pero al menos deberá explicar y justificar al resto de los socios las razones de su propuesta.

En lo que nos incumbe, a los consejeros delegados no les es de aplicación la retribución máxima aprobada por la Junta general[44] y pueden convivir la retribución de los consejeros en su condición de tales y la retribución contractual para el consejero delegado del art. 249 LSC[45], o existir únicamente esta última retribu-

---

[42] «*La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables*».

[43] Pese a las exigencias de la ley o del propio protocolo familiar al socio familiar no consejero, si las retribuciones no son de mercado no tendrá otra alternativa que iniciar la correspondiente vía judicial, siempre denostada en la empresa familiar en cuanto puede suponer una ruptura total de relaciones familiares y empresariales.

[44] *Vid*. RODRÍGUEZ CALZADO, A. y SEGURA DE LASSALETTA, R.: «La regulación mercantil de la retribución de los administradores sociales», *Rev. Fiscal & Laboral*, julio-agosto 2016, págs. 70-79.

[45] A *sensu contrario*, la RDGRN de 17 de junio de 2016 (RJ/2016/4008), que concluye que debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador —con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como

ción para el consejero ejecutivo en los casos de que los estatutos prevean el carácter gratuito del cargo en su condición de tal[46].

Nuevamente, en la sociedad familiar, podría existir una menor transparencia respecto a las retribuciones del consejero delegado al no ser necesario fijar en estatutos un importe máximo anual de su retribución, si bien cabría aplicar el ya referido art. 249.4 LSC e incluir voluntariamente en los estatutos que el contrato con el consejero delegado deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la Junta general, fijando ésta el importe máximo de su retribución.

3. Distribución de la retribución entre los distintos consejeros

Hasta la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no se permitía una discriminación en el reparto de la retribución entre los administradores, salvo pacto estatutario y siempre que existiera un factor de distinción solo aceptado si el órgano de administración era un Consejo de administración[47].

Tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo, el art. 217.3 LSC señala que la distribución queda en manos de la Junta general siempre que se pronuncie sobre el correspondiente reparto y, en su defecto, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del Consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero[48].

---

tal—, añada que el desempeño del cargo de consejero delegado será remunerado mediante la formalización del correspondiente contrato.

[46] La referida resolución de 17 de junio de 2016, en concreto, permite la retribución del consejero delegado pese a ser el cargo gratuito en estatutos, y que sea remunerado mediante la formalización de un contrato de trabajo y causando alta en la Seguridad Social y que el importe de dicha retribución se acuerde anualmente en Junta General Ordinaria de Socios, y concluye que respecto «a esta remuneración por el ejercicio de funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador «como tal» no es aplicable la norma del artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales».

[47] En base a los arts. 124.3 y 185.4 RRM y confirmado por, entre otras, la RDGRN de 3 de mayo de 2013 (RJ/2013/5169), que interpretaba que cabía prever en los estatutos que unos administradores fueran remunerados y otros no, pero siempre que existiera un factor de distinción que sólo consideraba posible en órganos de administración compleja y no en el supuesto de administradores solidarios o mancomunados. Cuestión reiterada en el RDGRN de 25 de febrero de 2014 (RJ/2014/1797).

[48] La posibilidad de que, a falta de reparto por la Junta, sean los administradores los que realicen la referida distribución, teniendo en consideración las funciones y responsabilidades de cada consejero, y el hecho de establecerlo en el artículo que regula la retribución de los administradores en su condición de tales, podría ser un argumento favorable a la tesis de que la retribución de los consejeros ejecutivos debe figurar en estatutos (por todos, Fernández del Pozo, L.: «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas…, est. cit., pág. 248), dicho razonamiento se diluye si se considera que el Consejo puede optar por no aprobar una retri-

La facultad otorgada a la Junta general deja sin efecto la anterior doctrina de la DGRN que prohibía que la propia Junta fuera quien determinara cuándo los administradores estaban realizando funciones que justifican su remuneración, «*pues ello equivaldría a dejar en sus manos no solo la cuantía de la retribución, cuando así se haya dispuesto, sino el hecho mismo de la existencia de retribución*»[49].

Con el tenor literal transcrito del art. 217.3 LSC no se estaría modificando el criterio de la DGRN que establecía que podía preverse en los estatutos que unos consejeros fueran retribuidos y otros no al poder distinguirse funciones entre ellos, y que ello no cabe en el supuesto de administradores mancomunados o solidarios[50], criterio que entendemos sigue siendo aplicable, aunque no falta quien considera que el reparto entre los administradores mancomunados y solidarios podrá ser desigual siempre que, sin alterar el régimen externo de representación, se adopten acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades aunque las mismas tengan un alcance meramente interno[51].

En el caso de que la sociedad familiar opte por la no retribución de los consejeros ejecutivos, con el ánimo de que la Junta conozca y apruebe la retribución máxima de los mismos e incluso su distribución entre ellos, será posible y sin necesidad de que todos los consejeros cobren por igual, sino teniendo en cuenta sus funciones y responsabilidades.

4. Las retribuciones de los consejeros familiares extrañas al cargo

En las sociedades de capital, cotizadas o no, y especialmente en las empresas familiares, nos podemos encontrar con que un consejero, además de las funciones deliberativas expuestas, realice una serie de trabajos para la sociedad ajenos a sus funciones de consejero. De esta forma, al mismo tiempo que se incorporan los

---

bución para el consejero con funciones ejecutivas, por lo que será lógico que, en dichos supuestos, las funciones ejecutivas se tengan en cuenta para la distribución de la retribución como tales, fijada en estatutos.

[49] RDGRN de 3 de mayo de 2013, referida *supra*.

[50] Resoluciones de 3 y 7 de mayo de 2013 (RJ/2013/5169 y RJ/2013/4162), que establecen que en los supuestos de administración solidaria o mancomunada en los que la igualdad entre los miembros del órgano deriva de la propia aplicación de las previsiones legales carece de justificación alguna prever un trato desigual en el hecho de la existencia de remuneración, y consideró un supuesto distinto el de aquellas sociedades que están dotadas de un órgano de administración de estructura compleja en los que es perfectamente posible distinguir funciones distintas a llevar a cabo por los administradores en función del cargo que ostenten.

[51] SÁNCHEZ RUS, H.: «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución…», *est. cit*., pág. 14. Sin embargo, para DEL RIO GALEOTE, A.: «Régimen general de remuneración de administradores», en AA.VV. *Comentario práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, Dir. RECALDE CASTELLS, A.: Dykinson, 2016, págs. 05-112, pág. 110, no queda claro si el legislador ha querido superar la tesis de la DGRN respecto a la retribución asimétrica de administradores solidarios y mancomunados.

hijos al Consejo pueden realizar funciones ajenas a la dirección (labores comerciales, administrativas, jurídicas, etc.) y necesarias para la empresa familiar. Con anterioridad a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, la DGRN tuvo que revisar su doctrina sobre la posibilidad de que los administradores fueran retribuidos por funciones «extrañas» al cargo, concluyendo que sus interpretaciones previas estaban condicionadas por el Derecho positivo entonces vigente[52], de forma que aceptado que el cargo de administrador es gratuito e inscrita dicha circunstancia, nada obsta a que en el ámbito de «prestación de servicios de los administradores», a que se refiere el art. 220 LSC, los estatutos establezcan determinadas condiciones para el ejercicio de la facultad que el mismo precepto atribuye a la Junta de socios[53].

Y dicha retribución extraña al cargo podía existir aunque el cargo fuera gratuito, como recoge la STS de 17 de diciembre de 2015[54], respecto a la legislación anterior a la reforma, remarcando que ha de resultar probado que la retribución contractual rebase las funciones propias del administrador. Con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se mantiene el criterio, admitiéndose las cláusulas estatutarias que, a la vez que establecen el carácter gratuito del cargo de administrador, con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal, añadan que se le retribuirá por la prestación de otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo, sin exigir tampoco que figuren en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan[55].

---

[52] Por todas, RDGRN de 10 de mayo de 2016, donde, con cita de la RDGRN de 3 de abril de 2013, afirma que la cuestión sobre la licitud de un mecanismo retributivo dual, estatutario y contractual se planteaba a falta entre nosotros de una normativa en Derecho positivo de sociedades como la francesa en la que se regula la cuestión con algún detalle regulatorio.

[53] Y entiende que ello no cuestiona la competencia de la Junta para el «establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra» con los administradores, que expresamente viene a reconocer, y no es contraria a la Ley ni a los principios configuradores de la forma social escogida: RDGRN de 12 de mayo de 2014 (RJ/2014/3254). Con carácter previo, la RDGRN de 25 de febrero de 2014 (RJ/2014/1797) admitía que el cargo fuera gratuito y se retribuyera al consejero delegado al existir un factor de distinción, si bien el administrador remunerado no podía recibir ninguna otra retribución por sus tareas de gestión y representación, aspecto éste que no se exige tras la reforma. En base al art. 28 LSC y la RDGRN de 5 de abril de 2013 (RJ/2013/3673) entiende que, al contrario, garantiza al titular del contrato de arrendamiento de servicios o de la relación laboral ordinaria que salvo acuerdo en contrario de la Junta de socios su remuneración se adecuará anualmente a la del sector de que forme parte. *Vid*. Resolución de 3 de abril de 2013 (RJ 2013/3669) en relación a la doctrina del vínculo.

[54] Sentencia n.º 708/2015 (RJ 2015\6189).

[55] RDGRN de 10 de mayo de 2016 (RJ/2016/3014), que diferencia tres tipos de funciones deliberativas, ejecutivas y otras funciones distintas a las dos anteriores, susceptibles por tanto de retribución por otros conceptos y añade que estas funciones extrañas al cargo —es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa— tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate).

Cabe, por tanto, que un administrador sea retribuido por los servicios laborales o profesionales que preste a la sociedad y que no traigan causa de sus funciones como consejero o administrador[56], si bien, en el ámbito laboral, y por aplicación de la teoría del vínculo, no es posible la celebración de un contrato de alta dirección con un consejero en cuanto dicho contrato supone ostentar determinados poderes de representación de la sociedad estrechamente relacionados con las funciones de un consejero ejecutivo[57].

Cabe incluso una cláusula estatutaria por la que se retribuya a uno sólo de los administradores solidarios por la prestación de esos otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo, y ello a la vez que establece el carácter gratuito del cargo de administrador —con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal[58].

La retribución laboral (que no sea de alta dirección) y la prestación de servicios ajenos a las funciones de los administradores permiten simplificar el régimen

---

[56] De hecho, en las sociedades limitadas de formación sucesiva, introducidas en el art. 4 bis LSC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, si bien prohíbe que las retribuciones satisfechas a los administradores por el desempeño de sus cargos (durante esos ejercicios) no podrá exceder del 20 por 100 del patrimonio neto del correspondiente ejercicio, ello no es de aplicación a «la retribución que les pueda corresponder como trabajador por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores», alineándose el legislador con la doctrina de la DGRN de su carácter extraestatutario, pero permitiendo que quede sin efecto la limitación referida en concepto de retribución de administradores.

[57] En la RDGRN de 10 de mayo de 2016, referida *supra*, se establece que «lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración». La RDGRN de 17 de junio de 2016 (RJ/2016/4008), pese a no ser el objeto del recurso, hace referencia a la incompatibilidad del contrato de alta dirección con un consejero para percibir retribuciones extrañas al cargo —es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa— que reitera que tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan; y remarca que lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración refiriendo la resolución anterior.

[58] La RDGRN de 10 de mayo de 2016 considera inscribible esta cláusula: «El cargo de Administrador no será retribuido. No obstante, lo anterior, desde el 24 de marzo de 2015 se acuerda retribuir a la administradora doña L.E.M.G. por los trabajos dependientes que realiza para la empresa». La referida señora era administradora solidaria y ello «porque resulta indubitado que el cargo de administrador es gratuito para todos los administradores solidarios, sin perjuicio de la retribución que se reconoce a determinada administradora, cuyo nombre y apellidos se detalla en la misma disposición estatutaria, por «los trabajos dependientes» que se reconoce está realizando para la sociedad, que no cabe sino entender que se trata de una relación laboral en régimen de dependencia y, por ende, ajena a las facultades inherentes al cargo de administrador, sin que nada se exprese que conduzca a concluir, como hace la registradora en su calificación, que esos trabajos son derivados de su condición de administradora».

retributivo de los consejeros familiares que reciben tales contraprestaciones al no ser necesario que figuren en estatutos. Pese a ello, siempre se ha considerado recomendable regular en el protocolo familiar las retribuciones de los miembros de la familia que trabajen en ella, razón por la que en dichos casos el Consejo de administración debería no solo retribuirles a mercado, sino siguiendo los principios establecido en el protocolo en dicha materia. Los mismos riesgos, de abusos por la mayoría, que se refieren por el hecho de que las retribuciones de los consejeros ejecutivos no figuren en los estatutos, podían darse, antes de la reforma y también con ella, por la vía de las retribuciones extrañas a cualquier administrador, al no exigirse su constancia estatutaria, razón por la que sigue siendo recomendable que las empresas familiares enfaticen la importancia de la adecuación de las retribuciones de los miembros de la familia, no solo que sean consejeros o administradores, sino también de los que solo sean trabajadores.

En definitiva, retribuir a los consejeros, ejecutivos o no, de una sociedad familiar es razonable si observamos la creciente profesionalización de los mismos con el incremento de sus obligaciones, riesgos y responsabilidades. A partir de ahí son muchas las variables con las que puede trabajar la empresa familiar en materia de retribuciones a los miembros de la familia; deberá acordarse si el cargo de consejero es retribuido, en cuyo caso deberá decidirse el concepto retributivo y el importe máximo de la retribución, así como si se establecen límites para el consejero ejecutivo y las reglas de distribución de la retribución entre todos los consejeros. Y sea retribuido o no el cargo en cuanto se puede retribuir a los consejeros por funciones extrañas al cargo, será recomendable pactar, en su caso, en el protocolo las cuantías retributivas en términos de mercado en función de la dedicación y responsabilidades asumidas. La información y la transparencia son instrumentos que cohesionan a la familia empresaria y deben aplicarse en todos los ámbitos, incluido en especial las retribuciones de los familiares en la empresa.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Estudios sobre Derecho de Sociedades*, dir. Fernández de la Gándara, L., Dykinson, Madrid, 2016, págs. 399-431.

AA.VV.: *Comentario práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, dir. Recalde Castells, A., Dykinson, 2016, págs. 105-112.

Arroyo, E.: «Cómo mejorar el gobierno corporativo de las empresas», *Escritura Pública*, julio-agosto 2014, págs. 36-39.

Barciela, F.: «Gobierno corporativo: Menos autorregulación, más leyes», *Consejeros*, junio 2014, págs. 48-51.

BRIANO TURRENT, G. C.; RODRÍGUEZ, L. y AZUARA, V.: *Gobierno Corporativo en Latinoamérica y España*, Ed. Académica Española, Saarbrücken, 2013, págs. 17-19.

DE ALARCÓN ELORRIETA, M. L.: «Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas», *La Ley Mercantil*, 1 de mayo de 2015, Smarteca, págs. 1-16.

DE MIGUEL ARIAS, S.: «De nuevo sobre la calificación tributaria de las retribuciones de los socios administradores de entidades», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 12, junio 2015, págs. 143-148.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma», *Revista de Derecho Mercantil*, 297, julio-septiembre 2015, págs. 199 a 248.

FERNÁNDEZ VIDAL, F. J.: «El principio de reserva estatutaria frente a la retribución del consejero ejecutivo en sociedades no cotizadas», *Diario la Ley*, 18 de diciembre de 2015, págs. 1113.

FERRANDO VILLALBA, M. L.: «Gobierno corporativo y crisis económica: La delimitación de los nuevos intereses sociales», en AA.VV., *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Dirs. ABRIANI, N. y EMBID IRUJO, J. M., Editorial Comares, Granada, 2013, págs. 95-109.

GÓMEZ ASENSIO, C.: «El alcance efectivo de la *Business Judgement rule* en el Derecho español: una visión integradora desde el derecho de sociedades y el derecho concursal», *RdS*, n.º 45, julio-diciembre 2015.

GONZÁLEZ GALÁN, S.: *Nuevas obligaciones de gobierno corporativo*, Iuris & Lex, 2013, p.20.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: «Gobierno Corporativo, ¿sostenible?», Rev. *Consejeros*, mayo 2011, págs. 26-27.

HIERRO ANÍBARRO, S.: «Gobierno Corporativo sin mercado de valores», en AA. VV. *Gobierno Corporativo en sociedades no cotizadas*, Dir. HIERRO ANÍBARRO, S., Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 17-35.

JORDÁ GARCÍA, R.: «Aplicabilidad de los principios de gobierno corporativo a las sociedades no cotizadas y la reforma de la ley de sociedades de capital basada en la mejora del gobierno corporativo», en AA.VV. *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de*

diciembre), Dirs. JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L., Dykinson, Madrid, 2014, págs. 21-40.

LIZCANO, J. L.: «Buen gobierno y responsabilidad social corporativa», *Partida doble*, n.º 182, noviembre 2006, págs. 20-35.

LÓPEZ QUESADA MARTÍN, E. y CAMACHO MIÑANO, M. M.: «Códigos de Gobierno, ¿suficientes para afrontar la crisis?, *Contabilidad*, n.º 237, noviembre de 2011, págs. 46-55.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M.: «La retribución de los administradores en las pequeñas sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2013, n.º 59, págs. 255-276.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J.: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 65, junio 2016, págs. 39-118.

ORTIZ DEL VALLE, M. C.: «Estado actual de la delegación de facultades en las sociedades de capital, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 65, junio 2016, págs. 143-172.

PASCUAL FÚSTER, B.; GALVE GÓRRIZ, C. y CRESPÍ CLADERA, R.: «Prácticas de gobierno corporativo y modelos de control: una aplicación a las sociedades cotizadas», *Papeles de Economía Española*, n.º 132, 2012, págs. 289-300.

PIÑEL, E.: «Proyecto de ley de sociedades de capital corporativo», *Escritura Pública*, julio-agosto 2014, págs. 38-39.

RODRÍGUEZ CALZADO, A. y SEGURA DE LASSALETTA, R.: «La regulación mercantil de la retribución de los administradores sociales», *Rev. Fiscal & Laboral*, julio-agosto 2016, págs. 70-79.

RUIZ MUÑOZ, M.: «Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital», *RdS*, enero-abril 2016, págs. 53 a 130.

SÁNCHEZ RUS, H.: «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital», *La Ley Mercantil*, n.º 14, Smarteca, 1 de mayo de 2015, págs. 1-23.

RODRÍGUEZ CALZADO, A. y SEGURA DE LASSALETTA, R.: «La regulación mercantil de la retribución de los administradores sociales», *Rev. Fiscal & Laboral*, julio-agosto 2016.

TOVAR ROCAMORA, J. J.: «La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, febrero 2016, págs. 215 a 236.

VELA TORRES, P. J.: «La reforma de las sociedades de capital: una visión jurisprudencial», *Revista jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2016, págs. 319 a 341.

VIVES RUIZ, F.: «Propuesta de reforma legislativa en el Estudio de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo (I)», *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre 2013, n.º 52 (http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/ revista-52/3584-propuesta-de-reforma-legislativaen-el-estudio-de-la-comision-de-expertos-en-materia-de-gobierno-corporativo-i), págs. 1-5.

(Trabajo recibido el 30/05/2017
y aceptado para su publicación el 01/09/2017)

CAPÍTULO VIII: HACIA UN ESTATUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR: NECESARIAS REFORMAS LEGALES[1]

FRANCISCO JAVIER OLMEDO CASTAÑEDA
Notario. Doctor en Derecho

RESUMEN

En el presente trabajo nos proponemos contribuir, con nuestras modestas aportaciones, a enriquecer el debate tanto en el ámbito académico como profesional sobre la conveniencia e, incluso, necesidad de abordar una reforma integral del Derecho mercantil y, más en concreto, del Derecho societario español que lo dote de unidad y coherencia, ofreciendo así a los operadores jurídicos (esto es, a los profesionales del Derecho) y a los operadores económicos (es decir, a los empresarios) instrumentos eficaces que permitan dar cauce a sus legítimas pretensiones de regulación de sus intereses.

El solapamiento de formas jurídicas societarias, las disfunciones que se aprecian entre la norma y la praxis, o la ausencia de una normativa que regule de forma integral la empresa familiar (de gran importancia en el tejido empresarial español) son, entre otras, cuestiones de gran relevancia que justifican la propuesta de reforma que planteamos en el presente artículo.

Palabras clave: derecho societario, estatuto normativo, empresa familiar, derecho comparado, modificación legislativa.

[1] El presente artículo forma parte del trabajo de investigación que constituye la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de Salamanca en enero de 2016, con la calificación de sobresaliente *cum laude*, bajo el título: «La sucesión en la empresa familiar: análisis para una propuesta de reforma integral en el Derecho privado patrimonial».

CHAPTER VIII: TOWARDS A FAMILY BUSINESS STATUTE: NECESSARY LEGAL REFORMS[2]

FRANCISCO JAVIER OLMEDO CASTAÑEDA
Notary Public. Doctor in Law

ABSTRACT

In the present paper, we propose to help, with our modest contributions, to enrich the academic and professional debate on the suitability and even the necessity of undertaking a comprehensive reform of Business Law and, more specifically, Spanish Corporate Law to endow it with unity and consistency, so as to offer legal operators (i.e. professionals involved with the law) and economic operators (i.e. entrepreneurs) effective tools enabling them to channel their legitimate desire to have their interests regulated.

The overlapping of corporate legal forms, the dysfunctions observed between norms and praxis, and the absence of regulations providing comprehensive governance for family-owned businesses (extremely important in Spain's business fabric), among other matters, are all questions of great relevance justifying the proposed reform put forward in the present article.

Keywords: company law, regulatory statute, family-owned business, comparative law, legislative amendment.

SUMARIO: I. REFORMA DEL DERECHO MERCANTIL: INSUFICIENCIA DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES. ESPECIAL ESTUDIO DEL DERECHO SOCIETARIO. 1. Consideraciones preliminares: sucesión en la empresa y sucesión en la condición de empresario. 2. Derecho de sociedades: empresario individual *versus* empresario societario. 2.1. La tipología societaria: el problema de la atipicidad. 2.2. Derecho comparado. 2.2.1. Derecho alemán. 2.2.2. Derecho francés. 2.2.3. Derecho italiano. 2.2.4. Derecho belga. 2.2.5. Derecho portugués. 2.2.6. Reino Unido. 2.2.7. Estados Unidos. 2.2.8. Derecho argentino. 2.2.9. Otros países. 2.3. Estado de la cuestión en el Derecho español. 2.3.1. Evolución del Derecho societario español. A). Leyes de 1951 y 1953: especial atención a la sociedad anónima cerrada o familiar. B). Leyes de 1989 y 1995: expansión de la sociedad limitada. C). Leyes de 2009 y 2010: modificaciones estructurales de las sociedades. 2.3.2. Replanteamiento del Derecho de sociedades. 2.3.3. Propuestas *de lege ferenda* en relación con la empresa familiar.—II. NECESIDAD O CONVENIENCIA DE UN ESTATUTO NORMATIVO QUE REGULE *AD HOC* LA EMPRESA FAMILIAR. 1. Posiciones doctrinales. Posi-

[2] The present article forms part of the research work constituting the author's doctoral thesis, defended at Salamanca University in January, 2016, and awarded the mark of excellent cum laude, under the title: "Succession in family-owned businesses: analysis for a proposed comprehensive reform in Private Property Law".

ble amparo constitucional del estatuto. 2. Antecedentes normativos en nuestro Derecho. 2.1. Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952. 2.2. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973. 2.3. Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981. 3. Informe de la Ponencia de Estudio del Senado de 23 de noviembre de 2001: recomendaciones. Crítica. 4. Algunos modelos de leyes que contienen un estatuto especial. 4.1. El «*fonds agricole*» del Derecho francés. 4.2. Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias. 5. Conclusiones. —III. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO MÍNIMO QUE DEBE TENER DICHO ESTATUTO. 1. Ámbito jurídico-privado. 1.1. Cuestiones de Derecho civil. 1.2. Cuestiones de Derecho mercantil y societario. 2. Ámbito fiscal y tributario: necesario impulso del legislador. 3. Ámbito estrictamente financiero: vías de financiación. 4. Ámbito de jurisdicción voluntaria: resolución extrajudicial de conflictos.

I. REFORMA DEL DERECHO MERCANTIL: INSUFICIENCIA DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES. ESPECIAL ESTUDIO DEL DERECHO SOCIETARIO

La imprescindible y apremiante, a nuestro juicio, reforma del Derecho privado patrimonial español (especialmente en el ámbito del Derecho común) hace aconsejable que tenga un carácter global, incorporándose así cuestiones de Derecho civil, pero también de Derecho mercantil e, incluso, de Derecho tributario, lo cual redundará en un nuevo escenario normativo que constituirá el marco adecuado para dar respuesta a la compleja problemática que presenta la empresa familiar.

El Derecho mercantil español y, de manera particular, el Derecho societario está asistiendo en los últimos años a un proceso de reformas, tanto desde un punto de vista puramente formal, mediante la aprobación de un texto refundido de las leyes reguladoras de las sociedades de capital y el propósito de unificar toda la legislación mercantil (societaria o no) en un único Código mercantil (de momento, en fase solo de anteproyecto)[3], como desde una perspectiva material o de contenido, que se viene manifestando en la promulgación de leyes especiales encaminadas principalmente a la introducción de tipos societarios específicos que contribuyan a fomentar y facilitar el desarrollo de la iniciativa empresarial, a la reducción de los costes de organización y funcionamiento de las sociedades de capital y a la exigencia de mayor transparencia de las sociedades cotizadas.

Ambas vertientes (formal y material) son susceptibles de crítica.

Así, en cuanto a la vertiente formal, el propósito del legislador consistente en realizar una nueva y actualizada codificación mercantil, si bien nos parece loable,

---

[3] Anteproyecto de ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. *Vid*. www.mjusticia.gob.es.

sin embargo, está quedando rápidamente desfasado, si se tiene en cuenta que parte del articulado del pretendido futuro Código mercantil ya ha quedado vacío de contenido, al haberse aprobado leyes especiales que han cambiado la orientación de la norma codificadora. A ello debe añadirse las continuas modificaciones que se vienen realizando de un mismo texto legal (como es el caso de la Ley de Sociedades de Capital o de la Ley Concursal) con la finalidad de adaptarse a los rápidos cambios de nuestra sociedad actual, lo cual genera desconcierto e inseguridad jurídica, tanto en el ámbito de los propios empresarios como entre los profesionales del Derecho.

Por lo que se refiere a la vertiente material, gran parte de las modificaciones sustantivas introducidas por virtud de distintas leyes aprobadas en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico han demostrado ser poco o nada efectivas, bien por las deficiencias técnicas en su redacción, bien por la exigencia de requisitos que terminan haciendo poco operativa y atractiva la nueva regulación (es el caso de la figura jurídica de la «sociedad limitada nueva empresa» o de la «sociedad limitada de formación sucesiva»).

Pues bien, todas estas circunstancias determinan y justifican la necesidad de realizar un nuevo planteamiento del Derecho mercantil y, más en concreto, del Derecho de sociedades, a fin de que se convierta en una disciplina jurídica que despliegue toda su virtualidad y resulte de gran utilidad en la praxis mercantil.

1. Consideraciones preliminares: sucesión en la empresa y sucesión en la condición de empresario

Señala VICENT CHULIÁ[4] que «el estatuto jurídico del comerciante es un conjunto de instituciones del Derecho privado especial (Derecho mercantil en sentido restringido), como residuo histórico del "estado civil" que el comerciante ostentaba en el régimen estamental y corporativo de las Edades Media y Moderna. Sin embargo, dichas instituciones están a punto de generalizarse a todos los empresarios o formas de empresa en las próximas reformas legislativas», de tal manera que el estatuto del comerciante queda reducido hoy a cuatro temas: «la responsabilidad del comerciante, la representación mercantil, la publicidad registral mercantil y la contabilidad mercantil».

Pues bien, con carácter preliminar al análisis del Derecho de sociedades, nos parece oportuno y conveniente establecer una distinción conceptual[5] con el fin de

[4] VICENT CHULIÁ, Francisco: *Introducción al Derecho mercantil*, 23 edición, volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 179.

[5] Esta distinción, que nos ha parecido interesante y acertada, es apuntada por PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 144-148.

delimitar claramente sus diferentes consecuencias jurídicas: sucesión en la empresa y sucesión en la condición de empresario.

En efecto, la apertura de la sucesión *mortis causa* como consecuencia del fallecimiento del causante (empresario individual) y la consiguiente aceptación de la herencia (de forma pura y simple, y no ya a beneficio de inventario, en cuyo caso se opera una separación de patrimonios) no determina la adquisición *ipso iure* o por ministerio de la ley de la cualidad de empresario por parte del heredero o herederos.

La condición de empresario es personal y, por ende, no es transmisible al sucesor. En este sentido, la legislación mercantil española[6] exige dos requisitos para adquirir la condición de empresario mercantil individual: gozar de plena capacidad civil y dedicarse con habitualidad o profesionalidad al ejercicio del comercio, exigiendo asimismo nuestra jurisprudencia que la actividad empresarial se ejerza en nombre propio[7].

En consecuencia, el heredero puede adquirir la titularidad de la empresa por el hecho de haber aceptado la herencia y por haberle sido adjudicada en las operaciones particionales (bien si es heredero único, bien si fueren varios los herederos y se adjudica a uno solo de ellos o a todos en proindiviso), pero ello no implica necesariamente que adquiera la cualidad de empresario y, por consiguiente, que se le aplique su correspondiente estatuto jurídico, ya que el adjudicatario de la empresa puede estar interesado en venderla o en proceder a su disolución y liquidación, de tal manera que el heredero tiene que manifestar una clara y explícita voluntad de continuar en la actividad empresarial desarrollada por el causante para poder ser considerado propiamente como empresario[8].

Así pues, una cosa es la capacidad para suceder en la titularidad de la empresa y otra bien distinta es la capacidad para ser empresario o actuar como empresario.

---

[6] Así, según el art. 1 del Código de Comercio (en adelante, Cco): «*Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.*

2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código».

[7] Por esta razón el administrador de una sociedad mercantil o el representante legal de un empresario menor de edad no son empresarios, ya que actúan en nombre de otra persona. En el primer caso (representación orgánica), es la sociedad la que actúa a través de su órgano de administración y representación, mientras que en el segundo supuesto (representación legal) es el menor de edad el titular de la empresa, aun cuando no pueda ejercer la actividad empresarial por sí mismo hasta alcanzar la mayoría de edad.

[8] Esta cuestión tiene gran trascendencia desde el punto de vista del Derecho laboral, a los efectos de determinar si hay o no «sucesión en la empresa», habiendo seguido nuestra jurisprudencia social el criterio expuesto con anterioridad, en el sentido de que no existe dicha sucesión en tanto no haya una voluntad clara del heredero de continuar con la empresa.

La primera, o capacidad jurídica mercantil, es la capacidad general para suceder regulada en los artículos 744 y siguientes de nuestro Código Civil, que consagran una presunción general de capacidad para suceder y establecen supuestos puntuales de incapacidades relativas o prohibiciones.

La segunda, o capacidad para ejercer el comercio, aparece regulada en el artículo 4 del Código de Comercio, que la reconoce a quienes sean mayores de edad y tengan la libre disposición de sus bienes (es decir, a quienes tengan la capacidad de obrar).

Por tanto, para ser empresario basta con tener la capacidad jurídica general, pudiendo ejercer la actividad empresarial directamente por sí mismo (si tiene, además, la capacidad de obrar) o bien por medio de otra persona (si le falta tal capacidad), de tal manera que la sucesión en la condición de empresario exige una aptitud cualificada y una capacidad reforzada.

2. Derecho de sociedades: empresario individual *versus* empresario societario

La adopción de una forma jurídica societaria por parte del empresario se fundamenta principalmente en el interés y la ventaja que supone limitar su responsabilidad personal, lo cual suele estar ligado a la constitución de un nuevo sujeto de Derecho (*sui iuris*), como es la sociedad mercantil, que adquiere personalidad jurídica propia independiente de la de sus socios.

De ello se deriva la consecuencia fundamental de la separación de patrimonios y consiguiente autonomía patrimonial, de tal manera que, de las deudas contraídas por la sociedad en el tráfico jurídico, únicamente responderán los bienes que integran el patrimonio societario, pero en ningún caso los bienes propios constitutivos del patrimonio personal de cada uno de los socios.

Nos estamos refiriendo, en concreto, a las sociedades de capital, en contraposición a las sociedades de personas.

En efecto, mientras en las primeras la nota característica es la participación del socio en el capital social (*intuitus pecuniae*), al margen y con independencia de sus cualidades personales, quedando limitada su responsabilidad por las deudas de la sociedad al valor de su aportación social (es el caso de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, o de la sociedad comanditaria por acciones)[9], en cambio, en las segundas existe un acusado *intuitus personae*, de tal manera que

[9] En el caso de la compañía en comandita por acciones, uno de los socios, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo (*ex* art. 151 Cco).

las condiciones personales del socio son tenidas en cuenta para ingresar en la sociedad y su responsabilidad por las deudas contraídas por la sociedad es personal e ilimitada, extendiéndose pues a todo su patrimonio (es el caso de la sociedad colectiva o comanditaria, en este último caso solo respecto de los socios colectivos, o de la sociedad civil)[10].

A mayor abundamiento, son más las bondades que se derivan de la adopción de la forma jurídica societaria (y, en concreto, de la sociedad capitalista) por parte de cualquier empresa, incluyéndose también la empresa familiar: la mayor facilidad de la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de la empresa, al dividirse su capital social en acciones o participaciones; la subsistencia de la empresa en caso de fallecimiento de uno de los socios (a diferencia de lo que sucede en las sociedades personalistas, salvo pacto en contrario); la mayor posibilidad de autorregulación a través de los estatutos sociales; el mejor tratamiento fiscal para las operaciones de reestructuración empresarial[11]; y, por último, permite que la familia empresaria (o parte de ella) pueda incorporarse a las funciones de gestión y dirección de la empresa familiar.

Pues bien, es un hecho incuestionable que las pequeñas y medianas empresas (representadas mayoritariamente por empresas familiares) encuentran mejor acomodo en las sociedades de responsabilidad limitada, si bien el progresivo incremento de su volumen de operaciones, la necesidad de acceder a la internacionalización y la búsqueda de mayores facilidades de financiación pueden terminar derivando a dichas empresas hacia la forma de sociedad anónima.

En este sentido, las propias instancias comunitarias han recomendado a los Estados miembros que las sociedades individuales o personalistas se transformen en sociedades anónimas, solicitando de aquéllos la incorporación a sus ordenamientos jurídicos internos del tipo societario conocido como «sociedad anónima simplificada»[12].

En el ámbito de la Unión Europea debe destacarse, asimismo, el reconocimiento de nuevos tipos societarios, a través de lo que constituye un fenómeno de renovación tipológica mediante la creación de nuevas sociedades[13].

---

[10] A su vez, dentro de esta segunda categoría de sociedades (las sociedades de personas), en algunos casos la responsabilidad del socio por las deudas sociales es solidaria, tal como sucede en las sociedades colectivas (*ex* art. 127 Cco); en cambio, en otros supuestos dicha responsabilidad es mancomunada, tal como ocurre en las sociedades civiles (*ex* art. 1698 del Código Civil, en adelante CC).

[11] Cfr. artículos 83 a 96 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

[12] *Vid.* Comunicación de la Comisión Europea de 1998 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DO n.º C 93, de 28.3.1998).

[13] Es el caso de la denominada sociedad anónima europea (*societas europaea*), de la sociedad cooperativa europea y de la llamada sociedad privada europea.

2.1. La tipología societaria: el problema de la atipicidad

Centrándonos en el Derecho de sociedades español, cabe formular la siguiente pregunta: ¿existe en nuestro ordenamiento jurídico mercantil una serie tasada y cerrada de figuras societarias o, por el contrario, se puede constituir cualquier clase de sociedad aun cuando no goce de un explícito reconocimiento legal, en base al principio de autonomía de la voluntad?

Se plantea aquí el conocido y relevante problema de la atipicidad en el ámbito del ordenamiento jurídico societario.

Ello se traduce en la siguiente cuestión: ¿debe reconocerse a los particulares la capacidad de «crear» o «inventar» tipos societarios no previstos por la ley?

A este respecto, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 122 Cco (norma central en esta materia, a la que debe acudirse), parece acogerse un criterio restrictivo por nuestro legislador, de tal suerte que fuera de las formas societarias expresamente tipificadas en dicho precepto legal no cabría admitir ninguna otra. Así, dispone el citado precepto legal que «*por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: 1. La regular colectiva. 2. La comanditaria, simple o por acciones. 3. La anónima. 4. La de responsabilidad limitada*».

En consonancia con esta misma tendencia legislativa y con un criterio aún más limitativo se pronuncia el legislador en el art. 1.1 TRLSC[14], al señalar que «*son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones*», de tal manera que nos encontraríamos ante una clasificación legal tasada o cerrada de sociedades capitalistas, suprimiéndose la expresión «por regla general» contenida en el Código de Comercio y dándose a entender con ello que no se admite ninguna excepción relativa a algún tipo societario que no sea uno de los tres expresamente reconocidos por el legislador.

Especialmente elocuente es, a este respecto, la opinión sostenida por EMBID IRUJO[15], quien hace notar la escasa innovación existente en el Derecho español de sociedades en lo que se refiere a las sociedades de capital, desde el punto de vista tipológico, basándose para ello en el texto legal anterior.

Y añade que el estudio de los distintos tipos societarios se centra principalmente en las sociedades de capital, dado el escaso relieve de las sociedades de personas en la práctica empresarial española.

---

[14] Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (publicado en el BOE n.º 161, de 3 de julio de 2010).

[15] EMBID IRUJO, José Miguel: «El Derecho de sociedades ante la crisis económica. Especial referencia a la tipología societaria», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, número 59, junio de 2013, p. 52 y nota a pie de página número 76.

En parecidos términos[16] se manifiesta el Anteproyecto de Código Mercantil, a tenor de lo dispuesto en su artículo 211-1.1, al señalar que «*son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten alguno de los siguientes tipos: a) La sociedad colectiva. b) La sociedad comanditaria simple. c) La sociedad limitada. d) La sociedad anónima. e) La sociedad comanditaria por acciones*».

En este sentido, señala EMBID IRUJO[17] que «parece evidente que la tipología societaria bloquea de manera insoslayable el juego de la autonomía de la voluntad y la obliga a situarse en el marco concreto e interno de las sociedades delimitadas por el propio legislador»[18].

Del mismo modo, en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno es común encontrar alguna norma que reconozca y enumere los tipos societarios admitidos en los mismos, tal como es objeto de estudio *infra*.

Admitir la solución contraria (esto es, la inexistencia de una tipología societaria legalmente reconocida) supondría el explícito reconocimiento por parte del legislador de la plena capacidad de autorregulación de los operadores económicos en la creación y configuración de las sociedades mercantiles de capital. Y ello traería consigo graves consecuencias en lo que se refiere, sobre todo, a la vertiente externa de la sociedad, esto es, al régimen de responsabilidad del ente societario frente a los terceros que contraten o se relacionen con ella, cuyos intereses podrían no estar debidamente tutelados, con grave menoscabo de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

Cuestión distinta, sin embargo, es la tendencia que se viene observando en los últimos años (coincidentes, en gran parte, con la crisis económica internacional) consistente en una creciente innovación tipológica, es decir, en la tipificación legal tanto de nuevas formas de sociedad como de variedades en la configuración de su regulación, apartándose así de los tipos societarios habitualmente contemplados en los diversos ordenamientos comparados.

Así pues, no se trata ya de nuevos tipos de sociedad «creados» o «inventados» directamente por los particulares con absoluta libertad de autorregulación, sino de

---

[16] No obstante, de una interpretación literal de dicho precepto legal parece desprenderse una mayor libertad en el reconocimiento por parte del legislador de sociedades mercantiles, al considerar como tales no solo las tipificadas en la ley (criterio formal), sino también cualesquiera otras que tengan un objeto mercantil (criterio objetivo).

[17] EMBID IRUJO, José Miguel: *op. cit.*, p. 38.

[18] Ahora bien, el nacimiento de la figura de la sociedad de responsabilidad limitada fue fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares, eficazmente asesorados por los notarios, hasta su posterior reconocimiento legal. Ídem, p. 37 y nota a pie de página número 48.

lograr una adecuada combinación entre «la intervención legislativa, a través de la cual se fijan los caracteres básicos o principios configuradores[19] de cada tipo y la libertad contractual de los socios, que permite modular el alcance de la regulación, adaptándolo a las particulares necesidades de estos últimos»[20].

Nos encontramos, pues, ante una nueva orientación del tradicional «debate tipológico», de tal manera que el actual estado de la cuestión en esta sede responde a la necesidad de ofrecer una diversidad de tipos societarios (principalmente, sociedades mercantiles de capital), entre los que se incluyan tanto los tipos tradicionales como otros nuevos, superándose así la clasificación cerrada que hasta entonces se había admitido con carácter más o menos pacífico por la doctrina.

Ello se debe, en última instancia, a la voluntad del legislador de responder mejor a las distintas necesidades de la actividad empresarial actual (que precisa del impulso imprescindible para consolidar la recuperación económica), sobre la base de las propuestas formuladas a tal efecto por la doctrina.

En este sentido, el Derecho mercantil con carácter general (y no solo el Derecho de sociedades, con carácter particular) trata de dar solución a los problemas estructurales que pueden constituir un obstáculo para que la libertad contractual de los particulares pueda plasmarse debidamente a través de la adecuada manifestación y expresión jurídicas, contribuyendo para ello a la renovación y actualización de la tipología societaria, mejorando así la inserción y competitividad de las empresas en el mercado y sentando, asimismo, las bases y presupuestos necesarios para el crecimiento de la actividad económica nacional, convirtiendo una determinada plaza financiera en atractiva para la inversión internacional[21].

En consecuencia, la tipología societaria tradicional (heredera en gran parte de la codificación) se está enriqueciendo en los últimos años con la creación legislativa de nuevas figuras (principalmente, sociedades de capital), lo cual se puede

---

[19] La jurisprudencia ha ido desarrollando paulatinamente el contenido de estos principios configuradores, dada la vaguedad e indeterminación del legislador, contribuyendo de este modo a que sean auténtico referente o elemento esencial del tipo societario correspondiente y limitando así el campo de actuación de la autonomía de la voluntad de los socios.

A este respecto, el art. 28 TRLSC, que consagra el principio de autonomía de la voluntad en materia societaria, dispone: «*En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*».

[20] EMBID IRUJO, José Miguel: *op. cit.*, p. 45.

[21] A este respecto, ha de destacarse la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (publicada en el BOE número 233, de 28 de septiembre de 2013), en la que se regula la figura del «emprendedor de responsabilidad limitada», cuya aplicación en la práctica mercantil ha sido, sin embargo, muy reducida al no resultar atractiva para la persona que pretende iniciar una actividad empresarial, y ello como consecuencia de la deficiente regulación jurídica que pone de manifiesto una vez más la discordancia entre la norma y la praxis.

observar en las regulaciones de los distintos ordenamientos jurídicos, tanto del ámbito comunitario como internacional[22].

2.2. Derecho comparado

Así pues, pasamos a continuación a exponer la regulación jurídica vigente en varios países, en sede de Derecho de sociedades, con la finalidad de resaltar las singularidades más destacables de los mismos, ofreciendo de este modo un completo cuadro normativo de Derecho comparado en esta materia, siempre con la idea de tener suficientes elementos comparativos de Derecho positivo que nos ayuden a plantear nuestra propuesta de reforma, también en el ámbito del Derecho de sociedades español (y no solo en el Derecho civil), configurándose de esta manera como una propuesta normativa de reforma integral en el Derecho privado patrimonial español, que contribuya a su modernización desde una perspectiva general y permita, a su vez, poner a disposición de los particulares, de los operadores jurídicos y de los agentes económicos los resortes e instrumentos necesarios para dar cauce jurídico a la libertad civil, fortaleciendo la misma y buscando obtener una mayor justicia material, siempre con la necesaria y debida seguridad jurídica.

2.2.1. Derecho alemán

En el Derecho alemán, la figura societaria más utilizada en la práctica mercantil es la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) o sociedad de responsabilidad limitada, tanto unipersonal como pluripersonal, y que se rige por normas mayoritariamente dispositivas (básicamente por la *GMBH Gesetz* de 1898), a diferencia de la *Aktiengesellschaft* (AG) o sociedad por acciones, equivalente a nuestra sociedad anónima, cuya regulación es esencialmente imperativa (contenida principalmente en la *Aktiengesetz* o ley de sociedad por acciones de 6 de septiembre de 1965).

En relación con esta última forma societaria, ha de destacarse la «pequeña sociedad por acciones», aprobada por la Ley alemana de sociedades por acciones de pequeñas dimensiones y de desregulación de los derechos de accionistas, de 2 de agosto de 1994[23], que trató de dar cabida a las pequeñas y medianas empresas

---

[22] EMBID IRUJO sostiene que el mayor éxito de la nueva corriente de pensamiento plasmada en el «análisis económico del Derecho», que está detrás de este reconocimiento generalizado de nuevas figuras societarias y según la cual priman las consideraciones de orden económico sobre cualesquiera otras, reside en la reducción significativa del ámbito de las normas imperativas y en la correlativa ampliación del ámbito de la libertad contractual; *op. cit.*, p. 58.

[23] *Gesetz für Kleine Aktiengesellschaft und zur Deregulierung des Aktienrechts*, publicada en el *Bundesgesetzblatt* n.º 52, de 9 de agosto de 1994.

constituidas tradicionalmente bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada, facilitando su transformación en pequeñas sociedades anónimas y aligerando las rigideces que imponía la clásica figura de la sociedad anónima. Se configura, pues, como una modalidad simplificada de un tipo societario ya existente, si bien su aplicación en la práctica mercantil alemana parece haber sido reducida, entre otras razones, por la exigencia de un capital social mínimo.

Junto a ellos existen otros tipos societarios específicos[24] regulados tanto en el BGB o Código Civil alemán como en el HGB o Código de Comercio alemán, así como en algunas leyes especiales. Y como sociedad general del tráfico destaca la denominada *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR) o sociedad civil alemana, regulada en los parágrafos 705-740 BGB y a la que se acogen aquellos grupos de personas que se asocian para perseguir un fin común y que no adoptan ninguna de las formas societarias expresamente tipificadas[25].

2.2.2. Derecho francés

En relación con el Derecho francés existen una serie de disposiciones comunes o generales aplicables a «*la société*» y contenidas en los arts. 1832 a 1844-17 *Code Civil.*

Por su parte, la aparición de las sociedades con limitación de la responsabilidad de los socios es relativamente reciente, siendo la Ley número 2005-842, de 26 de julio de 2005[26], para la confianza y modernización de la economía, la que sistematizó la regulación de estas sociedades.

De este modo, se recogen las siguientes clases de sociedades: la *société anonyme* o sociedad anónima (arts. L. 225-1 y ss. *du Code de Commerce*); *la société*

---

[24] Así, se regula la *Offene Handelsgesellschaft* (OHG), equivalente a nuestra sociedad colectiva, regulada en los parágrafos 105 y siguientes del HGB; la *Kommanditgesellschaft* (KG), equivalente a nuestra sociedad comanditaria y que se rige por los parágrafos 161 y siguientes del HGB; la *GmbH& Co. KG*, nacida en la práctica y admitida actualmente por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Es la figura societaria más usada en el tráfico mercantil alemán después de la GmbH o sociedad de responsabilidad limitada y se caracteriza porque el socio colectivo es una GmbH, con la consiguiente limitación de responsabilidad. Asimismo, se regula la *Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)*, equivalente a nuestra sociedad comanditaria por acciones y cuya regulación se encuentra en los parágrafos 278 y siguientes de la denominada Aktiengesetz o ley de sociedades anónimas; la *Partnerschaftgesellschaft*, que es una figura que se destina a las profesiones liberales; la *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung* (EWIV), que es la Agrupación de Interés Económico Europea; y la *Stille Gesellschaft*, que es una figura similar a nuestras cuentas en participación.

[25] Para ampliar infomación sobre el Derecho societario alemán, véase ANDENAS, Mads and WOOLDRIDGE, Frank: *European comparative company Law*, ed. Cambridge University Press, 2010.

[26] LOI n.º 2005-842, *du* 26 *juillet* 2005, *pour la confiance et la modernisation de l´économie* (JORF n.º 173, *du* 27 *juillet* 2005).

en commandite par actions o sociedad comanditaria por acciones (arts. L. 226-1 y ss.); *la société par actions simplifiée* o sociedad por acciones simple (arts. L. 227-1 y ss.); y *la société á responsabilité limiteé* o sociedad de responsabilidad limitada (arts. L. 223-1 y ss.).

Mención especial merece hacerse de la figura del *entrepreneur individuel á responsabilité limiteé* [27] o emprendedor de responsabilidad limitada, que permite la separación del patrimonio personal respecto del patrimonio afecto a la actividad empresarial, así como de la denominada «sociedad por acciones simple o simplificada», que constituye un intento de flexibilización del Derecho de sociedades francés y que se configura como la estructura societaria más flexible del mismo.

Esta normativa fue aprobada por la Ley núm. 94-1, de 3 de enero de 1994, si bien la posterior Ley núm. 99-587, de 12 de julio de 1999, modificó de forma importante sus bases, presentándose actualmente como un gran avance para el Derecho francés, al admitirse la constitución de una sociedad mercantil unipersonal, al reconocerse un amplio margen de libertad a los estatutos sociales para regular el régimen interno de la sociedad y al suprimirse las condiciones necesarias para ser socio, así como el capital mínimo exigido.

Por otro lado, se regulan las sociedades de responsabilidad ilimitada, como son *la société en nom collectif* o sociedad en nombre colectivo, *la société en commandite simple* o sociedad comanditaria simple y *la société civile* o sociedad civil, que es uno de los tipos sociales más utilizados en Francia después de la sociedad de responsabilidad limitada y cuyo éxito se debe al elevado número de sociedades civiles inmobiliarias existentes en el país galo.

Finalmente, se puede apreciar también un amplio abanico de otras personas jurídicas distintas de las antes mencionadas y que disponen de una regulación especial, al margen del *Code Civil* y del *Code de Commerce,* o complementando la contenida en ellos. Es el caso de la sociedad europea, la sociedad de ejercicio liberal, las asociaciones o las fundaciones, entre otras.

2.2.3. Derecho italiano

Respecto al Derecho italiano, el régimen jurídico de las sociedades se halla contenido en el *Codice Civile* o Código Civil (arts. 2247 y siguientes). A tal efecto, se distinguen las siguientes categorías de sociedades: la *società semplice* o sociedad simple, que es una suerte de sociedad general semejante a la sociedad

[27] LOI n.º 2005-845, *du* 26 *juillet* 2005, *de sauvegarde des enterprises* (JORF n.º 173, *du* 27 *juillet* 2005), que modificó el Libro VI *du Code de Commerce*.

civil española; la *società in nome collettivo* o sociedad en nombre colectivo; la *società in accomandita semplice* o sociedad comanditaria simple; la *società per azioni* o sociedad por acciones, la cual presenta la particularidad de que puede ser, a su vez, abierta o cerrada según pueda recurrir o no al mercado de capitales como medio de financiación; la *società in accomandita per azioni* o sociedad comanditaria por acciones; la *società a responsabilità limitata* o sociedad de responsabilidad limitada y la *società cooperativa* o sociedad cooperativa.[28]

2.2.4. Derecho belga

En el Derecho belga, el *Code des sociétés* o Código de Sociedades, de 7 de mayo de 1999, recoge en su artículo 2 las sociedades en el ámbito mercantil y que son muy similares a las contempladas en el Derecho francés.

No obstante, son dignas de mención algunas sociedades especiales, como son las siguientes: *le société sans but lucratif* o sociedad con objeto de caridad y no exclusivamente lucrativo; *la société momentanée* o sociedad momentánea (similares a las uniones temporales de empresas españolas); *la société interne* o sociedad interna (parecidas a las cuentas en participación españolas); la *société privée à responsabilité limitée starter*, como figura societaria pensada para la creación de pequeñas y medianas empresas; y la denominada *société de droit común* o sociedad de derecho común, que carece de personalidad jurídica y puede tener un objeto civil (con responsabilidad mancomunada entre los asociados) o mercantil (con responsabilidad solidaria)[29].

2.2.5. Derecho portugués

En el Derecho portugués, la regulación fundamental en materia de Derecho societario está constituida por el Decreto-Ley número 262/86, de 2 de septiembre, que aprueba el *Codigo das Sociedades Comerciais*, que contiene el régimen jurídico general y especial de las sociedades; y por el Decreto-Ley 403/86, de 29 de marzo, que aprueba el *Codigo do Registro Comercial*, sobre la publicidad de los comerciantes individuales y de las sociedades a través de los registros o conservadurías.

En cuanto a los tipos societarios admitidos en el Derecho portugués, presenta notables semejanzas con los existentes en el entorno europeo y examinados con

---

[28] Para más información, *vid*. AA.VV.: *Diritto delle Società (Manuale breve)*, Giufrè editore, Milán, 2012.

[29] Para más detalles, *vid*. RENTERÍA, Alfonso: *Manuel de droit privé et de justice préventive en Europe, Institut de Recherches et d´Ètudes Notariales Européen* (IRENE), 2007.

anterioridad, de tal manera que para evitar una nueva reproducción de los mismos nos limitaremos a destacar dos notas de interés: la simplificación administrativa en el proceso de constitución de sociedades que se ha implantado en el país vecino; y, en el concreto caso de la denominada «*sociedad por quotas*» (parecida a nuestra sociedad de responsabilidad limitada), la no exigencia de un capital social mínimo para su constitución y funcionamiento en el tráfico jurídico.

2.2.6. Reino Unido

Por último, en el sistema societario británico (y, en concreto, en Inglaterra y Gales) destaca la figura de la «*private limited company by shares*» o compañía privada de responsabilidad limitada, regulada en la *Companies Act* de 2006 y que atrae importantes inversiones extranjeras a este país, como consecuencia de la flexibilidad de su régimen jurídico, siendo así una sociedad y una legislación muy competitivas en el mercado internacional.

Así, las principales notas características de este tipo societario, que lo hacen especialmente atractivo, son las siguientes: no existe un número mínimo (obviamente se exige un socio, al menos) ni máximo de socios; no se exige una cifra mínima y obligatoria de capital social; el capital suscrito no tiene que estar íntegramente desembolsado; y las participaciones societarias pueden contener distintos derechos, incluidas diferencias en los derechos de dividendo y de voto.

En consecuencia, de la regulación sobre el Derecho de sociedades existente en gran parte de los países europeos, en los términos anteriormente expuestos, se puede concluir que los tipos de sociedades que son susceptibles de constituirse por los particulares están previstos y regulados por la respectiva legislación nacional (respetándose, pues, el tradicional criterio de tipicidad propio del ámbito societario); que la tipología societaria es notablemente similar en todos los ordenamientos jurídicos, fruto de las Directivas comunitarias sobre armonización del Derecho societario; y, asimismo, que el tipo social más utilizado en la praxis mercantil es el de la sociedad de responsabilidad limitada, dada la flexibilidad de su régimen jurídico y la libertad concedida a la autonomía de la voluntad a través de los estatutos sociales[30].

A mayor abundamiento, estas mismas conclusiones son extrapolables a la mayor parte de los Estados del otro lado del Atlántico, esto es, al Derecho de sociedades del continente americano, si bien con algunas singularidades que pasamos a estudiar brevemente.

---

[30] Para mayor información sobre el Derecho de Sociedades vigente en el ámbito del Derecho comparado europeo, *vid.* AA.VV.: «Prontuario de Derecho de Sociedades en Europa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario de 2012, Madrid, Consejo General del Notariado.

2.2.7. Estados Unidos

El Derecho societario de los Estados Unidos de América presenta una peculiar característica consistente en que responde a lo que la doctrina ha denominado el «paradigma contractual», es decir, que reconoce un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los socios con un claro predominio de normas de naturaleza meramente dispositiva, y ello en contraste con los sistemas que responden al llamado «paradigma institucional» (como sucede en el Derecho societario europeo continental), en los que subyace más una normativa imperativa en aras de la tutela y protección de los terceros que entren en contacto con la sociedad (acreedores, inversores).

En los Estados Unidos se distinguen las *partnerships* o sociedades personalistas que carecen de personalidad jurídica, las *corporations* o sociedades anónimas y las *limited liability companies* o sociedades de responsabilidad limitada, reguladas estas últimas de manera uniforme en la *Uniform Limited Liability Company Act* de 1994 (revisada en 2006).

2.2.8. Derecho argentino

En el caso del Derecho argentino, su regulación se contiene en el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina aprobado por ley 26.994, de 1 de octubre, y promulgado según decreto 1795/2014, de 7 de octubre[31], complementándose, en lo que a sociedades se refiere, con la Ley de Sociedades Comerciales número 19.550 de 1984 (que pasará a denominarse Ley General de Sociedades) y en la que el citado Código introduce una serie de modificaciones[32].

Así, las sociedades unipersonales solo podrán ser constituidas como sociedades anónimas (art. 1 ley); desaparece la previsión expresa establecida en la redacción anterior de la ley, en virtud de la cual era nula la constitución de una sociedad que no se ajustase a ninguno de los tipos establecidos por la ley (art. 17 ley), disponiéndose tan solo que las sociedades en cuya constitución se omitan requisitos esenciales «tipificantes» o se incluyan elementos incompatibles con el tipo legal, no producirán los efectos propios de su tipo, pudiendo instarse su regularización o su disolución (art. 21 ley); se admite la posibilidad de que las sociedades anónimas y en comandita por acciones puedan formar parte de sociedades de responsabilidad limitada (art. 30 ley), y no solo de sociedades por acciones; por último, en la sociedad anónima unipersonal el capital social deberá estar total-

[31] Publicado en el Boletín Oficial de la República de Argentina el 8 de octubre de 2014 (en vigor desde el 1 de agosto de 2015, si bien algunos preceptos difieren su vigencia y aplicación al 1 de enero de 2016).

[32] Publicada en el Boletín Oficial de la República de Argentina el 30 de marzo de 1984.

mente «integrado» (art. 187 ley), esto es, desembolsado en dinero efectivo (como excepción a la regla general de un desembolso mínimo de un 25 por 100).

Como tipos societarios específicos cabe reseñar los siguientes: la denominada «sociedad de capital e industria» en la que los socios capitalistas responden con todos sus bienes de las obligaciones sociales (del mismo modo que los socios de la sociedad colectiva), mientras que los socios industriales aportan exclusivamente su trabajo o industria y no responden de las deudas sociales con sus bienes personales; la «sociedad anónima con participación estatal», en la que concurren capital público y privado para fomentar iniciativas de interés general; y la denominada «sociedad accidental o en participación», que se caracteriza por no estar sujeta a requisito formal alguno ni a inscripción en el registro público de comercio, por carecer de personalidad jurídica y no ser, por ello, sujeto de Derecho y por actuar ante terceros a través de un socio gestor elegido entre todos los socios.

Por último, en cuanto a la sociedad de responsabilidad limitada, especial interés tiene, por lo que respecta a nuestro trabajo, la disposición contenida en el artículo 155.1 de la ley (que mantiene su redacción anterior), al señalar que «si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el ínterin, actuará en su representación el administrador de la sucesión».

2.2.9. Otros países

Por último, haremos una breve mención del Derecho societario de otros países latinoamericanos, con el fin de completar de esta manera la exposición del panorama normativo realizada hasta ahora, limitándonos a subrayar las principales novedades con respecto a los ordenamientos jurídicos anteriormente estudiados.

Así, en Bolivia (al igual que en Chile) se regula la figura societaria de la empresa unipersonal, que resulta ser el tipo social al que más se acude con diferencia por los particulares y, además, se observa un fenómeno de creciente desarrollo de las empresas familiares, organizadas mayoritariamente como sociedades, a pesar de la ausencia de un marco normativo regulador de las mismas.

Por el contrario, en Ecuador no se admiten las sociedades unipersonales y se regulan las «compañías de economía mixta», en las que participan capital público y privado para satisfacer necesidades de orden colectivo.

En El Salvador, el Código de Comercio regula las sociedades de responsabilidad limitada como una modalidad de sociedades de personas (y no de sociedades de capital).

En Nicaragua, la práctica totalidad de las sociedades que se constituyen se configuran como sociedades anónimas, dada la mayor flexibilidad y simplicidad que presenta el régimen legal de las mismas. Y en Cuba la sociedad anónima es el único tipo social existente en ese país[33].

2.3. Estado de la cuestión en el Derecho español

Una vez expuesta la situación actual en el ámbito del Derecho comparado, debemos plantearnos cuál es el estado de la cuestión en el ámbito ya de nuestro Derecho de sociedades.

Si bien no se ha caracterizado por una gran innovación de tipos societarios desde la promulgación de la legislación codificada, sin embargo, debe hacerse mención del reconocimiento legislativo de algunas figuras nuevas en los últimos tiempos, protagonizando así un continuo crecimiento de las llamadas «sociedades especiales», a saber:

— La conocida como sociedad limitada Nueva Empresa (SLNE), regulada por la ley 7/2003, de 1 de abril[34], que atrajo inicialmente el interés incluso de la doctrina extranjera por la celeridad y simplicidad de su procedimiento telemático de constitución, pero que a fecha de hoy y después de haber transcurrido más de diez años de vigencia ha quedado patente su manifiesto fracaso[35].

— La sociedad anónima cotizada, cuya normativa reguladora se encuentra en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (objeto de sucesivas modificaciones), así como en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 495 y ss.), y que ha pasado de ser considerada como una sociedad anónima con unos rasgos propios, pero sin apenas tratamiento jurídico específico, a adquirir cada vez mayor autonomía, desligándose de la regulación general de la sociedad anónima.

---

[33] Para más detalles sobre el Derecho de Sociedades de América, *vid.* AA. VV.: «Prontuario de Derecho de Sociedades en América y norte de África», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario de 2013, Madrid, Consejo General del Notariado.

[34] Actualmente, refundida en el TRLSC (cfr. arts. 434 y ss.).

[35] Las principales razones sobre la infrautilización de esta sociedad en la praxis jurídica han sido la ausencia de la debida justificación para la creación de esta figura; la notable restricción impuesta a la autonomía de la voluntad de los socios mediante la imposición de unos estatutos estándar o modelo; la exigencia de ciertos requisitos, como la fijación de un número máximo de socios, que no puede ser superior a cinco (art. 133) o el establecimiento de una cifra mínima y máxima de capital social (art. 135) o la necesidad de que el administrador tenga la condición de socio (art. 139); y, por último, que la posibilidad de acudir al procedimiento telemático de constitución únicamente se reconozca a la sociedad limitada nueva empresa.

— La denominada sociedad limitada de Formación Sucesiva (SLFS), regulada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización[36], con la finalidad de agilizar y simplificar el proceso de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada y estimular así la actividad emprendedora[37].

— Y, aun cuando no sea una figura propiamente societaria, el llamado Emprendedor de Responsabilidad Limitada (ERL), regulado por la ley antedicha, y cuya principal nota característica reside en la posibilidad de excluir la vivienda habitual del «emprendedor» de la eventual traba de sus bienes instada por sus acreedores y derivada de su responsabilidad por deudas de la empresa, quienes no pueden por tanto dirigir su acción judicial contra dicha vivienda habitual para ver satisfechos sus derechos (siempre que se cumplan los correspondientes requisitos de publicidad registral a través del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad), todo ello con la finalidad de evitar el drama social del desahucio y de incentivar asimismo el espíritu emprendedor sin riesgo de pérdida de la vivienda habitual[38].

---

[36] A este respecto, ha de tenerse en cuenta que el Parlamento español ya aprobó con anterioridad la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (publicada en el BOE n.º 179, de 27 de julio de 2013).

[37] En cuanto al nuevo tipo societario que se contempla y regula someramente en la ley, la denominada Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (SLFS), presenta dos particularidades dignas de ser reseñadas: la posibilidad de que se constituya con una cifra de capital social inicialmente inferior al mínimo legal, si bien con las debidas cautelas en aras de la protección de terceros; y la no necesidad de acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios en el momento de constitución de la sociedad, estableciéndose como contrapeso un sistema de responsabilidad solidaria frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales (hasta ahora este sistema solo se contemplaba para el caso de aportaciones no dinerarias en las sociedades de responsabilidad limitada).

[38] El emprendedor se trata de una persona física que ejerce cualquier tipo de actividad, empresarial o profesional, y que puede limitar la responsabilidad derivada de las deudas contraídas en el ejercicio de dicha actividad, en los términos y condiciones regulados por la ley.

En consecuencia, ello constituye una alteración y una atemperación del principio general de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor: «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*». Y, asimismo, representa una excepción a lo preceptuado por el artículo 6 del Código de Comercio, en virtud del cual: «*En caso de ejercicio del comercio por una persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges*».

No obstante, de una lectura detenida y pausada de la nueva normativa resulta que la aplicabilidad de esta limitación de responsabilidad al empresario o profesional que sea persona física, queda notablemente restringida, dados los numerosos supuestos en que se exceptúa su aplicación.

Por último, nos parece oportuno recordar aquí que esta medida introducida por la ley que nos ocupa no está en consonancia con lo dispuesto por el todavía Anteproyecto de Código Mercantil, que, en su artículo 112-1.1, establece que «*el empresario individual responderá del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros*».

2.3.1. Evolución del Derecho societario español

Pues bien, haciendo un breve recorrido cronológico hasta nuestros días, con la finalidad de disponer de una perspectiva más amplia que nos permita tener un conocimiento más preciso y poder exponer así con mayor rigor nuestra propuesta, se podrían destacar tres hitos en el proceso de configuración y consolidación paulatina de la legislación societaria española.

2.3.1.1. Leyes de 1951 y 1953: especial atención a la sociedad anónima cerrada o familiar

El panorama normativo básico de regulación de las sociedades mercantiles capitalistas en el ordenamiento jurídico español quedó constituido con la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951[39] y la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953[40], teniendo en cuenta que el Código de Comercio de 1885 solo contemplaba la sociedad anónima, pero no la sociedad de responsabilidad limitada, que estaba totalmente huérfana de regulación en nuestro ordenamiento positivo (pese al importante número de sociedades de este tipo que funcionaban en la práctica), y que fue introducida en nuestro Derecho por virtud de la precitada ley de 1953[41].

Siguiendo la Exposición de Motivos de la ley de 1951[42], cuya reproducción en este punto nos interesa trasladar al presente trabajo, al reflejar con claridad los caracteres esenciales que configuraban entonces el tipo societario de la sociedad anónima, «*la presente ley se propone colmar una de las más acusadas lagunas legislativas que la obra codificadora del siglo XIX dejó en el marco de nuestras leyes mercantiles.* (...) *Obsesionados por un mal entendido concepto de la libertad que ya había inspirado la Ley de Sociedades de diecinueve de octubre de mil ochocientos sesenta y nueve, los redactores de nuestro Código de Comercio creyeron que el mejor modo de respetar la libertad era ausentarse de la regulación de la sociedad anónima.* (...) *Desde hace un siglo los legisladores mercantiles y*

---

[39] Publicada en el BOE de 18 julio de 1951. Téngase en cuenta también el Decreto-Ley de 18 de agosto de 1951, por el que se aplazó la vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, hasta el 1 de enero de 1952.

[40] Publicada en el BOE n.º 199, de 18 de julio de 1953.

[41] El art. 122 Cco terminó recogiendo y reconociendo la forma jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada, según la nueva redacción dada a dicho precepto legal por virtud de la Ley 19/1989, de 25 de julio, sobre reforma parcial y adaptación a las Directivas comunitarias de la legislación de sociedades, si bien la regulación de este tipo societario (la sociedad limitada) no se contenía en la norma codificada (esto es, en el Código de Comercio), sino en ley especial de 1953 y, posteriormente, en la ley de 1995 (en la actualidad, en el TRLSC).

[42] Esta ley de 1951 reguladora de las sociedades anónimas ha sido calificada como una ley «*de notable perfección técnica para la época en que fue promulgada*», según consta en la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010.

los hombres de empresa coinciden al pensar que la elección por los fundadores de una sociedad de la forma anónima lleva consigo la necesidad de someterse a ciertos esquemas legales insustituibles por el arbitrio individual. Así lo exige el privilegio de la limitación de la responsabilidad del accionista y la conveniencia de proteger la ingente masa del ahorro que se canaliza hacia la inversión en forma de acciones de sociedad. (...) La sociedad por acciones, por ser la pieza maestra de la economía industrial moderna, debe ser sometida a una ley que, sin atentar a la libre iniciativa privada del empresario, la encauce por normas jurídicas inspiradas en la mayor garantía de accionistas y acreedores y, en definitiva, en el bien común, al que por principio ha de subordinarse el interés privado, por respetable que sea».

Así pues, el legislador español de mediados del siglo XX, siguiendo la senda trazada por la mayoría de los países de nuestro entorno, optó por dotar a la sociedad anónima de un amplio sistema de normas legales en su mayoría inderogables por la voluntad de los particulares, en el que se excluía el libre juego del principio dispositivo o principio de la libertad de pactos.

Resulta interesante señalar cómo en el contexto económico de la sociedad industrial de entonces era frecuente que se optase por la forma jurídica de la **sociedad anónima «cerrada o familiar»** para el desempeño de actividades industriales o comerciales realizadas por miembros de una misma familia. Esta clase de sociedad, caracterizada por su reducido capital social, por su escaso número de socios y por la poca entidad económica de su negocio, estuvo muy extendida en España y especialmente arraigada en Cataluña.

La principal nota característica de la sociedad anónima familiar residía en que representaba una combinación equilibrada de los elementos personalistas propios de la sociedad colectiva y de los elementos capitalistas típicos de la sociedad anónima[43].

En efecto, en el aspecto externo o de las relaciones representativas con los terceros, los socios quieren gozar del atributo definitorio de las sociedades de capital, como es la limitación de responsabilidad, consecuencia de la separación de patrimonios que se opera, dada la distinta personalidad jurídica de la sociedad, que se configura como *sui iuris* o sujeto de Derecho autónomo e independiente de sus socios[44].

En cambio, en el aspecto interno o de gestión de la sociedad, los socios desean beneficiarse del atributo típico de las sociedades de personas, como es el *intuitus*

---

[43] La sociedad anónima familiar constituye un producto *ad hoc* de la labor realizada por los juristas prácticos y que presentaba semejanzas con la entonces denominada *Incorporated Partnership* de los Estados Unidos y con la conocida como *Société Anonyme par interêts* de Francia. Cfr. NGÔ BÀ THÁNH: *La sociedad anónima familiar ante la ley española de 1951*, Barcelona, editorial Hispano Europea, 1963, p. 216.

[44] No obstante, como ya se señaló *supra*, debe advertirse que las sociedades de personas gozan de personalidad jurídica diferente de la de sus socios y, sin embargo, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es personal e ilimitada.

personae, es decir, la especial consideración de las cualidades personales de los socios para formar parte de la sociedad e, incluso, su dedicación en persona a la hora de trabajar para la sociedad.

A este respecto, nos parece oportuno traer aquí a colación (por la amplitud de miras que nos puede proporcionar) el debate suscitado en la doctrina patria y extranjera, tras la promulgación de la Ley española sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, acerca de si la nueva figura societaria introducida por esta ley podía cumplir las expectativas de la sociedad anónima familiar y dar así cauce jurídico a sus pretensiones.

En este sentido, se ha dicho[45] que, si bien ambas clases de sociedad (la sociedad anónima cerrada o familiar y la sociedad limitada) presentaban rasgos comunes y se acercaban notablemente entre sí, sin embargo, no desempeñaban propiamente las mismas funciones.

Así, no parecían ajustarse a las necesidades propias de la sociedad anónima cerrada o familiar algunas de las exigencias contenidas en la legislación reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada, como eran las siguientes:

— La exigencia de un capital social totalmente suscrito y desembolsado desde su origen (lo que no sucede con la sociedad anónima, en que basta el desembolso de una cuarta parte del capital).

— La imposición de una responsabilidad personal y solidaria a todos los socios respecto del valor escriturario de las aportaciones no dinerarias (lo que no ocurre con la sociedad anónima, al exigirse el informe de un experto independiente sobre la valoración de dichas aportaciones).

— El régimen de absoluta igualdad entre los socios tanto en lo que respecta a los derechos políticos como a los económicos, lo cual dificultaba la debida tutela de los intereses de los socios minoritarios (a quienes podría reconocerse un derecho de veto para determinados asuntos) y, asimismo, la no admisibilidad de la inclusión de una cláusula estatutaria que permitiera el reparto de los beneficios sociales en la forma que se estimase conveniente por los socios (y no necesariamente en proporción a las respectivas participaciones sociales), lo que revestiría gran utilidad para dar entrada en la sociedad a personas con cualidades o conocimientos especiales a cambio de reconocerles un beneficio superior al que les correspondería por su participación en el capital social.

---

[45] NGÔ BÀ THÁNH: *op. cit.*, pp. 218-222.

En consecuencia, la «vestidura formal» de la sociedad de responsabilidad limitada no parecía encajar bien con la naturaleza y las necesidades propias de la sociedad anónima cerrada de tipo familiar, que precisaba de mayor flexibilidad y libertad de autorregulación.

Ahora bien, no se consideraba tampoco apropiada la aplicación de la regulación contenida en la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 1951 para dar solución a los problemas específicos que planteaba la sociedad anónima familiar.

En efecto, a diferencia de la sociedad anónima abierta (donde la identidad de los socios es irrelevante y se establece la fungibilidad de las acciones), en la sociedad anónima cerrada los socios suelen llevar la gestión de los asuntos sociales de forma directa y casi cotidiana, asemejándose en este sentido a los socios colectivos y concurriendo más entre ellos una *affectio societatis* o verdadera voluntad de constituir una sociedad, que una mera mentalidad pecuniaria o ánimo de lucro, propio de los accionistas de las sociedades anónimas abiertas.

Además, la libre transmisibilidad de las acciones, característica de las sociedades anónimas abiertas (como medio de búsqueda de capitales y, por ello, de financiación ajena a través del «ahorro público», así como vía que facilita la entrada y la salida de cualquier accionista en la sociedad en cualquier momento), resulta difícilmente conciliable con la naturaleza propia de las sociedades anónimas familiares (más reacias a la entrada de personas ajenas a la familia), razón por la que se recurre en estas últimas a cláusulas limitativas o restrictivas de dicha transmisibilidad.

Por otra parte, en las sociedades anónimas abiertas el poder de gestión y representación de las mismas reside en el órgano de administración, mientras que en las sociedades anónimas cerradas el órgano supremo es la Junta General (dado el menor número de socios), que es la que adopta las decisiones y los acuerdos necesarios para la actuación de la sociedad en el tráfico mercantil.

Finalmente, en las sociedades anónimas cerradas se tiende a abandonar el principio societario clásico de mayoría como regla de gobierno de la sociedad, dándose incluso primacía a los derechos de los accionistas minoritarios (con posibilidad de reconocimiento de un derecho de veto en determinadas decisiones sociales que revistan especial entidad), ya que el socio insatisfecho con la política social adoptada por la mayoría no puede desvincularse de la sociedad mediante la venta de sus acciones, dado el carácter no negociable de las mismas.

En consecuencia, y dada la insuficiencia de la legislación mercantil vigente[46] en la época, en los términos expuestos anteriormente, se abogó por aprobar una regulación legal especial para este tipo societario (la sociedad anónima familiar), tan característico en nuestro Derecho en aquel momento histórico, que dejase amplio margen a la libertad de los estatutos sociales (verdadera «ley» de la sociedad) para establecer la regulación *ad hoc* apropiada a cada caso concreto, al configurarse esta sociedad cerrada de tipo familiar con una base acusadamente contractual (y no tanto institucional, como la sociedad anónima abierta), fruto de la autonomía de la voluntad de cada familia[47].

Los argumentos esgrimidos[48] para defender la tesis sobre la conveniencia e, incluso, necesidad de que se promulgase una ley especial que regulara la sociedad anónima cerrada, como tipo societario diferenciado de la sociedad anónima abierta (régimen dualista), fueron los siguientes:

— La mayor claridad y simplicidad formal de la normativa reguladora sobre Derecho de sociedades, lo que resultaba especialmente necesario y útil para la labor de los juristas, redundando en última instancia en una mayor seguridad jurídica.

— La concesión de cobertura jurídica a la innegable realidad económica existente en España y, de modo especial, en Cataluña, acerca de la socie-

---

[46] La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 estableció una regulación adaptada principalmente a las empresas de cierta envergadura económica, limitándose a reconocer y respetar en su Exposición de Motivos «*el uso arraigado, en algunas regiones españolas, de fundar sociedades anónimas de tipo familiar para negocios modestos*», pero sin abordar la problemática específica planteada por esta figura societaria, carente pues de una regulación legal, de tal manera que se encontraba en un *no man´s land* jurídico o «tierra de nadie», quedando con una mera existencia *de facto* y constituyendo un verdadero desafío al Derecho positivo.

Ante esta situación, se recurrió a la labor «creativa» de los juristas prácticos (principalmente notarios) a través de la aplicación puntual y conjunta de determinadas normas reguladoras de la sociedad colectiva y de la sociedad anónima abierta, siendo objeto de un paulatino y progresivo reconocimiento jurisprudencial hasta la aprobación de la ley de 1953.

[47] El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad han sido puestos de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones (así, en las clásicas decisiones de 1958 y 1961, confirmadas por otras posteriores, como la sentencia de 30 de enero de 2001).

Por su parte, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2013, «puede decirse que los estatutos, sin ser verdadero derecho objetivo, constituyen derecho interno de la corporación. Por ello, en atención a su doble carácter, contractual y normativo, su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta las normas sobre interpretación de los contratos, pero sin excluir absolutamente las reglas sobre la hermenéutica de las leyes».

El carácter institucional de los estatutos sociales se refleja en el principio mayoritario que preside la modificación de los mismos (a diferencia del principio de unanimidad que rige las modificaciones de los contratos plurilaterales en general), exigiéndose como contrapartida la necesidad de observar un procedimiento riguroso con el cumplimiento de determinados requisitos que garantice la adecuada información y la suficiente adhesión de los socios.

[48] *Vid.* NGÔ BÀ THÁNH: *op. cit.*, pp. 236-240.

dad anónima cerrada de tipo familiar, terminando así con la incertidumbre existente hasta entonces tanto en la praxis jurídica como en el ámbito jurisprudencial, al haber eludido el legislador la tarea de abordar de manera inexcusable la regulación de esta figura societaria a la que recurrían entonces muchas empresas españolas.

— La necesidad de distinguir la sociedad anónima cerrada de la sociedad anónima abierta y de la sociedad de responsabilidad limitada, como tipos societarios diferentes, que si bien comparten rasgos comunes, sin embargo, poseen singularidades propias que ofrecen una problemática específica[49].

Por lo que se refiere a la promulgación de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, vino a cubrir el vacío legal existente en cuanto a su reconocimiento y regulación, resultando así ineludible la exigencia de proporcionar una disciplina normativa a esta sociedad, entregada enteramente hasta entonces al juego de la autonomía de la voluntad.

Según su Exposición de Motivos, y ante la situación de incertidumbre sobre cuál debía ser el régimen jurídico aplicable, correspondió «*especialmente a la técnica notarial española el mérito de haber encauzado jurídicamente el impulso de comerciantes e industriales favorable a este tipo de sociedad, que ha alcanzado un notable desarrollo en nuestra vida mercantil*».

Y añade que «*la presente ley está inspirada en principios de una gran elasticidad para permitir a los interesados hacer uso, en amplia medida, de la libertad de pactos, siempre que ésta no se traduzca en una violación directa o indirecta de los postulados esenciales del tipo de sociedad que ahora se regula*».

De este modo, se introdujo un tipo de sociedad dotada de mayor flexibilidad en cuanto a su constitución y funcionamiento que la sociedad anónima, sirviendo así de instrumento eficaz para las empresas de volumen económico más modesto y de menor número de socios que las de forma anónima.

2.3.1.2. Leyes de 1989 y 1995: expansión de la sociedad limitada

El segundo gran hito en la evolución del Derecho societario español se produjo como consecuencia del ingreso de España en las Comunidades Europeas (hoy, Unión Europea) en el año 1986, con la consiguiente transposición de las directivas comunitarias en materia societaria a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación

[49] El hecho concreto, sin embargo, es que no se llegó a aprobar finalmente una ley especial para la sociedad anónima familiar.

de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades[50].

Ello dio lugar a la aprobación de dos nuevas leyes: el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre[51], y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada[52].

Debe tenerse presente que hasta la promulgación de estas leyes, la sociedad anónima era la forma jurídica elegida y adoptada por la mayoría de las empresas españolas, cualquiera que fuese su envergadura, de tal manera que si bien inicialmente estaba pensada sobre todo para las grandes sociedades, finalmente recurrieron a ella también las pequeñas y medianas empresas (configurándose así como una forma jurídica de «polivalencia funcional»), y ello tanto por las deficiencias del régimen jurídico contenido en la ley reguladora de las sociedades limitadas de 1953, como por el mayor arraigo de la sociedad anónima en la práctica empresarial española propia de aquel momento.

En consecuencia, era notablemente mayor el número de sociedades anónimas que se constituían que el de sociedades de responsabilidad limitada.

Ello no obstante, tras la aprobación de la ley reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada de 1995 y hasta nuestros días, se ha invertido completamente la tendencia, de tal suerte que actualmente la sociedad limitada es el tipo societario «estrella» al que se acude mayoritariamente por parte de los operadores económicos[53].

¿Cuáles han sido las causas de este cambio acusado de tendencia?

Considerando instructivo y aleccionador acudir, de nuevo, a la Exposición de Motivos, en este caso de la precitada ley de 1995, para conocer las causas del cambio en la forma social predominante adoptada en España durante los últimos años, «*el rigor del régimen jurídico de la sociedad anónima, con reducido espacio para la autonomía de la voluntad en la conformación de su funcionamiento interno, unido al coste de la estructura, son factores que deben orientar la elección de la forma en favor de la sociedad de responsabilidad limitada. Al mismo tiempo, la cifra mínima de capital social de la anónima cumple una función disuasoria respecto de las iniciativas económicas más modestas. Estas parecen*

---

[50] Publicada en el BOE n.º 178, de 27 de julio de 1989.
[51] Publicado en el BOE n.º 310, de 27 de diciembre de 1989.
[52] Publicada en el BOE n.º 71, de 24 de marzo de 1995.
[53] Este profundo cambio producido en la realidad económica española es advertido por el ilustre notario DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1998, pp. 19-22.

ser las causas del gran incremento del número de sociedades de responsabilidad limitada que se constituyen, a lo que hay que añadir las muchas transformaciones de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada, especialmente en la fase de adaptación a la Ley 19/1989, de 25 de julio».

Añade el legislador que «*ese triple criterio puede conducir a resultados positivos en un sistema legislativo como el español en el que las sociedades de responsabilidad limitada —con mucho, las que concitan la preferencia de los operadores económicos— se han configurado tradicionalmente más como unas anónimas simplificadas y flexibles que como sociedades personalistas en las que los socios gocen del beneficio de responsabilidad por las deudas contraídas en nombre de la sociedad. En España, las limitadas no son una anónima «por fuera» y una colectiva «por dentro».*

A pesar del sincretismo del régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, en el que se combinan elementos procedentes de muy distintos modelos legislativos, prevalece en ese régimen la adscripción a la matriz común de las sociedades de capital, con estructura corporativa relativamente rígida. El éxito en la práctica española de esa tradicional opción de política legislativa pone de manifiesto el acierto de los legisladores de 1953 y de 1995, siendo pocos los casos en los que, dentro del límite infranqueable representado por las normas imperativas y por los principios configuradores, la autonomía privada ha decidido añadir algún tinte personalista».

Por otra parte, y como ya quedó apuntado *supra*, la sociedad anónima cerrada no ha llegado a tener un explícito reconocimiento legal en nuestro ordenamiento ni ha conseguido alcanzar un estatuto jurídico plenamente diferenciado de la sociedad de responsabilidad limitada, habiéndose producido así una progresiva identificación del régimen jurídico de ambas.

Pues bien, la constatación de estos hechos incuestionables ha llevado a un sector autorizado de nuestra doctrina a sostener, como propuesta de *lege ferenda* o de Derecho constituyente, que la actual tipología societaria consistente en el reconocimiento de dos sociedades capitalistas de primer orden (como son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada) debería quizá dejar paso a la plasmación normativa de un «único tipo social unitario que admitiese dos grandes ramas, según su capital pudiera o no ser ofrecido al público»[54].

La distinción ya no residiría, pues, en la naturaleza más o menos abierta o cerrada de la sociedad según su carácter más capitalista o personalista; ni en la mayor o menor flexibilidad del régimen jurídico aplicable a su funcionamiento; ni en el más amplio o reducido juego de la autonomía de la voluntad de los socios

[54] Ídem, p. 22.

a través de la libertad contractual reflejada en los estatutos sociales; sino que la verdadera nota distintiva[55] radicaría en la posibilidad o no de acudir por parte de la sociedad a la financiación ajena a través del «ahorro público o colectivo».

En este sentido, por «ahorro público o colectivo» ha de entenderse el conjunto de instrumentos o mecanismos jurídicos que permiten a una empresa recurrir al capital de terceros inversores, extraños y ajenos a la misma (sea a través de mercados regulados o no), con la evidente finalidad de dotarse de un patrimonio empresarial sólido y consistente con el que poder hacer frente a nuevos retos y proyectos (como pueden ser su internacionalización o la inversión en I + D + i), y ello como mecanismo alternativo a la financiación propia obtenida por la sociedad a través de las aportaciones realizadas por los propios socios, mediante una ampliación del capital social[56].

El legislador de 1995 va más allá al señalar que «*esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas —salvo, obviamente, las cotizadas— son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real, y esta circunstancia ha sido tenida en cuenta por el legislador español y ha debido ser tomada en consideración a la hora de elaborar el texto refundido. Se produce así, en ese plano de la realidad, una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades —las que son específicas de las sociedades cerradas— se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes, concebidas con distinto grado de imperatividad, sin que el sentido de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad*».

Ahora bien, «*con todo, no pueden los socios franquear las fronteras que separan la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. En la nitidez de esa línea divisoria radica precisamente la garantía de una adecuada elección de las formas sociales*», cuestión esta en la que incidiremos más adelante para plantear nuestra propuesta de reforma normativa.

---

[55] No obstante, esta distinción habría quedado diluida si se tiene en cuenta que el art. 402 TRLSC, que recogía la tradicional prohibición de emisión de obligaciones por parte de las sociedades de responsabilidad limitada (introducida por la Ley 2/1995, de 23 de marzo), fue derogado por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (véase Disposición derogatoria, apartado g).

[56] La reciente y triste experiencia ha demostrado la existencia de múltiples productos financieros diseñados para la captación de pasivo, esto es, para atraer los ahorros de muchos particulares e incluso de inversores institucionales mediante el ofrecimiento de altas rentabilidades (participaciones preferentes, instrumentos híbridos, *swaps*...), lo cual ha llevado a reforzar los mecanismos de protección de los consumidores, exigiéndose una mayor transparencia a las entidades financieras en la información suministrada a aquellos.

2.3.1.3. Leyes de 2009 y 2010: modificaciones estructurales de las sociedades

El período de vigencia de ambas legislaciones societarias desembocó, finalmente, en la promulgación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles[57] y en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio[58] (que deroga las leyes reguladoras de la sociedad anónima y de responsabilidad limitada), debiendo advertirse además de la existencia del tantas veces citado en este trabajo Anteproyecto de Código Mercantil[59].

Como señala EMBID IRUJO[60], «tras la alemana y la menos conocida legislación suiza, la ley española de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (como ley específica) constituye una cualificada excepción en el panorama del Derecho comparado, carente, por lo común, de un tratamiento exhaustivo y monográfico de las modificaciones estructurales desde la perspectiva general del Derecho de sociedades mercantiles».

Según la Exposición de Motivos de la ley de 2009, «*en el continuado proceso de perfeccionamiento del Derecho de las sociedades mercantiles, un sector del ordenamiento jurídico en permanente evolución, la presente Ley tiene una singular importancia*».

De este modo, se trata de reducir y simplificar los numerosos requisitos que exigían los tradicionales y complejos procesos de fusión y escisión de sociedades, que han dejado de considerarse por el legislador como operaciones especiales y excepcionales para pasar a convertirse en todo un abanico de diversas figuras jurídicas que están resultando ser útiles en estos tiempos de crisis.

Uno de los importantes avances de la precitada ley consistió en la unificación y ampliación del régimen jurídico de las denominadas «*modificaciones estructurales*», entendiendo por tales aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura personal o patrimonial de la sociedad, comprendiendo la transformación, la fusión, la escisión (total y parcial), la segregación y la cesión global de activo y pasivo.

---

[57] Publicada en el BOE n.º 82, de 4 de abril de 2009.

[58] Publicado en el BOE n.º 161, de 3 de julio de 2010.

[59] Anteproyecto de ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (informado en Consejo de Ministros y sin remitir todavía a las Cortes Generales).

Vid. www.mjusticia.gob.es.

Recuérdese que ya el 16 de mayo de 2002 se aprobó una Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles por la Sección Segunda de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, y cuya elaboración fue encomendada a los profesores ROJO, SÁNCHEZ CALERO y BERCOVITZ.

Sin embargo, el anteproyecto citado de 2014 es mucho más ambicioso, pues excede con creces la simple regulación de las sociedades mercantiles.

[60] EMBID IRUJO, José Miguel: *op. cit.*, p. 31.

Estas dos últimas figuras se introducen por primera vez en el Derecho sustantivo de sociedades mercantiles, superándose así la concepción que limitaba la cesión global de activo y pasivo al ámbito propio de la liquidación y proporcionando además un nuevo instrumento legislativo para la transmisión de empresas, de tal manera que la ley permite ahora que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras, por sucesión universal, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de la sociedad cesionaria.

Entendemos acertada la destacada ampliación de las modificaciones estructurales que las sociedades mercantiles pueden llevar a cabo en el seno de nuestro ordenamiento jurídico societario, tras las últimas reformas legales realizadas, con la adopción de las correspondientes cautelas que permitan tutelar los intereses de los principales afectados (como son los propios socios y los acreedores sociales), de tal manera que «deja de ser determinante el tradicional propósito de mantener la tradicional estructura originaria de la sociedad derivada del proceso fundacional, a salvo quizá de algunas modificaciones estatutarias»[61] para dar paso así al reconocimiento por el legislador de una diversificación de los procesos de reestructuración de la sociedad, al contemplarse junto a la fusión o escisión ordinarias otras variedades de las mismas caracterizadas por su simplificación.

Por su parte, según VICENT CHULIÁ[62], «la Ley de Sociedades de Capital sigue al Informe Winter de 6 de noviembre de 2002, que señalaba que la diferenciación entre sociedades anónimas y sociedades limitadas era "en gran medida artificial", mientras que la realidad muestra una sustancial diferenciación entre sociedades de capital cotizadas y no cotizadas».

Asimismo, ha de hacerse mención también (en este proceso de formación y transformación del Derecho societario español) de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital[63], que suprimió algunas de las diferencias todavía subsistentes entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, por considerarse injustificadas, tratando así de equiparar en algunos aspectos el funcionamiento de las primeras al de las segundas.

Así, se pone fin a la exigencia de que, en sede de liquidación de las sociedades anónimas, los bienes inmuebles integrantes del activo social tengan que venderse en pública subasta; se admite la posibilidad de que la Junta general de accionistas pueda optar por diferentes formas de organización del órgano de administración de la sociedad, sin necesidad de modificar los estatutos sociales;

---

[61] EMBID IRUJO, José Miguel: *op. cit.*, p. 32.
[62] VICENT CHULIÁ, Francisco: *op. cit.*, p. 1084.
[63] Publicada en el BOE n.º 184, de 2 de agosto de 2011.

se suprime la exigencia de publicación en diarios oficiales de los de mayor circulación en la provincia del domicilio social o en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* de determinadas operaciones societarias (tales como la convocatoria de la junta general de socios o la disolución de la sociedad); y, finalmente, se permite la introducción de causas de exclusión de los accionistas en los estatutos sociales.

De este modo, con las modificaciones introducidas por la ley precitada, se desdibujan cada vez más las diferencias entre las dos formas jurídicas societarias principales de nuestro Derecho de sociedades: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta el Libro Verde[64] de la Comisión Europea sobre «la normativa de gobierno corporativo de la Unión Europea»[65], en el que se formularon propuestas sobre la necesidad de conseguir un mayor interés de los accionistas acerca de la gestión de la sociedad (y no solo en la obtención de dividendos) y sobre la necesaria agilización en el funcionamiento de los órganos corporativos de las sociedades.

Dentro de estas directrices comunitarias, y en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico societario, se aprobó la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo[66], en la que se refuerza el papel de la Junta general de accionistas, ampliando sus competencias y abriendo cauces para fomentar la participación accionarial.

2.3.2. Replanteamiento del Derecho de sociedades

Es tradicional el reconocimiento por un sector importante de la doctrina mercantilista[67] de la necesidad de avanzar hacia una reordenación general del Derecho regulador de las sociedades de capital, demandando un claro replanteamiento del modelo tipológico legal.

---

[64] Los Libros Verdes son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto, invitándose a las partes interesadas (particulares y organismos) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas presentadas. A su vez, los Libros Verdes pueden dar origen a novedades legislativas, que se reflejan en Libros Blancos.

[65] Bruselas, 5.4.2011, COM (2011), 164 final.

[66] Publicada en el BOE n.º 293, de 4 de diciembre de 2014.

[67] URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel (directores): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1.º a), Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2007, pp. 32 y ss.

En este sentido, se ha señalado que «no podemos dejar de reconocer la importancia del problema tipológico desde el punto de vista de la funcionalidad y adecuación del Derecho de sociedades a la realidad del moderno tráfico empresarial y, en consecuencia, la necesidad de preparar el camino para una futura reforma que permita zanjar definitivamente la discusión en torno a la diferenciación positiva entre los distintos tipos societarios», y ello teniendo en cuenta la «petrificación» y «preocupante obsolescencia» del Derecho europeo de sociedades vigente en la actualidad[68].

De este modo, queda sin respuesta la pregunta de cuál debe ser en el futuro la relación entre las dos formas principales de las sociedades de capital[69].

A este respecto, son varias las teorías propuestas:

1. Propugnar la evolución de nuestro sistema de tipos societarios hacia una única forma de sociedad de capital, caracterizada por una configuración jurídica flexible que permita albergar una pluralidad de tipos funcionales, siguiéndose así una concepción unitaria semejante a la *company* del Derecho anglosajón.

2. Mantener el tradicional modelo dualista propio de los ordenamientos jurídicos continentales, reservando la forma social de la sociedad anónima para la gran sociedad abierta al mercado de capitales, pero desdoblando la sociedad de responsabilidad limitada en dos subtipos: uno, con estructura y organización corporativas, pero diferente de aquel modelo de sociedad anónima; y otro, con una base acusadamente personalista que pueda dar cobertura jurídica a sociedades más cerradas, produciéndose así una disociación tipológica en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada.

3. Configurar, por el contrario, la sociedad de responsabilidad limitada como una sociedad de personas, si bien con responsabilidad limitada, y articular la sociedad anónima a través de dos subtipos societarios de naturaleza corporativa: uno, de carácter más abierto que pueda acceder a la financiación procedente del ahorro público; y otro, con un número más estable y reducido de socios.

De todo ello se desprende que parecen mayoritarias las tendencias doctrinales que abogan por una reorganización tripartita de los tipos societarios en sede de sociedades de capital, en función de su mayor o menor grado de personalización.

En definitiva, la cuestión reside en que los nuevos modelos legales de sociedad mercantil respondan de manera efectiva a las diferentes formas de organiza-

---

[68] Ídem, pp. 46 y 47.
[69] *Vid*. Exposición de Motivos del TRLSC de 2 de julio de 2010.

ción empresarial que demanda la sociedad de nuestro tiempo, delimitándose con claridad los elementos estructurales que caracterizan cada tipo societario con la evidente finalidad de ofrecer un cauce jurídico adecuado a las distintas pretensiones de los operadores económicos, permitiendo a éstos la elección del tipo legal que más se ajuste a su voluntad.

Ciertamente, y a pesar del progresivo acercamiento entre ambos tipos societarios que se viene observando en las últimas reformas legales en nuestro Derecho, tal como se ha expuesto *supra*, se pueden todavía advertir algunos rasgos distintivos esenciales entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, como son los siguientes:

— La cifra mínima del capital social[70], que evidencia la voluntad del legislador de reservar la forma social de la sociedad limitada a empresas más modestas[71].

— En el caso de las sociedades limitadas, los socios responden solidariamente frente a los terceros y frente a los demás socios de la realidad y valor de las aportaciones no dinerarias, a diferencia de las sociedades anónimas, donde se impone la obligación de aportar un informe de un experto independiente.

— Las participaciones sociales no tienen la consideración de títulos-valores ni pueden incorporarse a títulos negociables, lo que restringe su transmisión (ya que prevalece el elemento personalista), a diferencia de lo que ocurre con las acciones de la sociedad anónima, respecto de las cuales se predica su libre transmisibilidad (al primar el elemento capitalista) y son susceptibles de negociación en mercados de capitales.

— La exigencia de mayores requisitos de publicidad respecto de las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas y, en general, el reconocimiento de un mayor ámbito a la autonomía de la voluntad estatutaria en las sociedades de responsabilidad limitada, tal como se pone de manifiesto en la expresión legal «salvo disposición en contrario de los estatutos», que se recoge en numerosos preceptos de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, advertidas las diferencias más destacables entre ambas formas sociales, debe igualmente ponerse de manifiesto la existencia de diversos aspectos

[70] El capital social de la SRL no podrá ser inferior a 3.000 euros, mientras que el de la SA no podrá ser inferior a 60.000 euros (art. 4 TRLSC).

[71] No obstante, la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, de 27 de septiembre de 2013, suprimió la exigencia de un capital social mínimo en el concreto caso de las denominadas «sociedades limitadas de formación sucesiva».

en los que el régimen jurídico de ambos tipos societarios parece converger, difuminándose así las notas distintivas entre ellos. Así:

— La libre transmisibilidad de las acciones de una sociedad anónima puede restringirse, tratándose de acciones nominativas, mediante la incorporación de cláusulas limitativas de su transmisibilidad en los estatutos sociales.

— Los rigurosos requisitos de publicidad tradicionalmente exigidos, en relación con los cambios estructurales de las sociedades anónimas, se han simplificado notablemente en las últimas reformas legales.

— Desde una perspectiva de estructura corporativa, ambas formas sociales disponen de un órgano soberano (la Junta General), admiten los mismos modos de organización del órgano de administración (unipersonal, pluripersonal y colegiado) y reconocen el mismo ámbito competencial en cuanto a las facultades de actuación de este último.

— La sociedad de responsabilidad limitada puede acceder ya al ahorro público mediante la emisión de obligaciones, suprimiéndose de este modo la prohibición existente en esta materia en nuestro Derecho y equiparándose al régimen de la sociedad anónima.

— Tanto uno como otro tipo de sociedad pueden ser unipersonales, es decir, pueden estar constituidas por un único socio, ya sea persona física o jurídica.

— Si bien en la *mens legislatoris* o mente del legislador de 1995 se encontraba la idea de reservar la forma de sociedad de responsabilidad limitada para la pequeña y mediana empresa y, sobre todo, para la empresa familiar, sin embargo, lo cierto es que existen grandes empresas familiares que han optado por este tipo legal (esto es, la SRL) con la finalidad de mantener su carácter cerrado e impedir así la entrada en su capital social de personas extrañas y ajenas a la familia empresaria.

— Desde un punto de vista estrictamente tributario, tanto la constitución de una sociedad anónima como de una sociedad de responsabilidad limitada están sujetas y exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de operaciones societarias[72], y ello con el fin de estimular la iniciativa empresarial.

Pues bien, entendemos que la situación anteriormente expuesta hace aconsejable una reformulación de los dos tipos societarios principales (desde el punto de

[72] Véase art. 45.1.A.11 del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993.

vista de su mayor utilización en el tráfico mercantil), como son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

Pero, ¿en qué sentido ha de hacerse esta reforma tipológica en el Derecho de sociedades español?

La primera cuestión que entendemos debe abordarse por el legislador es la propia terminología legal, que suscita cierta confusión. En efecto, tanto la sociedad anónima como la sociedad de responsabilidad limitada se caracterizan porque la responsabilidad de los socios por las deudas sociales está limitada al valor de sus respectivas aportaciones a la sociedad, de tal manera que se configura como una nota esencial de toda sociedad de capital (como lo es también la sociedad anónima) y no solo de la sociedad de responsabilidad limitada.

A mayor abundamiento, esta última expresión legal no es técnicamente correcta, pues la sociedad responde de sus deudas con todo su patrimonio presente y futuro (*ex* art. 1911 CC), siendo solo los socios quienes limitan su responsabilidad al valor de sus aportaciones sociales, como consecuencia de la separación de patrimonios (patrimonio societario y patrimonio personal) y de su respectiva autonomía patrimonial.

Por tanto, ni es la sociedad la que limita su responsabilidad (sino el socio), ni esa limitación existe solo en la SRL (sino también en la SA).

En el Derecho comparado, por su parte, predomina la denominación de sociedad «por acciones» para referirse a la sociedad anónima, si bien está muy generalizado también el término «sociedad de responsabilidad limitada».

Por todo ello, y basándonos en estas consideraciones, estimamos más acertada la formulación de una única denominación genérica de «sociedad de capital», por contraposición a la «sociedad de personas».

Una vez analizada la cuestión terminológica (que no es baladí), y dando un paso más adelante en nuestra propuesta de reforma del Derecho societario español, ha de plantearse si la dualidad vigente entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada debe mantenerse o, por el contrario, debe ponerse fin a un debate suscitado desde hace tiempo en la doctrina mercantilista y que se ha ido aplazando por el legislador, adoptando así una solución que despeje toda confusión.

Con independencia de algunos supuestos concretos en que hay una «reserva legal de forma» a favor de la sociedad anónima (como es el caso de las sociedades o agencias de valores, las entidades financieras o las entidades aseguradoras, entre otras), tradicionalmente se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico socie-

tario un «solapamiento» o «superposición» entre las dos formas sociales principales en sede de sociedades de capital, a saber: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

Este problema deriva de la «polivalencia funcional» o flexibilidad del tipo normativo de la sociedad anónima (a pesar de tener *prima facie* un régimen jurídico más rígido), que ha permitido albergar bajo su vestidura formal tanto a grandes empresas como a pequeñas y medianas empresas, hasta el punto de que el propio legislador concibió la sociedad de responsabilidad limitada como una «pequeña anónima»[73], en términos semejantes a los establecidos en algunas legislaciones de Derecho comparado[74].

Además, esta confusión de formas societarias se ha acentuado en los últimos años como consecuencia de las numerosas reformas legales realizadas en el Derecho español, a través de las cuales se ha ido produciendo un progresivo acercamiento del régimen jurídico de la sociedad anónima al de la sociedad de responsabilidad limitada, con la finalidad de flexibilizar algunas exigencias legales propias de aquella.

Ciertamente, y como ha sostenido un sector autorizado de la doctrina mercantilista, «el peso de la tradición y el arraigo de los actuales tipos de sociedad capitalista (...) y, en definitiva, las dificultades que una modificación de tales características comportaría desde el punto de vista de su engarce con la legislación comunitaria, constituyen inconvenientes nada desdeñables frente a tal iniciativa»[75].

Ello no obstante, consideramos necesaria e inaplazable una reordenación de la actual tipología societaria española, en virtud de la cual se aporte claridad y seguridad jurídica tanto a los operadores económicos como a los profesionales del Derecho.

En este sentido, a nuestro juicio, debería reconocerse un único tipo legal general de sociedad de capital[76], que se configure con las notas esenciales y los principios propios de estas sociedades (ya examinados) y, partiendo de esta estructura corporativa básica, se admitan diferentes modalidades o subtipos[77] en los que se

---

[73] *Vid*. Exposición de Motivos de la entonces Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995.

[74] Recuérdese la «pequeña sociedad por acciones» del Derecho alemán o la «sociedad por acciones simple» del Derecho francés.

[75] URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel (directores): *op. cit.*, p. 45.

[76] Nos hemos centrado en nuestro trabajo en el estudio de las sociedades de capital, al ser muy mayoritaria su presencia en el tráfico mercantil en relación con las sociedades de personas.

[77] Como podrían ser la sociedad por acciones, la sociedad por participaciones, la sociedad familiar...

recojan y especifiquen claramente las singularidades propias[78] de cada uno de ellos, con la finalidad de responder mejor a las necesidades particulares de los empresarios y adecuarse así a sus legítimos intereses empresariales.

Ello estaría en consonancia con el creciente y generalizado fenómeno de política legislativa consistente en el reconocimiento y regulación de un número cada vez mayor de modalidades societarias en los diversos ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, en los términos que han sido expuestos en el presente trabajo.

Y, desde un punto de vista estrictamente formal o de técnica legislativa, entendemos que sería conveniente unificar toda la regulación de las sociedades de capital (e, incluso, de las sociedades de personas y de los empresarios individuales)[79] en una única ley o código de leyes, a fin de evitar la dispersión normativa mediante múltiples leyes especiales, lo cual puede generar una grave inseguridad jurídica[80].

Finalmente, después de haber planteado nuestra propuesta de reforma en materia de reordenación de los tipos societarios y dando otro paso todavía más adelante, cabría cuestionarse si ha de reconocerse o no mayor autonomía de la voluntad a los socios en la ordenación y configuración de la sociedad elegida y constituida por ellos.

La disciplina científica del Derecho de sociedades se sustenta sobre dos elementos esenciales que se configuran como pilares básicos en esta materia, como son la intervención legislativa necesaria para la determinación de los principios configuradores de cada tipo societario, por un lado, y la autonomía de la voluntad de los socios en el ejercicio de su libertad contractual reflejada en el contrato fundacional de sociedad y en los estatutos sociales, por otro.

Los principios configuradores del tipo normativo son concebidos por la ley como límites a la autonomía estatutaria, si bien la imprecisión con la que aparecen

---

[78] El legislador debería ser muy preciso a la hora de determinar cuáles son los elementos característicos de cada uno de esos subtipos, a fin de delimitarlos con claridad y evitar cualquier confusión o ambigüedad en su utilización.

A título meramente orientativo, algunos de esos criterios distintivos podrían ser los siguientes: exigencia o no de una cifra mínima de capital social o de socios, división del capital en partes o cuotas de mayor o menor transmisibilidad, carácter más abierto o cerrado de la sociedad, posibilidad de acceder o no a mercados regulados o al ahorro público, modo de organización del órgano de administración, mayor o menor imperatividad de las normas, mayor o menor autonomía de la voluntad de los socios, etc.

[79] Este es el propósito del Anteproyecto de ley del Código Mercantil.

[80] Adviértase que este no ha sido el criterio seguido por el legislador, a tenor de lo dispuesto por el art. 3.1 TRLSC, al señalar que «*las sociedades de capital, en cuanto no se rijan por disposición legal que les sea específicamente aplicable, quedarán sometidas a los preceptos de esta ley*».

formulados legalmente dificulta su individualización y la determinación de su concreto significado jurídico, habiéndose identificado con las normas imperativas, con el orden público societario, con los principios generales del Derecho o con los elementos estructurales del tipo societario específico de que se trate.

Pues bien, la política legislativa moderna a nivel internacional parece estar dando prioridad, de un tiempo a esta parte, a la capacidad de autorregulación como fuente principal de ordenación de los diferentes supuestos de la realidad societaria, y ello a través tanto del reconocimiento de múltiples tipos societarios como del amplio margen de actuación de la autonomía de la voluntad para la configuración de esas sociedades, reduciéndose así las normas de naturaleza imperativa[81].

En el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico no se aprecia un criterio claro en este aspecto por parte del legislador, que a veces parece otorgar primacía a la libertad contractual de los socios y otras, en cambio, pretende limitarla a favor de una pretendida celeridad y agilidad.

Así, siguiendo la primera de las orientaciones mencionadas, el Reglamento del Registro Mercantil[82] dispone que «*además, los estatutos podrán crear un comité consultivo. Deberá determinarse en los estatutos si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del Consejo de administración o de la Junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo, así como su específica denominación, en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término familiar», añadiéndose en el último párrafo que «también podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo*»[83].

Partiendo, pues, de esta regulación reglamentaria[84], se permite la creación estatutaria de nuevos órganos sociales, de tal manera que, junto a los órganos

---

[81] Ahora bien, como ya se señaló *supra*, este amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los socios tiene como premisa su cobertura legal, de tal suerte que por la sola voluntad no pueden «crearse» nuevos tipos societarios, al tener la atipicidad difícil cabida en este ámbito.

[82] Aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y publicado en el BOE n.º 184, de 31 de julio de 1996.

[83] *Vid*. artículos 124.2 y 185.3 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM), en sede de inscripción de sociedades mercantiles de capital, en la redacción dada por virtud de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

[84] Algunos autores han criticado esta reforma por carecer de base legal, infringiendo el principio de tipicidad legal, por no guardar relación ninguna con la publicidad de los protocolos familiares (materia que regula el Real Decreto que introduce esa reforma) y por atentar contra la arquitectura

«necesarios» previstos por la legislación mercantil (la Junta General, como órgano soberano, y el órgano de administración, con funciones de gestión y representación de la sociedad), se contempla la posibilidad de introducir «órganos voluntarios» siempre que se respete el principio básico de separación de funciones y de reparto de competencias característico de las sociedades de capital.

De este modo, se reconoce un cierto juego a la autonomía de la voluntad societaria en este concreto ámbito de la estructura orgánica, al considerarse por el legislador (en realidad, en este caso, el ejecutivo) que determinadas empresas pueden requerir un esquema organizativo específico, más sofisticado que el previsto en la legislación societaria.

No obstante, no se trata de una libertad plena o absoluta, pues solo se alude a la creación de un «comité consultivo» o de otros órganos «cuya función sea meramente honorífica», de tal manera que esa libertad contractual está muy delimitada.

En este sentido, y siguiendo la segunda de las líneas antes señaladas, resulta paradójico que se limite la libertad contractual de los socios mediante la predisposición e imposición de unos estatutos-modelo[85], con el pretendido fin de agilizar el proceso de constitución de una sociedad mercantil de capital a través de la implementación de una plataforma telemática (como es el caso de la «sociedad limitada Nueva Empresa»), quedando así reducida a la mínima expresión la autonomía de la voluntad estatutaria y adquiriendo mayor relevancia, como contrapartida, los conocidos pactos parasociales, que pueden ser incluso «omnilaterales» (es decir, suscritos por todos los socios)[86].

Es manifiesto y notorio el grave y preocupante empobrecimiento que ello supone del Derecho de sociedades, convirtiendo así la constitución de una sociedad en algo puramente mecánico y cerrado, lo cual resulta contradictorio con esa tendencia antes aludida de reconocer una mayor capacidad de autorregulación en materia societaria y lograr, así, el necesario ajuste entre la normativa y las diversas necesidades de la actividad empresarial.

---

cerrada de las sociedades de capital, alterando el equilibrio de peso y contrapeso entre los órganos societarios, que se reconoce en la regulación legal.

Véase PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La empresa, el protocolo y la sociedad «familiar» (anotaciones al RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares)», Madrid, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 48, diciembre de 2007, p. 140.

[85] *Vid.* Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los Estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada.

[86] Ha de tenerse en cuenta que el pacto parasocial tiene naturaleza estrictamente contractual y, en consecuencia, su eficacia jurídica queda circunscrita exclusivamente a quienes lo han firmado (eficacia *inter partes*), careciendo pues de trascendencia frente a terceros (eficacia *erga omnes*), al ser *res inter alios acta*.

En definitiva, consideramos que ha de favorecerse con carácter general el juego de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual de los socios, siempre que ello redunde en beneficio de la sociedad y no perjudique los intereses de terceros, dando así mayor protagonismo y margen de actuación a los estatutos sociales en detrimento de los pactos parasociales.

2.3.3. Propuestas de *lege ferenda* en relación con la empresa familiar

Por lo que se refiere al concreto caso de la empresa familiar, cuando adopta la forma de sociedad mercantil capitalista, debe tenerse en cuenta que la legislación reguladora de este tipo de sociedades está inspirada e informada por una serie de principios que no siempre son fácilmente conciliables con los intereses de las empresas familiares.

Se observan, pues, una serie de discordancias y desajustes en la legislación societaria en relación con los intereses propios de las empresas familiares, de tal manera que podrían plantearse las siguientes propuestas *de lege ferenda*[87]:

— La conveniencia e, incluso, necesidad de coordinar adecuadamente las disposiciones testamentarias y las cláusulas estatutarias cuando no se ha formalizado un protocolo familiar.

En este punto, pueden colisionar dos criterios distintos de política legislativa: por un lado, el de favorecer la continuidad y estabilidad de unidades patrimoniales en interés de la familia; y, por otro, la prohibición de las indivisiones perpetuas, de tal manera que no se puede imponer a los herederos o legatarios mediante un título sucesorio (y en aras de evitar la división de la empresa) la obligación de mantener la situación de comunidad con carácter perpetuo (*ex* arts. 400 y 1051 del Código Civil, en adelante CC).

A este respecto, el testador puede adoptar disposiciones *mortis causa* que regulen la transitoria y delicada situación de herencia yacente[88], designando así un administrador durante el período de yacencia hereditaria o encomendando estas funciones al albacea, evitándose de este modo tener que acudir al nombramiento de un administrador judicial.

Y aunque la legislación mercantil exige el nombramiento de un representante frente a la sociedad para las situaciones de cotitularidad de acciones o participaciones sociales a fin de poder ejercitar los derechos inherentes a la condición de

---

[87] *Vid.* Informe de la Ponencia del Senado de 23 de noviembre de 2001, pp. 30 y 31.

[88] *Vid*., en este sentido, el art. 411-9 del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), sobre la «*herencia yacente*».

socio, sin embargo, el régimen jurídico que establezca las reglas que regulen la administración de los bienes que formen parte de la herencia yacente será el contenido en el título sucesorio.

— Una de las eventuales reformas del Derecho societario que no ha adquirido todavía carta de naturaleza es la regulación de los derechos políticos basada en la distinción de dos tipos de socios en las empresas familiares: los familiares y los no familiares, y ello con la finalidad de arbitrar mecanismos jurídicos que faciliten la continuidad de la empresa.

Quizá sería conveniente admitir la creación de distintas clases de participaciones sociales, reconociendo la libertad de transmisión para una determinada clase (las de los socios familiares) y su prohibición para la otra clase (las de los socios no familiares), debiendo articularse el mecanismo jurídico idóneo para las eventuales restricciones a la transmisibilidad: autorización previa por el órgano social competente, derecho de adquisición preferente por la sociedad o por los socios con anterioridad a la transmisión (tanteo) o con posterioridad a la misma (retracto).

— La más amplia y detallada regulación de las prestaciones accesorias en las empresas familiares societarias, con la finalidad de establecer obligaciones específicas de hacer (especialmente en el orden de la gestión).

— La posibilidad de introducir una serie de «bonos de fundador» que otorguen determinadas ventajas a los miembros del grupo familiar.

— La regulación más precisa de las acciones privilegiadas y de las acciones sin voto, así como del usufructo de acciones.

Las acciones sin voto y las participaciones sociales sin voto[89] constituyen hoy una fuente de financiación de las sociedades de capital a cuyos titulares se les priva del derecho de voto, con el fin de no interferir así en las líneas directrices de la empresa, a cambio de percibir un dividendo preferente.

— La incorporación de previsiones a las cláusulas estatutarias sobre prohibiciones o limitaciones para ser administrador.

— La posibilidad de imponer la temporalidad en el cargo de gestor de las empresas familiares.

— La introducción de supuestos especiales de separación de los administradores derivados de la propia naturaleza de la empresa familiar.

[89] Cfr. art. 98 TRLSC.

— El reconocimiento legislativo del Consejo de Familia, lo que contribuiría a facilitar la resolución de uno de los principales problemas que se plantean en las empresas familiares y que consiste en establecer cauces específicos de comunicación entre familia y empresa y en integrarlos en la estructura corporativa de la sociedad, para dotarlos así de mayor eficacia.

Finalmente, y en línea con la argumentación que hemos venido sosteniendo en nuestro trabajo, consideramos que sería conveniente la regulación legal de un tipo societario específico, a modo de «sociedad de capital familiar» (quizá con distintos subtipos, a su vez), para la empresa familiar que adopte la forma societaria (reconociendo, asimismo, un estatuto para la empresa unipersonal), en el que se reconozcan todas sus singularidades y se deje amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad.

II. NECESIDAD O CONVENIENCIA DE UN ESTATUTO NORMATIVO QUE REGULE *AD HOC* LA EMPRESA FAMILIAR

La ausencia de una regulación jurídica que aborde de una forma integral el tratamiento de la empresa familiar en nuestro ordenamiento, así como los problemas derivados de su transmisión, justifica el planteamiento de las cuestiones que ahora estudiamos en aras de buscar una respuesta justa y adecuada que el Derecho ha de ofrecer a esta relevante realidad económica, social y familiar.

En este sentido, en el presente artículo se pretenden tratar dos cuestiones de sumo interés:

1. La necesidad o conveniencia de un estatuto normativo que regule *ad hoc* las empresas familiares.

2. En caso afirmativo, la determinación del contenido mínimo que debe tener dicho estatuto.

La primera consideración que merece ser, pues, objeto de análisis y reflexión es la siguiente:

¿Es necesaria la existencia de una regulación jurídica específica (a modo de estatuto) que reconozca las singularidades de la empresa familiar y le proporcione un tratamiento normativo integral, respondiendo así a las exigencias derivadas del interés general, así como a la demanda social existente sobre esta materia?[90]

[90] Así, en España el 85 por 100 del total de las empresas españolas son familiares y generan el 70 por 100 del empleo privado y del Producto Interior Bruto.

O, por el contrario, ¿sería suficiente con introducir algunas modificaciones puntuales y sectoriales en las leyes vigentes para adecuar el marco normativo actual a las necesidades de autorregulación de las empresas familiares?

A mayor abundamiento, ¿podría considerarse incluso suficiente la regulación jurídica vigente tanto desde la perspectiva del Derecho civil (principalmente en sede sucesoria) como desde el punto de vista del Derecho mercantil y societario, así como de la legislación tributaria, con el fin de encontrar los recursos normativos necesarios para dar una respuesta adecuada a la problemática que plantea la compleja realidad de la empresa familiar?

Y, en todo caso, ¿estaría justificado un trato legal diferenciado (bien mediante un estatuto integral, bien mediante reformas puntuales y concretas) de las empresas familiares respecto de las que no tienen esta condición?

1. Posiciones doctrinales. Posible amparo constitucional del estatuto

Algunos autores, como TENA ARREGUI[91], sostienen que «la empresa familiar necesita legislación», considerando que ha de favorecerse la libertad de regulación mediante una normativa poco intervencionista y propugnando el control de legalidad notarial para asegurar una función cautelar y de seguridad jurídica preventiva que permita evitar los inconvenientes de esa libertad.

Y añade dicho autor que tan importante es la conservación de la empresa dentro de la familia (mediante la adecuada transmisión de su propiedad a quien o quienes lleven el apellido familiar) como la conservación de la familia dentro de la empresa (a través de la participación de algunos de los familiares en la gestión empresarial).

A este respecto, merece destacar la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, en la que se señala que «*una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar (...). Esta realidad econó-*

Por su parte, en la Unión Europea el 60 por 100 de las empresas son familiares, lo que representa una cifra de 17 millones de empresas que generan 100 millones de empleos.

Y en Estados Unidos el 80 por ciento de las empresas tienen la condición de familiares y producen el 50 por 100 del empleo.

Un último dato que debe tenerse en cuenta es que el 80 por ciento de las empresas del mundo son familiares, según las estadísticas manejadas por la Family Business Network (FBN).

Fuente de información: Instituto de la Empresa Familiar (www.iefamiliar.com).

Véase, asimismo, www.fbn-i.org.

[91] TENA ARREGUI, Rodrigo; *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, pp. 44-48.

mica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses, especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico».

Y se añade que «*no es un Real Decreto el cauce oportuno para la alteración de los tipos societarios o para establecer especialidades de los mismos, y por ello no se regulan aspectos estructurales u organizativos de la sociedad familiar ni se establecen los eventuales caracteres de la misma*».

Así pues, de las palabras anteriormente citadas parece desprenderse que se está admitiendo la existencia de una serie de singularidades propias de la empresa familiar (sea o no societaria) que justificaría la regulación normativa de la misma a través de un estatuto jurídico específico.

En este sentido, FUENTES MARTÍNEZ[92] sostiene que «las reformas legislativas llevadas a cabo hasta ahora son simples parches legislativos con un carácter fragmentario, no habiéndose aprovechado la ocasión para abordar en profundidad algo que va siendo inaplazable: crear un verdadero estatuto sucesorio de la empresa»[93].

En coherencia con esta postura doctrinal, algunos sectores han propugnado como necesaria la publicación de una «ley paraguas» o ley global que recoja y regule el estatuto jurídico de la empresa familiar, estableciendo así un marco normativo general que sea objeto de un posterior desarrollo a través de otras normas de rango normativo inferior, como serían las normas reglamentarias[94].

---

[92] FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: «La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires.* Algunas propuestas de reforma», en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, José María (coords.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo II, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 463-465 y 494-499.

[93] Debe tenerse presente que el Informe de la Ponencia del Senado de 2001 tuvo su origen en una moción presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado el 19 de septiembre del año 2000 y por la que se instaba al Gobierno a que, en el plazo más breve posible, remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de estatuto jurídico de la empresa familiar.

Pues bien, la moción y las enmiendas presentadas a la misma fueron debatidas en la sesión plenaria del Senado celebrada el día 26 de septiembre del año 2000, fruto de cuyo debate el Pleno del Senado aprobó la moción número 47, del siguiente tenor: «Que se constituya en el plazo más breve posible una Ponencia en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, que elabore un informe que recoja de manera exhaustiva todas aquellas materias que, en la compleja realidad de las empresas familiares, podrían ser objeto de una regulación jurídica específica».

[94] Esta opinión fue formulada por D. José Manuel LARA BOSCH en su condición de presidente del Instituto de la Empresa Familiar, y aparece recogida en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 23 de noviembre de 2001, número 312, VII legislatura, página 3.

Especialmente elocuente es el planteamiento realizado al respecto por ROCA JUNYENT[95], quien considera que deben ponerse en relación dos preceptos constitucionales para poder dar una respuesta fundada en Derecho a la cuestión de si la empresa familiar goza de un amparo constitucional específico y, por consiguiente, ha de ser objeto de un desarrollo legislativo singular:

— Por una parte, el art. 38 de la Constitución española (en adelante, CE) reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado e impone a los poderes públicos que se constituyan en garantes del ejercicio y protección de esta libertad, para lo cual deberán promover las condiciones que la hagan posible y eliminar los obstáculos que la impidan o dificulten.

— Y, por otra parte, el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

Pues bien, según el autor precitado, «garantizar y proteger la libertad de empresa y asegurar la protección económica y jurídica de la familia, en su combinación, manifiestan que el hecho económico de la empresa familiar comporta singulares obligaciones para los poderes públicos», de tal manera que del mismo modo que existen regulaciones específicas que desarrollan la actividad empresarial de determinados colectivos sociales (tales como cooperativas o sociedades agrarias de transformación),[96] debería aprobarse una normativa que abordara la regulación integral de la empresa familiar, al constituir la familia el colectivo social de mayor relevancia por su tradición, arraigo e importancia en la estructuración de la sociedad misma.

Por tanto, «podría considerarse que existe una clara fundamentación jurídico-constitucional para la existencia de una legislación específica sobre la empresa familiar», de tal manera que la solución contraria podría estimarse incluso discriminatoria, pues si se parte de la premisa de que la empresa familiar presenta una serie de singularidades que la hacen merecedora de una regulación especial y, sin embargo, la realidad pone de manifiesto la ausencia de dicha regulación, estaría recibiendo un tratamiento jurídico igual al del resto de las empresas que no tienen la condición de familiares, por lo que se está tratando de igual forma realidades que son desiguales.

---

[95] ROCA JUNYENT, Miguel: «La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario», en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, José María (coordinadores), *op. cit.*, tomo IV, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 53-56.

[96] O el caso de las sociedades profesionales, añadimos nosotros. Véase, a este respecto, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

Asimismo, en relación con la empresa familiar, se ha llegado a proponer[97] la creación de una nueva figura jurídico-societaria (para el supuesto de adopción de esta forma jurídica) que podría calificarse como «sociedad familiar», configurándose así un nuevo tipo societario que albergara los caracteres propios de esta clase de empresa.

A mayor abundamiento, y dentro de esa regulación específica, habría que plantearse asimismo la conveniencia de dotar de un estatuto jurídico especial a la «empresa individual» (la cual puede tener carácter familiar), confiriendo así protección al patrimonio personal del «empresario familiar» frente a las posibles contingencias económicas derivadas de la actividad empresarial (en términos parecidos a los contemplados en el vecino Derecho francés), y equiparándose de esta manera el régimen de responsabilidad, derechos y obligaciones del empresario individual (persona física) con el que tienen los empresarios que actúan en el tráfico jurídico a través de una sociedad mercantil (persona jurídica)[98].

Señala, por último, PARRA LUCÁN[99] que «desde el punto de vista del mantenimiento de las empresas y del aumento de la competitividad de las empresas europeas, la transmisión de la empresa representa unas ventajas superiores a las de la creación de una nueva empresa, ya que las probabilidades de mantenerse en el tiempo y el número de trabajadores empleados es mayor», insistiéndose desde las instancias europeas en favorecer y facilitar dicha transmisión, y ello aun cuando sea a personas extrañas al círculo familiar.

1.2. Antecedentes normativos en nuestro Derecho

En nuestro ordenamiento jurídico existen antecedentes normativos que llegaron a regular una figura similar a la actual empresa familiar y que reconocieron un auténtico estatuto jurídico especial, que estaba presidido por los principios de unidad, conservación, indivisibilidad y continuidad de la explotación familiar agraria.

Por ello, y dada su estrecha vinculación con nuestro trabajo, consideramos instructivo y oportuno recuperar algunas leyes ya derogadas, a fin de extraer de las mismas sus líneas maestras y sus principios inspiradores, lo cual nos puede ser de gran utilidad para formular nuestra propuesta de reforma.

---

[97] Esta opinión fue formulada por D. Juan Carlos Ayala Calvo en su condición de catedrático del área de «conocimiento, economía financiera y contabilidad» de la Universidad de La Rioja, y aparece recogida en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, citado *supra*, p. 17.

[98] *Vid*., a este respecto, la Ley de Emprendedores de 27 de septiembre de 2013.

[99] PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC), 13, 2009, p. 510.

2.1. Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952

Así, retrotrayéndonos en nuestra historia legislativa, hay que tener presente la Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952, en la que se regulaba la secular institución del patrimonio familiar de naturaleza agraria y se estableció un especial *status* real aplicable a estos patrimonios, con preferencia a cualesquiera otras disposiciones legales (incluidas las del Código Civil) y cuya normativa se incorporó al posterior Texto Refundido de 1973.

Las principales notas definitorias de este estatuto particular eran las siguientes: la obligatoriedad de documento público e inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad para la válida constitución del patrimonio familiar; la necesidad de cultivo personal y directo de las tierras afectas al patrimonio, por parte de su titular; el carácter de bien esencialmente indivisible, inalienable e inembargable, salvo en determinados supuestos; y el establecimiento de un especial régimen sucesorio orientado a evitar la desintegración del patrimonio[100].

2.2. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973

Debe hacerse mención, igualmente, del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973[101], en cuyos artículos 36-42 se regulaban los «patrimonios familiares», así como su transmisión.

La regulación que se recogía en la citada ley sobre los denominados «patrimonios familiares», así como sobre las «concesiones de explotaciones familiares», presentaba unos rasgos característicos muy definidos que se pueden resumir en los siguientes términos:

— Su marcada imperatividad y el intervencionismo administrativo de sus normas, con el fin de salvaguardar la integridad del patrimonio familiar y, asimismo, preservar los derechos legitimarios.

— La delimitación clara del concepto de patrimonio familiar, que se configuraba como una unidad económica integrada por las tierras adscritas a él, la casa de labor, los elementos de trabajo, ganado, instalaciones y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación. Este patrimonio se constituía en virtud de documento público inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 36.2 y 3).

---

[100] La finalidad última de este estatuto era asegurar la decorosa subsistencia de las familias campesinas de la época, teniendo así su normativa reguladora un marcado carácter social.

[101] Publicada en el BOE número 30, de 3 de febrero de 1973.

— La preocupación de garantizar la indivisibilidad del patrimonio familiar que subyace en todo momento en la mente del legislador, de tal manera que los bienes inmuebles que formaban parte de dicho patrimonio quedaban afectos a este, formando con él una unidad jurídicamente indivisible.

Además, los bienes raíces que constituían la base del patrimonio familiar no podían gravarse con ningún derecho real, salvo el de hipoteca (cuya eventual ejecución debía afectar a la totalidad de dichos bienes), y tenían el carácter de inembargables, de modo que no respondían de las obligaciones de su titular, excepto en determinados casos (art. 38).

Del mismo modo, la concesión de la explotación no podía ser objeto de enajenación, salvo su transmisión *inter vivos* (en su totalidad) a favor de un hijo o descendiente del concesionario o, en su defecto, de un ascendiente o hermano, siempre que fuera agricultor profesional.

Y, al fallecimiento del concesionario, la concesión se transmitía al cónyuge viudo y, a falta del mismo, a uno de los hijos o descendientes que fuera agricultor profesional.

— La atribución al cónyuge viudo del usufructo del patrimonio familiar, en caso de fallecimiento de su titular sin hijos ni descendientes.

— La afectación, total o parcial, del patrimonio familiar al pago de las legítimas hasta un límite máximo equivalente al tercio de su valor, cuando no hubiera bienes independientes de dicho patrimonio o fueran insuficientes para aquel pago, para lo cual los legitimarios podían solicitar la «desintegración» del patrimonio y gozaban además de «hipoteca legal» cuya constitución podía ser exigida por los legitimarios no adjudicatarios del patrimonio familiar (art. 42).

En todo caso, el titular del patrimonio debía efectuar el pago de las legítimas que afectasen a dicho patrimonio en el plazo máximo de seis años contados desde la apertura de la sucesión.

— Finalmente, se establecía la posibilidad de que el Banco de Crédito Agrícola concediese créditos a los adjudicatarios de las explotaciones familiares para afrontar el pago de las cantidades correspondientes a las legítimas de los no adjudicatarios (art. 35)[102].

[102] En mi condición anterior de notario titular de Ledesma (Salamanca), que llevaba aneja la cualidad de notario archivero, al estar bajo mi custodia el archivo histórico donde se conservaban protocolos desde el año 1887, procedí a realizar un estudio de investigación de las escrituras matrices otorgadas durante los años 1973 a 1976, esto es, durante los años inmediatamente posteriores a la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de

2.3. Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981

Asimismo, ha de destacarse la Ley 49/1981, de 24 de diciembre[103], del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, que derogó los preceptos legales anteriormente citados sobre los patrimonios familiares[104].

Las principales novedades introducidas por dicha ley, y que representaron una norma excepcional frente a la regulación general contenida en el Código Civil, fueron las siguientes:

— Admitió el testamento mancomunado[105] otorgado por los cónyuges titulares de la explotación familiar agraria, con el fin de ordenar la sucesión en la misma en su totalidad[106].

1973, con el fin de indagar acerca del grado de implantación y de efectiva aplicación del citado texto legal.

Si bien hay que tener en cuenta la delimitación geográfica de las escrituras públicas estudiadas (y la consiguiente limitación del trabajo de investigación efectuado), sin embargo, se pueden extraer dos conclusiones, teniendo en cuenta la dificultad ordinaria para realizar este tipo de estudios como consecuencia de la necesidad de guardar el «secreto de protocolo»:

— por un lado, queda claramente de manifiesto el gran arraigo social que ha tenido (y sigue teniendo) el testamento unipersonal como instrumento jurídico de ordenación sucesoria de los bienes del testador.

— y, por otro lado, no hemos encontrado ninguna escritura de herencia en la que conste la sucesión en patrimonios familiares, de naturaleza predominantemente agraria y con la finalidad de preservar su indivisibilidad, en aplicación de las normas contenidas en el Texto Refundido de 1973.

[103] Publicada en el BOE número 9, de 11 de enero de 1982.

[104] A su vez, la citada Ley de 24 de diciembre de 1981 fue derogada por virtud de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (*vid*. Disposición Derogatoria Única).

Según la Exposición de Motivos de esta última ley, aun cuando los objetivos de la ley 49/1981 seguían siendo válidos en gran medida, sin embargo, «*los instrumentos aplicados en su consecución no se han mostrado eficaces*», lo que, unido a la integración de España en la entonces Comunidad Económica Europea, hizo necesaria la modernización de la legislación agraria española.

Es llamativo, sin embargo, tanto la escasa utilización de los instrumentos jurídicos puestos a disposición de los titulares de explotaciones agrarias por la ley de 1981, como la derogación que de los mismos se hizo por el legislador como consecuencia de ello. Habría sido deseable el mantenimiento de esos instrumentos y una mayor concienciación y sensibilización de su uso por parte de los titulares de explotaciones.

[105] Cfr. art. 669 CC: «*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*».

[106] Cfr. art. 22 ley: «*1. Los cónyuges podrán otorgar testamento abierto mancomunado, a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad. 2. Este testamento sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge. 3. La revocación y modificación del testamento habrá de hacerse con las mismas formalidades con que aquél se otorgó*».

— Permitió la sucesión contractual mediante la celebración de pactos sucesorios entre el titular de la explotación y alguno de sus legitimarios que reuniera la cualidad de colaborador. Y si ninguno de los legitimarios ostentara dicha condición, el pacto podía otorgarse con quien fuera colaborador de la explotación, si bien con el consentimiento de aquellos.

Se dio entrada, pues, a la contratación sucesoria como forma de ordenación y planificación de la sucesión de la explotación familiar agraria, exceptuándose así la aplicación de la prohibición general establecida por el Código Civil[107], y ello con la clara finalidad de facilitar la transmisión y continuidad de la explotación, aunque exigiéndose en todo caso la conformidad de los legitimarios, que se presentaba de este modo como un freno para la viabilidad del pacto sucesorio con un tercero.

— Reguló el testamento por comisario[108], a través del cual el testador y titular de la explotación familiar agraria podía nombrar comisario a su cónyuge con el objeto de designar sucesor en dicha explotación (art. 23), teniendo el usufructo hasta que cumpliera su encargo. La designación de sucesor debía hacerse en testamento abierto notarial o en escritura pública, supuesto este último en que dicha designación era irrevocable (art. 24).

— Se contemplaba la posibilidad de un aplazamiento en el pago de las legítimas (de hasta diez años) por parte del sucesor de la explotación, para lo cual se preveía un sistema de ayudas públicas[109].

— Por último, se estableció todo un conjunto de medidas fiscales consistentes en el reconocimiento de bonificaciones o exenciones a diversos actos jurídicos relacionados con la explotación familiar agraria, y ello con la evidente finalidad de favorecer la conservación y la indivisibilidad de la misma (arts. 55-65).

---

[107] Cfr. art. 1271.2 CC: «*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056*».

[108] Cfr. art. 670.1 CC: «*El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario*».

[109] Cfr. art. 29 ley: «*1. El sucesor en la titularidad de la explotación deberá efectuar el pago del haber hereditario correspondiente a los demás coherederos en la explotación, en el plazo máximo de diez años, contados desde la apertura de la sucesión, debiendo abonar, al menos, el sesenta por ciento del haber durante los primeros cinco años. 2. Para facilitar el pago del haber hereditario, el sucesor en la titularidad contará con las ayudas, subvenciones y créditos oficiales que reglamentariamente se establezcan*».

3. Informe de la Ponencia de Estudio del Senado de 23 de noviembre de 2001: recomendaciones. Crítica

No obstante lo expuesto anteriormente sobre la conveniencia e incluso necesidad de proceder a la elaboración y promulgación de un estatuto jurídico específico que regule la empresa familiar, de acuerdo con las opiniones doctrinales apuntadas y los antecedentes legislativos reseñados, sin embargo, ha de señalarse la existencia de criterios contrarios a esta tesis y que no hacen sino enriquecer el interesante debate jurídico sobre esta materia, confiriéndole así un carácter abierto.

En este sentido, deben destacarse las conclusiones recogidas en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado el 23 de noviembre de 2001[110], que no consideró recomendable la elaboración de una normativa reguladora de aquella.

¿Qué razones se invocaron para llegar a esta conclusión?

1. En primer lugar, se adujo que la «técnica de los estatutos» ha perdido gran parte de su atractivo en nuestro ordenamiento jurídico (tal como sucedió con el llamado estatuto del contribuyente) al haberse demostrado que suelen ser una práctica reproducción de la normativa general existente en la materia (en el supuesto aludido, la Ley General Tributaria).

   Ello no obstante, en nuestros antecedentes legislativos existen supuestos que demuestran lo contrario, como es el caso del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981 que se acaba de estudiar, que contenía una regulación, en ciertos aspectos, contraria al marco normativo general vigente en el momento de su promulgación, tal como sucedía con la admisibilidad del pacto sucesorio, a pesar de la prohibición general del mismo contenida en el artículo 1271.2 CC.

2. Por otra parte, y teniendo en cuenta la amplia implantación de la empresa familiar en nuestra sociedad, en el informe emitido por el grupo de trabajo constituido en el Senado se consideró que una regulación específica sobre la misma se convertiría, en realidad, en una legislación general, lo cual podría ocasionar ciertas distorsiones en el ordenamiento jurídico.

---

[110] Cfr. Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, VII Legislatura, serie I, número 312, de 23 de noviembre de 2001, pp. 36 y 37.

Ahora bien, dicho argumento no parece muy convincente ni acertado desde un punto de vista de técnica legislativa, ya que una legislación no deja de ser sectorial y pasa a ser general porque el objeto de su regulación esté muy extendido (en este caso, la empresa familiar), pues lo que caracteriza aquella regulación específica o especial es la singularidad de lo que regula.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que una norma con carácter general no debe descender a la regulación de cuestiones excesivamente minuciosas o detallistas, sino que ello exige una normativa específica o estatuto jurídico particular a través de la promulgación de una ley especial, de tal suerte que no bastaría con introducir meras modificaciones en la legislación general vigente para regular la empresa familiar.

3. Finalmente, y dada la gran variedad y tipología de empresas familiares (desde microempresas hasta grandes empresas, pasando por pequeñas y medianas empresas), se concluyó que sería muy complejo aprobar un estatuto normativo que abordara y abarcase tan extenso campo de actuación.

Ciertamente uno de los inconvenientes que cabe apreciar respecto de la promulgación de un estatuto jurídico para la empresa familiar es la gran heterogeneidad de modelos de empresa que cabe incluir dentro de aquella denominación, lo que dificulta notablemente la elaboración de una normativa que se adapte a sus diferentes peculiaridades y singularidades.

No obstante, y aun partiendo de esta realidad incuestionable, este obstáculo podría ser soslayado mediante la elaboración de un estatuto legal que contemplase y regulase únicamente los aspectos generales y comunes concernientes a todas las modalidades de empresas familiares, y ello sin perjuicio de la posibilidad de un posterior desarrollo reglamentario más detallado y preciso donde se recogieran las distintas clases y especificidades de empresas familiares.

4. Algunos modelos de leyes que contienen un estatuto especial

A continuación haremos referencia a dos normas legales, una extranjera y otra propia de nuestro Derecho, que establecen un verdadero estatuto sobre la explotación agraria, lo cual nos puede servir como elemento comparativo en nuestro propósito de abogar por la existencia de un régimen jurídico propio de la empresa familiar.

4.1. El «fonds agricole» del Derecho francés

Fuera de nuestras fronteras debe hacerse mención de la figura del «*fonds agricole*» del Derecho francés, regulada por la Ley de Orientación Agraria de 5

de enero de 2006[111], que se configura como un patrimonio agrícola que constituye una unidad económica de naturaleza civil dotada de un estatuto jurídico específico y constituida por el conjunto de todos aquellos bienes necesarios (corporales e incorporales, de naturaleza mobiliaria e inmobiliaria, salvo los inmuebles por naturaleza) para el ejercicio de una actividad agraria[112].

Este fondo agrícola permite identificar el valor económico de la explotación, distinguiendo el patrimonio privado de su titular del patrimonio profesional afecto a la misma, así como facilitar la transmisión de la propia explotación.

La explotación familiar agraria se ha configurado tradicionalmente como un modelo a seguir en el Derecho francés, que ha gozado de especial protección a través de sucesivas leyes agrícolas y de la promulgación del *Code Rural*.

De este modo, se ha ido conformando paulatinamente un moderno Derecho agrario que ha nacido en el seno del Derecho civil clásico, como una especialidad del mismo y como una respuesta ante la insuficiencia y dificultades de actualización de los Códigos decimonónicos, pasándose de un sistema agrario patrimonial y familiar a un sistema empresarial moderno.

A tal efecto, dicho Derecho agrario[113] ha ido incorporando disposiciones no solo civiles, sino también administrativas, adecuadamente coordinadas entre sí, con el fin de dar una respuesta de celeridad y seguridad jurídica a los agentes económicos y al sector agroalimentario en su conjunto, dada la importancia que representa dicho sector en la economía francesa y la necesidad de adaptarse a las rápidas transformaciones experimentadas por el mismo.

4.2. Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias

Por otra parte, y ya dentro de nuestro Derecho, debe hacerse referencia asimismo a la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias[114], en la que se establece un estatuto jurídico específico a favor del cónyuge colaborador de la explotación.

---

[111] Ley 11/2006, de 5 de enero, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* n.º 5, de 6 de enero de 2006.

[112] *Vid*. art. 1 de la ley, que modifica el art. L. 311-3 del *Code Rural*.

[113] En la actualidad, y como consecuencia de la globalización del mercado y de la mayor competitividad existente entre los diferentes países, las políticas agrícolas nacionales están notablemente condicionadas por el desarrollo de una Política Agraria Común (PAC) en el ámbito de la Unión Europea, así como por las directrices de la Organización Mundial del Comercio en el contexto internacional.

[114] Publicada en el BOE n.º 240, de 5 de octubre de 2011.

A tal efecto, se crea una nueva figura jurídica conocida como «explotación agraria de titularidad compartida», que se configura como una unidad económica no dotada de personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja de hecho para la gestión conjunta de la explotación (*vid*. art. 2) y que puede beneficiarse de ayudas y subvenciones públicas.

Para que despliegue toda su eficacia jurídica, dicha explotación deberá inscribirse con carácter constitutivo en el registro habilitado a tal fin en la correspondiente Comunidad Autónoma, mediante una declaración conjunta de ambos titulares.

La administración de la explotación corresponderá conjuntamente a los dos titulares, la representación será solidaria salvo para los casos en que se trate de actos de disposición (en que será mancomunada), la responsabilidad será personal, directa, solidaria e ilimitada de las dos personas titulares (*vid*. art. 4) y las rentas o ganancias derivadas de la explotación se repartirán entre ambos por partes iguales.

Desde un punto de vista dogmático-jurídico, la figura regulada por esta ley presenta notables semejanzas con una comunidad de bienes o con una sociedad personalista (de donde deriva la responsabilidad ilimitada de los dos titulares de la explotación) de naturaleza civil y de ámbito particular (por contraposición a la sociedad universal), si bien con alguna característica que recuerda a la sociedad colectiva (como es la responsabilidad solidaria de sus socios)[115], aunque, a diferencia de los supuestos de sociedad civil o colectiva, la explotación agraria de titularidad compartida carece de personalidad jurídica (sin perjuicio de que pueda girar en el tráfico mediante la asignación de un número de identificación fiscal).

No consideramos que sea esta la sede para hacer una valoración crítica de la citada ley y de sus posibles bondades, si bien hemos querido mencionarla en este trabajo (junto con la ley francesa) como manifestaciones de normas vigentes reguladoras de patrimonios afectos al ejercicio y desarrollo de una actividad económica, en las que se establece una regulación jurídica caracterizada por incluir disposiciones de diferentes disciplinas que se interrelacionan para abordar así de forma integral todas las cuestiones relacionadas con aquellos patrimonios.

5. Conclusiones

En nuestra opinión, y una vez expuestos los razonamientos jurídicos de diversa índole que sustentan ambas tesis o posiciones doctrinales, consideramos necesario y conveniente que se promulgue un estatuto jurídico específico que regule

[115] Cfr. arts. 1665, 1678, 1695 y 1698 CC, y art. 127 Cco.

de forma integral la compleja realidad de la empresa familiar con base en los siguientes argumentos:

1. Argumento legislativo y sistemático

Desde un punto de vista de simple y pura técnica legislativa, ello contribuiría de forma notable a la sistematización, armonización y clarificación de la normativa vigente en la actualidad sobre esta materia, evitándose así la confusión derivada de la dispersión legislativa existente y generándose mayor seguridad jurídica, tanto para el operador del Derecho o jurista práctico como para los propios empresarios familiares.

Las distintas disciplinas (jurídicas y no jurídicas) que aparecen imbricadas en la empresa familiar (Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho fiscal, Derecho laboral, así como otras disciplinas, como la Economía e, incluso, la Psicología) hacen extremadamente difícil su conocimiento y dominio por parte de las familias empresarias y de los propios expertos especializados en esta materia.

Por ello, se considera altamente aconsejable y beneficioso la elaboración de unas bases o normas básicas de naturaleza interdisciplinar, debidamente consensuadas por profesionales de reconocido prestigio, que se configuren como la «espina dorsal» o «columna vertebral» en la posterior articulación y aprobación legislativas del régimen jurídico de la empresa familiar.

2. Argumento histórico

Las normas contenidas en nuestra legislación civil (de manera especial, en el ámbito del Derecho común) proceden de épocas en las que la realidad de la empresa era muy distinta a la actual, al tratarse principalmente de patrimonios estáticos o de disfrute, o cuya finalidad principal era la producción agrícola.

Por el contrario, la empresa se caracteriza actualmente por un mayor dinamismo, que exige la existencia y aplicación de unas normas jurídicas que permitan dar una respuesta más rápida a los procesos de sucesión intergeneracional de la empresa familiar, que han de estar presididos por un principio rector básico, a saber: la conservación y continuidad de la empresa.

Por consiguiente, si en otros momentos de nuestra historia reciente se regularon los patrimonios familiares, aun cuando se circunscribieran a patrimonios rurales, cabría promulgar también hoy una regulación jurídica (estatuto) relativa a las empresas familiares, como nueva figura de nuestra sociedad contemporánea que precisa también una adecuada tutela por parte del ordenamiento.

3. Argumento comparativo y de justicia material

Las singularidades que presenta la empresa familiar, tal como han quedado expuestas en el presente trabajo, fundamentan un tratamiento jurídico *ad hoc* de la misma, de tal manera que lo contrario supondría obviar su especificidad y, por tanto, se podría estar dando carta de naturaleza a un posible trato discriminatorio con respecto a las empresas que no tienen la consideración de familiares, pues tan discriminatorio es tratar de forma desigual a quienes son iguales como tratar de forma igual a quienes son desiguales.

En este sentido, existen numerosas realidades que ya han sido objeto de una regulación jurídica especial en nuestro ordenamiento, tal como sucede con las cooperativas, las empresas de trabajo temporal, las entidades de seguro y reaseguro, las instituciones de inversión colectiva, las sociedades agrarias de transformación, las sociedades profesionales o las sociedades cotizadas (entre otras).

4. Argumento socioeconómico

Por último, la importancia que representa la empresa familiar en el tejido empresarial español (e internacional), con su relevante contribución a la riqueza nacional, la generación de puestos de trabajo que comporta su actividad y el consiguiente sostenimiento de numerosas familias que todo ello conlleva, han de considerarse razones de peso para prestar una especial y cuidadosa atención a la empresa familiar. A mayor abundamiento, se podría proponer que España se convirtiera en un país acogedor de empresas familiares de los demás países (europeos y no europeos) mediante la promulgación de una legislación lo suficientemente atractiva como para atraer las inversiones extranjeras a nuestro país.

III. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO MÍNIMO QUE DEBE TENER DICHO ESTATUTO

Una vez que se ha concluido en la conveniencia de elaborar y aprobar un estatuto jurídico específico para la empresa familiar, que estaría justificado en virtud de las razones anteriormente expuestas, es necesario determinar cuál debería ser el contenido mínimo del mismo.

En este sentido, deberían distinguirse distintos bloques de materias o áreas de conocimiento para así delimitar claramente las variadas y diversas cuestiones que merecen un estudio y tratamiento jurídico específicos, con el fin de dar respuesta a la problemática que plantea la empresa familiar desde sus diferentes ángulos y perspectivas.

A tal efecto, habría que acometer la regulación de los siguientes ámbitos:

1. Ámbito jurídico-privado

Nos limitamos aquí a apuntar algunos aspectos jurídicos que deberían abordarse, así como la conveniencia de que dichos aspectos se encuentren adecuadamente coordinados e interrelacionados a través del estatuto que propugnamos, confiriendo así un carácter integral a dicha regulación.

Desde una perspectiva estrictamente formal, entendemos que la reforma que defendemos debería comprender, por un lado, la modificación del Derecho sucesorio común que con carácter general está contenido principalmente en nuestro decimonónico Código Civil (así como de algunos aspectos del Derecho civil patrimonial) y, por otro, la elaboración y aprobación de una ley especial que regule las singularidades propias de la empresa familiar, tanto individual como societaria, adaptando asimismo el Derecho de sociedades (todo ello sin perjuicio de su posterior desarrollo por vía reglamentaria).

Por su parte, desde un punto de vista material o de contenido, consideramos necesario el tratamiento de las siguientes cuestiones:

1.1. Cuestiones de Derecho civil

Habría que diferenciar los distintos problemas que se suscitan según se tratase de empresario individual (persona física) o de empresario societario (persona jurídica).

En relación con el supuesto del empresario individual, se deberían abordar principalmente aspectos del Derecho privado patrimonial, con especial incidencia en materia sucesoria y testamentaria.

En este sentido, se podría acudir a la teoría general de los patrimonios y considerar la conveniencia de constituir un «patrimonio separado, de afectación o destino», constituido por el activo empresarial, con responsabilidad limitada a las deudas de la empresa, y un patrimonio general, personal o familiar, con responsabilidad universal (*ex* art. 1911 CC).

Ello permitiría delimitar y deslindar con claridad ambas masas patrimoniales, a efectos de responsabilidad y de transmisión de los bienes afectos a las mismas.

Esta distinción de patrimonios (sin necesidad de acudir a la forma jurídica societaria) tendría su soporte intelectual, desde un punto de vista teórico y dogmático, en la teoría de los patrimonios separados y dispone de antecedentes de aplicación práctica en el Derecho comparado.

Así, por lo que se refiere al Derecho francés, y siguiendo las orientaciones del «informe Champaud», elaborado a instancia del gobierno el 26 de octubre de 1977, la ley 2010658, de 15 junio 2010, introdujo la figura del «*entrepreneur individuel à responsabilitè limitée*» o empresario individual de responsabilidad limitada (EIRL), y cuya diferencia principal con las sociedades unipersonales consiste en que el objetivo prioritario no es tanto la organización de una actividad empresarial con la estructura corporativa inherente a ella, sino conseguir una limitación de la responsabilidad patrimonial universal.

Además, en el Derecho francés, en que se reconoce una especial protección patrimonial personal y familiar (a modo de «mínimo económico vital») que se configura como una excepción al citado principio general de responsabilidad patrimonial universal, se han utilizado otros mecanismos para conseguirlo, tales como una declaración de inembargabilidad de determinados bienes o la constitución de un patrimonio separado.

La figura del empresario individual de responsabilidad limitada se encuentra también reconocida y regulada en algunos ordenamientos jurídicos, tales como el portugués (en virtud de Decreto-ley de 25 de agosto de 1986) o el chileno (según ley número 19.857, promulgada el 24 de enero de 2003), entre otros.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, esta figura jurídica fue contemplada por el legislador con carácter general para cualquier «emprendedor» que sea persona física y desarrolle una actividad empresarial o profesional, a través de la figura del «Emprendedor de Responsabilidad Limitada», en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización[116], y ello con la finalidad de excluir la vivienda habitual del emprendedor de la acción de los acreedores por deudas de la empresa, siempre que se cumplan los requisitos legalmente previstos.

Ahora bien, si el empresario familiar unipersonal no desea constituir una sociedad unipersonal ni acudir a la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, la plasmación normativa de esta separación de patrimonios exigiría la determinación clara y concreta de los bienes que quedan afectos a la actividad empresarial, lo que podría hacerse *prima facie* a través de dos mecanismos:

— Determinación positiva, mediante la delimitación de los bienes que responden directamente de las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial.

— Determinación negativa, mediante la delimitación de los bienes que quedan excluidos de la responsabilidad empresarial.

[116] BOE número 233, de 28 de septiembre de 2013.

La constitución de este «patrimonio de afectación» habría de hacerse en todo caso con las debidas garantías y cautelas, con el fin de evitar posibles perjuicios a los acreedores (tanto del empresario en cuanto tal, como de la persona física particular) que pudieran derivarse del traspaso de bienes de forma arbitraria e indiscriminada entre las distintas masas patrimoniales.

Para ello se propugna la observancia de un requisito formal configurado con carácter *ad solemnitatem* (cuyo incumplimiento determinaría, pues, la nulidad de pleno derecho) consistente en la formalización documental del patrimonio de afectación mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública ante notario, en la que se haga constar mediante un inventario la adscripción de los bienes que constituyen el patrimonio empresarial.

De este modo, el control de legalidad notarial complementado con la debida publicidad registral a través de los Registros de la Propiedad y Mercantil, representarían el eje vertebrador que articularía la idea de la limitación de la responsabilidad del empresario individual, generando la necesaria seguridad jurídica que favorezca y facilite la agilidad del tráfico mercantil.

Además, todo ello redundaría en beneficio también de la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, al evitarse la confusión de patrimonios, garantizándose así su conservación y sucesión intergeneracional.

En efecto, uno de los principales obstáculos que se presentan con ocasión de la transmisión de la empresa por causa de muerte del empresario, consiste en la posible paralización de la actividad empresarial durante el período de yacencia hereditaria, esto es, hasta que la herencia sea aceptada por los herederos y se proceda a la partición y adjudicación de los bienes integrantes del caudal relicto.

La necesidad de dar continuidad a la actividad económica desarrollada por el empresario finado puede verse seriamente condicionada por dos circunstancias: la aludida confusión de patrimonios (el personal del empresario y el afecto a la actividad empresarial) y la situación jurídica interina que sobreviene tras el fallecimiento del empresario (*communio incidens*) caracterizada por la indeterminación de los derechos recayentes sobre el haber hereditario.

Estos inconvenientes podrían salvarse, por un lado, mediante la separación de ambas masas patrimoniales a través de la constitución en vida del empresario de un patrimonio de destino en los términos anteriormente expuestos (y sobre el cual solo podrían hacer efectivas sus deudas los acreedores por razón de la empresa) y, por otro, mediante la designación por el empresario de una o varias personas encargadas expresamente por él de administrar la empresa (incluso con instrucciones dadas a tal efecto) hasta que terminen las operaciones particionales y se adjudique la propiedad de la empresa a la persona designada por el causante en su

disposición testamentaria o, en su defecto, a los llamados por la ley en la sucesión intestada.

A este respecto, los Derechos catalán y aragonés[117] contienen importantes aportaciones en lo que se refiere a la situación de yacencia hereditaria y la problemática que plantea en relación con la empresa.

No obstante, la designación de tal «administrador *post mortem*» podría no ser necesaria si el empresario hubiera otorgado durante su vida un pacto sucesorio con el sucesor de su empresa, atribuyéndole la propiedad de la misma para después de su muerte. En esta hipótesis, la empresa no quedaría temporalmente «acéfala», sino que el designado como sucesor se pondría al frente de su gestión (de forma directa o indirecta) tan pronto como se produjera el fallecimiento del empresario. Por esta razón, y por constituir un instrumento jurídico al servicio de la libertad civil de los particulares, consideramos que la sucesión contractual debería admitirse en el Derecho común español como una forma más de ordenación sucesoria, además de la testamentaria.

Por último, la normalidad de este proceso sucesorio y de esta transmisión de empresa resultaría notablemente facilitada si la institución jurídico-sucesoria de la legítima, tradicionalmente protegida en nuestro ordenamiento jurídico por normas de marcado carácter imperativo, fuera objeto de revisión y de reforma en el sentido de reducir su ámbito de aplicación[118].

1.2. Cuestiones de Derecho mercantil y societario

En caso de empresario societario o sociedad familiar, si se tiene en cuenta el carácter marcadamente cerrado de la empresa familiar, derivado de su naturaleza «*intuitus familiae*», deberían contemplarse restricciones (o, incluso, prohibiciones en determinados supuestos) a la transmisión de participaciones societarias cuando adoptara la forma jurídica de sociedad.

Asimismo, cabría regular un tipo societario específico que recogiera todas las singularidades de la empresa familiar, en los términos ya expuestos, con algunas posibles variaciones según se tratase de pequeña y mediana empresa o de gran empresa.

---

[117] Cfr. arts. 449 y ss. del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 532-3.2 del Código de Derecho Civil de Cataluña.

[118] Véase el artículo publicado por nosotros en la Revista Jurídica del Notariado, número 102-103, abril-septiembre de 2017.

2. Ámbito fiscal y tributario: necesario impulso del legislador

Ello ha adquirido especial trascendencia en los últimos años como consecuencia de la profunda crisis económica internacional, que ha obligado a la adopción de medidas políticas de aumento de la presión fiscal.

Dentro del actual contexto y coyuntura de progresivo crecimiento económico y de consolidación paulatina de las mejores expectativas del mercado, y por lo que se refiere al concreto caso de la empresa familiar, debería impulsarse una política legislativa que permitiera la adopción de medidas específicas de exención o minoración de la carga impositiva en relación con determinados impuestos, especialmente los que gravan la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de estas empresas, y ello con una clara finalidad de interés general consistente en contribuir a la conservación y continuidad de las mismas, en beneficio no solo del negocio familiar de que se trate, sino también de la economía nacional en su conjunto, al mantenerse la actividad productiva y la generación de empleo que dichas empresas comportan[119].

La fiscalidad de una operación societaria determinada o de un concreto negocio jurídico no debe condicionar su éxito ni ha de predeterminar su efectiva realización, de tal manera que ha de prevalecer en todo caso el denominado principio de neutralidad fiscal, en virtud del cual se exonera de carga tributaria a ciertas operaciones por razones de interés general consideradas dignas de protección por el legislador y, en cualquier caso, el tributo no se convierte en un factor que altere la decisión de los agentes económicos sobre cualquier inversión que pretendan proyectar.

Entendemos que carece de sentido que un Derecho adjetivo o auxiliar, como es el Derecho fiscal, pueda condicionar de tal forma el desenvolvimiento de un Derecho sustantivo, como es el Derecho civil (y el mercantil), de tal manera que es aquel el que debe adaptarse a este, y no a la inversa[120].

---

[119] De modo similar a la exención que, en sede del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en el concepto de operaciones societarias, se introdujo en el art. 45.I.B.11 del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993, tras la redacción dada por virtud del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, y ello con el fin de estimular la constitución de nuevas sociedades.

Estas medidas legislativas de naturaleza fiscal deberían afectar de modo principal al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, al Impuesto de Sociedades y al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

[120] Especialmente significativa a este respecto y, en consonancia con la posición que aquí sostenemos, es la Disposición adicional tercera de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en vigor desde el 3 de octubre), en virtud de la cual «*los órganos forales de los territorios históricos procederán, en el uso de sus competencias, a la acomodación de las respectivas normas tributarias a las instituciones reguladas en esta ley*».

En consecuencia, consideramos necesario un nuevo planteamiento del Derecho tributario español que gire en torno al principio de neutralidad fiscal, de tal manera que las distintas figuras impositivas existentes sean objeto de revisión (y algunas, incluso, de supresión) y no constituyan un obstáculo a la libertad civil de los particulares ni a la libertad de empresa de los agentes económicos, ya que ello redundaría en última instancia en perjuicio no solo del Derecho civil y mercantil, sino también de la propia actividad económica.

3. Ámbito estrictamente financiero: vías de financiación

Una de las claves para conseguir la supervivencia de las empresas familiares es la de arbitrar fórmulas adecuadas para que dispongan de un apoyo financiero específico, el cual se hace especialmente necesario en relación con las pequeñas y medianas empresas, que representan la mayoría de las empresas familiares.

Pues bien, las vías de financiación podrían articularse a través de diferentes formas.

Una de ellas podría consistir en la ampliación del capital social (para el caso de sociedades), en la que la financiación puede ser propia (si son los mismos socios los que suscriben las acciones o participaciones emitidas) o bien ajena (si son terceros extraños a la sociedad quienes las suscriben, excluyendo el derecho de suscripción preferente de quienes ya ostentan la condición de socios).

En este último caso, la particularidad que presenta esta modalidad de financiación consiste en que el tercero que desembolsa el importe de la participación societaria deviene socio, convirtiéndose así en titular de todos los derechos políticos y económicos inherentes a dicha condición, lo que podría constituir un obstáculo para el carácter familiar de la empresa al entrar a formar parte del capital social de la misma personas ajenas a la familia empresaria, lo cual podría, sin embargo, atemperarse mediante la emisión de acciones o participaciones sociales sin voto.

A mayor abundamiento, se podrían proponer mecanismos que permitiesen acudir al mercado de capitales sin que las empresas familiares perdieran sus características propias ni renunciasen a su idiosincrasia, pudiendo así compatibilizar su específica naturaleza familiar con la necesidad de internacionalización en un mundo como el actual, caracterizado por la globalización. Esta podría ser una de las fórmulas óptimas para aquellas empresas que, presentando ya cierto grado de solvencia y consolidación en el mercado, requiriesen de una importante inyección de liquidez para su expansión nacional e internacional.

A este respecto, debe tenerse presente que los artículos 118 a 131 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores[121], regulan los «sistemas multilaterales de negociación», entre los cuales se encuentra el Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF), que se configura como un recurso para incrementar la financiación de las pequeñas y medianas empresas al margen de la financiación bancaria, de la cual España es un país muy dependiente. De este modo, se introduce una saludable y eficiente competencia entre la financiación bancaria y la financiación directa a través de los mercados.

La emisión de deuda corporativa por parte de pequeñas y medianas empresas es una práctica muy extendida en Estados Unidos, mientras que en Europa se encuentra en proceso de desarrollo y expansión, existiendo también en Alemania, Francia e Italia.

Se estructura como un mercado alternativo no oficial de renta fija privada especializado en deudas de empresa, con unos requisitos de acceso y de funcionamiento más ágiles y flexibles que los mercados regulados tradicionales, y a través del cual se pretende fomentar las inversiones, junto al Mercado Alternativo Bursátil (MAB). Así, a través de una plataforma o sistema multilateral de negociación se permite que aquellas empresas medianas (se prevé su posterior ampliación a pequeñas empresas) que sean solventes y que tengan necesidades de financiación a corto plazo puedan emitir bonos y pagarés a un plazo de entre dos y cinco años, siendo el perfil de los destinatarios de estos títulos el de inversores institucionales[122].

No obstante, sería recomendable que se permitiera también la inversión por parte de particulares, bien a través de la creación de alguna modalidad de fondo de inversión, bien mediante la financiación directa de los mismos.

Así, podría arbitrarse algún fondo de inversión como fuente de financiación para las empresas familiares, que favoreciera y estimulase la posibilidad de invertir en las mismas a través de una serie de ventajas fiscales, medidas todas ellas que contribuirían de forma notable a la internacionalización de la empresa.

Además, cabe destacar la figura del denominado «*business angel*»[123], que se define como un particular (persona física o jurídica) que aporta dinero propio,

---

[121] Según la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado de Valores.

[122] A finales de 2013 y principios de 2014 se empezaron a realizar las primeras emisiones de este tipo de deuda de empresas, ante la dificultad de obtener financiación bancaria, de acuerdo con el Plan Nacional de Reformas 2013-2016 que fue remitido a Bruselas.

[123] También conocido como inversor privado, inversor de proximidad o inversor informal, en contraposición al inversor formal constituido por las entidades de capital riesgo, que gestionan fondos y capitales de terceros.

experiencia, contactos o una combinación de todos estos factores, a emprendedores con nuevas iniciativas empresariales, con el objetivo de obtener una ganancia futura. Aunque su ámbito de actuación podría extenderse también a pequeñas y medianas empresas ya existentes, pero que requieren liquidez para su consolidación, para sortear las consecuencias de la crisis económica o para proyectar su expansión en el mercado, a través incluso de su internacionalización.

Asimismo, debe tenerse presente la aprobación de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial[124], que introduce mejoras en la financiación bancaria de las pequeñas y medianas empresas y, además, fortalece los sistemas alternativos de financiación no bancaria.

Se establece el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, se modifica el régimen de las sociedades de garantía recíproca, se regulan los fondos de titulización y se introduce una regulación sobre las denominadas «plataformas de financiación participativa».

Estas empresas, que no podrán ejercer las actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión ni a las entidades de crédito, se definen como aquellas empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas *web* u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario.

La citada ley modifica el art. 401 TRLSC, permitiendo que las sociedades de capital puedan emitir y garantizar obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda[125], si bien el importe total de las emisiones de una sociedad limitada no podrá ser superior al doble de sus recursos propios, salvo que la emisión esté garantizada con hipoteca, prenda de valores, garantía pública o aval solidario de entidad de crédito, haciéndose constar la emisión de obligaciones en todo caso en escritura pública[126].

Por otro lado, la política empresarial de reinversión de beneficios (en lugar de la distribución de los mismos entre los socios a través del reparto de dividendos), es otra fuente de financiación (autofinanciación) y de recapitalización para la empresa, permitiendo así aumentar su solvencia y ampliar su volumen de operaciones sin necesidad de tener que acudir a la financiación ajena, con los gravámenes que comporta siempre el endeudamiento y que se traducen en los intereses

---

[124] Publicada en el BOE n.º 101, de 28 de abril de 2015.

[125] Esta ley derogó el art. 402 TRLSC, que recogía la tradicional prohibición de emisión de obligaciones u otros valores negociables, por parte de las sociedades de responsabilidad limitada, y que fue introducida en nuestro Derecho por virtud de la Ley 2/1995, de 23 de marzo.

[126] La ley 5/2015 complementa y completa la ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (publicada en el BOE n.º 179, de 27 de julio de 2013).

que deben satisfacerse por el capital prestado. Pues bien, esta reinversión de beneficios podría ser incentivada mediante el reconocimiento de alguna bonificación fiscal más atractiva que las contempladas por la legislación vigente[127].

Otra forma de autofinanciación de las empresas familiares consiste en potenciar las operaciones de concentración y reestructuración empresariales, con el objetivo de alcanzar una mayor dimensión económica con la que poder afrontar mejor los grandes retos de la actual sociedad competitiva, así como los importantes reajustes derivados de la crisis económica mundial padecida durante los últimos años[128].

En el ámbito del Derecho comparado, por su parte, las empresas familiares anglosajonas recurren al denominado «*management buy-out*» (MBO), que consiste en la existencia de convenios con entidades financieras ajenas al propio grupo familiar para asegurar la continuidad de las empresas.

En efecto, se trata de operaciones financieras que implican la transmisión de la propiedad o del control de una empresa a un grupo de personas y entidades, entre las que figuran con carácter relevante directivos, gerentes o empleados de aquella empresa[129].

En estos casos es frecuente que el equipo directivo de la empresa esté acompañado por alguna institución o por un grupo de inversores ajenos a la misma, que faciliten la financiación necesaria para llevar a cabo la operación, y con los que suelen compartir el control de la sociedad[130].

Especial interés tiene, asimismo, el sistema norteamericano de ayuda a las pequeñas empresas (muchas de ellas familiares) mediante el llamado «*Small Business Administration*» (SBA) que, a través de la oficina de contratación gubernamental y desarrollo de negocios de la Agencia Federal para el desarrollo de la pequeña empresa, concede contratos con el gobierno de los Estados Unidos, que se convierte así en el principal comprador de bienes y servicios.

---

[127] *Vid.* arts. 37 y 114 de la Ley del Impuesto de Sociedades.

Téngase en cuenta, por otra parte, la disposición contenida en el art. 348 bis TRLSC, que regula el derecho de separación del socio (que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales) en caso de falta de acuerdo de distribución de dividendos por parte de la Junta general.

[128] *Vid*., a este respecto, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE n.º 82, de 4 de abril de 2009).

[129] La adquisición de la empresa por sus propios directivos o empleados ha sido recomendada de forma reiterada por las instancias comunitarias, como forma de asegurar la sucesión en la empresa cuando no es viable la transmisión dentro de la propia familia o grupo familiar.

[130] Otras causas que están propiciando, en mayor medida, este tipo de actuaciones son la necesidad de defensa ante adquisiciones «hostiles» por parte de terceros, a modo de contraoferta para garantizar la situación laboral de la empresa; y el proceso de privatización de empresas públicas, como alternativa preferida en algunos casos a la vía de emisión de acciones.

Para ello, se ha creado el «sistema de clasificación de industrias», que clasifica los establecimientos comerciales en función de las actividades que desempeñan, con fines administrativos, tributarios y de contratación. Y las empresas calificadas como pequeñas deberán inscribirse en un registro general de contratistas del gobierno para poder acceder a la contratación gubernamental.

Finalmente, ha de hacerse mención de la importante labor realizada en materia financiera por *Credit Suisse*, como banco integrado líder a nivel mundial con sede principal en la ciudad de Zurich y con una fuerte presencia en el mercado español, que tiene una larga experiencia en el asesoramiento de empresas familiares en materia de finanzas corporativas.

4. Ámbito de jurisdicción voluntaria: resolución extrajudicial de conflictos

Dicho ámbito estaría constituido por aquellas medidas encaminadas a favorecer la resolución extrajudicial de los posibles conflictos que pudieran suscitarse en el seno de la empresa familiar, a través de figuras como la mediación, el arbitraje o la conciliación. Su aplicación podría ser directamente por vía legal o bien acogiendo expresamente en los estatutos sociales (en caso de sociedad) cualquiera de estas figuras de resolución extrajudicial de conflictos.

Dentro del proceso de modernización y racionalización del ordenamiento jurídico en general y del sistema positivo de tutela del Derecho privado en particular, ha de destacarse la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[131], que supone el reconocimiento de la autonomía conceptual de esta jurisdicción.

Esta ley aprovecha la experiencia de los operadores jurídicos, así como la doctrina jurisprudencial y científica, para poner a disposición del ciudadano (cuyo interés y beneficio ocupan un lugar central) medios efectivos y sencillos que faciliten la obtención de determinados efectos jurídicos de una forma rápida y con respeto de todos los derechos e intereses implicados.

Al operar como cauce de actuación y efectividad de ciertos derechos regulados en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la legislación especial de Derecho privado, la jurisdicción voluntaria adquiere un carácter adjetivo o auxiliar.

En dicha ley se asignan determinadas competencias a los notarios con el fin de agilizar y modernizar el ordenamiento jurídico privado, desjudicializando aquellas materias sin contenido jurisdiccional que no tengan una naturaleza contenciosa.

---

[131] Publicada en el BOE número 158, de 3 de julio de 2015.

Entre dichas competencias, y por lo que aquí nos interesa, cabe destacar las siguientes:

— La posibilidad de que cualquier persona que acredite interés pueda instar ante notario una interpelación al heredero para que acepte o repudie la herencia, disponiendo de un plazo de treinta días para contestar y presumiéndose aceptada la herencia pura y simplemente en caso de no manifestar su voluntad dentro de dicho plazo (art. 1005 CC).

El juego de esta presunción legal constituye una importante atenuación del principio de unanimidad en sede de partición de herencia, pues si bien sigue requiriéndose el consentimiento de todos los interesados en ella, sin embargo, el legislador suple la falta de declaración de voluntad de cualquiera de ellos, evitándose de este modo los inconvenientes de tener que acudir a la vía judicial para entablar la «*actio familiae erciscundae*» o acción de división de la herencia, cuando uno de los llamados a ella se niega a realizar las operaciones particionales.

Ello podría tener especial relevancia en el supuesto de sucesión de empresario familiar unipersonal, impidiéndose por esta vía que la empresa pueda quedar paralizada por la actuación insensata de cualquier heredero.

— Puede utilizarse la conciliación (en competencia compartida con los secretarios judiciales y, en parte, con los registradores) para llegar a un acuerdo sobre cualquier controversia en materia contractual, mercantil, sucesoria o familiar. Los artículos 81 a 83 de la Ley del Notariado (en adelante, LN), en la nueva redacción dada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, establecen que la escritura pública de conciliación está dotada de eficacia ejecutiva.

— La posible aprobación notarial de la partición, en caso de pago en metálico de las legítimas (art. 843 CC y art. 66 LN), cuando no hay conformidad de todos los interesados.

— La reclamación notarial de deudas no contradichas, de naturaleza civil o mercantil, siempre que sean líquidas, determinadas, vencidas y exigibles (arts. 70 y 71 LN).

Asimismo, dentro de los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos ha de tenerse presente la mediación, que ha ido cobrando paulatinamente una mayor importancia en los últimos años y que, en el concreto ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra actualmente regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[132], que incorpora a

[132] Publicada en el BOE n.º 162, de 7 de julio de 2012.

nuestro Derecho la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

La mediación, como institución ordenada a la paz jurídica y como fórmula voluntaria de autocomposición, se configura en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita de forma equitativa la resolución del conflicto por las propias partes, las cuales no están, sin embargo, obligadas a continuar en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

Ahora bien, si se llega a adoptar dicho acuerdo, deberá observarse lo dispuesto por el art. 23.3.2º de la ley, a cuyo tenor: «*El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo*», en cuyo caso su cumplimiento podría reclamarse directamente ante los tribunales de justicia.

Igualmente, debe ponderarse también la conveniencia de que en los estatutos de la sociedad familiar o, en su caso, mediante documento escrito firmado por el empresario individual y su cónyuge, pareja de hecho o cualquier otro colaborador que no adopten la forma societaria, se acuerde el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia que pueda suscitarse en el desarrollo de la actividad empresarial, con sujeción a las normas contenidas en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje[133].

En nuestro país se ha producido una notable expansión del arbitraje desde la promulgación de la anterior ley de 1988, habiendo aumentado de forma importante el número de relaciones jurídicas para las que se pactan convenios arbitrales y habiéndose afianzado el arbitraje institucional[134].

El menor coste económico de la fórmula arbitral y la mayor celeridad en su tramitación y resolución, con respecto a la vía judicial, hacen aconsejable acudir al arbitraje[135], que tiene eficacia de cosa juzgada al no poder entrar a resolver sobre el mismo asunto los tribunales de justicia.

Para completar el cuadro de disposiciones normativas reguladoras de figuras encaminadas a evitar la resolución judicial de un conflicto, es preciso tener en

---

[133] Publicada en el BOE n.º 309, de 26 de diciembre de 2003.

[134] En este punto, merece destacarse por su buen funcionamiento la denominada Fundación Signum, creada en el año 2011 por el Colegio Notarial de Madrid para la promoción y el fomento de la mediación y el arbitraje institucionales, como vías alternativas de solución convencional de las controversias, tanto de particulares como de empresas.

[135] El arbitraje puede incluso establecerse por medio de testamento, según lo dispuesto por el art. 10 de su ley reguladora: «*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios, por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*».

cuenta también la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal[136], que resulta de especial aplicación, en lo que aquí nos interesa, respecto de aquellas empresas que se encuentran en situación de insolvencia, hipótesis esta para la que se prevé la posibilidad de alcanzar un acuerdo preconcursal entre el deudor y sus acreedores, mediante una refinanciación de la deuda. Este acuerdo permitirá salvar la empresa y deberá formalizarse en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo (art. 71 bis).

Finalmente, queremos hacer una breve referencia[137] al conocido como **«protocolo familiar»**.

El protocolo familiar trae su causa de la figura denominada *family constitution* o *family agreement* propia de la cultura jurídica anglosajona y, especialmente, norteamericana.

En efecto, nacido en Estados Unidos durante las dos últimas décadas del siglo XX, el protocolo familiar recibió en la cultura anglosajona el calificativo de «*family constitution*», que traducido literalmente significa «constitución de la familia», ya que con este documento se pretendía establecer una declaración de principios y valores, a modo de pilar sobre el que debía fundamentarse la constitución y el buen funcionamiento de una empresa familiar.

Aunque *de facto* esta figura era conocida en nuestro país, sin embargo, no adquiere «carta de naturaleza jurídica» hasta su plasmación normativa en el Real Decreto de 9 de febrero de 2007.

Algunos autores han señalado que «debería ser la piedra angular de la organización de la empresa familiar», al concebirse como un instrumento para el buen gobierno de la misma en el que se armonicen los intereses propios de la familia y los de la empresa, constituyendo así un contrato marco específicamente elaborado y diseñado según las circunstancias particulares de cada empresa, y cuyas previsiones deberían ser desarrolladas posteriormente por diversos negocios jurídicos, tales como el testamento o las capitulaciones matrimoniales[138].

En la extensa conclusión de la Comisión interministerial para el estudio de la problemática de la empresa familiar de febrero de 2001, se establece una amplia definición del protocolo familiar, configurándose así como un contrato normativo en el que no se disciplinan directamente relaciones jurídicas concretas, sino que se establece el marco jurídico general que deberá ser objeto de posterior concreción mediante actos o contratos específicos.

---

[136] Publicada en el BOE n.º 164, de 10 de julio de 2003 y objeto de sucesivas reformas, consecuencia principalmente de la crisis económica padecida en los últimos años.

[137] El protocolo familiar es objeto de un estudio más detenido y detallado en el capítulo VI de este libro, por parte de M.ª Teresa Barea.

[138] TENA ARREGUI, Rodrigo: *op. cit.*, p. 35.

Una de las pretensiones del citado real decreto es la de atribuir una mayor flexibilidad a través de un más amplio juego de la autonomía privada en el ámbito del Derecho societario y, a tal efecto, y como ya quedó apuntado *supra*, la Exposición de Motivos hace referencia explícita a la necesidad de dotar a la «sociedad familiar» de «instrumentos que faciliten la autonomía negocial en este ámbito» para lograr la «lícita autorregulación de sus propios intereses».

De todo lo aquí expuesto sobre el protocolo familiar, debe concluirse que si bien es cierto que *prima facie* puede resultar ventajosa la redacción de este documento para el buen funcionamiento de la empresa familiar, al contribuir a crear un clima de diálogo, armonía y entendimiento entre los miembros de la familia (sean o no socios) y un «acuerdo-marco» donde se recojan las directrices generales y los valores esenciales que conforman la cultura de la familia empresaria, sin embargo, debería potenciarse su utilización mediante una adecuada labor de difusión a los empresarios y a través de una regulación legal que abordase los aspectos sustantivos del protocolo familiar (y no meramente los adjetivos relativos a su publicidad registral), con el fin de reforzar su carácter jurídico.

La práctica jurídica[139] demuestra que se han redactado y elaborado protocolos familiares en relación con algunas empresas familiares,[140] pero que no se ha querido dar publicidad registral de los mismos al tratarse y regularse cuestiones que pertenecen al ámbito de la intimidad de la empresa familiar o de la familia empresaria y, por ello, se desconoce el alcance real de su efectividad al no existir un registro público al que hayan tenido acceso.

En tal caso, habría que cuestionarse para qué se regula entonces su publicidad registral si no se hace uso de la misma.

Pues bien, ante estos hechos habrá que determinar cuál es el cauce jurídico adecuado para reconducir la figura del protocolo familiar, a fin de que pueda obtenerse la mayor virtualidad jurídica del mismo, o bien habrá que plantearse otras vías diferentes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Curso sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1998.

---

[139] Los protocolos familiares son redactados principalmente por despachos de abogados mediante documento privado que no tiene acceso, por tanto, al Registro Mercantil.

[140] El fundador y presidente del Grupo Leche Pascual, Tomás Pascual Sanz (fallecido en el año 2006), aseguró su sucesión formalizando un protocolo familiar y formando un equipo directivo de gestión liderado por su hijo mayor, Tomás Pascual Gómez-Cuétara, que venía asumiendo las funciones ejecutivas como consejero delegado del grupo desde el año 1999.

EMBID IRUJO, José Miguel: «El Derecho de sociedades ante la crisis económica. Especial referencia a la tipología societaria», Cuadernos de Derecho y Comercio, Consejo General del Notariado, número 59, junio de 2013.

GARRIDO MELERO, Martín: «Reflexiones sobre algunos supuestos de reorganización patrimonial y el valor de la intervención notarial», en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, José María, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo III, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 183-292.

NGÔ BÀ THÁNH: *La sociedad anónima familiar ante la ley española de 1951*, Barcelona, editorial Hispano Europea, 1963.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña* (AFDUDC), 13, 2009, pp. 481-554.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La empresa, el protocolo y la sociedad «familiar» (anotaciones al RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares)», Madrid, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 48, diciembre de 2007.

ROCA JUNYENT, Miguel: «La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario», en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, José María (coordinadores), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo IV, Barcelona, Bosch, 2005.

TENA ARREGUI, Rodrigo: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid.

URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel (directores): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, volumen 1º a), Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2007.

VICENT CHULIÁ, Francisco: Introducción al Derecho mercantil, 23ª edición, volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

(Trabajo recibido el 28/03/2017
y aceptado para su publicación el 10/06/2017)

CAPÍTULO IX: LOS GRUPOS DE EMPRESAS

EDUARDO HIJAS CID
Notario de Navas del Marqués

RESUMEN

Nuestro derecho de sociedades es, fundamentalmente, el derecho de la sociedad individualmente considerada, de suerte que la normativa se ciñe a regular la sociedad como autónoma jurídicamente, ajena a cualquier influencia externa. Esto choca con el modelo de la sociedad que opera en el tráfico económico, que tiende a la constitución de grupos, a medida que avanza en su expansión. La estructura de los grupos societarios constituye un modelo adecuado para la empresa familiar, desde el punto de vista contable, fiscal y organizativo. Este fenómeno debe lidiar con la ausencia de una regulación completa y sistemática, dando lugar a diferentes conflictos jurídicos que se irán abordando en este capítulo, como la pérdida material, que no formal, de competencias por parte de las sociedades agrupadas, los posibles perjuicios de la imposición del interés grupal sobre el social y sus repercusiones respecto de los socios, acreedores y trabajadores, el autocontrato en el seno del grupo o las especialidades en materia concursal.

Palabras clave: grupo de empresas, grupo de sociedades, interés social, interés grupal, clasificación.

CHAPTER IX: GROUPS OF COMPANIES

EDUARDO HIJAS CID
Notary Public in Navas del Marqués

ABSTRACT

Spanish company law is basically concerned with the rights of companies considered individually, in such a way that the regulations tend to treat a company as legally independent, beyond any external influence. This conflicts with the model of companies working in an economic context that tends to the establishment of groups as and when the companies expand. A corporate group structure constitutes a suitable model for family-owned businesses from an accounting, taxation and organizational perspective. This phenomenon must accommodate the absence of complete, systematic regulation, which gives rise to multiple legal conflicts that will be discussed in this chapter, such as the

material, albeit not formal, loss of competencies by the companies in the group, potential detriment due to the imposition of the group's interests over those of the individual company and any repercussions with respect to the partners, creditors and employees, self-contracting within the group or the special issues arising in the event of insolvency.

Keywords: business group, group of companies, corporate interest, group interest, classification.

SUMARIO: I. Concepto de grupo de empresas.—II. Clases de grupos de sociedades.—III. Interés social e interés grupal.—IV. Contratos societarios como mecanismo originador del grupo. 1. El contrato de grupo jerárquico. 1.1. Elementos personales. 1.2. Contenido. 2. Modificación y extinción del contrato de grupo jerárquico. 3. Especialidades del contrato de grupo paritario.—V. Breve referencia a los grupos fácticos.—VI. Fórmulas para la articulación o reorganización de un grupo empresarial. 1. Escisión total o parcial. 1.1. El régimen de neutralidad fiscal. 1.2. La posibilidad de aportación de rama de actividad por vías distintas de la segregación. 2. El mecanismo de la filialización: la creación de sociedades «holding».—VII. Doctrina jurisprudencial relativa a los grupos de sociedades. 1. Grupos de sociedades y «comfort letters». 2. Grupos de sociedades y abuso de derecho. 3. El autocontrato en el grupo de sociedades. 4. Sociedad Profesional y Sociedad de Medios: ¿puede una sociedad filial ser sociedad de medios?—VIII. Grupos de sociedades y concurso.—IX. Breve referencia a los aspectos fiscales del grupo. 1. Impuesto sobre Sociedades. 2. Impuesto sobre el Valor Añadido.—X. Idea de la consolidación contable.—XI. Bibliografía y webgrafía.

I. CONCEPTO DE GRUPO DE EMPRESAS

Cuando hablamos de grupos de empresas o sociedades, inevitablemente nos vienen a la cabeza los grandes grupos societarios internacionales, aunque, como se demuestra en la práctica, el grupo puede revestir una estructura más discreta y un ámbito de actuación que no exceda del espacio local, regional o estatal. Los datos publicados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ponen de manifiesto que aproximadamente un 80 por 100 de los ingresos del Impuesto sobre Sociedades proceden de los grupos empresariales[1].

Por tanto, aunque pueda pensarse que los grupos de sociedades son realidades propias de las grandes multinacionales, lo cierto es que cada vez son más las pequeñas y medianas empresas que acuden a la estructura de los grupos de sociedades por dos indudables ventajas:

— Desde el punto de vista organizativo, permite a la empresa familiar la creación de una sociedad para cada actividad económica prestada, siendo la matriz la que toma las decisiones en cada una de ellas y facilitando las transmisiones e inversiones en ramas concretas de actividad de un determinado grupo familiar.

— Desde el punto de vista fiscal, se evita la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades (art. 21 de su ley reguladora): ni la distribución del beneficio de las sociedades filiales a la matriz, ni la venta de las participaciones que la matriz ostenta sobre las filiales genera renta gravable en la primera, por aplicación de la exención prevista para evitar la doble

[1] Así se refleja en la obra «*El control societario en los grupos de sociedades*» (dirigido por J. M. López Jiménez): Ed. Wolters Kluwer, Bosch (marzo 2017), pág. 205, reflejando la estadística facilitada por la AEAT.

> imposición. Se les permite igualmente tributar mediante la aplicación del régimen de grupo de consolidación, que permite la compensación de los beneficios generados en unas sociedades con las pérdidas de otras. Gozan, asimismo, de las reducciones fiscales establecidas para el Impuesto de Sucesiones y el Impuesto del Patrimonio, en los artículos 20 y 4, respectivamente, de sus leyes reguladoras.

Como se deduce de lo expuesto, la estructura de los grupos de sociedades es un esquema funcional adecuado para la empresa familiar. Así resulta de los variados pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, que se refieren en muchos casos a pequeñas organizaciones familiares. En tal sentido, la STS de 29 de septiembre de 2016, a la que posteriormente se aludirá, se refiere específicamente a un grupo familiar de empresas. En igual sentido y abundando en los beneficios fiscales del grupo, la DGT entiende que para las empresas integrantes de un grupo «familiar», a efectos de computar el importe neto de la cifra de negocios habido en el período impositivo inmediato anterior, a que se refiere el artículo 108.1 del TRLIS, deberá tomarse en consideración, conjuntamente, el importe neto de la cifra de negocios de todas las sociedades que integran el grupo[2].

Existen dos modelos, en lo que a regulación de los grupos de sociedades se refiere: aquellos países, como Alemania y Portugal, que cuentan con una regulación sistemática, frente a países como el nuestro, que se limitan a su reconocimiento y una somera regulación sectorial.

Como hemos apuntado, nuestro derecho de sociedades es, fundamentalmente, el derecho de la sociedad individualmente considerada, de suerte que la normativa se ciñe a regular la sociedad como autónoma jurídicamente, ajena a cualquier influencia externa. Esto choca con el modelo de la sociedad que opera en el tráfico económico. Por este motivo, se propone «de lege ferenda», desde la doctrina extranjera y patria (SÁNCHEZ-CALERO[3] y DE ARRIBA FERNÁNDEZ[4], entre otros), una revisión de su regulación que trate de ofrecer una solución a los problemas y peligros que plantean los grupos de sociedades: PAZ-ARES[5] cita, entre otros, la pérdida material, que no formal, de competencias por parte de las sociedades

---

[2] Consulta vinculante de 21 de febrero de 2013, relativa a la posibilidad de aplicar al grupo familiar los beneficios fiscales de las empresas de reducida dimensión.

[3] SÁNCHEZ-CALERO, en su trabajo «De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades», en la *Revista de Derecho Bancario,* número 77, año 2000.

[4] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: «Derecho de Grupos de Sociedades», ed. Thomson Reuters, 2.ª edición, año 2009, página 39. Señala la autora que «circunstancias distintas (la sociedad-isla y el grupo) reclaman soluciones diferenciales (el Derecho Común de sociedades y el derecho de grupos)».

[5] PAZ-ARES, Cándido: en Uría y Menéndez: «Curso de Derecho Mercantil», tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1999, página 1.336, que habla que, ante la ausencia de una normativa específica, la doctrina y jurisprudencia tienen encomendada la labor de suplir las lagunas de regulación.

agrupadas, los posibles perjuicios de la imposición del interés grupal sobre el social y sus repercusiones respecto de los socios, acreedores y trabajadores. Igualmente, el hecho constatable de que en los grupos existe una sociedad dominante (la sociedad cabecera del grupo), lo que hace dudosa la soberanía de la Junta general de las restantes sociedades.

Desde un punto de vista terminológico, se suele recurrir indistintamente a las expresiones «grupo de empresas» y «grupo de sociedades»; aunque en puridad aquella expresión constituiría el género y ésta la especie, lo cierto es que, en el tráfico económico, la mayor parte de los grupos están formados por sociedades de capital, por lo que nos centraremos en estas últimas en nuestra exposición.

¿Es lo mismo grupo de sociedades que sociedades vinculadas? Podemos decir que las sociedades vinculadas constituyen un concepto más amplio, al que pertenecen los grupos de sociedades, junto a las sociedades en relación de participaciones significativas unilaterales (155 LSC), las que poseen participaciones recíprocas (151 LSC) y las que se hallan en relación de dependencia (que se considera la situación inmediatamente anterior a la formación del grupo y supone la posibilidad de ejercitar el dominio de otra sociedad, aunque no se lleve a cabo efectivamente). Como pone de manifiesto DE ARRIBA FERNÁNDEZ[6], el grupo de sociedades representa «el vértice de la pirámide» de las sociedades vinculadas, de modo que, si se avanza un paso más, sólo queda la fusión. GARCÍA LLANEZA[7], al examinar el grupo desde el punto de vista fiscal y contable, hace referencia a otra categoría distinta al grupo de sociedades, pero donde existe la noción de control: las sociedades o entidades de propósito especial (EPE), que son creadas con la finalidad de alcanzar un objetivo concreto, definido de antemano, que supone que tal entidad actúe como extensión de las actividades del grupo o de su sociedad dominante (son las sociedades creadas para aislar un conjunto de bienes, separándolos de su gestión ordinaria, aislar activos que puedan garantizar deudas asumidas frente a terceros o gestionar patrimonios separados). Otros autores las denominan sociedades vehículo o sociedades vehículo de proyecto.

---

[6] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *Derecho de Grupos de Sociedades*, ed. Thomson Reuters, 2009, pág. 83

[7] GARCÍA LLANEZA, Rafael: «Grupos de sociedades, empresas asociadas, sociedades de propósito especial y vinculadas: PGC y NIIF», ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho de Sociedades, *Revista de Derecho Mercantil,* número 304.

Pirámide de las sociedades vinculadas, con el grupo en la cúspide de la misma, de modo que, un paso más allá, sólo queda la fusión.[8]

Como apuntamos anteriormente, nuestro ordenamiento dedica un escaso elenco de normas al grupo de sociedades que, fundamentalmente, son las que recogemos a continuación:

— El artículo 42 del Código de Comercio, que, a los efectos de imponer la obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, formula un concepto de grupo basado en el control que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente en otra u otras, presumiendo dicho control por parte de la sociedad dominante en los cuatro casos siguientes:

«*a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejer-

[8] De Arriba Fernández, María Luisa: Derecho de Grupos de Sociedades, ed. Thomson Reuters, 2009, pág. 83

cicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta».

— Se remite al precepto anteriormente indicado el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: «*A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*». Además, en el artículo 107, establece, dentro del régimen de transmisión de participaciones sociales de la SRL en defecto de Estatutos, que será libre la transmisión voluntaria por actos «inter vivos» a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. Y en sede de concesión de créditos y garantías a los socios y administradores de la sociedad de responsabilidad limitada, el párrafo segundo del 162 dispone que «*no será necesario el acuerdo de la Junta general para realizar los actos anteriores a favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo*».

— En el mismo sentido se pronuncia la Ley Concursal, exigiendo, cuando el deudor concursado forme parte de un grupo de empresas, que acompañe al escrito de solicitud de la declaración de concurso «*las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios*»; y regula en su artículo 25 la declaración conjunta del concurso de varios deudores, entre otros supuestos, «*cuando formen parte del mismo grupo de sociedades*». El artículo 25 bis también lo recoge como uno de los supuestos de acumulación de concursos. Finalmente, su disposición adicional sexta remite al concepto del grupo de sociedades establecido en el Código de Comercio.

— A efectos del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), su artículo 5 señala que «*se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio*».

— El artículo 78 de la Ley estatal de Cooperativas define el grupo de cooperativas atendiendo a la unidad de decisión, como «*el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades*».

Como indica tan acertadamente SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE[9], «persiste la falta en nuestro ordenamiento societario de una regulación de los grupos que afronte los grandes problemas que su existencia y funcionamiento plantean: la publicidad de la existencia del grupo, las relaciones entre las sociedades integradas en un mismo grupo, el significado de la unidad de dirección, la tutela de los socios minoritarios o la protección de los acreedores». Sin embargo, parece que el legislador es consciente de esta situación, motivo por el cual el Anteproyecto de Código Mercantil dedica el Capítulo I del Título IX, dentro del Libro Segundo, a los grupos de sociedades (artículos 291-1 a 291-40). Pone de manifiesto este autor la importancia de la contribución doctrinal y jurisprudencial en la materia hasta que se apruebe definitivamente una regulación más amplia.

En la misma línea, EMBID IRUJO[10] destaca la importancia de la figura del grupo de sociedades en la realidad de nuestros días, lamentando la inexistencia en nuestro ordenamiento de una regulación completa de este fenómeno que es protagonista absoluto de nuestro sector jurídico empresarial.

En cuanto al concepto, parece que nuestro legislador opta por un concepto muy amplio de grupo, aunque lo que ocurre no es que el artículo 42 de nuestro Código de Comercio pretendiera definir el grupo, sino intentar que el máximo número posible de sociedades se sometieran a la obligación de consolidar las cuentas anuales, para cumplir el principio de imagen fiel de la contabilidad.

Un concepto más estricto de grupo lo ofrece PAZ-ARES[11], definiéndolo como la integración de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria.

Este concepto ha sido criticado por DE ARRIBA FERNÁNDEZ[12], que considera que peca por exceso (al identificar como situaciones de grupo supuestos que no llegan a serlo como las situaciones de dependencia) y peca por defecto al recoger en su definición únicamente la categoría de los grupos por subordinación y excluyendo a los grupos por coordinación. Esta autora propone un concepto de grupo como conjunto de sociedades en cuyo seno se establecen relaciones bilaterales y sobre todo multilaterales (en los grupos de más de dos sociedades, que comprenden relaciones entre sí y con la sociedad cabecera del grupo).

---

[9] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Administradores de una sociedad filial: deber de lealtad *vs* interés del grupo», *blog del autor*, publicación del día 20 de enero de 2016.

[10] EMBID IRUJO, José Miguel: «La ubicuidad del Grupo de Sociedades», publicado en el *blog «Rincón de Commenda»* el día 1 de marzo de 2016.

[11] *Op. cit.* pág. 1329.

[12] *Op. cit*. págs. 88-90.

Los elementos característicos del grupo de sociedades, siguiendo la postura de PAZ ARES[13], son dos:

a) Autonomía jurídica de los integrantes del grupo, en el sentido de que la integración en un grupo no entraña la pérdida de su personalidad jurídica. Por esta característica, no constituyen un grupo de sociedades:

— una sociedad y su sucursal,

— las sociedades que se fusionan, dado que tras este procedimiento tan sólo subsiste la sociedad resultante de la fusión.

b) Dirección unitaria, de modo que la autonomía jurídica de las sociedades del grupo se contrapone a la pérdida total o parcial de autonomía económica.

Resulta interesante el criterio del Tribunal Supremo, al menos a efectos concursales, de la noción de grupo de sociedades, entendiendo que debe existir un control «directo o indirecto» de una sociedad sobre otra u otras. Parece que dicho control no se limita a la posesión de la mayoría de derechos de voto (control directo u orgánico), sino que puede derivar de la adquisición de derechos o concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control societario (control indirecto)[14].

Finalmente, podemos distinguir, como elementos subjetivos del grupo de sociedades, los dos siguientes:

a) Sociedad matriz, que es la que ejerce la dirección unitaria del grupo. Lo natural es que se trate de una sociedad de capital, aunque no existe impedimento para que lo sea una sociedad personalista, si bien no será lo habitual dado el principio de unanimidad en la toma de decisiones y la responsabilidad personal de los socios. ¿Puede una persona física ser la cabeza o vértice de un grupo de sociedades? Debe admitirse, como implícitamente lo hace el artículo 42 del Código de Comercio, pero en este caso el grupo debe estar formado por dos o más sociedades, salvo que aquélla sea comerciante.

b) Sociedad filial, considerada como la que está integrada en un grupo, sometida a la dirección unitaria de la matriz. En este caso, la posibilidad de que una persona física pueda ser calificada de filial carece de sentido, dado que los

---

[13] PAZ-ARES, Cándido, en URÍA y MENÉNDEZ, «Curso de Derecho Mercantil», tomo I, Editorial Civitas, 1999, página 1.328.

[14] STS de 4 de marzo de 2016 (961/2016), que trataba esta cuestión a los efectos de calificar como subordinado un crédito por ser el acreedor «persona especialmente relacionada con el concursado», al cumplir la premisa de la existencia de un grupo de sociedades, en los términos del artículo 93 de la Ley Concursal.

conceptos de dirección externa y dependencia son conceptos acuñados respecto de personas jurídicas.

II. CLASES DE GRUPOS DE SOCIEDADES

La doctrina patria, siguiendo a CHAMPAUD[15], hace una clasificación hexapartita de los grupos de sociedades:

a) Grupos de derecho y grupos de hecho: son grupos de derecho los constituidos de acuerdo con los instrumentos jurídicos que el ordenamiento establece (vgr., contratos de grupo, integración). Son grupos de hecho los que no se han constituido conforme a un instrumento predeterminado por la ley y al que ésta no vincula un régimen jurídico específico. Dado que nuestro ordenamiento no tiene propiamente un derecho de grupos, esta clasificación no tiene la misma relevancia que en los ordenamientos alemán y portugués.

No obstante, aunque «obiter dicta», el Tribunal Supremo cita como indicios de la existencia de un grupo societario (que se trataba de un grupo fáctico), «el hecho de que puedan compartir, entre otros aspectos, un mismo objeto social, los mismos socios y el mismo domicilio y página *web*, donde anuncian sus servicios como grupo empresarial».[16]

b) Grupos de base societaria, de base contractual y de base personal: en los primeros, la dirección unitaria de la sociedad matriz se funda en la propiedad de las participaciones o acciones que posee en las sociedades filiales, dando lugar a grupos de estructura radial, piramidal o circular. Los grupos de base contractual, la dirección unitaria se basa en un contrato entre la matriz y sus filiales o entre las distintas sociedades agrupadas (cuando sean paritarias). Finalmente, los de base personal presentan una identidad de las personas que ocupan los órganos de administración de las sociedades agrupadas (este último es el más propio de la empresa familiar). Sin embargo, normalmente la dirección del grupo no tiene un único origen y se entremezclan estas tres categorías.

c) Grupos por subordinación y grupos por coordinación: en los grupos por subordinación, o verticales, la dirección unitaria viene marcada de forma unilateral por la sociedad matriz o dominante, mientras que en los grupos por coordinación, la dirección unitaria se acuerda entre todas las sociedades integrantes (puede ser un vínculo informal a través de reuniones periódicas o formal, mediante la

---

[15] CHAMPAUD, Claude: *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Librairie Sirey, París, 1962, páginas 211 y siguientes. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: obra citada, página 97, puntualiza que «rara vez se presentan con toda pureza en la realidad», de modo que en la mayoría de los casos habrá que superponer diferentes clasificaciones.

[16] STS 4177/2016, de 29 de septiembre, Fundamento de Derecho Tercero.

creación de una sociedad «ad hoc». La complejidad de las relaciones grupales puede generar híbridos: una sociedad integrada en un grupo por coordinación puede ser la sociedad dominante de un grupo por subordinación.

d) Grupos de actividad homogénea y heterogénea, según todos sus integrantes se dediquen o no a la misma actividad. Los heterogéneos pueden a su vez ser grupos plurisectoriales (las actividades son distintas pero económicamente relacionadas) y diagonales (cuando las actividades no guardan ninguna relación entre sí).

e) Grupos industriales y financieros, clasificación adoptada en nuestro país por DE LA CÁMARA[17]; en los primeros, la sociedad matriz no se dedica exclusivamente a la dirección unitaria, conservando su propia actividad industrial o comercial, mientras que en los financieros la matriz tiene por objeto social exclusivo la gestión o administración de las participaciones que posee en el resto de sociedades del grupo. Son las conocidas como sociedades «holding». En muchas ocasiones la expansión natural de las sociedades da lugar a la creación de grupos industriales, desembocando, al final del camino, en la constitución de un grupo financiero, de modo que la sociedad matriz va dejando progresivamente de desempeñar su actividad industrial para enfocarse en la gestión del grupo.

f) Grupos centralizados y descentralizados: en los primeros, la dirección del grupo se ejerce de manera férrea por la matriz, mientras que en los segundos, los miembros del grupo conservan cierta autonomía económica. Entendemos con MARTÍNEZ MACHUCA[18] que no existen grupos totalmente descentralizados, pues ello chocaría con el concepto mismo del grupo.

g) A esta clasificación podría añadirse, en los tiempos actuales, la que distingue al grupo mercantil del grupo fiscal y del laboral. En principio, todas las ramas de nuestro ordenamiento remiten al concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio, si bien se añaden ciertos requisitos adicionales a los efectos de la aplicación del régimen fiscal especial (que veremos y que permite, entre otras cosas, presentar declaraciones fiscales conjuntas) o de hacer responder solidariamente a todas las sociedades del grupo por las obligaciones laborales con los trabajadores por cuenta ajena del mismo (más adelante se estudiará esta cuestión con mayor detalle).

---

[17] DE LA CÁMARA. Manuel: *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. 2, Ed. de Derecho Reunidas, 1977, págs. 207 y 208.

[18] MARTÍNEZ MACHUCA, Pablo: *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Ed. Real Colegio de España Bolonia, Bolonia/Zaragoza 1999, página 58.

III. INTERÉS SOCIAL E INTERÉS GRUPAL

El conflicto paradigmático en el seno de un grupo de sociedades es la posible colisión entre el interés particular de cada una de las sociedades agrupadas y el interés del grupo.

Por interés social puede entenderse (en una posición contractualista) el interés común de los socios, o bien (en una posición institucionalista) un interés diferente y superior, propio de la sociedad. Mayoritariamente la doctrina opta por la primera. Se entiende que el interés social está salvaguardado cuando se busca el máximo beneficio para la sociedad, puesto que de este modo se logra maximizar la rentabilidad de las inversiones realizadas por los socios (en este sentido, citar a ALFARO ÁGUILA-REAL[19]). Este interés vincula a los socios y a los administradores de la sociedad, que deberán orientar su desempeño en función del mismo.

Por interés grupal debemos considerar el parámetro que ha de guiar a la sociedad matriz en la dirección del grupo. El interés del grupo se manifestará en la búsqueda del mayor beneficio del conjunto, aunque para ello haya que perjudicar a alguno de sus miembros.

En los ordenamientos jurídicos que regulan y legitiman los grupos de sociedades se reconoce expresamente la primacía del interés grupal sobre el societario, si bien se establecen mecanismos de protección de los socios minoritarios y acreedores de estas sociedades. En nuestro ordenamiento se antoja necesario adaptar los mecanismos de protección general a las situaciones de grupo.

Con ocasión del análisis del autocontrato en los grupos de sociedades, PÉREZ RAMOS[20] expone que, al haber una empresa común, el interés del grupo debe ser prioritario al interés de las distintas sociedades que lo componen, de modo que, aunque se origine un daño a alguna de las sociedades filiales, cuando se produce un beneficio para el grupo no hay doble representación prohibida, por no existir conflicto de intereses. Lo justifica el autor por la misma razón de ser de los grupos de sociedades, donde prima el sometimiento del interés social de las sociedades dependientes al interés colectivo del conjunto. Más adelante, ahondaremos en esta cuestión.

---

[19] ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Civitas, 1995, páginas 52 y siguientes. El autor citado explica que este interés debe coordinarse con la salvaguarda de los derechos de trabajadores y terceros, cuya protección no corresponde al derecho de sociedades, sino más bien al civil, penal y concursal.

[20] PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de negocios bancarios», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 55, junio 2011, Consejo General del Notariado, páginas 171 y 172.

En este sentido, entendemos con DE ARRIBA FERNÁNDEZ[21], que los perjuicios ocasionados a alguna de las sociedades agrupadas únicamente estarán legitimados si sirven al interés del resto de las sociedades agrupadas o de la sociedad matriz (vgr., fijación de precios para los productos de las sociedades filiales inferiores a los de mercado, cuando el comprador es la sociedad matriz u otra sociedad agrupada).

Recientemente, ha abonado esta postura el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de diciembre de 2015: «La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no sólo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado.»

En igual sentido y a la vista de la citada sentencia, EMBID IRUJO[22], pone de manifiesto la difícil situación del administrador que se encuentra con la colisión entre el interés grupal y el societario, dado que la detallada regulación de su deber de lealtad ha sido concebida para la sociedad aislada, sin apenas referencias a la figura del grupo[23]. A tal fin, propone el autor reflejar en el contrato de grupo los mecanismos compensatorios, protocolos de actuación del administrador y normas de procedimiento. Este planteamiento, que nos parece acertado, enlaza con el contenido del siguiente epígrafe.

IV. CONTRATOS SOCIETARIOS COMO MECANISMO ORIGINADOR DEL GRUPO

La legitimidad de los contratos de constitución del grupo de sociedades está fuera de toda duda, dado el principio de libertad contractual que regula el artículo 1.255 del Código Civil, habiendo sido especialmente consagrado en el artículo 78.4 y 5 de la Ley estatal de Cooperativas de 1999: «*Los compromisos generales asumidos ante el grupo deberán formalizarse por escrito, sea en los*

---

[21] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: Op.cit. página 225. La autora aclara que el interés del grupo no es un interés suprasocial en el sentido de interés distinto al de todas o alguna de las sociedades agrupadas, dado que el grupo no da lugar al nacimiento de un nuevo sujeto de derecho.

[22] EMBID IRUJO, José Miguel: «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de Derecho Mercantil* número 304,abril-junio 2017.

[23] Artículos 227 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, reformados por la ley 31/2014, se refieren a la obligación del administrador de obrar en el mejor interés de la sociedad, sin mención alguna al grupo en que estuviera integrado, ni al interés grupal.

Estatutos de la entidad cabeza de grupo, si es sociedad cooperativa, o mediante otro documento contractual que necesariamente deberá incluir la duración del mismo, caso de ser limitada, el procedimiento para su modificación, el procedimiento para la separación de una sociedad cooperativa y las facultades cuyo ejercicio se acuerda atribuir a la entidad cabeza de grupo. La modificación, ampliación o resolución de los compromisos indicados podrá efectuarse, si así se ha establecido, mediante acuerdo del órgano máximo de la entidad cabeza de grupo. El documento contractual deberá elevarse a escritura pública.

El acuerdo de integración en un grupo se anotará en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa en el Registro competente».

Nos referiremos en este epígrafe tanto a los contratos de constitución del grupo de sociedades, como a todos los contratos posteriores que suelen celebrarse, una vez nacido aquél, para estrechar las relaciones entre las sociedades agrupadas.

EMBID[24] y DE ARRIBA FERNÁNDEZ[25] consideran que la naturaleza jurídica de estos contratos no es la de meros contratos obligacionales o de cambio, sino más bien contratos de organización, puesto que conllevan, no solamente la asunción de derechos y obligaciones por las partes contratantes, sino también modificaciones fundamentales de estatutos de las sociedades implicadas. Así lo ha reflejado el expuesto artículo 78 de la ley estatal de cooperativas. Entienden que, cuando se trate de contratos de grupo paritario, lo que se crea entre las sociedades agrupadas es una sociedad civil interna de los artículos 1.665 y 1.669 del Código Civil.

Debemos distinguir dos clases de contratos de grupo, los contratos de grupo jerárquico, por los que la sociedad/es filial/es se obligan a someter la gestión de su actividad a la dirección de la matriz (estos contratos reflejan una situación que ya existe «de facto»); y los contratos de grupo paritario, por los que dos o más sociedades independientes entre sí se someten recíprocamente a una dirección común.

1. El contrato de grupo jerárquico

1.1. Elementos personales

En principio intervienen dos sociedades, matriz y filial, que pueden revestir cualquier forma social, si bien recuerda el artículo 78 de la Ley estatal de Coope-

[24] EMBID IRUJO, José Miguel: «Introducción al derecho de grupo de sociedades», Editorial Comares, 2003, página 71.

[25] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit.,* página 231.

rativas que estas sociedades, cuando formen parte de un grupo, deberán desempeñar el papel de sociedad matriz.

Ya hemos apuntado anteriormente la posibilidad de que una persona física pueda formar parte de este contrato, siempre y cuando desarrolle una actividad propia. El argumento fundamental radica en que, como vimos, es requisito esencial de la existencia de un grupo la dirección unitaria y ésta no existirá si la persona física no desarrolla actividad alguna.

A diferencia de la regulación alemana, nuestro ordenamiento no impone la bilateralidad de este contrato, por lo que nada obsta a que se celebre el contrato de grupo entre más de dos sociedades.

¿La competencia para aprobar la celebración de un contrato de grupo corresponde al órgano de administración o a la Junta de socios? EMBID[26] entiende que compete a la Junta de Socios, dado que si el contrato de grupo produce efectos similares a una modificación estatutaria o incluso a una modificación estructural, debe atribuirse su competencia al mismo órgano deliberante que decide sobre éstas. En el mismo sentido, el artículo 78 de la Ley estatal de Cooperativas habla de órgano máximo, debiendo entenderse por tal la Junta de socios.

1.2. Contenido

El objeto del contrato es la subordinación de la sociedad filial a la matriz, de la que nace el derecho de esta última de emitir instrucciones de obligado cumplimiento. Cuando estas instrucciones puedan ser perjudiciales a las sociedades filiales han de preverse compensación por los daños ocasionados. Finalmente, como contenido adicional podrá preverse la transferencia de recursos entre las sociedades. Veamos estos cuatro elementos integrantes del contenido.

a) Derecho a emitir instrucciones de obligado cumplimiento: recaerá en la sociedad matriz, rigiéndose por las normas de representación propias de cada tipo social, por lo que recaerá habitualmente en los órganos de administración y gestión. No plantea problemas la delegación a favor de un consejero delegado o incluso de altos directivos de la sociedad matriz, pero ¿puede delegarse la facultad de impartir instrucciones en un tercero ajeno a la sociedad? La doctrina admite que se pueda delegar en un tercero, convenientemente apoderado (aunque algunos lo limitan a la delegación en una sociedad filial), pero niega la posibilidad de transmisión de la facultad de impartir instrucciones, por no ser un derecho subjetivo susceptible de ser transmitido individualmente y porque implicaría, *de facto,*

[26] EMBID IRUJO, José Miguel: «Introducción al derecho de los grupos de sociedades», cit. página 75.

una cesión de contrato que exige el consentimiento del contratante cedido (o sociedad filial). En cuanto a las instrucciones a emitir:

— Los destinatarios de las instrucciones serán las sociedades filiales a través de sus órganos de administración.

— El ámbito de las instrucciones parece circunscribirse en el artículo 78 de la Ley estatal de Cooperativas a las competencias del órgano de administración, sin que pueda impartir instrucciones a la Junta de socios. Es cierto que el precepto habla de «*establecimiento de normas estatutarias comunes*», pero esto hay que entenderlo, como lo hace DE ARRIBA FERNÁNDEZ[27], en la naturaleza de los grupos de cooperativas, que sólo pueden constituir grupos de coordinación. En estos grupos no hay problemas en admitir que la sociedad matriz emita instrucciones relacionadas con los acuerdos de la Junta de socios, dado que todas las sociedades agrupadas participan en la confección de la dirección unitaria.

— El poder de dirección tiene límites legales (no deben vulnerarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento; debemos recordar que, específicamente para los grupos, el artículo 78.2.c de la Ley de Cooperativas parece circunscribir la aportación periódica de recursos a las sociedades integrantes del grupo); también límites estatutarios (la matriz no podrá impartir instrucciones de iniciar una actividad contraria al objeto social, puesto que este tipo de decisiones competen a la Junta general de la sociedad y exigirían que ésta modificara sus estatutos); finalmente, límites contractuales (es decir, aquellos que se fijen en el propio contrato de grupo, cuidando que no sean límites tan extensos que hagan que la sociedad filial conserve su independencia económica).

— En virtud del deber asumido contractualmente, las directrices de la matriz son de obligado cumplimiento (ex artículo 1.098 CC). Se exceptúan de esta regla las instrucciones ilícitas (que pierden su carácter vinculante por aplicación del artículo 6.3 CC). Plantean mayores problemas aquellas instrucciones que son lícitas y beneficiosas para el grupo, pero claramente perjudiciales para una sociedad filial. Nos inclinamos por aceptarlas con la doctrina mayoritaria, puesto que resulta claro que las instrucciones beneficiosas no necesitan imponerse; si el artículo 78 de la Ley de Cooperativas habla de la imperatividad de las instrucciones, se debe estar refiriendo forzosamente a las perjudiciales, siempre que la instrucción sirva al interés grupal (es decir, que el grupo en su conjunto sí mejora su situación económica) y que no sea desproporcionada (entendido en el sentido de que no ponga en peligro la existencia actual o capacidad de supervi-

[27] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit.,* página 252.

vencia de la sociedad destinataria). Sin embargo, en ocasiones, el interés del grupo puede aconsejar la disoluión de una de las sociedades agrupadas cuando ésta acumule pérdidas. En este caso, DE ARRIBA FERNÁNDEZ[28] distingue entre la situación de pérdidas consecuencia del desarrollo de la actividad comercial por la sociedad, de las ocasionadas por la dirección unitaria del grupo, admitiendo la instrucción de disolución en el primer caso, pero no en el segundo.

— En cuanto al órgano competente para examinar la licitud de las instrucciones recibidas, será el encargado de ejecutarlas, esto es, el órgano de administración, el cual deberá emitir un juicio de licitud «ex ante», en cumplimiento de su deber de diligencia.

— Para concluir con las instrucciones, se plantea la cuestión siguiente: ¿cómo debe actuar el órgano de administración en caso de ausencia de instrucciones? Un sector doctrinal entiende que, incluso en este caso, deberá velar por el interés grupal, dado el contrato de grupo que tiene suscrito su sociedad. Nos inclinamos por el posicionamiento de DE ARRIBA FERNÁNDEZ[29], que sigue la postura de la doctrina alemana (EMMERICH y HABERSACK, entre otros): dado que el órgano de administración de la sociedad filial no es responsable del bien del grupo (es una facultad de la sociedad matriz), en aquellos ámbitos no supeditados a las directrices de la sociedad matriz, la filial debe ajustarse a su propio interés sin consideración por ningún otro.

La citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 aborda el interesante problema de los límites a las instrucciones recibidas por el órgano de administración de la sociedad filial, exponiendo que «el administrador de la sociedad filial que realiza una actuación que causa un daño a la sociedad que administra no queda liberado de responsabilidad por el simple hecho de que tal actuación haya sido acordada por quien dirige el grupo societario. El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de «obediencia debida» a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar».

Continúa argumentando el Alto Tribunal que «… la pervivencia de la sociedad filial es en todo caso un límite último al interés del grupo…».

---

[28] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit.,* página 269.
[29] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit.,* página 274.

En el caso de autos, el administrador demandado desvía a otra sociedad del grupo la mayor parte de la clientela que había logrado captar la sociedad de la que era administrador, por lo que «no sólo ha provocado un daño patrimonial claro a dicha sociedad, sino que ha puesto en serio peligro su viabilidad y solvencia, al provocar que la sociedad haya entrado en pérdidas de cuantía considerable durante los ejercicios siguientes a la actuación cuestionada, lo que puede dar lugar a la desaparición de la sociedad, en vez de haber procedido en su momento a realizar una disolución y liquidación ordenada que hubiera respetado el derecho a la cuota liquidativa del socio».

Quizá inspirado en este pronunciamiento del Supremo, el anteproyecto de Ley de Código Mercantil propone en los dos primeros apartados de su artículo 291-12: «*1. La sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente del perjuicio causado a la sociedad dependiente por las instrucciones impartidas a los administradores de ésta sin compensación adecuada. 2. Los administradores de la sociedad dependiente responderán solidariamente también con los administradores de la sociedad dominante, a menos que prueben que han cumplido con el deber de información, así como que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad*». Resulta muy clara la coincidencia entre el precepto transcrito y la argumentación jurídica de la sentencia del Alto Tribunal.

En el caso de se produzca un daño para la filial, pero no se haya disminuido el valor de su patrimonio y, por tanto, el de la cuota liquidativa del socio, se ofrece una buena solución para este tipo de instrucciones perjudiciales en el artículo 291-17 del anteproyecto citado, que dispone en su apartado 1: «*Cuando la sociedad dominante hubiera causado perjuicio a una sociedad dependiente cuyo capital no esté dividido en acciones admitidas a negociación en mercado secundario oficial, los socios externos tendrán derecho a separarse de la sociedad si no hubiera recibido ésta una compensación adecuada*». En el artículo siguiente se establece, como garantía adicional, la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante por la obligación del reembolso al socio.

b) Compensación por los daños ocasionados por las instrucciones: aunque el artículo 78 de la ley de cooperativas no lo contempla, es, sin duda, conveniente, la inclusión de medidas resarcitorias de los daños que ocasionen en las filiales las medidas perjudiciales (autores como EMBID[30] lo conceptúan como parte del contenido mínimo obligatorio). La ausencia de estas medidas podría hacer del contrato de grupo un contrato sin causa o con causa ilícita e incluso podría entenderse que han perdido la reciprocidad de las prestaciones. Esta posición nos

[30] EMBID IRUJO, José Miguel: «Introducción al Derecho de Grupo de Sociedades», cit., páginas 88 y siguientes.

parece excesiva: entiendo más acertada la tesis de que el contrato no sería nulo, pero la sociedad matriz devendría responsable por los daños ocasionados en virtud de las instrucciones perjudiciales para la filial, por la vía del artículo 1.101 CC. Veamos algunos ejemplos de mecanismos de compensación:

— Asunción de las pérdidas de la sociedad filial por la matriz: puede pactarse que asuma dichas pérdidas en todo caso (esto es, aunque dichas pérdidas no vengan ocasionadas por el cumplimiento de instrucciones perjudiciales), o bien limitado a las pérdidas ocasionadas por las instrucciones perjudiciales emitidas por la matriz. En cualquier caso, será conveniente hacer constar que dichas pérdidas se acrediten debidamente a través de un balance y una cuenta de pérdidas y ganancias veraces.

— Constitución de una reserva especial: que sería un complemento de la reserva legal obligatoria del artículo 274 de la ley de sociedades de capital para la sociedad filial. Lo más lógico y conveniente es que esta reserva se establezca en combinación con la medida anterior, de modo que la matriz se obligue a compensar las pérdidas habidas en la filial, en el supuesto en que no estén cubiertos por la mencionada reserva.

— Responsabilidad por deudas de la sociedad filial: aunque existen ordenamientos como el portugués, que prescriben esta medida, será poco habitual en la práctica, al menos a efectos externos.

— Promesa de aportar liquidez.

De nuevo, debemos referirnos a la argumentación del Tribunal Supremo en la referida sentencia, que sobre este particular explica: «cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro… Ese equilibrio puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad. Tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial)».

Continúa exponiendo que «se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones… y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial».

Dichas ventajas «en todo caso han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial… Asimismo, han de resultar debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad del administrador demandado. El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder».

c) Transferencia de recursos entre las sociedades: es una medida expresamente recogida en el artículo 78.2.c de la Ley estatal de Cooperativas, por lo que se discute acerca de su carácter esencial o accesorio del contrato de grupo. Parece que no constituye contenido esencial de dicho contrato, dado que la citada norma se refiere al compromiso de aportación periódica como uno de los ámbitos de la gestión donde puede recaer la dirección unitaria del grupo. La expresión de nuestra Ley de Cooperativas es más amplia que la empleada por el legislador portugués o alemán. Estos ordenamientos hablan de transferencia de «*beneficios, ganancias o lucros*», por lo que parece estar limitado a los beneficios efectivamente obtenidos en el año. En cuanto al límite a la aportación de recursos, establece el propio artículo 78 de la Ley de Cooperativas que éstos habrán de ser «*calculados en función de su respectiva evolución empresarial o cuenta de resultados*». ¿Cómo debemos interpretar esta frase? Parece que no basta con que no peligre la supervivencia de la sociedad, siendo además necesario que la sociedad presente una cuenta de resultados positiva.

En este punto de la transferencia de recursos entre sociedades conviene hacer una referencia al documento elaborado por la secretaría de UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y destinado al Grupo de Trabajo V (Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia). En el comentario al mismo por el catedrático SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE[31], se destaca que el documento alerta sobre la posibilidad de operaciones cuestionables en la cercanía de la insolvencia y el desafío que plantean a los administradores implicados, quienes se ven obligados a ponderar los intereses en liza. Específicamente, el documento pone de relieve cómo algunas legislaciones exigen, para que el administrador de una sociedad del grupo no incurra en responsabilidad, que su sociedad no sea insolvente en el momento de decidir determinadas operaciones (consistentes en fianzas o garantías a favor de otras sociedades del grupo) y que además no caiga en insolvencia a causa de esta actuación.

---

[31] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan:«UNCITRAL y el régimen de insolvencia (II): insolvencia, grupos y administradores», *blog del autor* cit., publicación del día 9 de mayo de 2016. Blog cit.

La prestación de garantías por parte de una sociedad a favor de otra del mismo grupo no debe dar lugar necesariamente a entender que existe una responsabilidad solidaria de la garante. Así lo entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2016[32], en un caso en que el acreedor pretendió, por la vía del levantamiento del velo, la responsabilidad solidaria de las sociedades filiales del grupo (garantes) por las deudas de la matriz (deudora). Argumenta el Alto Tribunal que la existencia misma del grupo no da lugar «per se» a un supuesto de abuso de la personalidad jurídica, máxime cuando el acreedor conocía las circunstancias del grupo societario (*scientia*) y aceptó los riesgos derivados de la misma.

d) **Pactos de naturaleza tributaria**: en nuestro ordenamiento, como veremos, se regula el concepto de grupo tributario, permitiendo la presentación de declaraciones conjuntas, por parte de las sociedades que componen el grupo fiscal en el Impuesto de Sociedades y el Impuesto sobre el Valor Añadido. Por este motivo es recomendable y así lo expone García Llaneza[33], la regulación contractual del reparto de la carga tributaria entre las distintas entidades del grupo fiscal (que contenga cláusulas relativas al uso de bases imponibles negativas, deducciones que deban emplearse, pagos entre compañías de los impuestos liquidados y las consecuencias en caso de ruptura del grupo). Como pone de manifiesto el autor citado, este tipo de contratos están siendo utilizados con mayor frecuencia en la práctica de nuestro país, asemejándonos a otros de nuestro entorno como Reino Unido o Alemania.

La celebración del contrato de grupo cuenta con varias fases que se limita a apuntar la ley de cooperativas y que completa nuestra doctrina:

1. Fase previa: en esta fase preparatoria, la competencia corresponde al órgano de administración, que es el encargado de iniciar las negociaciones y elaborar el proyecto de contrato de grupo, conjuntamente con el órgano de administración de las restantes sociedades.

2. Aprobación del contrato por las sociedades: del artículo 78.3 de la ley citada resulta que la aprobación de la celebración del contrato debe llevarse a efecto por todas las sociedades agrupadas, ajustándose a la normativa societaria que le sea aplicable.

---

[32] STS 4177/2016, de la que fue ponente Orduña Moreno. Especialmente relevante es el razonamiento del Fundamento de Derecho Tercero «in fine», que entiende injustificada la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo al grupo de sociedades, salvo en determinados casos, entre los que cita el carácter instrumental de las empresas (parece que habría sido distinto si las sociedades garantes del grupo se hubieran constituido «ad hoc» para un determinado préstamo).

[33] García Llaneza, Rafael: «Grupos de sociedades, empresas asociadas, sociedades de propósito especial y vinculadas: PGC y NIIF», *Revista de Derecho Mercantil,* número 304, abril-junio de 2017; artículo que recoge la ponencia de este autor en el I Congreso Nacional de Derecho de Sociedades.

Órgano competente: Junta general o Junta de socios. Aunque no lo especifica el precepto, resulta claro, porque la naturaleza jurídica de esta operación para cada sociedad es equiparable a la de una modificación estatutaria o incluso una modificación estructural (máxime teniendo en cuenta la reforma operada por la ley 3/2014 en el artículo 160.f del texto refundido de la ley de sociedades de capital, atribuyendo la competencia a la Junta para las autorizaciones en materia de activos esenciales; aunque no corresponde su estudio a este capítulo, debemos recordar que la exposición de motivos de la ley de reforma se refiere a este precepto como un modo de controlar por parte del órgano deliberante las operaciones asemejadas a las modificaciones estructurales).

Resulta de especial interés el anteproyecto de Ley de Código Mercantil, que otorga, en su artículo 291-16, un derecho de separación del socio externo por integración de su sociedad en un grupo, siempre que las acciones de aquélla no coticen en un mercado secundario oficial, entendiendo por socio externo los que no tengan participación directa o indirecta en la sociedad dominante. Resulta comprensible la excepción de las acciones cotizadas, pues en este caso el socio disidente puede fácilmente encontrar una vía de escape de su sociedad, obteniendo el valor de mercado de sus acciones.

Momento temporal para solicitar la aprobación del contrato. Son tres las posibilidades: antes de iniciar las negociaciones, durante las negociaciones o al final de las mismas, una vez que el proyecto de contrato esté redactado. Debemos inclinarnos por esta última opción, dado que lo fundamental en este acuerdo es preservar el derecho de información de los socios, que además se ha reforzado con las últimas reformas legislativas dada la enorme trascendencia que tiene para la sociedad la incorporación a un grupo.

Objeto del acuerdo: es la autorización del contrato de grupo negociado por los administradores, incluyendo todas las cláusulas incorporadas al mismo. En caso de falta de autorización de la Junta de todas o alguna de las cláusulas, DE ARRIBA FERNÁNDEZ[34] opta por considerar el contrato de grupo como un contrato incompleto o nulo pero ratificable, en aplicación de la doctrina del artículo 1.259.2 de nuestro Código Civil.

Quórum y mayorías: serán de aplicación las exigidas en cada tipo social para la modificación estatutaria, en consonancia con la postura seguida en torno a su naturaleza jurídica. Una vez obtenida la autorización, los administradores quedan facultados para la celebración del contrato de grupo, al que deberá incorporarse la certificación de los acuerdos de la Junta de socios.

---

[34] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit.,* página 309.

3. Formalización e inscripción: la Ley de Cooperativas exige que el contrato conste por escrito, debiendo elevarse a escritura pública a fin de inscribirlo en la hoja registral correspondiente a cada sociedad integrada en el grupo. ¿Son de aplicación estos requisitos formales cuando ninguna de las sociedades agrupadas sea una cooperativa? El profesor ROJO[35] y EIZAGUIRRE[36] entienden que no cabe recurrir a una aplicación analógica del artículo 78 en este punto, porque no hay excepciones al principio de *numerus clausus* de los sujetos y actos susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil (artículo 16.1 Código de Comercio). Por tanto, hasta que se autorice legislativamente esta inscripción solamente será viable en sede de sociedades cooperativas.

Por su interés, trascribimos el texto del siguiente artículo del anteproyecto de Ley de Código Mercantil: «*Artículo 291-7. Deber de inscripción del grupo.*

1. La integración y la separación se inscribirán en la hoja abierta a cada una de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro Mercantil y se publicarán en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y, si existieran, en las páginas web de la sociedad dominante y de cada una de las sociedades dominadas.

2. Dentro del plazo de un mes, a contar desde que hubieran tenido conocimiento de la integración o la separación, los administradores de la sociedad dependiente están obligados a presentar a inscripción en la hoja abierta a la sociedad escritura pública, acta notarial o documento autorizado con las firmas electrónicas reconocidas de quien ostente la facultad certificante, en el que manifestarán la fecha de la integración en el grupo o de la separación de él y la identidad de la sociedad dominante.

Si la integración o la separación no se hubieran puesto en conocimiento de los administradores de la sociedad dependiente, el cumplimiento de ese deber será a cargo de los administradores de la sociedad dominante.

3. Una vez practicada la inscripción, el registrador lo comunicará de oficio al Registro en el que se halle inscrita la sociedad dominante al objeto de que en éste se tome razón de esta circunstancia».

A día de hoy, como se ha expuesto, no cabe la inscripción del contrato de grupo, aunque sí es posible la inscripción en el Registro Mercantil de varias sociedades filiales, cuya denominación esté integrada por la denominación de la matriz y algún elemento diferenciador, siempre que este término añadido distinga sufi-

---

[35] ROJO, Ángel J., en URÍA/MENÉNDEZ: «Curso de Derecho Mercantil», I, cit., páginas 170-171.

[36] EIZAGUIRRE, José María: «Derecho Mercantil», 5.ª ed., Civitas, Madrid 2008, página 224.

cientemente a la sociedad, o que «pese a carecer de dicho carácter diferenciador, la solicitud de reserva se ha llevado a cabo a instancia o con autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende utilizarse (artículo 408.2 RRM)», tal y como argumenta la RDGRN de 27 de octubre de 2015.[37]

2. Modificación y extinción del contrato de grupo jerárquico

El artículo 78.4 de la Ley de Cooperativas contiene el siguiente inciso: «*La modificación, ampliación o resolución de los compromisos indicados podrá efectuarse, si así se ha establecido, mediante acuerdo del órgano máximo de la entidad cabeza de grupo*». Este precepto lo interpreta la doctrina en el sentido de que se aplica a un grupo de carácter paritario, en el que está pensando el legislador. Respecto de los grupos jerárquicos, atribuir a la entidad cabeza de grupo la facultad de modificar o extinguir unilateralmente el contrato de grupo chocaría frontalmente con la prohibición del artículo 1.256 del Código Civil.

Debemos entender por modificación del contrato de grupo aquellas alteraciones en su contenido que no afecten a elementos esenciales del contrato (como la ampliación de su duración temporal, la alteración de algún elemento subjetivo, incorporación de nuevas medidas resarcitorias…). Son necesarios los mismos requisitos ya expuestos para la celebración del contrato de grupo.

Respecto a la extinción, produce el efecto de que las partes cesan en sus derechos y obligaciones derivadas del contrato, con eficacia «ex nunc», aunque algún sector doctrinal permite pactar la retroactividad respecto de algunos derechos y obligaciones, siempre y cuando no afecten a terceros. El principal problema en la práctica derivado de la extinción del contrato de grupo es la supervivencia de la sociedad filial al margen de aquél, lo que en la práctica puede dar lugar a que el grupo continúe como fáctico.

Doctrinalmente, se señalan como causas de extinción del contrato de grupo las previstas en nuestra legislación mercantil para la conclusión del contrato social (1.700 y siguientes del Código Civil, 221 y siguientes del Código de Comercio y 360 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), surgiendo la siguiente clasificación:

a) Cumplimiento del término fijado en el contrato: en estos casos se produce la extinción «ipso iure», con efectos «ex tunc», si bien cabría admitir la prórro-

[37] BOE de 25 de noviembre de 2015, en su Fundamento de Derecho 3 «in fine». La naturalidad con la que la DGRN habla de los grupos de sociedades, a pesar de su carácter «extra registral», abunda en la circunstancia de la ubicuidad de los grupos, aludida por el profesor EMBID IRUJO.

ga, con los mismos requisitos expuestos para la celebración y pactada antes de que finalice el plazo. La doctrina alemana admite igualmente las cláusulas de renovación automática del contrato por determinados períodos de tiempo, si no ha sido denunciado en tiempo y forma por alguna de las sociedades contratantes.

b) Disolución de alguna de las sociedades agrupadas. Producirá en principio la extinción del contrato de grupo, con algunas excepciones:

— Si se trata de grupos plurilaterales, subsistirá el grupo si la sociedad extinguida es una de las filiales (no si lo es la matriz).

— Si la cabeza de grupo corresponde a una persona física, cabría discutir si los herederos pueden ocupar su lugar, por la vía del artículo 661 CC. Lo será si no consideramos los derechos y obligaciones con carácter personalísimo. En cualquier caso, habrá que estar a lo expresamente pactado.

c) Fusión de alguna de las sociedades agrupadas. En este caso, debemos distinguir varios supuestos:

— Fusión entre sociedad matriz y sociedad filial: extingue el contrato por confusión ex artículo 1.192 CC.

— Fusión entre sociedad matriz y una sociedad filial, existiendo otras filiales: subsiste con las filiales no fusionadas.

— Fusión entre una sociedad filial y una tercera sociedad ajena al grupo, en la que la filial actúa como absorbente: al no producirse la extinción de la sociedad filial agrupada, subsiste el contrato de grupo.

— Fusión entre sociedad filial y una tercera sociedad ajena al grupo que actúa como sociedad absorbente: este caso es más dudoso, entendiendo un sector doctrinal que no puede imponerse en contrato de grupo a una sociedad cuya Junta de socios no ha autorizado su celebración. En mi opinión, la absorbente ocupa la posición contractual en el grupo, pues la fusión implica una auténtica sucesión universal entre las sociedades. En tal sentido, el artículo 23 de la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales, habla expresamente de sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de la sociedad extinguida. Además, la fusión debe ser consentida por la sociedad absorbente mediante acuerdo de la Junta de socios, que han debido tener un informe previo de los administradores —conforme al artículo 33 de la mentada ley— relativo a las «*implicaciones de la fusión para los socios, acreedores y los trabajadores*». No parece que pueda eludirse la preceptiva información a los socios de la incorporación de la sociedad absorbida a un grupo.

— Fusión entre sociedad matriz y una tercera sociedad ajena al grupo: DE ARRIBA FERNÁNDEZ[38] sostiene que únicamente cuando la matriz sea la absorbente subsistirá el grupo, dado que en caso contrario falta el acuerdo expreso del órgano de socios de la sociedad resultante o beneficiaria de la fusión. No comparto este punto de vista: en ninguno de estos casos se extingue el contrato de grupo, reiterándome en los argumentos expuestos en el párrafo anterior.

d) Mutuo disenso de las sociedades contratantes: se trata, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, del supuesto inverso al acuerdo de celebración del grupo. En el ordenamiento alemán y el portugués, este mutuo disenso extintivo del grupo de sociedades se exige esperar a que termine el ejercicio social de la matriz o bien que el contrato haya estado en vigor durante, al menos, un ejercicio social completo. No lo exige así, sin embargo, la ley de cooperativas estatal.

e) Denuncia unilateral por una de las sociedades del grupo: en estos casos, por aplicación analógica de los preceptos en materia de sociedades civiles y colectivas, debemos distinguir dos tipos de denuncia: la denuncia ordinaria, en el caso de que se haya pactado una duración indefinida y la denuncia extraordinaria, cuando estemos ante un contrato de duración determinada, exigiéndose la exigencia de una justa causa para este último supuesto. El artículo 78 de la Ley estatal de Cooperativas exige que se incorpore, como contenido mínimo del contrato de grupo, el procedimiento de separación de una de las sociedades. Este procedimiento se impone como una medida sustitutiva de la denuncia del contrato, permitiendo la subsistencia del grupo entre las restantes sociedades. Se exceptúa, lógicamente, el caso del grupo integrado por dos sociedades (no puede existir un grupo si se separa una de ellas) o el caso de separación de la sociedad matriz, caso en el que se vaciaría de contenido el contrato de grupo, al no existir sociedad que ejercite la dirección unitaria del mismo.

f) Otras causas de extinción del contrato de grupo: también finaliza el contrato que nos ocupa por novación extintiva, por sentencia que declare su nulidad o por cualquier otra causa que se haya pactado al amparo del principio de libertad de contratación del artículo 1.255 CC.

3. Especialidades del contrato de grupo paritario

El contrato de grupo paritario es aquél en el que dos o más sociedades independientes entre sí acuerdan someter la gestión de sus sociedades a una dirección unitaria común y coordinada. La naturaleza jurídica de este contrato ha sido cali-

[38] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit.*, páginas 327 y 328.

ficada por la doctrina como de sociedad civil interna. En estos casos, el interés grupal no implicará la imposición de un interés sobre otro, sino un acuerdo entre las sociedades agrupadas acerca de cuál ha de ser el interés prevalente en los casos de conflicto.

La dirección unitaria del grupo se puede atribuir a una de las sociedades agrupadas, lo que no convertirá el grupo en jerárquico, por lo que el contrato debe contener disposiciones que aseguren la participación del resto de las sociedades agrupadas en la formación de la dirección unitaria (la medida habitual será la participación de todas las sociedades agrupadas en el órgano de administración de la sociedad directora).

También cabe la posibilidad de atribuir la dirección unitaria del grupo a una sociedad directora creada «ex novo», para tal finalidad. Presenta la ventaja de que se favorece la posibilidad de separación de alguna de las sociedades agrupadas mediante la transmisión de su participación en la sociedad directora (en cuyos estatutos se deberá hacer constar la existencia y pormenores del contrato de grupo).

Otra fórmula consiste en crear un órgano director en el seno de alguna de las sociedades agrupadas, en cuya composición se debe reflejar la estructura paritaria del grupo.

¿Son admisibles las instrucciones perjudiciales en el seno de los grupos paritarios? Aunque los autores alemanes muestran una posición negativa, entendemos con EMBID[39] que las instrucciones perjudiciales serán admisibles cuando el contrato prevea mecanismos de compensación y dentro de los límites antes expuestos para el grupo jerárquico.

Finalmente, existe una especialidad adicional respecto al grupo jerárquico: en el paritario, «la modificación, ampliación o resolución de los compromisos… puede efectuarse, si así se ha establecido, mediante acuerdo del órgano máximo de la entidad cabeza de grupo». Se trata de una previsión contenida en el artículo 78.4 de la ley estatal de cooperativas, que no especifica si está destinado a los grupos paritarios. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que solamente será de aplicación a estos grupos, dado que «un pacto de esta naturaleza en el ámbito de los grupos jerárquicos habría de ser considerado nulo porque dejaría al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del citado contrato», vulnerándose el 1.256 CC. Otro argumento que redunda en esta postura es el reducido equilibrio contractual en estos contratos jerárquicos, a diferencia de los paritarios.

---

[39] EMBID IRUJO, José Miguel: *op. cit.,* páginas 93 y 94.

V. BREVE REFERENCIA A LOS GRUPOS FÁCTICOS

Podemos definirlos como aquellos grupos en los que la dirección unitaria no está contemplada o recogida en un contrato de grupo, pero resulta de la existencia de alguno de los supuestos de hecho contemplados en el artículo 42 del Código de Comercio, sumado a una dirección unitaria de las sociedades del grupo (en el caso de los grupos jerárquicos) y la coincidencia en la composición de los órganos de administración de las sociedades agrupadas (en los grupos paritarios).

Tratándose de un grupo jerárquico, pone de manifiesto BUSTILLO TEJEDOR[40] que, al no existir un contrato que regule las medidas de compensación y los límites respecto de las instrucciones perjudiciales, resulta más acusado el riesgo de que la matriz subordine los intereses de la filial a los suyos propios, sea o no en beneficio del grupo. Ante esta tesitura, se atisban dos posturas en la doctrina:

1. La de quienes proponen la ilicitud de las instrucciones perjudiciales, ante la ausencia de medidas protectoras específicamente reguladas en la ley y la inexistencia de medidas de compensación propias de los contratos formales de grupo antes aludidos.

2. Los autores que entienden que el reconocimiento de legitimidad a los grupos de sociedades y al interés grupal debe conducir necesariamente a la admisión de las instrucciones perjudiciales, aunque no se hayan pactado medidas de compensación. En estos casos sería necesario, para obtener la compensación, acudir a dos vías: a) la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual, o b) determinadas normas societarias (exigencia de responsabilidad a los administradores o a la sociedad matriz, como administrador de hecho de la filial, por incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, vía artículo 236 LSC).

Siguiendo la línea de esta última posición doctrinal, el reconocimiento del deber de resarcimiento por vía civil (artículo 1.902 CC se imputará a la sociedad que ostente la dirección del grupo y haya dictado las instrucciones perjudiciales y puede tratarse de responsabilidad por dolo (se causó un perjuicio a la sociedad filial a sabiendas, con dicha instrucción) o por culpa (por no seguir la diligencia de un ordenado empresario en la emisión de las instrucciones). Como expone BUSTILLO TEJEDOR[41], si en los grupos contractuales se arbitran estos mecanismos «a priori» (a través del contrato formal de grupo), en los fácticos funcionan «a posteriori» (por la vía del resarcimiento de daños). El fundamento de esta

---

[40] BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: «Los Grupos de Sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2014, número 62, Consejo General del Notariado, páginas 42-44.

[41] BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: *op., cit.,* pág. 44.

responsabilidad es el conocido como *alterum non laedere*, es decir, el artículo 1902 CC; aunque DE ARRIBA FERNÁNDEZ[42] invoca también la aplicación analógica de la normativa de la gestión de negocios ajenos sin mandato, lo que es criticado, con acierto, por BUSTILLO TEJEDOR[43], dado que falta uno de los requisitos de esta figura (la *absentia domini* o ausencia del dueño del negocio).

Otra vía doctrinal para fundamentar la responsabilidad de la matriz por las instrucciones perjudiciales (y el consecuente mecanismo de compensación «a posteriori») es la mercantil, esto es, la acción de responsabilidad contra los administradores, que establece el artículo 236 LSC, sobre la base de considerar a la sociedad matriz como una «administradora de hecho» de la filial. DÍAZ ECHEGARAY[44] distingue cuatro supuestos en los que un sujeto puede ser considerado como administrador de hecho, el último de los cuales es el administrador oculto (o «shadow director»). Tiene tal consideración quien ostenta el control de hecho de una sociedad, ejerciendo una influencia decisiva, pero sin aparecer como administrador frente al exterior. El notario Luis L. BUSTILLO TEJEDOR[45] propone el encaje de la matriz respecto de la filial en esta figura del administrador de hecho.

Compartimos esta posición doctrinal: dado que es innegable la legitimidad en nuestro sistema de los grupos de sociedades, admitida ésta, cuando no exista un contrato formal de grupo que establezca mecanismos de compensación «ex ante», la vía más adecuada de protección de los socios de la filial es la exigencia de responsabilidad a la matriz, por la vía civil del artículo 1.902 CC, o por la aplicación analógica de la doctrina del administrador de hecho.

---

[42] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: pp. cit., página 414: concretamente, la autora considera la aplicación analógica del 1.890.1 CC que obliga a responder al gestor que delega en otra persona, por los actos del delegado, sin perjuicio de la responsabilidad directa de éste. En dicha analogía el papel de delegante lo juega la sociedad matriz y el de delegado los administradores de la filial.

[43] BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: *op. cit.,* página 45: este autor entiende que «la obligación de resarcir sólo puede explicarse por la existencia y reconocimiento del interés de grupo, que es distinto al de la matriz… La viabilidad de la actuación colectiva exige que no queden las decisiones adoptadas en el seno de cada filial expuestas…a posibles impugnaciones…», concluyendo que, si se excluye la impugnación, «la equidad y la buena fe y la proscripción del abuso de derecho exigen mecanismos de compensación y resarcimiento»

[44] DÍAZ ECHEGARAY, José Luis: *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, 2002.

[45] BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: *op. cit.,* página 46. El autor critica la doctrina que equipara al administrador de hecho con el factor notorio, dado que, como se ha explicado, el «shadow director» carece de notoriedad y permanece en la sombra o, en la gráfica frase empleada por el autor, «cual titiritero con su marioneta».

VI. FÓRMULAS PARA LA ARTICULACIÓN O REORGANIZACIÓN DE UN GRUPO EMPRESARIAL

1. Escisión total o parcial

La escisión es uno de los instrumentos para la creación o reestructuración de un grupo societario. Responde a la función económica de reestructuración societaria, aunque puede también formar parte de un proceso negocial más complejo dirigido a la enajenación societaria (la conocida como «venta de capa»). La definición de la escisión parcial y total se recoge en los artículos 69 y 70 de la Ley de Modificaciones Estructurales:

«*Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque, por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.*»

«*Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque, por sucesión universal, de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.*»

Como ponen de manifiesto Segismundo Álvarez y Manuel González-Meneses[46], lo característico de la escisión es la fragmentación total o parcial del patrimonio de la sociedad, lo que obliga a identificar los concretos elementos patrimoniales que se incluyen en cada una de las fracciones patrimoniales que van a seguir un destino diferente. Antes también caracterizaba a estas operaciones las modificaciones de la estructura del capital de la sociedad escindida y de las sociedades beneficiarias, es decir, los socios de la escindida reciben acciones, participaciones o cuotas de la beneficiaria en proporción a las que poseían en aquéllas. Sin embargo, esta característica no se produce en los supuestos de filialización (que se examinará más adelante) y en la denominada segregación, figura contemplada en el artículo 71 de la ley:

---

[46] Álvarez Royo-Villanova, Segismundo y González-Meneses, Manuel: «Las modificaciones estructurales», en «Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas» (AA.VV.), número extraordinario 2015, Domínguez Mena, Antonio y Marqués Mosquera, Cristina (coordinadores) *Cuadernos de Derecho y Comercio,* Consejo General del Notariado, tomo II, páginas 412 y ss.

«*Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias*.»

Como se observa, las acciones o participaciones emitidas por la sociedad beneficiaria no se entregan a los socios, sino a la propia sociedad segregante, dando lugar a un cambio en la composición cualitativa del patrimonio, pero manteniéndose la cifra de capital de la sociedad y las acciones o participaciones de que son titulares sus propios socios.

El proyecto de escisión debe contener dos importantes menciones:

— «*la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias*».

— «*el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en el que se funda ese reparto*».

No corresponde al estudio del presente capítulo el examen minucioso de los requisitos formales de la escisión, ni de la problemática que pueda presentarse en alguna de las fases del procedimiento, aunque sí me detendré en dos importantes cuestiones prácticas: el régimen de neutralidad fiscal y la posibilidad de aportación de rama de actividad por vías distintas de la segregación.

1.1. El régimen de neutralidad fiscal

En el capítulo VII, título VII, de la nueva Ley del Impuesto de Sociedades queda recogido el régimen fiscal especial al que pueden acogerse aquellas sociedades que vayan a llevar una operación de reestructuración del tipo que contempla la Ley de modificaciones estructurales del año 2009. Este régimen busca que el aspecto fiscal no sea un impedimento para las empresas para llevar a cabo operaciones de cambio o de transformación de las mismas, buscando favorecer la adaptación a las empresas a sus especiales circunstancias y, en el caso que nos ocupa, facilita la creación de un grupo societario. Para dicha finalidad se permite a los transmitentes no incluir en su balance, a efectos fiscales, las rentas obtenidas a raíz de la transmisión de la sociedad. A los adquirentes, la valoración de los bienes adquiridos fiscalmente por el mismo valor que tenían en la empresa anterior y no por el valor de mercado. Respecto a los socios de las mercantiles inmersas en una reestructuración les permite no incluir en su base imponible las plusvalías que se pongan de manifiesto como consecuencia de la escisión que se hubiera llevado a cabo.

El artículo 83.2.1.b de la Ley del Impuesto de Sociedades define la escisión parcial como aquella operación en la que «*una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniéndose al menos una rama de actividad en la entidad transmitente…*» Para el caso de escisión total, el artículo 83.2.2 establece que «*en los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad.*» Como pone de manifiesto ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA[47], se trata de dos normas que tratan de evitar que se utilice el mecanismo de la escisión para eludir la fiscalidad propia de una simple transmisión de activos.

1.2. La posibilidad de aportación de rama de actividad por vías distintas de la segregación

Respecto a la segunda cuestión, una vez que la ley incluye el caso de la denominada segregación en el ámbito de la escisión, se discute si pasa a ser la única vía posible para efectuar la aportación de rama de actividad. A los intervinientes, les puede interesar llevar a cabo la aportación por otras vías, por razones de celeridad, o bien acudir a la segregación con los importantes efectos de sucesión universal y neutralidad fiscal que caracterizan este régimen.

RODRÍGUEZ ARTIGAS sostuvo que, a partir de la entrada en vigor del artículo 71 LME, únicamente es posible la segregación. Así lo hizo en una conferencia en el Colegio Notarial de Madrid —con alguna reserva y pidiendo una reforma legislativa para acabar con las dudas—[48].

Sin embargo, la mayoría de los autores (entre otros, VIVES[49], ALONSO[50], SERRA[51], a los que posteriormente se unió el autor antes mentado) entienden que es posible optar por la segregación o por el aumento de capital. Se argumentaba que el art. 71 no imponía la segregación para estas operaciones, a diferencia por

---

[47] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: *op. cit.,* página 418.

[48] RODRÍGUEZ ARTIGAS, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el día 27 de mayo de 2010.

[49] VIVES RUIZ, Fernando, en la Revista INDRET, para el análisis del derecho, trabajo «La Ley de Modificaciones Estructurales: una norma totalmente fallida», Barcelona, octubre de 2013.

[50] ALFONSO LEDESMA, Carmen, en la obra «Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles», volumen II, Edit. «Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

[51] SERRA CALLEJO, Javier, en el artículo de opinión «¿Es la aportación de rama de actividad una «modificación estructural»?, publicado en la revista «El notario del siglo XXI» el día 7 de diciembre de 2009, número 28.

ejemplo del art. 53 LME, que obliga que la cesión global a favor del socio único cumpla los requisitos de la fusión; y que la regulación de las modificaciones estructurales tiene como finalidad facilitar determinadas operaciones de reestructuración, pero no impedir que se hagan por otros medios.

Como explica ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA[52], la inclusión por el legislador de la nueva letra f) del art. 160 LSC, exigiendo acuerdo de la Junta general de socios para la «aportación» de activos esenciales a otra sociedad, avala esta postura porque:

— el ejemplo clásico de activo esencial lo constituye la rama de actividad;

— si esa aportación solo fuera posible sometiéndose a la LME, evidentemente no sería necesario exigir el acuerdo de la aportante; y

— el art. 511.bis.1.a LSC (aplicable a las cotizadas) exige el acuerdo para la «*aportación a entidades dependientes de actividades esenciales*», una clara referencia a las ramas de actividad, de modo que el legislador está admitiendo expresamente estas operaciones al margen de la segregación, siempre que cuenten con autorización de la Junta general.

Sin embargo, la RDGRN de 11 de abril de 2016 sostiene «obiter dicta» la interpretación restrictiva de que únicamente cabe acudir a la vía de la segregación para efectuar la aportación de rama de actividad señalando que: «*queda desactivada para el administrador la posibilidad que antes se admitía*» de hacer la aportación al margen de la LME, con el único argumento de que el procedimiento de escisión, aparte de exigir acuerdo de Junta, contiene medidas de protección de trabajadores y acreedores. Esta resolución ha sido criticada por el notario mencionado anteriormente y por distintos autores, por la incongruencia de sus argumentos. Con buen criterio corrigió su postura el Centro Directivo, en su Resolución de 22 de julio de 2016, permitiendo que la aportación de unidad económica que se realice por la vía de un aumento de capital. Deberán cumplirse los requisitos del aumento de capital en la sociedad adquirente de la rama de actividad y bastará con la decisión del órgano de administración de la sociedad que realiza la aportación, salvo que sea aplicable el art. 160.f LSC y, por tratarse de la aportación de un «*activo esencial*», sea necesaria la autorización de la Junta.

2. El mecanismo de la filialización: la creación de sociedades «holding»

Anteriormente, mencionamos la clasificación que distingue entre grupos industriales y financieros. En los primeros, la matriz conserva su propia actividad

[52] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Aportación de rama de actividad y segregación: ¿al fin un criterio seguro?», publicado en el Blog *¿Hay derecho?* el día 25 de mayo de 2016.

industrial o comercial, mientras que en los financieros la matriz tiene por objeto social exclusivo la gestión o administración de las participaciones que posee en el resto de sociedades del grupo. Son las conocidas como sociedades «holding». Poníamos de manifiesto cómo la expansión natural de las sociedades da lugar a la creación de grupos industriales, desembocando, al final del camino, en la constitución de un grupo financiero, de modo que la sociedad matriz va dejando progresivamente de desempeñar su actividad industrial para enfocarse en la gestión del grupo.

La creación de sociedades «holding», a través del mecanismo de la filialización, está hoy expresamente regulada en nuestra Ley de Modificaciones Estructurales, en su artículo 72: «*se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria*». Como destacan ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES[53], el hecho de que una sociedad se convierta en mera sociedad «holding» o de cartera, en el sentido de que se desprende de todo su patrimonio a cambio de acciones o participaciones de otra sociedad, motiva que la ley quiera proteger a los socios de la misma con la aplicación de las normas de la escisión, en lo procedente.

El supuesto literal de la norma se aplica, con carácter exclusivo, cuando la sociedad beneficiaria es de nueva creación, quedando excluidos dos supuestos: el caso en que la sociedad beneficiaria es preexistente y el supuesto en que la beneficiaria tiene más socios. Los autores antes citados[54] admiten sin embargo la aplicación extensiva de la norma a estos dos supuestos, acudiendo a dos argumentos:

— El significado habilitante de la norma (permitiendo a la sociedad acudir a este procedimiento si desea transmitir el patrimonio vía sucesión universal, con las debidas garantías y dejándole igualmente la opción de llevarlo a cabo fuera de dicho precepto, en los dos casos mencionados).

— El significado garantista del precepto, protector de los socios de la compañía aportante, hace conveniente extender dicha protección a los dos casos aludidos.

---

[53] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES: «Las modificaciones…» cit., página 426.

[54] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES: «Las modificaciones…» cit. Exponen que en estos dos supuestos «la identidad de razón no puede ser más evidente».

VII. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELATIVA A LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

1. Grupos de sociedades y «comfort letters»

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE[55] define las cartas de patrocinio como aquellos documentos, normalmente redactados en forma epistolar, enviados por una persona que sea socio mayoritario, o por la sociedad madre de un grupo empresarial que se dirigen a una entidad bancaria con el objetivo de que ésta le conceda un crédito a la filial o a la sociedad participada mayoritariamente por el remitente.

Esta figura, aunque de origen reciente en nuestro panorama jurídico, ha ido adquiriendo gran relevancia con el tiempo, primero en el ámbito del derecho bancario y posteriormente en el inmobiliario.

La construcción jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo distingue claramente las cartas de patrocinio generadoras y no generadoras de obligaciones, o bien, con otra nomenclatura, cartas de patrocinio fuertes y débiles.

Las débiles son —según nuestro Tribunal Supremo— aquéllas que suelen ser emitidas generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspira al crédito, así como en la viabilidad económica de la misma. Se estiman como simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora[56]. No obstante, no faltan autores que entienden que, junto con la obligación moral de estas cartas de patrocinio débiles, pueden surgir obligaciones estrictamente jurídicas, debido a la confianza que las mismas han generado en el tráfico[57].

Las fuertes son las generadoras de una auténtica garantía personal atípica. Se les exige:

— La manifestación del patrocinador de asumir una obligación de prestar apoyo financiero a su patrocinada o de contraer deberes positivos de cooperación, para que pueda cumplir sus compromisos.

— Que exista una relación obligacional clara, sin expresiones equívocas.

---

[55] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: Las Cartas de Patrocinio», *Derecho del Mercado Financiero*, coordinado por Martínez Simancas y Alonso Ureba, año 1994, volumen II, tomo II, páginas 217 y siguientes.

[56] STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005/5.089) y 13 de febrero de 2007 (RJ 2007/684).

[57] CARRASCO PERERA, Ángel: «STS de 30 de junio de 2005: Cartas de Patrocinio; obligaciones resultantes de las declaraciones de titularidad sobre el capital de la filial y de apoyo financiero en caso de insolvencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 71 del año 2006.

— Que el firmante disponga de poder para afianzar en nombre del patrocinador.

— Que la carta de patrocinio haya sido determinante para la concesión de la financiación[58].

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo hablaban de esta garantía como una modalidad o especie de fianza, lo que ha suscitado fuertes críticas en la doctrina, fundamentadas en que la fianza debe ser expresa (art. 1.827 CC y 440 del Código de Comercio) y en que la equiparación absoluta entre ambas figuras privaría de razón de ser a las cartas de patrocinio, ya que «perderían sus indudables ventajas fiscales y contables», así como su flexibilidad para adecuarse «a las necesidades societarias que puede presentar el grupo en cuestión»[59]. Por tanto, es más acertada la postura doctrinal mayoritaria que las conceptúa como una garantía personal atípica.

Esta garantía personal atípica puede ser de medios o de resultado: cuando el patrocinador asuma expresamente el buen fin de la operación (esto es, el cumplimiento total de la devolución del préstamo por la sociedad filial prestataria) estamos ante una obligación de resultado. La responsabilidad generada con este documento es instantánea, ya que el banco concedente del crédito a la patrocinada simplemente debe demostrar que no se ha cumplido el objetivo asumido en la carta, para que surja la responsabilidad de la patrocinadora. En cambio, cuando en la carta de patrocinio, la matriz simplemente se compromete a mantener una determinada participación en el capital de la filial, aumentar éste o aplicar sus mejores esfuerzos para el buen fin de la operación, este compromiso generado será de medios. El emisor de la carta se exonerará de responsabilidad si prueba que actuó diligentemente, aunque no se alcanzara el buen fin de la operación, que en este caso será la devolución de la cantidad prestada a la entidad financiera.

No obstante, en su último pronunciamiento, el Tribunal Supremo equipara las cartas de patrocinio fuertes con una garantía atípica de resultado, señalando que el patrocinador «asume una obligación de resultado con el acreedor por el buen fin de las operaciones o instrumentos de financiación proyectados, de for-

---

[58] Así lo expone la STS 2005/5089, de 30 de junio de 2005, que también exigía que la relación de patrocinio tuviera lugar en el ámbito propio de las relaciones sociedad matriz-sociedad filial. Sin embargo, este último requisito ha sido matizado recientemente en la STS de 28 de julio de 2015 (RJ 2015/4.899), que habla de la simple concurrencia de un interés en el patrocinador (una «causa credendi» más amplia que la existencia de un grupo de sociedades, pues abarca igualmente el hecho de que el patrocinador tenga la condición de acreedor o accionista de la patrocinada).

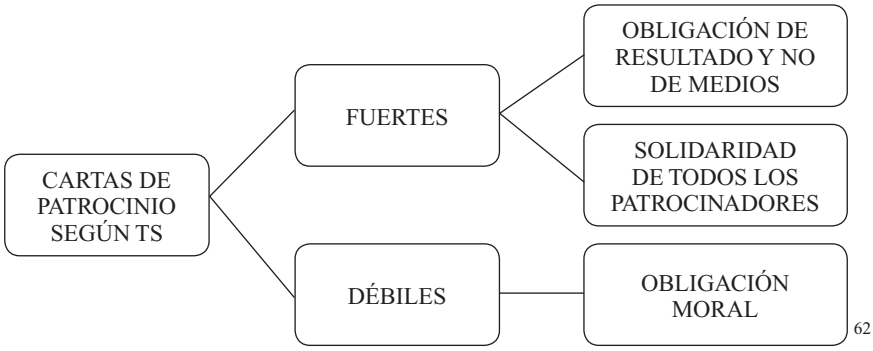
[59] LANZÓN MARTÍNEZ, Fernando: «Las llamadas cartas de patrocinio: entre el derecho y la moral», blog *Hay Derecho?*, publicado el 21 de mayo de 2014.

ma que garantiza su indemnidad patrimonial al respecto»[60]. Configurada la carta de patrocinio fuerte como una obligación de resultado, concreta el Supremo que dicho resultado ha de ser la indemnidad patrimonial del financiador (es decir, no se le exigirá que cumpla su compromiso concreto de aumentar el capital o mantener su porcentaje en el mismo, sino que adquiere una obligación con la entidad financiera, respondiendo del daño patrimonial ocasionado a esta última).

Sentado este criterio del Alto Tribunal, quedan dos puntualizaciones que realiza la sentencia:

— La cuantía de la responsabilidad indemnizatoria del patrocinador puede ser superior al montante de la prestación programada, dado que, a diferencia del fiador (que está obligado a realizar una prestación idéntica a la que corresponde al deudor garantizado), el patrocinador tiene una obligación de distinta naturaleza (el mantenimiento de la indemnidad patrimonial respecto al buen fin o resultado de la operación financiera).

— Cuando sean varios los patrocinadores, ha declarado el alto tribunal, que la responsabilidad entre los mismos será solidaria y no mancomunada en función del porcentaje de participación.[61]



[62]

[60] STS de 27 de junio de 2016 (RJ 2016/2.880).

[61] Lo aclara la STS de 27 de junio de 2016, a diferencia de la anterior de 28 de julio de 2015, que dejaba sin resolver este extremo. Entiendo que no se encuentra suficientemente justificada esta presunción de solidaridad. Es cierto que en la práctica mercantil se suele pactar, pero la regla general sigue siendo, a falta de estipulación, la regla del artículo 1.137 CC.

[62] Cuadro de las cartas de patrocinio, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. Grupos de sociedades y abuso de derecho

Exponíamos al comienzo del capítulo, con Cándido PAZ-ARES[63], que la existencia de un grupo implica el sometimiento de varias sociedades a una dirección unitaria, pero conservando cada una de las sociedades su individualidad y autonomía. Esto último lleva consigo la posible actuación aislada de cada una de ellas en el tráfico económico y jurídico, respondiendo en este caso la sociedad contratante del cumplimiento de sus obligaciones. Específicamente para las cooperativas, recoge esta circunstancia la ley estatal[64].

Cuando una sociedad actúa aisladamente, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo exige que concurra alguno de los siguientes factores:

— Una actuación fraudulenta, consistente en la utilización de la cobertura legal que proporciona una determinada norma, con el fin de eludir la aplicación de otra norma, obteniendo así un resultado contrario o prohibido por el ordenamiento jurídico.

— Un abuso de derecho, consistente en el uso de un derecho externamente legal que produce un daño a un interés no protegido por precepto legal, siempre y cuando dicho daño sea inmoral o antisocial, bien porque el derecho se ha ejercitado con intención de dañar, bien porque se ejercita de forma contraria a los fines económico-sociales del mismo.

Así, para una correcta aplicación de la doctrina es preciso que se acredite la concurrencia de dos premisas: a) la primera es que exista un mal uso (abuso) de la personalidad de la sociedad; b) la segunda consiste en que se haya producido un daño o un perjuicio para un tercero y, además, exista un nexo causal entre el abuso y el daño.

Cuando concurren estos presupuestos, las personas físicas que integran la sociedad causante del daño deben responder, sin que se puedan amparar en la responsabilidad limitada de la misma.

Explica el profesor EMBID IRUJO que la aplicación de esta doctrina se inspira en la práctica norteamericana, «pero se alimenta también de la menos conocida

---

[63] PAZ-ARES, Cándido, en Uría y Menéndez: «Curso de Derecho Mercantil», tomo I, Editorial Civitas, 1999, página 1.328.

[64] Artículo 78.6 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas: «*la responsabilidad derivada de las operaciones que realicen directamente con terceros las sociedades cooperativas integradas en un grupo no alcanzará al mismo, ni a las demás sociedades cooperativas que lo integran*».

doctrina de terceros, magistralmente expuesta en un minucioso trabajo de Manuel DE LA CÁMARA y José María DE PRADA»[65].

En su traslado a los grupos de sociedades, la doctrina del «levantamiento del velo» no supone que de una relación empresarial de grupo deba deducirse necesariamente y en todo caso la existencia de una responsabilidad solidaria entre todas las sociedades que lo conforman. La responsabilidad solidaria entre las sociedades que integran un mismo grupo surgirá cuando se halle en peligro la seguridad jurídica y se trate de evitar responsabilidades contraídas con acreedores, socios minoritarios, trabajadores, lo que será necesario apreciar en cada caso concreto.

Si bien el levantamiento del velo puede aplicarse en un contexto ajeno a los grupos de sociedades, como sería el caso de la extensión de la responsabilidad de la sociedad a sus socios personas físicas, la práctica habitual es que su aplicación se produzca en un contexto de un grupo de empresas, como consecuencia de la utilización formal de una o varias personalidades jurídicas diferentes con el fin de eludir responsabilidades de otra. Y ello porque los entramados societarios y la actuación indistinta en el tráfico jurídico de diferentes sociedades «controladas» por una misma persona parecen presentarse como la vía más atractiva para generar el contexto apropiado de confusión tras el cual ocultar la actuación fraudulenta que la doctrina del levantamiento del velo trata de corregir.

Lo expuesto no implica necesariamente que la constitución de diferentes empresas que acaben conformando un grupo, pero que actúen de forma independiente en el tráfico jurídico, suponga un fraude susceptible de ser desarmado a través del levantamiento del velo, ya que es totalmente lícito pretender limitar la responsabilidad de los socios de una sociedad mercantil. Dado el carácter excepcional de esta doctrina, se configura como un remedio extraordinario y es preciso que se acredite que ese entramado societario ha sido utilizado con fines fraudulentos causando un daño o perjuicio a tercero, en contra del principio de buena fe. De no ser así, ha de prevalecer el principio general de independencia de la personalidad jurídica y limitación de responsabilidad de la sociedad.

Así lo ha entendido la reciente STS 572/2016 de 29 de septiembre, de la sala de lo civil, sección primera. En segunda instancia se había condenado a tres socie-

---

[65] EMBID IRUJO, José-Miguel: «Levantamiento del velo y grupo de sociedades», blog *Rincón de Commenda*, publicado el 12 de enero de 2017. El catedrático se refiere al trabajo de DE LA CÁMARA, Manuel y DE PRADA, José María: «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de escritura pública en la constitución de sociedades mercantiles y sus modificaciones», *Revista de Derecho Notarial,* 1973. En palabras de estos autores, «los juristas no podemos permanecer cruzados de brazos, ante la reiterada perpetración de fraudes y abusos cometidos bajo el manto protector de la personalidad jurídica».

dades limitadas de un grupo familiar de empresas a responder solidariamente de la deuda contraída por la entidad dominante del grupo, garantizada parcialmente y con posterioridad a su nacimiento por las demás. Según expone el Alto Tribunal, la existencia misma de un grupo no da lugar a un supuesto de abuso de la personalidad jurídica, ya que «no ha resultado acreditado el aspecto subjetivo o de concertación (*consilium*) para procurar el fraude, máxime si se tiene en cuenta que el acreedor conocía la estructura del grupo familiar y su actuación en el tráfico mercantil y, no obstante, negoció y aceptó las garantías ofrecidas por las empresas filiales; por lo que difícilmente puede haber fraude cuando el acreedor conoce las circunstancias que concurren (*scientia*) y, pese a ello, acepta los riesgos derivados de las mismas».[66]

Como elementos reveladores de la existencia del abuso de la personalidad societaria, cita la sentencia los clásicos de la infracapitalización y confusión de patrimonios y la más específica aplicable al grupo: el carácter instrumental de las empresas filiales de cara al fraude alegado, aludiendo a las sociedades filiales creadas «ad hoc» para perpetrar un abuso concreto.

Parece que el Tribunal Supremo tiene clara la doctrina del levantamiento del velo y la exigencia de los requisitos expuestos. Sin embargo, como pone de relieve BUSTILLO TEJEDOR, la tendencia de la jurisprudencia en el ámbito laboral es la de levantar el velo siempre que se constate la existencia de un grupo de sociedades, objetivando la responsabilidad[67].Entiendo, sin embargo, que esta afirmación debe matizarse, dado que no basta la mera existencia de un grupo de sociedades, para levantar el velo a efectos laborales.

En los pronunciamientos dictados en el ámbito laboral se distingue el grupo de empresas, a efectos mercantiles, del grupo de empresas a efectos laborales. Este último es el que, además de reunir los presupuestos del artículo 42 del Código de Comercio, presenta los siguientes requisitos, recogidos en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de enero de 2014[68]:

— Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo;

— Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo;

— Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y

---

[66] Fundamento de Derecho TERCERO.2 «in fine».
[67] BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: *op. cit.,* página 52.
[68] STS 882/2014, de 29 de enero, en su Fundamento de Derecho Primero.5.

— Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Cumplidos estos requisitos, la jurisprudencia ha venido estableciendo que existe responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones laborales, no bastando, por tanto, la mera existencia de un grupo de sociedades para aplicar dicha doctrina del levantamiento del velo.

Donde sí se produce cierta objetivación es en la inversión de la carga de la prueba de la existencia de un grupo laboral, en beneficio del trabajador. Al encontrarse el trabajador en una posición inferior respecto del empleador bastará que presente indicios de la existencia de tal unidad empresarial, pero debido a la imposibilidad de que éste pueda conocer los entresijos de la empresa o empresas en las que presta sus servicios habrá de ser la empleadora quien tenga que probar que no existe tal grupo de empresas a efectos laborales.

3. El autocontrato en el grupo de sociedades

Existe autocontrato cuando una persona, que tiene facultades para vincular a dos o más patrimonios, crea relaciones jurídicas entre los mismos en ejercicio de las citadas facultades. Se distingue el autocontrato lícito del ilícito en el requisito adicional que concurre en este último: la existencia de un conflicto de intereses, definida como aquella situación en la que el beneficio de uno de los patrimonios lleva consigo el perjuicio del otro. Siempre que aparezca el conflicto de intereses, el autocontrato será ilícito y exigirá una especial autorización (lo que en sede de sociedades exigirá autorización de la Junta general para las actuaciones del administrador y la autorización de este último para los negocios formalizados por los apoderados de la sociedad).

En sede mercantil, se ha reforzado por la Ley 31/2014 el cumplimiento de los deberes de lealtad, mediante la modificación de los artículos 227 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Excede del estudio del presente capítulo el alcance de las sanciones por el incumplimiento del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses y la confluencia de esta regulación con la jurisprudencia sobre autocontratos ilícitos[69].

La principal cuestión en lo que a grupos societarios se refiere al contrato celebrado entre la sociedad matriz y la filial, cuando ambas están representa-

[69] Esta materia se explica de un modo muy clarificador por CABANAS TREJO, R. y BALLESTER AZPITARTE, L.: «Autocontrato y obligaciones derivadas del deber de lealtad», a propósito de la crítica a la Resolución de la DGRN de 11 de abril de 2016», web *boletinjuridico.wordpress.com*.

das por el mismo administrador y existe conflicto de intereses. Siguiendo a BUSTILLO TEJEDOR[70] y PÉREZ RAMOS[71] llegamos a las siguientes conclusiones:

— Como norma general, dado que el ordenamiento legitima los grupos de sociedades, dotados de un interés propio y supraindividual, aunque en puridad pueda existir conflicto de intereses individual, no lo hay respecto del grupo, por lo que no estaríamos ante un autocontrato ilícito. No sería necesario en principio autorización de la Junta general de ambas sociedades para salvarlo.

— Esta tesis tiene un fuerte argumento en el artículo 162 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece: «*en la sociedad de responsabilidad limitada, la Junta General, mediante acuerdo para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores. No será necesario el acuerdo de la Junta General para realizar los actos anteriores a favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo.*»

— La excepción sostenida por estos autores se basa en la existencia de un grupo, con los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio (aunque hay posturas más estrictas, como la de MARIMÓN DURÁ[72] que lo circunscribe al grupo en sentido estricto, con dirección unificada y con un interés colectivo).

— Con un criterio de prudencia y seguridad del tráfico, BUSTILLO TEJEDOR entiende que no debe bastar la mera manifestación de la existencia del grupo para salvar el autocontrato cuando intervienen terceros (cita como ejemplo el préstamo a una sociedad, con la fianza de otra, representadas la deudora y fiadora por el mismo administrador). En estos casos será necesario presentar un contrato de constitución del grupo, del que resulte de un modo claro la existencia del grupo y la atribución del poder de

---

[70] BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: *op. cit.,* páginas 47-49.

[71] PÉREZ RAMOS, C.: «La autocontratación en materia societaria y en los grupos de sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 55, Consejo General del Notariado, junio 2011, Madrid.

[72] MARIMÓN DURÁ, R.: *La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus socios, administradores y otras sociedades de su grupo*, Ed. Thomson Reuters, 2.ª edición, año 2010. Según esta posición, el sacrificio del interés individual de cada sociedad a favor del interés del grupo sólo tiene sentido cuando estamos ante un grupo de sociedades «strictu sensu», es decir, con una dirección única. Sólo en este caso se justifica que la doble representación no esté prohibida porque no concurre verdadero conflicto de intereses. Cuando no exista dirección única (aunque legalmente haya grupo societario) no puede hablarse de interés de grupo, a juicio de este sector, por lo que no está justificado priorizar el interés de la sociedad dominante frente al de la dominada.

dirección. En caso de no aportarlo, lo más prudente es exigir las autorizaciones de las Juntas generales de las sociedades intervinientes[73].

Dado que el precepto antes aludido (artículo 162 TRLSC) se ciñe al autocontrato societario en las limitadas, surge el interrogante de qué ocurre cuando alguna de las sociedades afectadas por la doble o múltiple representación revista la forma de anónima. Una interpretación restrictiva y literal del precepto nos llevaría a inaplicar el criterio examinado al caso en que intervenga una sociedad anónima, dado que el precepto únicamente alude a las sociedades de responsabilidad limitada, pudiendo aplicarse la máxima latina «inclusio unius exclusio alterius».

No obstante, coincido con el criterio más amplio de MARIMÓN[74] y PÉREZ RAMOS[75], quienes sostienen que cabe perfectamente la aplicación analógica de la norma al existir identidad de ratio. El fundamento del precepto radica en el interés de los socios de que la asistencia financiera se lleve a cabo con la debida transparencia y que no se empleen recursos de la sociedad para favorecer a un socio o administrador en perjuicio de la misma. Al recoger el precepto la excepción del grupo societario, ha consagrado la regla de la primacía del interés grupal sobre el societario, poniendo a disposición del jurista una herramienta hermenéutica para la interpretación de otros conflictos, incluso en el ámbito de las sociedades anónimas.

4. Sociedades Profesionales y Sociedad de Medios: ¿puede una sociedad filial ser sociedad de medios?

Cuando el objeto de una sociedad sea la realización de actividades profesionales rige la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que las define como las que tienen por objeto social el ejercicio en común de actividades profesionales, entendiéndose como actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial o titulación profesional e inscripción en el correspondiente Colegio profesional.

La ley impone a estas sociedades que se constituyan como profesionales y que tengan como objeto exclusivo el desarrollo de dichas actividades. Sin embargo, una de las excepciones que permite el Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado podría referirse indirectamente a los grupos de sociedades. Y es que la Exposición de Motivos de la citada ley excluye explícitamente de la consideración como sociedades profesionales a las denominadas «*sociedades de medios*», entendidas como aquellas sociedades que tienen por finalidad

---

[73] BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: *op. cit,.* pág. 49.
[74] *Op. cit.*
[75] *Op. cit.,* página 173.

«*compartir infraestructura y costes*» aun cuando tuvieran por objeto —aparentemente— la realización de actividades profesionales. La idea de la sociedad de medios se ha extrapolado habitualmente para el caso de profesionales que ejercen una actividad profesional a título individual, pero que constituyen una sociedad para centralizar la gestión administrativa y la propia logística de la actividad.

La posición del Alto Tribunal y del Centro Directivo, a este respecto, se puede resumir en tres puntos:

— Las «sociedades de medios» no se incluyen en el concepto de sociedades profesionales contemplado en el artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales.

— En virtud de la necesaria seguridad jurídica, la condición de sociedad de medios debe explicitarse en los estatutos de la sociedad, considerándose, en caso contrario, que estamos ante una sociedad profesional y, dado que no se cumplen los requisitos legales, quedará disuelta de pleno derecho si no se adapta en el plazo fijado por la ley. Así se viene exigiendo desde la Resolución DGRN de 5 de marzo de 2013. En el caso, entre las actividades del objeto social, se incluía el «asesoramiento jurídico». La calificación entiende que esta actividad implica el carácter profesional de la sociedad y la sujeción obligatoria a la Ley de sociedades profesionales. «Debe exigirse para dar "certidumbre jurídica" la declaración expresa de que estamos en presencia de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos estemos en presencia de una sociedad profesional sometida a la ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo. Por ello, una correcta interpretación de la Ley de Sociedades Profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente». Se cita por la DGRN como causante de este cambio de doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012.»

— Quedará disuelta de pleno derecho, en consecuencia, la sociedad no constituida como profesional cuando entre en el supuesto de hecho descrito por la ley, en caso de no tratarse de una sociedad calificable como «de medios».

— Cabe reactivación de la sociedad siempre que exista unanimidad, por aplicación analógica del artículo 223 del Código de Comercio. En este senti-

> do, afirma la RDGRN de 11 de enero de 2016, que la «disolución de pleno derecho no impide la reactivación de la sociedad, a pesar de la dicción literal del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital, incluso en aquellos supuestos en que, por aplicación de la previsión legal, el registrador hubiera procedido a la cancelación de asientos. Así lo confirma la disposición transitoria octava del vigente Reglamento del Registro Mercantil, al establecer que la cancelación de los asientos correspondientes a la sociedad disuelta por falta de adecuación a las previsiones de las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1564/1989 tendrá lugar «sin perjuicio de la práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación o la reactivación, en su caso, acordada». Y aquí es donde también reitera su doctrina de que cuando «la sociedad está disuelta *ipso iure*» por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos, ya no cabe un acuerdo social, sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición. No otra cosa resulta del artículo 223 del Código de Comercio cuando afirma: «Las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios, después que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su establecimiento».

Según la Resolución DGRN de 21 de julio de 2011, la exclusividad del objeto de las sociedades profesionales no impide a las mismas constituir como socios mayoritarios otras sociedades mercantiles con un objeto diverso, argumentando que la exclusividad del objeto social no implica una limitación a la capacidad de obrar de la sociedad. No obstante, hace la precisión de que esta tesis es aplicable siempre y cuando las actividades de la sociedad en que se participa sean meramente auxiliares de la actividad principal profesional, aunque considerando, a la vez, que el hecho de que la participación de la sociedad profesional en la otra sociedad sea mayoritaria no supone que las actividades de aquélla no sean auxiliares.

Sobre la base de los pronunciamientos expuestos, PUIG SANFIZ[76], con buen criterio, entiende que «una sociedad que asume servicios externalizados de otras entidades del mismo grupo societario, que factura sus servicios profesionales a precio de coste, que no presta servicios a terceros en el tráfico distintos de las restantes sociedades del grupo y, con la que se pretende minimizar costes», sería una sociedad de medios integrante de un grupo societario. Siendo así el caso, lo recomendable pasaría por precisar en los estatutos de la sociedad su condición de

[76] PUIG SANFIZ, Arturo, en su artículo «Sociedades Profesionales y sociedades de medios», publicado en la *web* www.cecamagan.com, el día 5 de junio de 2013.

«sociedad de medios» y su finalidad instrumental de prestar servicios única y exclusivamente a las demás sociedades del grupo.

VIII. GRUPOS DE SOCIEDADES Y CONCURSO

La Ley Concursal hace una somera referencia a los grupos de sociedades, pero no contempla propiamente una regulación específica de los concursos de los grupos de sociedades.

El concepto de Grupo Concursal de sociedades, a partir del 1 de enero de 2012, es el que resulta de la reciente Disposición Adicional Sexta de dicha ley, esto es, el definido en el artículo 42 del Código de Comercio, ya visto.

El profesor SEBASTIÁN QUETGLAS[77] echa en falta un conjunto de normas que regulen de manera homogénea el tratamiento de los grupos de sociedades en el concurso de acreedores, es decir, una manifestación más a favor de la regulación de esta realidad del tráfico jurídico y económico.

Las especialidades concursales, cuando se trata de un grupo de sociedades, son las siguientes:

a) Los grupos de sociedades en el preconcurso: nos referimos fundamentalmente a los acuerdos de refinanciación, regulados en el artículo 71 bis LC, que establece dos especialidades:

— A los efectos del cómputo de la suscripción del acuerdo por parte de los tres quintos del pasivo, se entenderá que, en el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

— En cuanto a la preceptiva certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo, si el deudor estuviera integrado en un grupo o subgrupo de sociedades, el auditor competente será el de la sociedad dominante.

— Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar, del Registro Mercantil del domicilio del deudor, el nombramiento de un experto indepen-

[77] SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Thomson Reuters, año 2013, páginas 26 y ss.

diente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

b) Solicitud de la declaración de concurso de una sociedad integrante de un grupo: el artículo 6 LC exige incluir en la memoria que acompaña a la declaración de concurso:

— Mención de la pertenencia al grupo e identificación de todas las sociedades que pertenezcan al mismo.

— Las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

En estos casos de declaración de concurso de una de las sociedades del grupo, ¿se produce la extensión del concurso a las restantes sociedades integrantes del mismo? Aclara el autor antes citado[78] que, en el derecho comparado, únicamente Francia e Italia regulan la extensión. En Estados Unidos se permite la extensión, a solicitud de los acreedores, siempre que el juez que conoce del procedimiento considere que las ventajas de la extensión superan a los inconvenientes. En nuestro país no se aborda esta posibilidad en el articulado de la Ley Concursal, considerando la doctrina mayoritaria que no será posible. Cuestión diferente es el hecho de que la declaración de concurso de la sociedad dominante origine la insolvencia o falta de viabilidad de las restantes sociedades del grupo y se desemboque en un nuevo concurso de alguna/s de ella/s.

c) Posibilidad de declaración conjunta del concurso o acumulación de concursos: siempre que más de una sociedad perteneciente al mismo grupo se encontrara en situación de insolvencia, se permite en los artículos 25 y 25 bis de la Ley Concursal, correspondiendo la competencia al juez del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad dominante o, en los supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo.

---

[78] SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: *op. cit.,* páginas 91 y siguientes.

En los supuestos de acumulación, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso de la sociedad dominante o —cuando ésta no haya sido declarada en concurso— el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.

d) Subordinación de créditos: la clasificación de un crédito como subordinado lleva consigo la postergación a los restantes créditos en el cobro. El artículo 92.5.º de la Ley Concursal considera como tales los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. Tienen tal consideración, según el artículo siguiente, en caso de concurso de persona física:

— Las personas jurídicas controladas por el concursado, presumiéndose la existencia de dicho control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

— Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las sociedades directamente controladas por el deudor.

En caso de concurso de persona jurídica, tienen la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes.

e) Extensión de la responsabilidad en caso de insolvencia ocasionada por el cumplimiento de las instrucciones de la sociedad matriz. En estos casos, al no existir una norma en nuestro ordenamiento que nos permita exigir responsabilidades a la matriz, la doctrina se halla polarizada:

1. Un sector de la doctrina imputa la responsabilidad a la sociedad dominante, bien invocando la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil[79] o apelando al deber de fidelidad de todo accionista[80]. Es la posición que apunta el citado anteproyecto de ley de código mercantil.

2. Otro solamente lo hace en caso de que se den los requisitos de la doctrina del levantamiento del velo societario.

---

[79] En este sentido, MARTÍNEZ MACHUCA, P.: «La protección de los socios externos en los grupos de sociedades», citado, en su página 299, lo cual exige la ausencia de relación contractual entre la matriz y la filial, junto con una acción culposa que genere un daño. SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: *op. cit.,* página 147; pone de manifiesto que esta acción es remota y procederá a través de la acción subrogatoria de los acreedores ex artículo 1.111 CC, procediendo únicamente una acción directa cuando la actuación de la matriz les ha causado perjuicio directo a los acreedores.

[80] DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit*. página 400; esta teoría supone la aplicación al derecho de sociedades del principio de buena fe contractual, obligando a la matriz a la búsqueda del beneficio de la filial.

f) Rescisión de los negocios jurídicos de garantía formalizados por la sociedad filial a favor de la matriz: los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal permiten, una vez declarado el concurso, rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración, aunque no existiera intención fraudulenta. A tal efecto, dispone el 71.2 del citado cuerpo legal que «*el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso*». Esta normativa ha planteado la situación jurídica en la que se encuentran, tras la declaración de concurso de la sociedad filial las operaciones de garantía que otorgó a favor de la sociedad matriz y, en concreto, si están dentro de la presunción «iuris et de iure» de perjuicio patrimonial aludido.

La reciente STS 2644/2017, de 27 de junio, aclara que para determinar si es rescindible una hipoteca en garantía de deuda ajena y una fianza prestada por una sociedad filial a favor de su matriz, cuando la primera ha sido declarada en concurso debe determinarse si la fianza es onerosa o gratuita. Puede considerarse onerosa cuando la sociedad ha percibido alguna contraprestación por la concesión de la garantía; pero también se considera onerosa si ha sido contextual, es decir, coetánea a la concesión del crédito garantizado, de modo que si es contextual se entiende concedida a título oneroso (pues el Banco concede el crédito por la existencia de la garantía y recibe como contraprestación de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero). Si la concesión de la garantía es posterior al nacimiento de la obligación, se presume gratuita[81].

IX. BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS FISCALES DEL GRUPO

1. Impuesto sobre Sociedades

Las entidades que forman parte de grupos de sociedades por subordinación tienen la posibilidad de tributar conforme al régimen de consolidación fiscal, recogido en el Capítulo VI del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, que se caracteriza por considerar como contribuyente al grupo de sociedades, con independencia de las entidades que lo integran. Cada una de las sociedades del grupo está obligada a la presentación de la declaración individual del impuesto, a pesar de cuya presentación no resultará cuota alguna a ingresar o devolver, correspondiendo el pago o cobro de la deuda tributaria a la sociedad dominante del grupo como responsable a estos efectos.

---

[81] Esta reciente sentencia recoge el criterio jurisprudencial de otros pronunciamientos anteriores que siguen la estela de la STS 100/2014, de 30 de abril (expresamente citada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 2017).

Según el artículo 58 de la citada ley, se entiende por grupo de consolidación fiscal el conjunto de sociedades formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de la misma, sean éstas anónimas, limitadas o comanditarias por acciones. Tendrá la consideración de sociedad dominante la que tenga, al inicio del período impositivo una participación directa o indirecta de, al menos, el setenta y cinco por ciento del capital social de las dependientes, siempre que dicha participación se mantenga durante todo el período impositivo. Quedan al margen de este régimen los grupos por coordinación.

No podrán formar parte en los grupos fiscales las sociedades en que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

— Que no sean residentes en territorio español.

— Que estén exentas del impuesto.

— Que al cierre del período impositivo hayan sido declaradas en concurso.

— Que al cierre del período se encuentre en una situación de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

— Las entidades dependientes que estén sujetas a un tipo de gravamen distinto de la sociedad dominante, salvo que esté integrado el grupo por, al menos, una entidad de crédito.

— Las entidades dependientes cuyo ejercicio social no pueda adaptarse al de la sociedad dominante.

NARVÁEZ LUQUE[82] pone de relieve, como principales ventajas del grupo de consolidación fiscal, los siguientes:

— Simplificación de requerimientos administrativos derivados de las operaciones entre sociedades vinculadas. Dado que existe la obligación de valorar conforme a mercado las operaciones entre entidades vinculadas, con sanciones en caso de no realizarse la valoración a precio de mercado o de que no se documente debidamente, la LIS exonera de esta última obligación a las sociedades que tributen en régimen de consolidación fiscal.[83]

---

[82] NARVÁEZ LUQUE, Antonio: El control societario en los grupos de sociedades, un enfoque práctico y multidisciplinar, coordinado por LÓPEZ JIMÉNEZ, José-María; editorial Wolters Kluwer España, año 2017, páginas 218 y siguientes.

[83] Artículo 18.3.a) de la Ley del Impuesto de Sociedades

— Eliminación o dilación en el tiempo de resultados intragrupo: las operaciones intragrupo de cesiones o enajenaciones de elementos del activo provocarán que el resultado intragrupo no se considere realizado fiscalmente hasta que el activo transmitido se enajene a un tercero.

— Compensación inmediata de pérdidas: se permite compensar las pérdidas obtenidas por alguna de las sociedades del grupo en el mismo ejercicio, con los beneficios en otras sociedades del grupo.

— Eliminación de retenciones e ingresos a cuenta en operaciones intragrupo: exoneración de gran importancia, dado que afecta a operaciones financieras, pago de dividendos o arrendamientos de inmuebles. Además, las retenciones e ingresos a cuentas soportados por las distintas sociedades del grupo, en las operaciones con terceros, podrán ser aplicadas en los pagos fraccionados y declaración del impuesto de sociedades del grupo, lo que facilita la compensación inmediata, sin esperar a obtener la devolución en declaraciones individuales.

— Compensación de las cuotas a ingresar y devolver: la tributación por este régimen supone la presentación de una sola declaración con cuota a ingresar o devolver, lo que lleva consigo un único pago o, en su caso, devolución.

— Liquidación unitaria de los pagos fraccionados.

El citado autor[84] menciona como principales inconvenientes de esta tributación la responsabilidad solidaria de todas las sociedades por el pago de la deuda tributaria, ciertos costes administrativos adicionales y la inaplicación de ciertos límites fiscales.

2. Impuesto sobre el Valor Añadido

Los grupos de sociedades tienen la opción de tributar de forma conjunta a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, acogiéndose al régimen especial del grupo de entidades, siempre que presenten un grado de vinculación suficiente, definida como la relación entre la entidad dominante y las entidades participadas directa o indirectamente por ésta en más de un cincuenta por ciento del capital social, mantenida durante todo el año natural.

En el caso de optar por dicho régimen deberán escoger entre el modelo de tributación básico o el avanzado. En el primer caso se agregan las cuotas resultan-

[84] NARVÁEZ LUQUE, Antonio: *op. cit.,* páginas 220 a 222.

tes de las declaraciones individuales del impuesto, permitiendo la compensación de las cuotas a devolver de unas entidades con las cuotas a ingresar de otras entidades del mismo grupo[85]. En el régimen de consolidación avanzado, lo que se pretende es que no se generen sobrecostes en concepto de IVA asociados a la prestación de servicios entre sociedades del mismo grupo, alcanzando este sistema de tributación a la determinación de la base imponible, deducciones y renuncia a exenciones en las operaciones intragrupo[86].

X. IDEA DE LA CONSOLIDACIÓN CONTABLE

Hemos visto que el artículo 42 del Código de Comercio obliga a toda sociedad dominante de un grupo de sociedades a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. No obstante, el artículo 43 del Código de Comercio establece una serie de excepciones a dicha obligación:

1. Cuando a la fecha del cierre del ejercicio de la sociedad dominante, el conjunto de sociedades el conjunto de sociedades incurra, durante dos ejercicios consecutivos, en dos de las siguientes circunstancias:

— La suma de las partidas del activo sea inferior a 11.400.000 euros.

— La cifra anual de negocios sea inferior a 22.800.000 euros.

— El número medio de trabajadores durante el ejercicio no exceda de 250.

2. Cuando la sociedad obligada a consolidar sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por la legislación española o la de otro Estado miembro de la Unión Europea, si esta última sociedad posee el 50% o más de las participaciones sociales de aquélla, y los accionistas o socios que posean al menos el 10%, no hayan solicitado la formulación de cuentas consolidadas seis meses antes del cierre del ejercicio. Será necesario el cumplimiento de una serie de requisitos adicionales.

3. Cuando la sociedad obligada a consolidar participe exclusivamente en sociedades dependientes que no posean un interés significativo, individual y en conjunto, para la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de las sociedades del grupo.

---

[85] NARVÁEZ LUQUE, Antonio: *op. cit.,* página 224. Como explica el autor mencionado, «no en todos los casos este régimen resulta útil… en caso de que todas las sociedades acrediten cuotas a ingresar de IVA en sus declaraciones individuales, la pertenencia al grupo no añadiría ventaja alguna».

[86] NARVÁEZ LUQUE, Antonio: *op. cit.,* página 227: manifiesta el autor que ello resulta lógico por la concepción de grupo como unidad productiva única, aunque en ocasiones se generan ineficiencias.

4. Cuando todas las sociedades dependientes puedan excluirse de la consolidación porque no se puedan obtener los estados financieros consolidados por razones debidamente justificadas; o bien, porque la tenencia de las acciones o participaciones de esta sociedad tenga exclusivamente por objetivo su cesión posterior; o existan restricciones severas y duraderas que obstaculizan el ejercicio del control de la sociedad dominante sobre ésta dependiente.

El artículo 10 del Real Decreto 1159/2010, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, establece los siguientes métodos:

— Integración global: Este método tiene por objeto ofrecer una imagen fiel patrimonial, financiera y de resultados del grupo de empresas considerando el conjunto de dichas sociedades como una sola entidad. Para ello, se procederá a la incorporación al balance, a la cuenta de pérdidas y ganancias, al estado de cambios en el patrimonio neto y al estado de flujos de efectivo de la sociedad obligada a consolidar, de todos los activos, pasivos, ingresos, gastos, flujos de efectivo y demás partidas de las cuentas anuales de las sociedades del grupo.

— Integración proporcional: método aplicable a las sociedades multigrupo y que consiste en la incorporación a las cuentas anuales consolidadas de la proporción de activos pasivos, gastos, ingresos, flujos de efectivo y demás partidas de las cuentas anuales de la sociedad multigrupo correspondiente al porcentaje que de su patrimonio neto posean las sociedades del grupo.

— Puesta en equivalencia o método de la participación: se aplicará para las empresas multigrupo que no apliquen el método de estimación proporcional y se persigue la actualización del valor contable de las participaciones que la sociedad obligada a consolidar tiene sobre las empresas multigrupo o asociadas.

XI. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Civitas, año 1995.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y GONZÁLEZ-MENESES, M.: «Las modificaciones estructurales», en «Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas» (AA.VV.), número extraordinario 2015, DOMÍNGUEZ MENA, A. y MARQUÉS

MOSQUERA, C. (Coordinadores) *Cuadernos de Derecho y Comercio,* Consejo General del Notariado, tomo II.

BUSTILLO TEJEDOR, L. L.: «Los Grupos de Sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2014, número 62, Consejo General del Notariado.

CARRASCO PERERA, Á.: «STS de 30 de junio de 2005: Cartas de Patrocinio; obligaciones resultantes de las declaraciones de titularidad sobre el capital de la filial y de apoyo financiero en caso de insolvencia», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 71, 2006.

CHAMPAUD, C.: *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Librairie Sirey, París, 1962

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L.: *Derecho de grupos de sociedades,* Thomson Reuters, segunda edición, año 2009.

DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil*, volumen I, editoriales de derecho reunidas, Madrid, año 1977.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El administrador de hecho de las sociedades*, Editorial Aranzadi, 2002.

EMBID IRUJO, J. M.:

— *Introducción al derecho de grupo de sociedades*, editorial Comares, año * (*vid.* especialmente páginas 67, 71, 73 y siguientes).

— «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de Derecho Mercantil* número 304, abril-junio 2017.

GARCÍA LLANEZA, R.: «Grupos de sociedades, empresas asociadas, sociedades de propósito especial y vinculadas: PGC y NIIF», ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho de Sociedades, *Revista de Derecho Mercantil,* número 304, año 2017.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (coordinador): *El control societario en los grupos de sociedades*, AA.VV., ed. Wolters Kluwer, año 2017.

MARTÍNEZ MACHUCA, P.: «La protección de los socios externos en los grupos de sociedades», Ed. Real Colegio de España Bolonia, Bolonia/Zaragoza 1999.

PAZ-ARES, C., en Uría y Menéndez, «Curso de Derecho Mercantil», tomo I, Editorial Civitas, 1999.

PÉREZ RAMOS, C.: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de negocios bancarios», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 55, junio 2011, Consejo General del Notariado.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: Las Cartas de Patrocinio», Derecho del Mercado Financiero, coordinado por Martínez Simancas y Alonso Ureba, año 1994, volumen II, tomo II.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades,* Thomson Reuters, año 2013.

URÍA Y MENÉNDEZ: «Curso de Derecho Mercantil», tomo I, Editorial Civitas, año 1999.

Webgrafía

Blog de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Administradores de una sociedad filial: deber de lealtad *vs* interés del grupo».

Blog *Almacén de Derecho*, de ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: especialmente el siguiente post: «*Derecho de grupos: la responsabilidad de la matriz por las deudas de la filial*», que repasa en esta materia la legislación y jurisprudencia alemanas.

3. Blog *Rincón de Commenda*:

— EMBID IRUJO, J.-M.: «Levantamiento del velo y grupo de sociedades», «¿Hacia un derecho judicial de los grupos de sociedades?» y «Ubicuidad del grupo de sociedades».

— SALDAÑA VILLOLDO, B.: «Fijación de la fecha de efectos contables en supuestos de fusión de sociedades de un mismo grupo».

4. Blog *¿Hay derecho?*:

— ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Aportación de rama de actividad y segregación: ¿al fin un criterio seguro?».

LANZÓN MARTÍNEZ, F.: «Las llamadas *cartas de patrocinio*: entre el derecho y la moral» y «Cartas de patrocinio».

(Trabajo recibido el 18/08/2017
y aceptado para su publicación el 01/10/2017)

TRANSMISIÓN

CAPÍTULO X: LA TRANSMISIÓN *INTER VIVOS* DE LA EMPRESA FAMILIAR

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Notaria de Fuenlabrada

RESUMEN

Este capítulo aborda los diversos mecanismos existentes en nuestro ordenamiento para la transmisión *inter vivos* de la empresa familiar, ahondando no solo en su posible articulación vía la transmisión de las acciones o participaciones sociedades de las sociedad que desarrollen dicha actividad empresarial, sino también analizando la posibilidad de acudir a las modificaciones estructurales para conseguir la misma finalidad, así como las principales implicaciones fiscales en uno u otro caso.

Palabras clave: transmisión, venta, empresa familiar, modificaciones estructurales, acciones, participaciones sociales, neutralidad fiscal, exención fiscal, manifestaciones y garantías.

CHAPTER X: *INTER VIVOS* CONVEYANCE OF FAMILY-OWNED BUSINESSES

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Notary Public in Fuenlabrada

ABSTRACT

This chapter covers the various mechanisms that exist in our legal system for the *inter vivos* conveyance of family-owned businesses, delving deeper into not only their possible articulation through the transfers of shares or stock certificates in companies engaging in business activities, but also the analysis of the possibility of resorting to structural amendments to achieve the same purpose, as well as the main tax impacts in each case.

Keywords: transfer, sale, family-owned business, structural amendments, shares, stock certificates, tax neutrality, tax exemption, representations and warranties.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FÓRMULAS PARA LA TRANSMISIÓN *INTER VIVOS* DE LA EMPRESA FAMILIAR. 1. La venta de las acciones o participaciones sociales. 1.1. Elementos subjetivos. 1.1.1. El transmitente. A) La transmisión por los menores o discapacitados. B) La incidencia del régimen económico-matrimonial. 1.1.2. La persona del adquirente. A) Restricciones a la transmisibilidad. B) Modalidades de restricción con especial referencia a las cláusulas de adquisición preferente, «tag-along» y «drag-along». 1.2. Elementos objetivos. 1.3. Elementos formales. 1.3.1. Forma y documentación de la transmisión de las participaciones sociales. 1.3.2. Forma y documentación de la transmisión de las acciones. 1.4. Elementos temporales. 1.4.1. Venta de acciones y participaciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital. 1.4.2. Venta después de la transformación de SA en SL antes de su inscripción, o viceversa. 1.5. La fiscalidad: el artículo 314 de la Ley del Mercado de Valores. 1.6. La exención del IVA en la venta de empresas. 1.7. Las operaciones vinculadas. 2. Las modificaciones estructurales como vehículos para la transmisión empresarial. 2.1. La fusión. 2.2. La escisión total o parcial. 2.3. La segregación. 2.4. La cesión global del activo y pasivo. 2.4.1. La cesión global antes de la Ley de Modificaciones Estructurales. 2.4.2. La cesión global tras la LME. A) Elementos personales. B) Elementos reales. C) Elementos formales. D) Eficacia de la cesión global. 2.5. La aportación de empresa o rama de actividad: ¿una modificación estructural? 2.6. La fiscalidad de estas operaciones: el régimen de neutralidad fiscal.—III. LA EMPRESA COMO OBJETO DE LA TRANSMSIÓN *INTER VIVOS*. 1. La regulación de la venta de empresa 2. Garantías y responsabilidades en este tipo de transmisiones. 2.1. Las *due diligence* y los deberes de información del vendedor. 2.2. Manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresa.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares constituyen un importante activo en nuestra sociedad en tanto que motor que genera productividad, servicios y puestos de trabajo, en definitiva, riqueza. Es por ello que la transmisión de este tipo de empresas en funcionamiento, conservando su valor y con el menor coste económico posible, se nos antoja una vía de preservación de dicha riqueza, de ahí la importancia de analizar las vías de transmisión existentes.

Es por ello que en el presente trabajo se pretende abordar los diversos mecanismos existentes en nuestro ordenamiento para la transmisión *inter vivos* de la empresa familiar, ahondando no solo en su posible articulación vía la transmisión de las acciones o participaciones de las sociedades que desarrollen dicha actividad empresarial, sino también analizando la posibilidad de acudir a las modificaciones estructurales para conseguir la misma finalidad.

El objetivo no es otro que ofrecer una visión de las distintas posibilidades existentes en aquellos supuestos en que una empresa familiar en desarrollo se pretende transmitir, ya sea a alguno de los socios o a terceros, teniendo en cuenta las principales implicaciones fiscales de este tipo de operaciones, así como la conveniencia de introducir en determinados casos cláusulas de manifestaciones y garantías con la finalidad de mejorar la posición de la parte compradora.

Y a la inversa, el trabajo pretende también aludir a mecanismos que puedan servir para evitar la pérdida de control de la empresa por parte de la familia vía transmisión de acciones y participaciones sociales, ya sea mediante modificaciones estatutarias o acudiendo a los pactos parasociales o, al menos, para paliar los efectos perjudiciales que puedan derivarse de la misma.

II. FÓRMULAS PARA LA TRANSMISION *INTER VIVOS* DE LA EMPRESA FAMILIAR

Además de mediante la compraventa de la totalidad de las participaciones sociales o acciones integrantes de una sociedad, la transmisión *inter vivos* de una empresa puede articularse mediante alguna modalidad de reestructuración empresarial, muchas de las cuales se encuadran dentro de las denominadas «modificaciones estructurales», cuya regulación está contenida en la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales. La denominación de modificación estructural ha sido acogida por el legislador desde la citada LME, que de forma meramente descriptiva se refiere a las mismas en su Exposición de Motivos como «*aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad*», aunque no nos ofrece propiamente una definición legal. Y dentro de ellas, tanto la fusión, que va dirigida a aglutinar en una única sociedad el patrimonio y accionariado de dos o más sociedades preexistentes; como la escisión, que se utiliza para traspasar todo o parte del patrimonio de una sociedad a una o más sociedades preexistentes o de nueva creación; la segregación, que es una modalidad de escisión que sirve para la creación de filiales mediante la transmisión del patrimonio social a otra sociedad distinta a cambio de las acciones o participaciones sociales de la misma; o la cesión globales de activo y pasivo, acerca de cuya finalidad y requisitos nos referiremos ampliamente más adelante; pueden utilizarse para la transmisión empresarial, consiguiendo a través de las mismas el efecto característico de este tipo de operaciones: la sucesión universal.

No obstante, como veremos, tanto la fusión como la escisión (y la segregación, que no deja de ser una modalidad de la escisión) son instrumentos cuyo ámbito específico es la transmisión empresarial dentro de procesos de reestructuración empresarial, mientras que la cesión global del activo y pasivo puede utilizarse para transmitir una empresa en funcionamiento a terceros.

Otras modificaciones estructurales que no son relevantes a los efectos de nuestro estudio son la transformación, que es una figura que sirve para articular un cambio de tipología societaria sin necesidad de extinción de la sociedad en cuestión y, aunque no implica propiamente una modificación de la estructura societaria, sino de normativa aplicable a la misma, el traslado de domicilio social al extranjero.

Mención aparte merece la aportación de rama de actividad a la que nos referiremos también en este epígrafe más adelante.

1. La venta de las acciones o participaciones sociales

Cuando uno piensa en la venta de una empresa, sin duda, la forma más directa de articular su transmisión *inter vivos* es mediante la venta del ciento por cien-

to de las acciones o participaciones sociales que componen la sociedad que desarrolla la actividad en cuestión. En otras ocasiones, sin embargo, la transmisión de empresas se articula a través de la venta de una participación mayoritaria (ya sea de más del cincuenta por ciento que permite tener el control de la gestión que podríamos llamar ordinaria de la sociedad o de una mayoría de dos tercios, en cuyo caso el socio mayoritario tendrá la posibilidad de decidir toda suerte de modificaciones atinentes al capital, objeto, composición, estatutos, etc., de la sociedad siempre que estatutariamente no se haya reforzado dicha mayoría) de dicho accionariado o de la participaciones sociales integrantes del capital social porque es una manera de adquirir el control de la empresa articulada a través de la sociedad en cuestión.

En cualquiera de estos casos, es necesario distinguir dos planos: la compraventa de las acciones o participaciones sociales como medio para adquirir la empresa, lo que nos obliga a analizar los requisitos, efectos e incidencia fiscal de este tipo de compraventas; y las obligaciones asumidas o que debería asumir la parte vendedora en este tipo de negocios, habida cuenta de que lo que se está transmitiendo indirectamente es una actividad empresarial en funcionamiento.

A la primera de estas cuestiones nos vamos a referir a continuación, mientras que a todo lo que conlleva la venta de la empresa, como objeto que podemos calificar de mediato o indirecto, nos referiremos en el epígrafe II de este capítulo.

Cuando hablamos de la venta de acciones o participaciones sociales es necesario distinguir, según se trate de acciones de sociedades anónimas o de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada. La diversidad de régimen de transmisión de las acciones y participaciones atiende fundamentalmente a que, mientras en sede de SA el objeto del negocio jurídico de transmisión es la acción en sí misma, por el contrario, en SL, el objeto principal del negocio transmisivo no es la participación social, sino la entrada en la sociedad del nuevo socio, y es como consecuencia de dicho ingreso que se concede al adquirente la titularidad de las participaciones y no al revés.

1.1. Elementos subjetivos

1.1.1. El transmitente

A) La transmisión por los menores o discapacitados

Tratándose de menores de edad sujetos a patria potestad o tutela, hay que destacar dos cuestiones:

1. En primer lugar, podemos plantearnos si es necesario autorización judicial para la venta de participaciones sociales del menor de edad por sus padres o

tutores, ya que los arts. 166 y 271 CC, a diferencia del derecho catalán (arts. 236-27 y 222-43, respectivamente, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), sólo exigen autorización judicial para enajenar o gravar valores mobiliarios, y las participaciones sociales no lo son, a diferencia de las acciones.

En contra de entender exigible la correspondiente autorización judicial, el principal argumento es que las normas a que se ha hecho referencia, en tanto que normas prohibitivas, han de ser objeto de interpretación estricta.

Sin embargo, no son pocos los argumentos esgrimidos doctrinalmente a favor de la necesidad de autorización judicial también tratándose de participaciones sociales:

— El hecho de reputar las participaciones sociales «objetos preciosos», en el sentido que apuntan los arts. 378.2.º y 352 del CC como bienes de extraordinario valor, en relación con el patrimonio del menor o incapaz.

— De no exigirse autorización judicial en estos supuestos se podría vulnerar de forma indirecta la prohibición de enajenación de inmuebles incluidos en el activo de la SL de que se trate sin recabar la misma.

— Una interpretación según la realidad social del tiempo y la finalidad de la norma (por aplicación de los criterios hermenéuticos contenidos en el artículo 3.1. CC), que es la protección del patrimonio del menor, nos lleva a la necesidad de exigir autorización en estos casos por la extraordinaria importancia que pueden tener los patrimonios mobiliarios en la sociedad actual.

2. ¿Y qué decir si se trata de un contrato de gestión de cartera de valores discrecional, que como tal faculta al gestor para disponer de los mismos? En tal caso, entendemos que no es precisa la autorización judicial de los arts. 166 y 271 CC (y análogos del derecho catalán, aragonés y navarro), ya que los posibles actos de disposición no se contemplan aisladamente, sino en relación con la cartera en su conjunto, jugando el principio de subrogación real, sin que en ningún caso pueda entenderse que haya una delegación de la patria potestad, al ser meros actos instrumentales en relación con los fines pactados con el gestor de la cartera.

B) La incidencia del régimen económico-matrimonial

No plantean problemas los actos de disposición en el caso de cónyuges casados en régimen de separación de bienes. Sin embargo, tratándose de cónyuges casados en gananciales es importante tener en cuenta lo siguiente:

a) Tratándose de acciones gananciales, el artículo 1384 CC admite la transmisión de las mismas «*por el cónyuge a cuyo nombre figuren*». Por el contrario, dado que tratándose de participaciones sociales no cabe calificar las mismas de valores mobiliarios ex art. 92 LSC, no cabe aplicar el citado art. 1384 CC, por el que resulta exigible el consentimiento del cónyuge no titular por aplicación del artículo 1375 CC.

b) En cuanto a la venta de acciones gananciales no impresas ni entregadas:

— Algunos autores admiten que sólo consienta el cónyuge a cuyo nombre figuren por aplicación analógica del art. 1.385 CC relativos a los derechos de crédito. Sin embargo, a nuestro juicio, no estamos ante meros derechos de crédito, sino que lo que se cede es una posición contractual que comporta derechos y obligaciones, además del hecho de que es más que discutible que puedan entenderse incluidos en los actos de ejercicio los actos de disposición.

— Por otro lado, mientras que en el caso de las acciones la simplificación y agilidad en la transmisión de los derechos que se incorporan a un título-valor justifica la excepción a la regla general de codisposición establecida en el artículo 1384 CC, no así en el caso de acciones no impresas ni entregadas.

Es por ello que también en estos casos parece imprescindible recabar el consentimiento del cónyuge no titular.

1.1.2. La persona del adquirente

A) Restricciones a la transmisibilidad

A la hora de analizar las restricciones a la transmisibilidad, es necesario distinguir entre las legales, las estatutarias y aquellas derivadas de pactos parasociales. A las dos primeras se refiere el capítulo IV y a las últimas se refiere el capítulo V, ambos de esta obra colectiva a los que nos remitimos, de ahí que en este nos vamos a limitar a analizar dichas restricciones en la medida que puedan afectar a la transmisión *inter vivos* de acciones o participaciones sociales. Y es que en sede de sociedades familiares, las restricciones a la libre transmisibilidad cumplen una importante función por ser uno de los principales vehículos para evitar la entrada e injerencia de terceros ajenos a la familia en la sociedad.

Mientras que en las SSAA, dado su carácter abierto, el art. 123.2 LSC declara nulas las restricciones que hagan prácticamente intransmisible la acción y sólo

las permite respecto a acciones nominativas, lo cual es lógico, ya que la ley de circulación de los títulos al portador es incompatible con las mismas; por el contrario, tratándose de una SL, cuya naturaleza es cerrada, el art. 108.1 LSC declara nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos.*

Sentadas estas premisas, nos centraremos en los principales problemas prácticos que pueden plantear las restricciones a la libre transmisibilidad:

1. En casos de cláusulas de adquisición preferente a favor de la sociedad, socios o terceros, ¿pueden los estatutos establecer unas reglas para fijar el valor de las acciones o participaciones en cuestión para los supuestos de transmisión voluntaria *inter vivos?*

   Al respecto, dispone el art. 123.6 RRM que: «*No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de sus acciones*», y la mayor parte de la doctrina, diversas sentencias y resoluciones de la DGRN (así, la de 4 de mayo de 2005[1] y la de 28 de enero de 2012[2]) rechazan expresamente la liquidación

[1] En esta resolución se discutió la admisibilidad de la siguiente cláusula estatutaria relativa a un derecho preferente de adquisición de las participaciones sociales en caso de transmisión *inter vivos:* «En cuanto al valor de las participaciones transmitidas que se vayan a adjudicar uno o varios socios o bien la sociedad, éste será el valor real que resulte del último balance auditado por la sociedad, debiendo emitir al respecto el oportuno informe el Auditor de la sociedad si así le fuera pedido por cualquiera de las partes o impuesto por las disposiciones legales», rechazando el Centro Directivo esta posibilidad por entender que en todo caso se ha de respetar el principio de responder o buscar el valor real o el "valor razonable", ya que "otra solución implicaría para el socio una prohibición indirecta de disponer sin las garantías establecidas en el artículo 30.3 de la Ley o la atribución de los demás socios de la facultad de obtener un enriquecimiento injusto o sin causa, contrario a uno de los principios generales que informan nuestro ordenamiento jurídico" y que "el valor resultante del balance no puede equipararse al valor real, ni hoy día al valor razonable, por cuanto la contabilización en el balance está sujeto a una serie de principios, tales como la prohibición de incluir determinados elementos, como puede ser el fondo de comercio no adquirido a título oneroso (cfr. artículo 39.6 del Código de Comercio), o la obligación de hacerlo con otros elementos esenciales del activo por el precio de adquisición (artículo 38.1f), y en general el de prudencia… que si son lógicos en cuanto a otros fines de interés público, en especial la protección de los acreedores sociales, quiebran a la hora de proteger el derecho del socio a obtener el valor de su participación en la sociedad si se fija en atención de los datos contables"».

[2] En esta resolución se debatió la inscribibilidad de una modificación estatutaria en que se fijaba un sistema de determinación del valor razonable de las participaciones para la transmisión voluntaria y por actos *inter vivos* de participaciones sociales y transmisión *mortis causa* de las mismas consistente en que cada dos años la Junta general realizaría la valoración tomando como base los fondos propios de la sociedad, los beneficios después de impuestos obtenidos durante los últimos dos ejercicios, según balances cerrados al 31 de diciembre y reduciendo en un veinticinco por ciento del pasivo correspondiente al personal. La primera valoración se efectuaría recurriendo a la ayuda de un asesor externo especializado, elegido por la Junta con el voto a favor del ochenta por ciento de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, y las restantes con los medios de que disponga la propia sociedad, tomando como base de referencia la

según valor contable o según otra valoración que no sea el valor real (hoy «valor razonable») del que habla la normativa societaria[3].

2. ¿Qué ocurre con las adquisiciones indirectas, es decir, con aquellos supuestos en que el socio de una sociedad en la que estatutariamente está restringida la transmisión de sus participaciones o acciones es a la vez una sociedad, de manera que los que se venden son las acciones o participaciones de esta última, consiguiéndose así, indirectamente, un cambio de titularidad o control sin someterse a restricción alguna?

   En una primera aproximación parece claro que lo relevante a estos efectos sería la sociedad-socio desde un punto de vista objetivo, independientemente de quienes la dirijan o controlen. Sin embargo, no debe descartarse la posibilidad de que, en determinados supuestos de adquisición indirecta, se contemplen derechos de adquisición preferente una vez realizada la transmisión, en forma de derechos de retracto o de rescate, ya que evidentemente a través de los estatutos de una sociedad no es posible imponer directamente limitaciones a la transmisión de las acciones o participacio-

---

efectuada por el asesor externo. El Centro Directivo rechazó este clausulado por entender que no quedaban satisfechas las exigencias de objetividad e imparcialidad, al dejarse la valoración al arbitrio de una de las partes, en contravención con lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, por encomendarse la fijación del precio, no a un tercero totalmente ajeno a las interesados en la transmisión, sino al designado por un acuerdo mayoritario de los socios en cuya formación ha podido intervenir decisivamente el que pretende la adquisición.

[3] Más discutibles resultan aún, a nuestro juicio, los supuestos de separación y exclusión de socios. En contra de la admisibilidad de este tipo de clausulado se ha aducido, además del tenor del citado artículo 123 RRM, el hecho de que admitir la postura contraria supondría dificultar en extremo el derecho de separación (al que la Ley dota de gran amplitud) y facilitar o favorecer el derecho de exclusión en perjuicio del socio, además de afectar al derecho del socio a la integridad económica de su cuota. Por el contrario, en favor de esta posibilidad, los argumentos a esgrimir serían no sólo el juego de la autonomía de la voluntad (ex artículo 28 LSC), sino porque puede entenderse que el art. 123.6 RRM constituye una clara extralimitación reglamentaria; y porque de la misma manera que se se admite en nuestro ordenamiento disposición contraria al principio de proporcionalidad en la cuota de liquidación y en el derecho al dividendo (arts. 101 y 95.1 LSC, respectivamente), por identidad de ratio, no tiene sentido que no se admita una cláusula como la que nos ocupa en sede de separación y exclusión. Pues bien, a pesar de que son muchos los argumentos de la primera postura, qué duda cabe que limitar los criterios de fijación del valor de las participaciones o acciones del socio separado o excluido puede ir en detrimento de una mayor adecuación de las normas estatutarias a las circunstancias concretas de los integrantes de cada sociedad, máxime en el ámbito familiar, donde existen numerosos condicionantes de índole personal. Es por ello que abogamos por la postura favorable a una mayor flexibilidad a la hora de la fijación de estos valores y no sólo por el principio de autonomía de la voluntad, sino porque en todos estos supuesto se habrá contado con el consentimiento anticipado del socio al haber entrado a formar parte de una sociedad con una determinada regulación estatutaria, por lo que no se puede entender que sus derechos queden vulnerados si posteriormente se produce su salida de la sociedad en los términos ya pactados. A mayor abundamiento, el art. 16 de la LSP proporciona un argumento legal en favor de esta posición al reconocer expresamente esta posibilidad en relación con el socio profesional, y es que no se ve razón alguna por la que la ley haya de tratar de forma más perjudicial a este socio que a los restantes.

nes sociales de otra sociedad distinta. No obstante, en sede de sociedades anónimas, este tipo de clausulado no es pacífico, tal y como resulta del análisis de las cláusulas de rescate a que se refiere el epígrafe siguiente, al que nos remitimos.

3. ¿Qué consecuencias produce la infracción de las cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones sociales establecidas en la ley o en los estatutos? De la cuestión se ocupan dos preceptos importantes: de un lado, el artículo 112 LSC, que dispone que en estos casos la transmisión «*no producirá efecto alguno frente a la sociedad*»; y de otro, el primer inciso del artículo 123.1 LSA, que indica, si bien tangencialmente, que «*sólo serán válidas frente a la sociedad*» las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando sean nominativas y figuren en los estatutos.

Al respecto, la doctrina se encuentra dividida:

a) La tesis clásica (en este sentido, BROSETA[4], entre otros), siguiendo los postulados de la doctrina italiana, afirma que la transmisión es válida entre las partes, pero ineficaz frente a la sociedad, salvo consentimiento expreso o tácito de la misma.

   Según esta posición doctrinal, el adquirente sería un beneficiario indirecto de la posición jurídica de socio, de modo que el transmitente tiene que entregarle los dividendos y seguir sus instrucciones en cuanto al ejercicio de los derechos políticos, si bien es el transmitente el que conserva la legitimación formal frente a la sociedad, actuando como un fiduciario o representante indirecto del legitimado materialmente, que es el adquirente.

   Los principales argumentos en defensa de esta tesis son tanto el tenor literal de los artículos citados, que se refieren únicamente a la validez o eficacia frente a la sociedad como la finalidad o ratio del precepto, que es proteger a la sociedad, la cual queda debidamente atendida impidiendo el acceso directo del nuevo socio no autorizado, sin que sea preciso paralizar el tráfico más allá de lo necesario.

b) Por su parte, PERDICES HUETOS[5] califica estas restricciones como pactos de *non cedendo,* partiendo de dos premisas:

---

[4] BROSETA PONS, M.: *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1963, pp.71-73.

[5] PERDICES HUETOS, A: «Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada (Observaciones a propósito del derecho proyectado)», *Revista jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1993, págs. 348-350.

— Que el pacto de *non cedendo* a que se refiere el artículo 1.112 CC tiene eficacia real, porque restringe la facultad de disposición del transmitente. Es decir, la acción o participación se hace intransmisible y se sustrae al tráfico jurídico.

— Que hay que distinguir los efectos sobre la transmisión, que no se produce, ya que falta el poder de disposición del *tradens*; y sobre el negocio causal, que es perfectamente válido y eficaz, quedando obligado el transmitente a realizar cuantos actos sean necesarios para la transmisión de las acciones o participaciones y respondiendo en caso contrario por incumplimiento contractual. De esta manera, el autor encaja la tesis de la inexistencia de la transmisión en el sistema causalista español del título y modo.

B) Modalidades de restricción, con especial referencia a las cláusulas de adquisición preferente «tag-along» y «drag-along»

Al margen de las restricciones legales y cualesquiera otras que se pudieran pactar fuera de los estatutos con los efectos y obligaciones oportunos, tal y como se estudia en el capítulo IV, al que nos remitimos, en las sociedades y particularmente en aquellas a través de las cuales se desarrolla una empresa familiar, es muy frecuente por su gran utilidad introducir restricciones estatutarias a las transmisiones *inter vivos,* ya sea para evitar la injerencia o entrada de terceros, para asegurar el control en manos familiares o garantizar la posible salida del familiar «non grato», etc.

Dentro de las restricciones estatutarias más habituales en la práctica, hay que distinguir:

A) Tratándose de acciones de sociedades anónimas:

— El artículo 123 RRM admite una prohibición de transmisión voluntaria de las mismas durante un período de tiempo no superior a dos años, a contar desde la constitución de la sociedad. La razón de ser no es otra que preservar un cierto *status quo* en los comienzos de la andadura societaria.

— También es frecuente que se establezcan prohibiciones de transmitir sin autorización de la sociedad, pero en este caso es necesario que los estatutos fijen la causas que permitan la denegación y, salvo disposición contraria de los estatutos, la concesión o denegación de la correspondiente autorización es competencia del órgano de administración (art. 123 LSC), para lo cual se fija un plazo de dos meses, transcurrido el cual sin respuesta se considerará concedida la autorización en cuestión.

— Otra modalidad muy habitual para blindar el acceso a terceros no deseados dentro de la sociedad es la atribución vía estatutaria de derechos de adquisición preferente, ya sea en favor de la sociedad, de todos los accionistas o de los pertenecientes a determinada clase. Cabría inclusive en favor de terceros ex art. 123.3 RRM. Estos derechos de adquisición preferente pueden configurarse en sus dos variantes: tanteo y retracto. Como ha señalado BAREA MARTÍNEZ[6], estamos ante un derecho de adquisición preferente *sui generis* en tanto que el precio a pagar para su ejercicio no es el voluntariamente pactado por transmitente y adquirente, sino el fijado de acuerdo con las reglas establecidas estatutariamente. Sobre el posible juego de la autonomía de la voluntad a la hora de determinar estatutariamente las reglas para la fijación del valor en cuestión nos remitimos a lo ya comentado en el epígrafe anterior.

— Y en cuanto a los derechos de rescate, nos remitimos a lo que señalaremos en el subepígrafe C).

B) Tratándose de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada:

— Como ya hemos anticipado, lo que se prohíbe son las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión *inter vivos,* de ahí que el carácter cerrado de este tipo societario se ajuste más a las necesidades de las empresas familiares, donde lo normal es que se traten de evitar en la medida de lo posible las injerencias de terceros ajenos a la familia. De hecho, se admiten restricciones absolutas a la transmisibilidad siempre que no sea por un plazo superior a cinco años desde la constitución o ampliación de capital para participaciones procedentes de la misma e, inclusive, prohibiciones de este tipo sin límite temporal siempre que a cambio se les conceda a los socios el derecho a separarse en cualquier momento. Es lo que se conoce como cláusulas «lock-up». También pueden supeditarse las transmisiones a autorización de los órganos sociales, ya sea exigiendo de antemano el cumplimiento de determinados requisitos o mediante la exclusión de aquellos en quienes concurran determinadas circunstancias. Sobre la admisibilidad de este tipo de cláusulas nos remitimos a lo que expondremos a continuación.

— Al igual que ocurre en las sociedades anónimas, en este tipo de sociedades son muy útiles los derechos de adquisición preferente que pueden articularse con diversas finalidades: a través de clases de partici-

[6] BAREA MARTÍNEZ, María Teresa: «Capitulo XV: La transmisión de las acciones y participaciones sociales», dentro de la obra *Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas*, AA. VV. DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), *Cuadernos de Derecho y Comercio, número extraordinario 2015*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, pág. 289.

paciones, de manera que los de una clase siempre tengan preferencia frente a la otra cuando se trate de la transmisión de participaciones de la misma clase (piénsese en una sociedad en manos de dos familias donde se quiera preservar una composición paritaria); o sencillamente evitando la venta a terceros no queridos por los socios, ya sea mediante la adquisición por los que ya son socios o por la propia sociedad en autocartera para su posterior amortización.

— E inclusive puede preverse estatutariamente una cláusula estatutaria por la que un socio se vea obligado a transmitir sus participaciones a los demás socios o terceras personas determinadas si concurren determinadas circunstancias «*expresadas de forma clara y precisa en los estatutos*» (art. 188.3 RRM). De la misma manera en que se admite de forma generalizada por la doctrina la posibilidad de configurar como cláusula de exclusión el incumplimiento de las prestaciones accesorias asumidas por los socios, no parece que exista inconveniente en establecer una obligación estatutaria de transmisión de sus participaciones sociales al socio incumplidor[7]. Son las llamadas cláusulas de rescate, sobre las que volveremos en el subepígrafe C) siguiente.

C) En ambos casos, ya se trate de acciones o participaciones:

— Serán nulas las cláusulas estatutarias por las que un socio que ofrezca un determinado número de acciones o participaciones queda obligado a transmitir un número diferente.

— Más problemática es la admisibilidad de otro tipo de cláusulas, como aquellas por las que se restringe la adquisición en función de las circunstancias personales de adquirente. Piénsese, por ejemplo, en aquellas que exijan que el adquirente tenga una determinada cualificación profesional o técnica o aquellas que solamente admitan la transmisión en favor de otros accionistas.

Su admisibilidad ha sido defendida por autores como BAREA MARTÍNEZ[8] o PERDICES HUETOS[9] siempre y cuando las condiciones exigidas a los adquirentes no puedan reputarse discriminatorias.

---

[7] En este sentido, PERDICES HUETOS, Antonio: «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, GARRIDO DE PALMA, V. M. (coordinador general), Bosch, 2005.

[8] BAREA MARTÍNEZ, María Teresa: *op. cit.* págs. 290-291.

[9] PERDICES HUETOS, Antonio: «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones», *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVIL, Josep María (coordinadores), Bosch, 2010, págs. 345-346; que opina

— También es importante resaltar que el artículo 123.1 LSC se refiere no solo a restricciones a la libre transmisibilidad, sino también a «*condicionamientos*» a la misma, lo que puede entenderse referido a un tipo de clausulado que está proliferando en los últimos años, que introduce no solo limitaciones a la transmisión de acciones o participaciones, sino que supedita la misma al cumplimiento de una serie de requisitos que pueden referirse no solo a la sociedad en cuestión, sino a otras sociedades del grupo, como pueden ser los derecho de rescate o cláusulas «drag-along» y «tag-along».

En esta línea, los artículos 144.2.d y 175.2 RRM, a raíz del RD 171/2007, establecen la posibilidad de una cláusula estatutaria por el que se establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable, bien entendido que esta obligación, para que resulte útil, debería ir asociada a la posibilidad de adquisición por parte de la sociedad matriz o de sus socios a modo de derecho de rescate.

Sin embargo, tratándose de sociedades anónimas, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de enero de 2011, rechazó un derecho de rescate establecido por vía estatutaria en favor del resto de accionistas o de la sociedad para el caso de cambio de la estructura accionarial de las sociedades-socias, de manera que quienes las controlaban perdieran el control (en el caso en cuestión, la cláusula pretendía preservar una mayoría de dos tercios en manos de los socios originarios o de su familiares próximos, supuesto en que se configuraba como libre la transmisión). Se trataba de una fórmula de evitar las adquisiciones indirectas, a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior y lo que se debatió fundamentalmente es si una sociedad anónima era compatible con una regulación estatutaria que acentuaba las prevalencia del elemento personal hasta el punto de convertirla en una sociedad personalista, entendiendo el Alto Tribunal (con el voto particular en contra de GIMENO-BAYÓN, eso sí) que dicha regulación no era admisible por ir en contra de los principios configuradores de este tipo societario y por el principio de igualdad entre accionistas de la misma clase, además de mostrar una clara preocupación por no haberse sujetado el derecho a plazo.

En nuestra opinión, de los argumentos esgrimidos parece inferirse *a sensu contrario* la posible fijación de este tipo de clausulado en sociedades de responsabilidad limitada, siempre que el ejercicio de estos derechos de rescate quede

---

que los estatutos pueden delimitar quiénes pueden pasar a formar parte de la base propietaria de la sociedad, especificando los grados y líneas que permitan el acceso, siempre que no se trate de privar de acceso a miembros de la familia por razones discriminatorias, «en el sentido de que la exclusión pueda tener tintes peyorativos», como, por ejemplo, «excluir a las hembras o a sus descendientes».

bien perfilado en cuanto al plazo y forma de ejercicio. Además, como ha señalado BAREA MARTÍNEZ[10], pese a los argumentos esgrimidos por la doctrina y por el Alto Tribunal cabe defender la admisibilidad de cláusulas estatutarias en sociedades anónimas que añadan a las restricciones a la libre transmisibilidad un derecho de rescate en relación con acciones válidamente transmitidas a una sociedad en el supuesto de que los socios o familiares de socios de la sociedad cuyas acciones han sido transmitidas pierdan el control de aquella sociedad adquirente, sobre la base de los siguientes argumentos:

i. La distinción tradicional entre sociedades anónimas como sociedades abiertas y sociedades de responsabilidad limitada como sociedades cerradas «es mucho más teórica que real y va camino de ser abandonada a favor de una distinción más útil y práctica entre sociedades cotizadas (abiertas) y sociedades no cotizadas (cerradas)».

ii. La cláusula en cuestión no hace prácticamente intrasmisible la acción, sino que, además de ser una restricción a la libre transmisibilidad de las acciones, obedece «a la posible existencia de una prestación accesoria consistente en un *no hacer* (en este caso, no transmitir las acciones a determinados herederos), la posible existencia de un derecho de adquisición forzosa a favor de los accionistas y de la sociedad y la posible existencia de una obligación forzosa de transmitir».

iii. El hecho de que en nuestro ordenamiento se admita por la doctrina la posibilidad de excluir al socio incumplidor de prestaciones accesorias y el frecuente reconocimiento en la práctica societaria de los derechos de retracto.

iv. La finalidad pretendida por este tipo de clausulado es legítima.

v. De la misma manera que no parece haber objeción (máxime si nos fijamos en los argumentos en contra esgrimidos por el Tribunal Supremo en relación con las sociedades anónimas), para estas cláusulas en sociedades de responsabilidad limitada es razonable defender su admisibilidad en sede de sociedades anónimas si no existe prohibición al respecto.

vi. El juego de la autonomía de la voluntad y la consagración legislativa (art. 123 LSC) de la admisibilidad de cláusulas estatutarias que introducen diversos condicionamientos.

Por todo lo anterior, entendemos con la citada autora que este tipo de derechos de rescate siempre que estén bien determinados y causalizados deben tener cabida en nuestro ordenamiento.

---

[10] BAREA MARTÍNEZ, Teresa: obra cit., págs. 284-285.

— Otros posibles derechos de rescate son los que se puedan establecer en la sociedad familiar para el caso de perder el familiar socio o accionista las condiciones que fueron determinantes para su ingreso en la sociedad. PERDICES HUETOS[11] cita como ejemplo el de las acciones entregadas al yerno en un momento de exaltación familiar cuando posteriormente se produce el abandono por parte del mismo de la hija del patriarca. Ante estas circunstancias, si los socios han sido lo suficientemente previsores, deberían haber pactado estatutariamente una cláusula de rescate para este evento. ¿Y cómo se articularía este rescate? Fijando en los estatutos la pérdida de condición de familiar por afinidad como causa de exclusión estatutaria, ya sea imponiéndole una obligación de venta, ya sea vía amortización de sus acciones o participaciones. E inclusive el citado autor defiende la posibilidad de cláusulas que prevean que un determinado socio pueda ser excluido por voluntad de otro, como el supuesto del *pater familias,* que al introducir a sus hijos en la empresa, pero reservándose el derecho a recuperar el control para el caso de que sus hijos no respondan a sus expectativas, sobre la base de entender que estamos ante una renuncia anticipada y aceptada de socio afectado a favor del socio beneficiario.

— Por otro lado, merece la pena aludir a un tipo de cláusulas que están proliferando en los últimos tiempos mediante pactos entre socios, conocidas como cláusulas de «vesting», en virtud de la cuales se vincula la titularidad de determinadas participaciones de un socio al logro de determinados objetivos, sean éstos de facturación, de obtención de clientela, de horas dedicadas a un determinado objetivo, etc. En este tipo de cláusulas se suelen marcar una serie de objetivos a los socios o futuros socios de manera que, a medida que los vayan cumpliendo, el resto de socios pondrán a su disposición un determinado número de acciones o participaciones. Y a la inversa, suele pactarse, en caso de no cumplirse los objetivos previstos, una opción de compra de las participaciones en poder del socio incumplidor en favor del resto de socios.

— Finalmente hemos de referirnos, siquiera brevemente, por su interés práctico, a las cláusulas «drag-along» (también conocida como «derecho de arrastre») y «tag-along» (también conocida como «derecho de acompañamiento»). Ambas cláusulas están pensadas en articular una posible salida de socios de la sociedad ante determinadas circunstancias y es muy frecuente que se incluyan en pactos parasociales.

---

[11] PERDICES HUETOS, Antonio: «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones», *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVIL, Josep María (coordinadores), Bosch, 2010, págs. 370-371.

La cláusula de «drag-along» normalmente se establece en favor del socio inversor o mayoritario y, en virtud de la misma, si un tercero realiza una oferta de compra de la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad, el socio titular de este derecho podrá obligar a los demás a vender sus participaciones o acciones al potencial comprador. Lo esencial en estos casos es no solo fijar el plazo de ejercicio de este derecho, sino también un precio mínimo de venta o reglas para su fijación. Además, es habitual establecer una opción del resto de socios de igualar la oferta a modo de derecho de adquisición preferente y, dado que estamos ante una modalidad de cláusula obligacional, resulta útil introducir algún tipo de cláusula penal para el caso de incumplimiento por los socios obligados a la venta.

En cuanto a la cláusula de «tag-along», la misma está pensada para conseguir el efecto justamente contrario: la protección de los socios minoritarios, de manera que si un tercero realiza una oferta a uno de los socios para comprar sus acciones o participaciones, el resto de socios podrá ofrecer al tercero las suyas en idénticas condiciones. De esta manera se garantiza que todos los socios en cuyo favor se establezca este derecho tengan derecho a vender sus acciones o participaciones si otros de los socios o inversores quieren salir de la sociedad ¿Y cómo se articula esta posibilidad? Lo normal es que se pacte que los socios titulares del derecho tengan derecho a vender en la misma proporción que el socio que hubiese recibido la oferta, de manera que el oferente comprará el número de acciones o participaciones por las que había lanzado la oferta, pero de forma prorrateada entre los socios que ejerciten este derecho. De nuevo, es importante la fijación de forma y plazo de ejercicio y el establecimiento de algún tipo de la cláusula penal disuasoria de cualquier forma de incumplimiento. Ahora bien, como han puesto de manifiesto SÁEZ LACAVE y BERMEJO GUTIÉRREZ [12], incorporar una distribución a prorrata en este tipo de acuerdos puede llevar a un resultado perjudicial para todos los socios, que se verán mermados en su participación, con la entrada de un socio nuevo, en la mayoría de los casos de «control», pero sin posibilidad de desvincularse de la sociedad. Es por ello que las citadas autoras defienden la conveniencia de configurar este tipo de cláusulas de manera que, si el tercero no está dispuesto a extender su oferta al resto de socios que ejerciten su derecho de vender, quede frustrada la operación, máxime si se ha configurado esta cláusula de «tag-along» como estatutaria, posibilidad a la que nos referiremos a continuación.

Ambos tipos de cláusulas son muy habituales en pactos parasociales, pero, ¿podrían introducirse este tipo de cláusulas por vía estatutaria? Tal y como han señalado SÁEZ LACAVE y BERMEJO GUTIÉRREZ [13], «*estamos ante pactos que per-*

---

[12] SÁEZ LACAVE, María Isabel y BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad», *Revista para el Análisis del Derecho,* Indret, Barcelona, enero 2007, pág. 26.

[13] SÁEZ LACAVE, María Isabel y BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: obra cit., pág. 23.

miten a un socio reaccionar frente al oportunismo de otro de manera eficaz… Se trata, entonces, de acuerdos que definen *las relaciones de los socios entre sí— de todos o de algunos de ellos— y no la estructura y el funcionamiento de la organización societaria*». Es por ello que su nicho natural son los pactos parasociales. Ahora bien, se ha discutido la posibilidad de dotar de rango estatutario a este tipo de cláusulas de cara a su inscripción en el Registro Mercantil y lograr su oponibilidad no solo frente a la sociedad, sino inclusive frente a terceros. De lo contrario, el socio perjudicado por el incumplimiento de lo acordado tan solo podría exigir el cumplimiento en forma específica, lo cual probablemente ya no será factible, o el resarcimiento de los daños causados (art. 1101 CC). A favor de esta posibilidad de su configuración estatutaria se han mostrado autores como PERDICES HUETOS[14] o SÁEZ LACAVE y BERMEJO GUTIÉRREZ[15], con apoyo en el artículo 188.3 RRM[16], en el caso de las sociedades limitadas para la modalidad «drag-along». Y en cuanto a la de «tag-along», aun cuando se ha esgrimido en contra de esta posibilidad el tenor de los artículos 123.5 RRM para las sociedades anónimas y 108.2 LSC para las sociedades de responsabilidad limitada, en cuanto que prohíben aquellos derechos de adquisición preferente que obliguen a un socio que ha manifestado su voluntad de transmitir un número concreto de acciones o participaciones quede obligado a transmitir un número diferente, no es ésta la filosofía de este tipo de clausulado. Como han señalado SÁEZ LACAVE y BERMEJO GUTIÉRREZ [17]: «A diferencia del socio que se enfrenta a un derecho de adquisición preferente, el socio vinculado por una cláusula de *tag-along* no realiza ningún tipo de ofrecimiento que le pueda colocar en la obligación de vender su participación en la sociedad en unas condiciones no queridas. Es más, siempre estará a tiempo de no embarcarse en la poco provechosa venta que resultaría el reparto de la oferta de compra con el otro socio. De ahí que no se justifique extender a estos supuestos la aplicación de las reglas mencionadas». Ahora bien, como ponen de manifiesto las autoras citadas[18], la configuración de estas cláusulas como estatutarias conlleva otros riesgos, entre los que hay que destacar su posible modificación por acuerdo mayoritario, en cuyo caso quedaría frustrada la finalidad para la que originariamente se pactaron.

Sobre este tipo concreto de cláusulas y en general sobre las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y participaciones sociales, ver también el epígrafe IV.4 del capítulo XIV de esta obra colectiva.

---

[14] PERDICES HUETOS, Antonio: «Restricciones…» cit., págs. 374-377.

[15] SÁEZ LACAVE, María Isabel y BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: obra cit., pág. 25.

[16] A cuyo tenor: *«Serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurran circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos»*.

[17] Ídem.

[18] SÁEZ LACAVE, María Isabel y BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: obra cit., pág. 27.

1.2. Elementos objetivos

Pasando ya a los elementos reales, en primer lugar conviene destacar que, conforme al artículo 90 LSC, las acciones y participaciones sociales son indivisibles, de manera que la transmisión no puede suponer el fraccionamiento de los derechos de socio.

Esto significa que, a diferencia de lo que ocurre en otros derechos de nuestro entorno, en España no se admite la cesión del derecho de voto, como confirmara la Res. DGRN de 9 de diciembre de 1997, por ser contraria a los principios configuradores de las sociedades capitalistas y porque sólo se admite, como excepción, el caso del usufructo de acciones y participaciones. No obstante, lo cierto es que los denominados sindicatos de voto son frecuentes en la práctica. Baste apuntar que el principal problema de este tipo de pactos es el de su oponibilidad frente a la sociedad, ya que es evidente que en el plano obligacional, inter partes, el pacto es válido. Es por ello que, frente a la sociedad, la doctrina defiende o bien la posibilidad de arbitrar un negocio fiduciario (posibilidad que parece admitir la resolución citada, pero que tiene el problema de que obliga a ceder todos los derechos, no sólo el voto) o bien acudir al mecanismo de la representación (esto último con el problema de la posible revocación).

Por otro lado, la indivisibilidad también implica la imposibilidad de ceder el derecho a participar en ganancias; sin embargo, sí que se ha admitido la cesión de los dividendos acordados por la sociedad e incluso de los dividendos futuros como una cesión de créditos futuros.

1.3. Elementos formales

1.3.1. Forma y documentación de la transmisión de las participaciones sociales

Hay que estar al artículo 106 LSC, que establece que la transmisión de las participaciones, así como la constitución de derechos reales sobre las mismas, «*deberán constar en documento público*». En su momento se discutió si además de utilizarse la escritura pública podía acudirse a la póliza intervenida notarialmente. Actualmente, teniendo en cuenta el art. 144 RN, tras la reforma operada por el RD de 17 de enero de 2007, no hay duda de que es necesaria la escritura, ya que éste exige para instrumentar el negocio mediante póliza que él mismo sea mercantil y pertenezca al tráfico habitual y ordinario de adquirente o transmitente, notas que no se dan en el supuesto que contemplamos.

Por otro lado, se ha discutido si esta exigencia de documento público debe entenderse como forma «*ad solemnitatem*» (tesis tradicional) o si más bien se

trata de una forma «*ad utilitatem*». Esta última tesis parece ser la que goza de mayor predicamento en la actualidad. Por tanto, sería válida la venta en documento privado, sin perjuicio de poder compelerse las partes para su elevación a público, ex art. 1280 CC, y teniendo en cuenta que la fecha relevante a efectos de la sociedad y de terceros será en todo caso la de la escritura.

Finalmente, en el caso de las participaciones sociales, el art. 106.2 LSC considera suficiente que la sociedad conozca la transmisión a efectos del ejercicio de los derechos de socios, por lo que el Libro-Registro de Socios es un registro meramente informativo, pero no legitimador, de ahí que no sea conveniente notarialmente suplir la exhibición del título adquisitivo por una certificación de dicho libro.

1.3.2. Forma y documentación de la transmisión de las acciones

Según las acciones sean al portador, nominativas o estén representadas por anotación contable, podemos diferenciar distintas formas de transmisión: así, mientras que las acciones al portador se transmiten mediante su tradición, para las acciones nominativas, la normativa habla del endoso entre las formas de transmisión; y tratándose de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, lo que corresponde es la transferencia contable correspondiente. Sentadas estas premisas, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1. En el caso de acciones al portador, no es que la simple tradición del documento lo que transmite es la propiedad, sino que siempre será necesaria la existencia de un negocio causal que lo justifique, de acuerdo con la teoría del título y el modo vigente en nuestro ordenamiento (art. 609 CC). En caso contrario, habrá un simple traspaso posesorio.

   Además, si las acciones al portador no están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial y se realiza su transmisión sin mediación de sociedad o agencia de valores o entidad financiera, la Disposición Adicional III de la LMV exige como requisito de validez la intervención notarial.

   ¿Y qué ocurre si esta intervención notarial no se produce? Frente a los autores que su día defendían la nulidad radical a falta de escritura, hoy la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia defienden la mera eficacia inter partes en estos casos. Inclusive podría entenderse que también en estos casos podrían ejercitarse los derechos del accionista frente a la sociedad, dada la apariencia derivada de la posesión del título y sobre la base de entender que la ratio de la norma es únicamente fiscal, ya que de lo contrario se desvirtúa la propia naturaleza de los títulos al portador. No obstante, a nuestro juicio, esta última tesis no sólo vacía de contenido la

Disposición adicional citada, sino que la ratio de la misma no puede estar únicamente en suministrar información fiscal a la Hacienda Pública en base al deber notarial de prestar este tipo de colaboración a la Administración tributaria, sino también en que el control de legalidad notarial redunda en una mayor seguridad del tráfico y, sobre todo, en la conveniencia de dotar de transparencia a la titularidad de las sociedades en nuestro país, dado el poder económico que éstas representan. De hecho, ésta parece ser la línea del derecho comunitario, ya que la III Directiva en materia de blanqueo de capitales exige que se tomen medidas por los Estados miembros de cara a controlar la verdadera titularidad de las sociedades. Es por ello que entendemos que la sociedad debe exigir que a la posesión se acompañe el título transmisivo notarial.

2. Tratándose de acciones nominativas, el artículo 120.2 párrafo segundo LSC, dispone: «*Las acciones nominativas también podrán transmitirse mediante endoso, en cuyo caso serán de aplicación, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del título, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque*». Ahora bien, como se desprende de la utilización del adverbio «*también*», el endoso es solo una de las posibles formas de transmitir las acciones nominativas, quizá la más típica. En caso de endoso, el precepto transcrito exige para la inscripción de la transmisión en el Libro- Registro de acciones nominativas, además de la exhibición del título, que el órgano de administración compruebe la regularidad en la cadena de endosos. Además, parece razonable defender la comprobación de la autenticidad de la firma de los endosantes por parte del órgano de administración, dados los importantes efectos legitimadores que frente a la sociedad conlleva dicha inscripción.

   En cuanto al tenor del artículo 116.2 LSC que, en relación del Libro-Registro de acciones nominativas, establece que «*La sociedad solo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro*», es importante traer a colación la RDGRN de 26 noviembre 2007, que ha entendido que se trata de una presunción *iuris tantum*, y que por tanto nada impide que la sociedad pueda permitir el ejercicio de los derechos a quien le conste que sea titular aunque no esté inscrito.

3. En el caso de las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, el art. 118 LSC se remite a la normativa reguladora del mercado de valores, por lo que hay que atender al art. 11 TRLMV, que dispone que la inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los efectos propios de la tradición de los títulos y determinará su oponibilidad a terceros. De esta norma se infiere que la inscripción en el correspondiente registro contable produce un efecto legitimador, además de un efecto traditorio de haberse documentado la transmisión en documento privado. Por

el contrario, de haberse efectuado la transmisión en escritura pública, los efectos traditorios derivarían propiamente de la misma ex art. 1462 del CC, consumándose la adquisición fuera de dicho registro, por lo que en ningún caso puede hablarse de inscripción constitutiva. Cuestión distinta es que, a semejanza de lo acontecido para los inmuebles con el artículo 34 LH, se consagre también una regla de protección del adquirente oneroso de buena fe en el apartado 3 del citado artículo 11, a cuyo tenor: «*El tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave*».

4. En el supuesto de que la sociedad no haya emitido los títulos, sino tan solo resguardos provisionales, el art. 115 LSC se remite a los arts. 114, 116 y 122 LSC, pero nada dice la normativa aplicable acerca de su transmisión. En nuestra opinión, no serán aplicables las normas de endoso o tradición, sino los artículos 347 y 348 CCom. Sin embargo, como sí que se trata de valores mobiliarios, sí que serían de aplicación los artículos 1384, 166 y 271 CC.

5. Finalmente, puede ocurrir que cuando se plantee su transmisión, las acciones no hayan sido impresas ni entregadas, lo cual suele ser la regla general en las empresas familiares o de pequeñas dimensiones. En este caso, el artículo 120.1 LSC establece que se estará a «*las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales*», de ahí que entendamos aplicables los artículos 1.526 y siguientes del CC, atendiendo a la liberalidad de la rúbrica que recoge los citados preceptos del Código civil. En consecuencia, será exigible: un título o negocio traslativo suficiente, la notificación a la sociedad ex art.1527 CC de cara a la legitimación del adquirente para el ejercicio de los derechos del accionista y escritura pública que documente la transmisión (esta última exigencia derivaría del artículo 1280.6 CC, que exige la constancia en documento público de la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública).

1.4. Elementos temporales

1.4.1. Venta de acciones y participaciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital

La intransmisibilidad de las acciones y participaciones sociales antes de la inscripción registral de la escritura de constitución social proviene de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, habiéndose extendido la restricción a las ampliaciones de capital en el Texto Refundido LSA de 1989 y de ahí pasado a la Ley

2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada hasta llegar al vigente artículo 34 de la Ley de Sociedades de Capital, a cuyo tenor: «*Hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento de capital social en el Registro Mercantil, no podrán transmitirse las participaciones sociales, ni entregarse o transmitirse las acciones*».

Tradicionalmente se entendía que la contravención de esta regla conllevaba la nulidad de la transmisión correspondiente, si bien modernamente la mayoría de la doctrina defiende una interpretación más flexible, tendente a salvaguardar las transmisiones producidas en el lapso existente entre la constitución de la sociedad y su aumento de capital y la correspondiente inscripción de la sociedad o del aumento de capital en el Registro Mercantil.

Superada hoy por la mayoría de la doctrina la tesis del carácter constitutivo de la inscripción registral, se han barajado varias posibles fundamentaciones de la restricción legal, ninguna de las cuales es totalmente satisfactoria. En este sentido, se habla de la intención del legislador de mantener la identidad entre los socios fundadores y los socios de la sociedad en formación y de evitar especulaciones en esta fase no solo en interés del resto de socios, sino del tráfico en general, si bien no han faltado autores, como GARDEAZÁBAL DEL RÍO[19], que entienden que hoy la norma carece de sentido[20].

En nuestra opinión, dado que la limitación sigue vigente pese a los sucesivos vaivenes legislativos, el sentido no puede ser otro que el de dotar de certidumbre las relaciones jurídicas y responsabilidades que pudieren surgir durante la sociedad en formación y en la fase previa a la inscripción de las ampliaciones de capital, de manera que lo que busca la norma es limitar la eficacia de las transmisiones verificadas en esta fase[21].

¿Y qué consecuencias conlleva la vulneración de la limitación legal? Al respecto, son diversas las tesis defendidas en nuestra doctrina:

— Quienes entienden que las transmisiones en esta fase solo pueden realizarse bajo condición suspensiva.

---

[19] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: «La sociedad en formación y la sociedad irregular», *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI: Mercantil, vol. 2.º, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (coordinadora), Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 264 a 272.

[20] En este sentido también SÁEZ LACAVE, María Isabel*: La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid, 2001; por obedecer a un sistema normativo ya superado en sede de sociedades de capital, el llamado modelo obligacional.

[21] En este sentido, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «Título II: capítulo III (Art. 34)», *Tratado de Sociedades de Capital*, tomo I, PRENDES CARRIL, Pedro; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso y CABANAS TREJO, Ricardo (directores), BALLESTER AZPITARTE, Leticia (coordinadora), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 280.

— Quienes defienden la necesidad de recabar el consentimiento unánime del resto de socios por tratarse de una cesión del contrato social.

— Quienes consideran que la norma no imposibilita a socios y accionistas que transmitan lo que tienen: las acciones o participaciones como conjunto de derechos integrantes de la condición de socio o accionista, aun cuando aún no pueda hablarse propiamente, en el caso de las acciones, de títulos-valores.[22]

— Quienes, como MAGARIÑOS BLANCO[23], distinguen entre los efectos obligacionales y los efectos reales del contrato de venta de las participaciones sociales o acciones en este período, de manera que la norma lo que pretende evitar es que se produzca el efecto transmisivo antes de la inscripción, esto es, el cambio de titularidad frente a terceros y frente la propia sociedad, si bien el contrato desplegaría plenos efectos obligacionales entre las partes.

En esta última línea, en nuestra opinión, aunque existan argumentos para defender que pueden transmitirse las acciones y participaciones sociales en esta fase sin supeditarse a la posterior inscripción, esto no significa que la transmisión pueda hacerse valer frente a la sociedad o frente al resto de los socios o terceros, de manera que podemos hablar de una transmisión con una eficacia limitada con mera eficacia *inter partes*[24].

1.4.2. Venta después de la transformación de SA en SL antes de su inscripción, o viceversa

Un caso interesante es qué ocurre con las transmisiones una vez otorgada la escritura pública de transformación de SA en SL, o viceversa, antes de que se inscriba la misma en el Registro Mercantil, ya que surge la duda de si se están transmitiendo acciones o participaciones sociales, cuestión que tiene trascendencia de cara a cuestiones tales como la capacidad y la legitimación para disponer. Al respecto pueden mantenerse dos posiciones:

---

[22] En este sentido, BAREA MARTÍNEZ, María Teresa: «Capítulo XV: La transmisión de las acciones y participaciones sociales» dentro de *Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas* (AA.VV.), tomo II, DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), número especial de *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2015, págs. 308 a 311.

[23] MAGARIÑOS BLANCO, V.: *Transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital en el Registro Mercantil*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de enero de 1993.

[24] Así, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «Título II…» cit., pág. 282.

a) Entender con un sector de la doctrina que la inscripción de la transformación es constitutiva ex art. 19 LME y que, en consecuencia, antes de la inscripción lo que se transmiten son acciones o participaciones según que la sociedad objeto de transformación sea una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, respectivamente. A favor de esta tesis también puede traerse a colación la resolución de la DGRN de 23 febrero de 2001, que señaló que las modificaciones estatutarias posteriores a la transformación y anteriores a la inscripción deben hacerse de acuerdo con el antiguo tipo elegido.

b) Defender, por el contrario, que lo que se transmite son participaciones o acciones atendiendo a la composición de la sociedad tras la transformación, ya que:

— La inscripción en el RM no es un elemento constitutivo del negocio jurídico, sólo *conditio iuris* de oponibilidad frente a terceros, de manera que inter partes desde el acuerdo de transformación ya existiría la sociedad resultante de la misma.

— El art. 220 RRM, que señala que se hará constar en la escritura de transformación «*la declaración de haber sido anulados o inutilizados los títulos*», refiriéndose al supuesto de transformación de sociedad anónima en limitada, lo que demuestra que en el momento de otorgamiento de la escritura de transformación ya no hay acciones.

— La doctrina de la DGRN, antes apuntada, no prejuzga la naturaleza de la inscripción de la transformación, sino que se atiende a la protección de los terceros acreedores que confían en el Registro. Además, resulta extraño que, habiendo manifestado en un supuesto de transformación de sociedad anónima en limitada los socios su voluntad de restringir la entrada de terceros en la sociedad al optar por el régimen de las SL, puedan transmitirse acciones sin las restricciones estatutarias libremente elegidas por todos los socios.

1.5. La fiscalidad: el artículo 314 de la Ley del Mercado de Valores

A la hora de analizar la tributación de la compraventa de acciones o participaciones sociales, lo primero que hay que determinar es si la operación está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o al Impuesto del Valor Añadido, lo que dependerá de la condición del vendedor.

En ambos casos, la regla general es la prevista en el vigente artículo 314.1 (antiguo artículo 108) del RDL 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el

Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, a cuyo tenor: «*La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*».

No obstante, para evitar la utilización de la transmisión de acciones o participaciones de sociedades para la transmisión indirecta de inmuebles, beneficiándose las partes implicadas de la exención prevista en esta norma, se exceptúan todos aquellos supuestos en que «*mediante tales transmisiones de valores se hubiera pretendido eludir el pago de los tributos que habrían gravado la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores*» (art. 314.2 TRLMV).

¿Y qué supuestos entran en la excepción? Sin perjuicio de otros que no estuvieren previstos y en los que la finalidad perseguida fuese la elusión fiscal en los términos indicados (en este sentido, la consulta DGT V2282-12, de 30 de noviembre), el citado artículo establece tres presunciones *iuris tantum*:

> «*a) Cuando se obtenga el control de una entidad cuyo activo esté formado en al menos el 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.*»

Ejemplo: A vende acciones que representan el 51 por ciento del capital sociedad de una sociedad anónima cuyo activo está formado en un setenta por ciento por inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales a B. O bien, siendo B ya socio mayoritario de la misma sociedad, A le vende acciones que representan un diez por ciento adicional en el capital social.

> *«b) Cuando se obtenga el control de una entidad en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles radicados en España que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales, o cuando, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ella.»*

Ejemplo: B es titular de participaciones sociales que representan el 30 por ciento del capital social de una sociedad limitada que a su vez es titular del 100 por ciento de una sociedad anónima compuesta en un 60 por ciento por inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales. A le vende participaciones a sociedades de la sociedad *holding* que representen un 30 por ciento del capital social de la misma.

A los efectos de las excepciones a) y b), se entiende obtenido el control cuando directa o indirectamente (a través de sociedades del grupo) se alcance una

participación en el capital social superior al 50 por ciento. Y de cara a valorar si se cumple el requisito de que el activo esté integrado al menos en un cincuenta por ciento por inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales, «*los valores netos contables de todos los bienes contabilizados se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados a la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición»* (art. 314.3.1.ª TRLMV).

> «*c) Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o de la ampliación de su capital social, siempre que tales bienes no se afecten a actividades empresariales o profesionales y que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.»*

Ejemplo: A aporta un inmueble a la constitución de una sociedad anónima, en cuyo pago suscribe 100 acciones de dicha sociedad y antes de que transcurran tres años desde la constitución vende dichas acciones a B, el otro socio.

Además, con arreglo al art. 314.3.3.ª TRLMV: «*En los casos de transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella, se entenderá a efectos fiscales que tiene lugar el supuesto de elusión definido en las letras a) o b) del apartado anterior. En este caso será sujeto pasivo el accionista que, como consecuencia de dichas operaciones, obtenga el control de la sociedad, en los términos antes indicados».*

Ejemplo: Una sociedad limitada que está participada al 50 por ciento por A y B adquiere en autocartera participaciones sociales que representan el 10 por ciento del capital social a A para su posterior amortización. Como consecuencia de ello, B pasa a tener el control de la sociedad.

En todos estos casos se entiende que hay toma de control cuando directa o indirectamente (teniendo en cuenta la participación del sujeto en otras sociedades del grupo) se alcance una participación en el capital social superior al 50 por ciento. Ahora bien, en todos estos supuestos, tras la reforma introducida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre de 2012, es necesario que se trate de inmuebles «*que no estén afectos a actividades empresariales o profesionales*». ¿Qué quiere decir el legislador con esta expresión? Al respecto, se plantean las siguientes dudas:

— La afectación a la que se refiere la norma, ¿ha de existir en el momento en que se haga efectiva la transmisión o es suficiente con que el inmueble se hubiese adquirido por la sociedad con dicha finalidad? A favor de la primera opción parece pronunciarse la Consulta de la DGT V3200-13, al entender, en un supuesto estaba proyectada la transmisión del cincuenta por ciento de las participaciones de una sociedad limitada al socio titular

del otro cincuenta por ciento, siendo la actividad principal de la entidad la consultoría informática y poseyendo como principal activo de la empresa una vivienda arrendada a un tercero, incluida en la contabilidad desde su adquisición en el año 2011 como activo inmovilizado circulante, si bien el inmueble había dejado de estar arrendado desde 2012, habiéndose procedido a ofertar nuevamente el arrendamiento a través de anuncios e inmobiliarias, procedía la sujeción a ITP.

— Cuándo la norma habla de «actividad empresarial o profesional», ¿es necesario que se trate además de una «actividad económica» en el sentido del artículo 27 de la Ley del IRPF, relativo al rendimiento de actividades económicas? Esta cuestión se ha planteado fundamentalmente en relación con valores de sociedades que tienen como objeto social el arrendamiento de inmuebles y la cuestión no es baladí, porque si basta con que se cumplan los requisitos para que pueda reputarse como «actividad empresarial» a los efectos de la Ley del IVA (en este sentido, el artículo 5.Uno.c LIVA califica al arrendador de bienes como sujeto pasivo del IVA sin más requisitos), no jugaría el artículo 314 TRLMV aun cumpliéndose el resto de requisitos. Sin embargo, si entendemos que para que juegue la exención es necesario que además se cumplan los requisitos exigidos como «actividad económica» de conformidad con el artículo 27.2 LIRPF, sería necesario que la sociedad tuviese empleado a una persona «*con contrato laboral y a jornada completa*» en dicha actividad (no siendo necesario, sin embargo, contar con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la actividad tras la reforma operada por le Ley 26/2014). En nuestra opinión, no parece que cumplir el requisito adicional impuesto por la normativa del IRPF sea imprescindible para que entre en juego la exención del precepto objeto de análisis, ya que dicha exigencia no resulta ni de la literalidad de la norma ni de una interpretación sistemática, ya que a diferencia de lo prevenido en la normativa del Impuesto de Patrimonio donde existen remisiones expresas al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas[25], no ocurre así en este supuesto que, a mayor abundamiento, se refiere únicamente a la tributación en sede de IVA e ITP.

---

[25] Así, el artículo 4.Ocho.Dos.a) de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, dispone que: «*Para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*» y, en esta misma línea, el artículo 6.3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio, establece lo siguiente: «*Para determinar si un elemento patrimonial se encuentra o no afecto a una actividad económica, se estará a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias …».*

También hay que destacar que, tras la entrada en vigor de la citada Ley 7/2012, ya no se alude a los mercados primarios (concretamente a «*las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones o mediante cualquier otra forma, de valores*»), «lo que significa, *contrario sensu,* que a la transmisión de valores en el mercado primario, que propiamente no es transmisión, sino emisión de nuevos valores, nunca le va a resultar aplicable la referida excepción, por lo que en todo caso tales emisiones siempre estarán exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido o del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según el impuesto al que estén sujetas…»[26].

Finaliza el citado artículo 314.3 TRLMV estableciendo unas reglas para el cálculo de la base imponible de IVA o ITP, según corresponda, de no resultar aplicable la correspondiente exención a la transmisión:

> «*4.ª En las transmisiones de valores que, conforme al apartado 2, estén sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido y no exentas, que tendrán la consideración de entrega de bienes a efectos del mismo, la base imponible se determinará en proporción al valor de mercado de los bienes que deban computarse como inmuebles. A este respecto, en los supuestos recogidos en el apartado 2.c), la base imponible del impuesto será la parte proporcional del valor de mercado de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.*
>
> *5.ª En las transmisiones de valores que, de acuerdo a lo expuesto en el apartado 2, deban tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, para la práctica de la liquidación, se aplicarán los elementos de dicho impuesto a la parte proporcional del valor real de los inmuebles, calculado de acuerdo con las reglas contenidas en su normativa. A tal fin se tomará como base imponible:*
>
> *— En los supuestos a los que se refiere el apartado 2.a), la parte proporcional sobre el valor real de la totalidad de las partidas del activo que, a los efectos de la aplicación de este precepto, deban computarse como inmuebles, que corresponda al porcentaje total de participación que se pase a tener en el momento de la obtención del control o, una vez obtenido, onerosa o lucrativamente, dicho control, al porcentaje en el que aumente la cuota de participación.»*

Ejemplo: En una sociedad cuyo activo contable está integrado por inmovilizado inmobiliario no afecto a actividades empresariales por valor de 70.000 euros, existencias por valor de 20.000 euros y tesorería por valor de 10.000 euros, un tercero adquiere el 60 por ciento del capital social por la compra de participacio-

[26] Consulta DGT V1716-13 de 27 de mayo.

nes sociales a uno de los socios. Como se trata de un supuesto en que no procede la exención del ITP, lo primero que habría que hacer es sustituir los valores contables por el valor real de los inmuebles. Imaginemos que los inmuebles en realidad valen 90.000 euros. Por tanto, la base imponible resulta de aplicar el porcentaje del 60 por ciento a 90.000, es decir, 54.000 euros.

Y para el caso de que ya se tuviese el control y como consecuencia de la compraventa de las participaciones sociales, dicho porcentaje se aumente, será aquél en que se aumente:

> *«— En los supuestos a los que se refiere el apartado 2.b), para determinar la base imponible solo se tendrán en cuenta los inmuebles de aquellas cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por ciento por inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales.*
>
> *— En los supuestos a que se refiere el apartado 2.c), la parte proporcional del valor real de los inmuebles que fueron aportados en su día correspondiente a las acciones o participaciones transmitidas.*»

A la luz de la normativa expuesta, es obvio que aun cuando el legislador ha intentado cercenar en la medida posible una posible elusión del IVA o del ITP en la transmisión de inmuebles mediante la utilización de la transmisión de acciones o participaciones sociales, existen supuestos en la práctica cuya admisibilidad a los efectos de la correspondiente exención impositiva se han puesto en entredicho. Pasamos a mencionar algunos de ellos:

1. ¿Entra en juego el artículo 314 TRLMV cuando el control societario se obtiene mediante una reducción de capital en que uno de los socios amortiza sus acciones o participaciones sociales y es pagado mediante acciones o participaciones en otra sociedad participada mayoritariamente por inmuebles no afectos a actividades empresariales o profesionales? Este supuesto fue objeto de una consulta vinculante de la DGT (consulta V1130-11, de 5 de mayo) en el que se planteaba si resultaba de aplicación el entonces vigente artículo 108 LMV (que no distinguía según que se tratara o no de inmuebles afectos a actividades empresariales o profesionales) a la obtención del control de dos sociedades cuyos respectivos activos estaban constituidos en más de un 50 por ciento por inmuebles, como consecuencia de la adjudicación de participaciones sociales de dichas entidades en un porcentaje representativo de más del 50 por ciento por la sociedad titular de las mismas a uno de sus socios en pago de su participación social con ocasión de una reducción del capital de la misma y amortización de las participaciones del dicho socio. La DGT rechazó la aplicación del entonces artículo 108 LMV por entender que una disminución del capital social no está sujeta al gravamen de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

2. ¿Y qué ocurre cuando la toma de control se realiza mediante la fusión por absorción y la sociedad absorbida está compuesta en más de un 50 por ciento por inmuebles no afectos? Como señala la DGT en la consulta V1617-15, en la fusión por absorción, «no podrá darse el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores por la fusión en sí misma, por no haber transmisión de acciones, sino aportación de activos y pasivos de las dos entidades absorbidas a la entidad absorbente», sin embargo, «el artículo 108 se podría dar si las entidades absorbidas poseen en sus activos acciones de otras entidades, ya que en este caso sí que se produciría transmisión de acciones…».

3. ¿Y qué decir de una escisión, sea total o parcial, en que una sociedad que desarrolla tanto una actividad productiva como de arrendamiento de inmuebles, de manera que todo el activo inmobiliario destinado al arrendamiento sea objeto de traspaso a una sociedad de nueva creación recibiendo el socio único de la sociedad escindida el ciento por ciento de las participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión? Sin entrar en la discusión de si, teniendo en cuenta la forma de desarrollo de la actividad de arrendamiento inmobiliario, estaríamos o no ante un supuesto de inmuebles afectos a actividades empresariales (cuestión para la que nos remitimos a lo ya señalado), como señaló la DGT en consulta V0234-14, de 31 de enero, vigente el derogado artículo 108 LMV, una operación de escisión, ya sea total o parcial, es «una operación propia del mercado primario y no del mercado secundario, como exige el precepto anteriormente transcrito, por lo que la referida operación no quedará sometida al artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, sin perjuicio de que pudiera proceder su aplicación si, conforme al apartado c) del segundo párrafo del artículo 108.2, se procediese a la transmisión de los valores que hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles antes de que hubiera transcurrido el plazo de tres años entre la fecha de aportación y la de transmisión».

4. ¿Y si dos cónyuges casados en gananciales compran cada uno de ellos el 50 por ciento de una sociedad compuesta por inmuebles no afectos en más de un 50 por ciento? Entendemos que no procede tampoco la aplicación del artículo 314 TRLMV. ¿Y si uno de ellos adquiere más del 50 por ciento? En este caso, el TEAC, en resolución de 26 de mayo de 2004, declaró aplicable la exención del ITP prevista en el entonces vigente artículo 108 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, a la adquisición del 97 % de las participaciones de una sociedad dedicada a la promoción, construcción y arrendamiento de inmuebles, ya que el adquirente estaba casado y su régimen económico matrimonial era el de gananciales, por entender que las adquisiciones de valores realizadas por un cónyuge, dentro de la sociedad legal de gananciales, deben atribuirse por mitad a cada uno de los cónyuges.

1.6. La no sujeción al IVA de la venta de empresas

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece en su artículo 7.1 que «*No estarán sujetas al impuesto:*

> *1.º La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos y del procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado cuatro, de esta Ley*.»

Este precepto, que ha sufrido sucesivas reformas, ha ido flexibilizando el régimen que inicialmente se introdujera en nuestro ordenamiento a raíz de la transposición del artículo 5.8 de la derogada Directiva 77/388/CEE, hoy sustituida por el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, ya que en un primer momento la no sujeción quedaba vinculada, en los supuestos de transmisión *inter vivos* a que se transmitiera la totalidad del patrimonio empresarial y a que el adquirente continuara ejerciendo idéntica actividad. Hoy, sin embargo, ambas exigencias han desaparecido de nuestro panorama legislativo, como se desprende del tenor vigente del precepto transcrito de la Ley del IVA, gracias sobre todo a la jurisprudencia comunitaria y nuestra doctrina administrativa.

Lo más destacable es que el precepto transcrito utiliza el concepto de «unidad económica» y no el de «rama de actividad» que emplea el Impuesto de Sociedades y que utilizara el propio artículo 7 de la Ley del IVA en la redacción anterior. En este sentido, la DGT en la consulta vinculante V0284-09 resolvió que «*la operación descrita por el consultante consistente en la transmisión de una rama de actividad, constituirá una operación no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, dado que el conjunto de elementos patrimoniales transmitidos parece que puede ser considerado como una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios*».

La no sujeción tiene por objeto aliviar la carga fiscal de los sujetos pasivos adquirentes de patrimonios empresariales, si bien no es óbice para que se produzca el devengo del Impuesto de Sociedades en el supuesto de que la transmitente sea una sociedad mercantil (sin perjuicio del régimen de neutralidad fiscal) o del ITP, en el caso de inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial por aplicación del artículo 7.5 de la Ley del ITPAJD[27], sin

[27] A juicio de CALVO VÉRGEZ, Juan: «La no sujeción a IVA de las operaciones de transmisión de la empresa tras la reforma articulada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre: principales cuestio-

perjuicio claro está, de la posible incidencia del régimen de neutralidad fiscal a que se alude en el epígrafe II.2.6, al que nos remitimos.

1.7. Las operaciones vinculadas

Se entiende por operación vinculada aquella realizada entre personas físicas o jurídicas entre las cuales existe un determinado grado de vinculación, ya sea porque pertenecen a un mismo grupo empresarial, tienen socios o administradores en común o por existir una relación familiar entre las personas que realizan la operación.

El hecho de que estemos ante una operación vinculada puede tener una doble implicación:

a) Por un lado, desde un punto de vista societario, hay que tener en cuenta la normativa establecida en los artículos 229 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, relativa al deber de los administradores sociales de evitar situaciones de conflicto y, concretamente, de evitar realizar operaciones con personas vinculadas (cuya definición a efectos societarios nos la ofrece el art. 231 LSC), sin perjuicio de la oportuna dispensa por el órgano que fuere competente (sea el órgano de administración en el caso de Consejo de administración, el resto de administradores solidarios o mancomunados o la Junta general, según los casos), cuyo estudio corresponde al capítulo XIII de esta obra colectiva, al que nos remitimos.

b) Por otro lado, desde una perspectiva fiscal, la regulación de lo que la normativa califica de «operaciones vinculadas» está recogida en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades dentro del Capítulo III, destinado a fijar las «reglas de valoración».

Centrándonos en la normativa de índoles fiscales y las implicaciones que conlleva la realización de operaciones vinculadas, que son especialmente frecuentes en el ámbito de la empresa familiar, hay que partir de la definición legal contenida en el artículo 18.2 citado, a cuyo tenor:

> «*2. Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:*
> *a) Una entidad y sus socios o partícipes.*
> *b) Una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.*

---

nes», *Revista Española de Derecho Financiero,* núm. 150/2011, Civitas S. A., 2011; esta sujeción vulnera lo dispuesto por el art. 19 Directiva 2006/112/CE.

c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.

d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.

e) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.

f) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.

g) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.

h) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 por ciento. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.»

¿Y cuáles son las implicaciones fiscales de este tipo de operaciones?

La principal es que, por aplicación del art. 18.1 LIS, este tipo de operaciones han de valorarse a «valor de mercado», entendiéndose por valor de mercado «*aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia*», es decir, de lo que se trata es de evitar que este tipo de operaciones, habida cuenta de la relación preexistente entre los sujetos implicados tengan, desde el punto de vista del Impuesto de Sociedades, del IRPF o del Impuesto de la Renta de No Residentes, una valoración inferior a la que tendrían de celebrarse con terceros, con el menor impacto fiscal que dicha valoración inferior tendría. De ahí que, de no haberse aplicado un valor de mercado, la Administración tributaria pueda revisar las valoraciones dadas e imponer las correspondientes sanciones.

¿Cómo se valoran las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas? La norma objeto de análisis permite optar entre los siguientes métodos, atendiendo a la naturaleza de la operación vinculada, la disponibilidad de información fiable y el grado de comparabilidad entre las operaciones vinculadas y no vinculadas:

a) Método del precio libre comparable, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas

con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables.

b) Método del coste incrementado (C+), por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables.

c) Método del precio de reventa, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables. Se aplica habitualmente en actividades de distribución.

d) Método de la distribución del resultado o beneficio («profit split»), por el que se asigna a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones la parte del resultado común derivado de dicha operación u operaciones, en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares.

e) Método del margen neto operacional o TNMM (Transactional Net Margin Method), por el que se atribuye a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes.

¿Y cómo se garantiza que efectivamente la valoración sea acorde con el mercado? El precepto citado exige que en estos casos las personas o entidades vinculadas tengan a disposición de la Administración tributaria, «*de acuerdo con principios de proporcionalidad y suficiencia*», toda una serie de documentación, si bien están eximidas de este deber las operaciones entre entidades del mismo grupo en determinadas condiciones, cuando se trate de operaciones realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores y, con carácter general, cuando el importe de la contraprestación del conjunto de operaciones no supere los 250.000 euros, de acuerdo con el valor de mercado.

Finalmente, otro aspecto a tener en cuenta en este tipo de operaciones es el contable, siendo las operaciones más frecuentes entre partes vinculadas que afectan a la contabilidad en el ámbito de la empresa familiar los préstamos y arrendamientos entre la sociedad y los socios, las aportaciones no dinerarias, las restitu-

ciones de aportaciones como consecuencia de reducciones de capital o disoluciones societarias, transmisiones de bienes y activos, etc.

2. Las modificaciones estructurales como vehículos para la transmisión empresarial

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, dentro de las modificaciones estructurales reguladas en la Ley 3/2009, algunas de ellas pueden utilizarse como mecanismos para la transmisión *inter vivos* de una determinada empresa. En este capítulo nos centraremos en aquellas que pueden utilizarse para la transmisión *inter vivos* de una empresa en funcionamiento, en función de su diversa eficacia.

A la hora de hablar de modificaciones estructurales, lo esencial es partir del elemento característico de las mismas, la sucesión universal. Mientras que cualquier transmisión patrimonial llevada a cabo mediante la aplicación de las reglas generales en materia de transmisión de elementos patrimoniales (como la exigencia del consentimiento de los acreedores para la cesión de los créditos, ex artículo 1205 CC, el consentimiento de la contraparte para cualquier novación contractual ex artículo 1255 CC, o la exigencia del cumplimiento de determinados requisitos formales) es calificada de sucesión particular, se entiende por sucesión universal aquella que, mediante el cumplimiento de determinados mecanismos de tutela de socios y terceros legalmente establecidos, permite transmitir un conjunto de elementos patrimoniales sin necesidad de cumplir las normas generales establecidas en nuestro ordenamiento para la transmisión individual de los distintos elementos integrantes del conjunto, exigencia esta última que imposibilitaría la mayoría de las transmisiones empresariales. Por tanto, lo que caracteriza la sucesión universal es la continuidad de las relaciones jurídicas de la sociedad, ya sea en materia contractual o en relación con los créditos o deudas de la misma.

Ahora bien, toda vez que las modificaciones estructurales conllevan la sustitución de los mecanismos ordinarios de tutela de socios y terceros de cualquier tipo de transmisión por otros reglados, la doctrina, de forma prácticamente unánime, entiende que las modificaciones estructurales admitidas en nuestro ordenamiento son *numerus clausus*. Hasta la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales, las mismas carecían de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento, lo que había provocado no pocas discusiones doctrinales acerca de determinadas operaciones de reestructuración, sus requisitos y eficacia. El ejemplo paradigmático es el de la cesión global del activo y pasivo, a que haremos alusión más adelante.

Pasaremos a continuación a analizar por separado cada una de estas modificaciones estructurales, a través de las cuales puede articularse una transmisión empresarial *inter vivos.*

2.1. La fusión

El concepto legal de fusión nos lo ofrece el artículo 22 LME, a cuyo tenor:

> «*En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan*.»

La normativa de la fusión (sin perjuicio de la posible aplicación, en su caso, de determinadas normas sectoriales ex art. 29 LME) está contenida en los artículos 22 y siguientes de la Ley de Modificaciones Estructurales y resulta de aplicación a todas las fusiones que tengan por objeto «*dos o más sociedades mercantiles inscritas*», según se infiere del precepto transcrito[28].

Estamos ante una figura que se utiliza en el tráfico jurídico para la concentración de empresas o reestructuración empresarial, normalmente dentro de un mismo grupo. Es por ello que para un estudio más amplio de esta figura nos remitimos al capítulo IX de esta obra colectiva, relativo a la ordenación de la empresa familiar y grupos de empresas, dado que aunque la fusión conlleve por definición la transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra no es un instrumento apto para la transmisión *inter vivos* de la actividad empresarial a terceros.

Baste destacar en este epígrafe que, como modificación estructural que es, la principal característica de toda fusión es el efecto de la sucesión universal que conlleva, así como el hecho de producir la extinción sin liquidación de una o más sociedades. Y que más allá de las fusiones convencionales, la normativa aplicable regula: de un lado, la simplificación de determinados requisitos procedimentales en supuestos de absorción de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta o supuestos asimilables (como la fusión inversa o el caso de las llamadas «sociedades hermanas») o cercanos como el del artículo 50 LME (cuando la sociedad absorbente es titular directamente del noventa por ciento o más de la sociedad o sociedades objeto de absorción); o cuando exista acuerdo unánime de todos los socios de las sociedades intervinientes; y de otro, declara aplicable el

---

[28] Sin perjuicio de que, como han señalado ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones estructurales», *Las Sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas*, tomo II, DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2015, Consejo General del Notariado, págs. 368 y 369; pueda defenderse la posible participación de una sociedad civil en un procedimiento de fusión en que la beneficiaria sea una sociedad mercantil, así como la participación de las Agrupaciones de Interés Económico o de las cooperativas, siempre que, respecto de estas últimas, lo permita su normativa específica.

régimen de las fusiones a supuestos como el del artículo 53 LME, al que se alude en el epígrafe relativo a la cesión global del activo y pasivo al que nos remitimos; o al de la llamada «fusión apalancada», si bien en este último caso resultan exigibles toda una serie de requisitos adicionales.

2.2. La escisión total o parcial

Los artículos 69 y 70 LME definen la escisión, distinguiendo según que sea total o parcial, señalando lo siguiente:

> — «*Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.*»
>
> — «*Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.*»

La escisión se emplea para traspasar una o varias ramas de actividad a sociedades preexistentes o creadas *ad hoc,* ya sea por la necesidad de separar diversas actividades empresariales desarrolladas por una misma sociedad manteniendo la misma composición social, ya sea aprovechando la escisión para atribuir las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión a socios distintos. Estamos ante la operación inversa a la fusión, en la que de lo que se trata es de aunar en una misma sociedad las actividades empresariales desarrolladas por diversas sociedades. A diferencia de la segregación, a la que nos referiremos a continuación, regulada en la Ley de Modificaciones Estructurales como una nueva modalidad de escisión, la escisión total o parcial afecta a la estructura accionarial de la sociedad objeto de escisión al recibir los socios de la sociedad escindida acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias en proporción a su respectiva participación en la sociedad objeto de escisión.

De lo dicho se desprende que la escisión, sea total o parcial, es un instrumento que no sirve para la transmisión empresarial en favor de terceros, sino que se utiliza con la finalidad de llevar a cabo una reestructuración empresarial, que en el ámbito concreto de la empresa familiar puede ser muy útil, especialmente si tenemos en cuenta el régimen de neutralidad fiscal aplicable a la misma a que se

alude en el epígrafe II.2.6., para la ordenación de las actividades empresariales de la familia, para cuyo estudio nos remitimos al capítulo IX de esta obra colectiva. Ahora bien, como señalan ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES[29], la finalidad específica que desempeña la escisión en nuestro ordenamiento no significa que la escisión no pueda formar parte de una proceso negocial que vaya dirigido a la transmisión de una empresa a un tercero, como en el caso de que la escisión en favor de una sociedad de nueva creación vaya seguida de una «venta de capa» (o de otro tipo de vehículo transmisivo) de la sociedad beneficiaria de la escisión o de la sociedad escindida, en cuyo caso la escisión serviría para modificar la composición patrimonial de la sociedad como paso previo a la transmisión de la misma.

Es por ello que no entraremos a analizar los requisitos formales y la eficacia del proceso de escisión, si bien nos detendremos en dos aspectos de la escisión que pueden servir para entender otras modificaciones estructurales, como la cesión global del activo y pasivo que sí que son instrumentos que pueden utilizarse para la transmisión empresarial *inter vivos* de forma directa y no exclusivamente para la reorganización empresarial:

1. En los casos de escisión (o de segregación) es importante no perder de vista el contenido el artículo 80 LME, que dispone lo siguiente: «*De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación*».

   Como señalara ALONSO LEDESMA[30], en relación con el derogado artículo 259 LSA (cuyo tenor es prácticamente idéntico al del citado artículo de la LME[31]), el régimen de responsabilidad instituido en el mismo «desvirtúa, en buena medida, el afirmado principio de la sucesión universal», ya

---

[29] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones estructurales», *Las Sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas*, tomo II, DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2015, Consejo General del Notariado, pág. 414.

[30] ALONSO LEDESMA, Carmen: «Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, págs. 4942.

[31] El derogado artículo 259 LSA establecía lo siguiente: «*En defecto de cumplimiento por una Sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de la escisión responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes Sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si la Sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia Sociedad escindida por la totalidad de la obligación*».

que los presupuestos sobre los que se asienta la sucesión universal son el operar en supuestos de muerte o extinción de sujetos jurídicos afectando a la totalidad de un patrimonio y en los que el cumplimiento de unos determinados requisitos conlleva determinadas consecuencias fijadas legalmente. No obstante, como señala la citada autora, mientras que «el fundamento que justifica la existencia de la normativa en materia de sucesión universal por causa de muerte es la de evitar que una patrimonio quede sin titular, en la sucesión por negocio jurídico entre personas jurídicas la «ratio» descansa en la necesidad práctica de eludir la liquidación del patrimonio y la transmisión singular y aislada de cada uno de sus componentes», de ahí que pueda admitirse el fenómeno de la sucesión universal aun sin extinción societaria[32]. Sin embargo, el hecho de que en los supuestos de escisión parcial subsista la responsabilidad de la sociedad escindida en nuestro ordenamiento parece estar en contradicción con la propia mecánica de la sucesión universal, en tanto que la misma implica transmisión de las deudas. Es por ello que para algunos autores estamos ante una asunción cumulativa de deudas[33] y para otros ante un supuesto de responsabilidad por deuda ajena.

A nuestro juicio, con independencia de la calificación jurídica que atribuyamos a la posición de las sociedades beneficiarias de la escisión, para entender este régimen de responsabilidad debemos preguntarnos cuál es el fundamento del mismo. Al respecto, LEÓN SANZ[34] ha señalado que en las operaciones de escisión, si bien se reconoce autonomía societaria para delimitar las unidades patrimoniales objeto de transmisión, con la finalidad de evitar que las partes segregadas se encuentren desequilibradas desde una perspectiva patrimonial, se prevé la responsabilidad de las sociedades que han participado en el proceso de escisión para el caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas, a semejanza del sistema de responsabilidad establecido en las sociedades mercantiles personalistas en los supuestos de la salida de socios. En esta línea, señala ESCRIBANO GAMIR[35] que «la ratio de precepto se halla en la fragmentación que expe-

---

[32] ALONSO LEDESMA, Carmen: «Algunas consideraciones…» cit., págs. 4943-4944.

[33] En este sentido, CERDA ALBERO, F.: «Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. A propósito de las Ress. DGRN de 10 de junio y de 4 de octubre de 1994, así como del UnwG alemán de 28 de octubre de 1994», *RDM*, núm. 214, octubre-diciembre, 1994, págs. 328, citado por ALONSO LEDESMA, Carmen: obra cit., pág. 4949.

[34] LEÓN SANZ, Francisco: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006. La protección de los acreedores en la aportación de rama de actividad», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, volumen I, IZQUIERDO TOLSADA, Mariano (director), Dykinson, 2008, págs. 89 a 111.

[35] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones estructurales», *Las Sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas*, tomo II, DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2015, Consejo General del Notariado.

rimenta el patrimonio de la sociedad deudora, lo que produce una disminución de la garantía de los acreedores».

En cuanto al concreto régimen de responsabilidad, se trata de una responsabilidad solidaria, subsidiaria y limitada al importe del activo neto atribuido en virtud de la escisión, en cuanto a las sociedades beneficiarias de la escisión; si bien, tratándose de la sociedad escindida, la responsabilidad es ilimitada. Lo que no existe, a diferencia de lo previsto para la cesión global del activo y pasivo, es una limitación temporal de la responsabilidad. Y puede discutirse, atendiendo a la literalidad del precepto, si este régimen de responsabilidad es exigible solo respecto de las deudas atribuidas a alguna de las sociedades beneficiarias de la escisión o también de las que se queden en la sociedad escindida, que sería lo lógico, porque el riesgo para los acreedores es el mismo en ambos casos.

2. Es importante no olvidar que el artículo 72 LME tiene por objeto una operación a la que resultan de aplicación las normas de la escisión: «*la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria*», lo que se conoce como operación de «filialización total» y que se diferencia de la segregación en sentido estricto en que se transmiten la totalidad de los elementos patrimoniales de una sociedad a otra, y no únicamente una parte. ¿Y qué decir de supuestos análogos como aquél en que la sociedad beneficiaria no sea de nueva creación o tenga más socios? Como señalan Álvarez Royo-Villanova y González-Meneses[36] a estos supuestos, aunque no encajan en la literalidad del precepto transcrito, les debería resultar también de aplicación la norma en cuestión por la identidad de *ratio*.

2.3 La segregación

La regulación de la segregación ha sido uno de los hitos más importantes de la Ley de Modificaciones Estructurales, ya que, aunque el derogado artículo 252 LSA hablaba impropiamente de segregación para referirse en realidad a la escisión parcial y se propuso introducir esta figura en nuestro ordenamiento en diversas propuestas legislativas, no es hasta la entrada en vigor de la LME que se dota de regulación a esta figura dentro del capítulo dedicado a la escisión. Hasta entonces, la segregación como tal no estaba prevista ni en nuestra legislación societaria ni en la legislación fiscal, lo que había planteado en la práctica si era posible llevar a

[36] Álvarez Royo-Villanova, Segismundo y González-Meneses, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones…», cit. pág. 426.

cabo la transmisión de una o varias ramas de actividad, a modo de escisión parcial, pero donde las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias fueran atribuidas no ya a los socios de la sociedad escindida, sino a la propia sociedad.

Como ya anticipábamos, el meollo de la cuestión radicaba y radica en si a operaciones análogas a las tipificadas en el ordenamiento y caracterizadas por el fenómeno de la sucesión universal le pueden resultar atribuibles idénticos efectos.

Actualmente, además de incluir el artículo 68 LME, la segregación dentro de las modalidades de escisión, la definición legal de segregación la encontramos en el artículo 71 LME, a cuyo tenor: «*Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias*». De la misma puede fácilmente extraerse lo que tiene en común esta figura, con la escisión parcial en tanto que implica el traspaso de una o varias unidades económicas con los efectos propios de la sucesión universal, si bien se diferencia de la misma en que las acciones o participaciones sociales de la sociedad o sociedades beneficiarias del traspaso no son adjudicadas a los socios, sino a la sociedad que se segrega. Se trata, por tanto, de una modificación estructural que lo que busca conseguir es la filialización.

En cuanto a su régimen jurídico, resultan de aplicación las normas de la escisión, si bien, al no existir problemas de canje de acciones o participaciones dado que las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria van a parar a la sociedad objeto de segregación y no a sus socios, a tenor del artículo 74.2. LME, no será necesario incluir en el proyecto de escisión «*el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto*».

Lo más controvertido, a raíz de la regulación legal de la segregación, es si en la actualidad puede llevarse a cabo una aportación de rama de actividad a una sociedad a cambio de sus acciones o participaciones sociales sin cumplir con los requisitos propios de la escisión, cuestión para cuyo estudio nos remitimos al epígrafe II.2.5.

2.4. La cesión global del activo y pasivo

En un sentido amplio, se puede definir como aquella operación societaria en virtud de la cual la sociedad cedente se extingue transmitiendo la totalidad de su patrimonio empresarial, a título universal, a una o varias personas, sean socios o terceros.

Estamos, por tanto, ante una operación societaria al exigirse un acuerdo de la Junta general de la sociedad cedente con los requisitos propios de una modificación estatutaria, si bien también presenta un aspecto contractual, al presuponer un acuerdo entre cedente y cesionario acerca de la propia cesión y de la contraprestación acordada.

Se diferencia de la fusión por absorción en que la disolución se produce ex ante y no como consecuencia de la fusión; tiene lugar la liquidación de la cedente (lo que se puede apreciar con claridad cuando el cesionario es tercero en la medida en que habrá que repartir la contraprestación entre los socios, pudiendo hablarse también de liquidación, aunque abreviada, en el supuesto de cesión al socio único); y la integración de los socios de la sociedad cedente en la sociedad cesionaria no se produce de manera directa a través del aumento de capital, lo que determina que el órgano competente de la sociedad cesionaria para esta operación sea el de administración y no la Junta general (aunque esta última diferencia debe matizarse en el supuesto de la fusión por absorción de sociedad íntegramente participada en que, como sabemos, puede prescindirse de la ampliación de capital).

2.4.1. La cesión global antes de la Ley de Modificaciones Estructurales

La figura de la cesión global de activo y pasivo, con anterioridad a la Ley de Modificaciones Estructurales, gozaba de una regulación meramente fragmentaria e incompleta en nuestro ordenamiento, lo que había suscitado amplia polémica doctrinal acerca de si se trataba o no de una modificación estructural.

En contra de dicha calificación, el principal argumento era su regulación dentro del capítulo dedicado a la disolución en el derogado TRLSA de 1989, cuyo artículo 266 rezaba: «*Una vez disuelta la Sociedad, se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del Activo y el Pasivo*», de ahí que estuviera muy extendida la tesis que defendía que esta figura consistía en una operación en la que una sociedad ya disuelta, en lugar de liquidar su patrimonio en la forma ordinaria, transmitía en bloque todo su patrimonio a un tercero a cambio de un precio a repartir por los socios como cuota de liquidación. En esta línea, la LSRL de 1995 introdujo una parca regulación de esta figura en su artículo 117[37], nuevamente en sede de liquidación societaria generando nueva polémica, ya que declaraba expresamente la

[37] A cuyo tenor: *«La Junta general, con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos, podrá acordar la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios o terceros, fijando las condiciones de la cesión.*

2. El acuerdo de cesión se publicará una vez en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario de gran circulación en el lugar del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho de los acreedores de la sociedad

aplicación de las normas de la fusión en cuanto al derecho de oposición de acreedores y contemplaba expresamente la posible cesión no solo en favor de terceros, sino de los propios socios, como una operación inversa a la de filialización en la que la transmisión en bloque del patrimonio social se produciría en favor de uno o varios socios en pago de su cuota de liquidación como una forma abreviada de liquidación «*in natura*». La nueva regulación también fue fuente de controversia, no sólo en cuanto a su aplicabilidad a la sociedad anónima, cuestión a la que nos referiremos a continuación, sino inclusive en cuanto a si, a falta de desarrollo normativo, eran exigibles otros requisitos adicionales, como la publicación de anuncios o si de la misma se podía predicar el efecto de sucesión universal, cuestión esta última que la mayoría de la doctrina resolvió en sentido favorable, pues dicha eficacia parecía inferirse del reconocimiento del derecho de oposición de los acreedores.

¿Y qué ocurría con la sociedad anónima? Un sector doctrinal entendía que el régimen establecido para la sociedad de responsabilidad limitada resultaba también de aplicación a la sociedad anónima por el juego del artículo 246 RRM, relativo a la cesión global del activo y del pasivo al no distinguir entre uno u otro tipo societario. Sin embargo, hubo autores que defendieron la aplicación a las sociedades anónimas de los requisitos de la fusión para llevar a cabo aquellos supuestos de cesión global en que el cesionario era una sociedad, socia única de la cedente, por entender que lo contrario vulneraba la Tercera Directiva. En esta línea marcó un hito la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 2002, en la que una SA unipersonal que se disolvía, cediendo su patrimonio al único socio, que a su vez era otra sociedad. El registrador exigió cumplir con todos los requisitos del entonces vigente art. 250 LSA, relativo a la fusión y que permitía la integración del patrimonio en la absorbente sin necesidad de aumentar su capital. El Centro Directivo dio la razón al registrador por entender:

1. Que debía distinguirse la cesión según sus fines económicos y que, al menos en SA, si la finalidad no era liquidatoria, sino de reestructuración societaria, no cabía aplicar el art. 117 LSL, sino las reglas previstas para la fusión. De lo contrario estaríamos ante una figura que, siendo esencialmente idéntica (en sus fines y sus efectos) a la fusión del art. 250 LSA,

---

cedente y de los acreedores del cesionario o cesionarios a obtener el texto íntegro del acuerdo de cesión.

3. La cesión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio publicado. Durante ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión En el anuncio a que se refiere el apartado anterior deberá mencionarse expresamente este derecho.

4. La eficacia de la cesión quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad».

quedaría sometida a unos requisitos inferiores, en perjuicio de los socios de la adquirente y de los acreedores.

2. Que teniendo en cuenta que la III Directiva (aplicable sólo a SA) califica el supuesto de hecho como un caso de fusión, exigiendo unos requisitos mínimos que no cumple el art. 117 LSL, el RRM y LSA debían interpretarse conforme a la misma, por lo que la cesión global de la sociedad anónima debía regirse por la normativa de las fusiones.

A mayor abundamiento, la Resolución de 6 mayo 2004, partiendo de la doctrina sentada en la anterior resolución, en un supuesto en que se habían cumplido algunos requisitos de la fusión (elaboración de un proyecto de cesión global y publicación del mismo en el BORME con los requisitos de la fusión), si bien no se había producido acuerdo de la sociedad cesionaria, la DGRN entendió que como lo que se había hecho en realidad era una fusión, hacía falta acuerdo de la Junta general.

A la vista de las resoluciones anteriores estaba clara la posición del Centro Directivo en cuanto a toda cesión realizada con finalidad de reestructuración. Sin embargo, lo que no quedaba claro es si de tener la cesión una función estrictamente liquidatoria cabía o no acudir a la aplicación del art. 117 LSL.

2.4.2 La cesión global tras la LME

Con la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales, que regula la cesión global del activo y pasivo, se ha dotado a esta figura de una regulación completa dedicándole la norma citada en los artículos 81 a 91.

Con la nueva regulación, que resulta de aplicación a todas las sociedades mercantiles, ex art. 2 LME, ya no hay dudas acerca de la existencia de un único régimen aplicable tanto a sociedades limitadas como anónimas.

En cuanto al concepto, a tenor del artículo 81 LME:

«*1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.*

2. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación.»

Del precepto extraído resulta expresamente el reconocimiento del efecto de la sucesión universal. Ahora bien, la norma parece distinguir según que los cesionarios sean los socios o terceros. En el primer caso se confirma la tesis de que estaríamos ante un supuesto de liquidación abreviada *in natura,* donde se exige el respeto a las normas legales o estatutarias que tuvieren por objeto la cuota de liquidación. En el segundo, sin embargo, no queda claro qué ocurre con la sociedad cedente, al no proclamarse expresamente su extinción. Es por ello que autores como ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES[38] defienden que una de las principales novedades de la nueva regulación es precisamente que la cesión global no necesariamente tenga que ser extintiva. Lo que a nuestro juicio no está totalmente claro es si tal posibilidad cabe si los cesionarios son los socios, pues el propio tenor de la norma parece negar esta posibilidad en su apartado segundo. Es como si el legislador tuviere en mente la posible utilización de esta figura de dos formas totalmente distintas: la primera sería como una forma de liquidación abreviada cuando se quiere mantener la empresa que la sociedad a extinguir viniera desarrollando, adjudicando a la misma en pago de su cuota de liquidación a uno o varios socios, en cuyo caso la sociedad viene abocada a su extinción como consecuencia de dicha liquidación; y la segunda sería aquella en que la cesión global del activo y pasivo se utiliza para transmitir una empresa en funcionamiento con la eficacia propia de la sucesión universal a un tercero a cambio de una contraprestación, pero con la posible subsistencia de la sociedad cedente que los socios de la misma podrán dedicar en la sucesivo para el desarrollo de otra actividad. Y es que no parece tener mucho sentido que en este segundo supuesto el cesionario sea uno solo de los socios porque ¿para qué querría adquirir la actividad empresarial de la sociedad y mantener a su vez la condición de socio en la cedente, ahora vacía de contenido?

Por otro lado, quizá lo más destacable de la nueva regulación es que se prohíbe que la contraprestación a satisfacer por el cesionario o cesionarios consista en acciones o participaciones. ¿Cuál es el sentido de esta restricción? Con ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES[39] entendemos que no es otro que dejar fuera todo tipo de operaciones de reestructuración subsumibles en la fusión o la escisión, ya que para este tipo de operaciones habrá que acudir a su normativa específica. En definitiva, el ámbito de la cesión global queda acotado, convirtiéndose en un vehículo de transmisión empresarial, ya sea a uno o a varios socios, como forma de liquidación abreviada, o a terceros, de ahí el interés práctico que

---

[38] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones estructurales», *Las Sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas*, tomo II, DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2015, Consejo General del Notariado, págs. 430 y 431.

[39] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones …» cit. pág. 431.

puede tener esta figura como vía para la transmisión *inter vivos* de la empresa familiar.[40]

Además, hay que tener en cuenta que al supuesto específico que fue abordado por la citada resolución de la DGRN de 22 de mayo de 2002, en la que una sociedad unipersonal se disolvía cediendo su patrimonio al único socio, que a su vez era otra sociedad, estaría hoy subsumido en el artículo 53 LME, en sede de fusiones, según el cual: «*También constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla*».

Partiendo de estas premisas, ¿qué ventajas conlleva la transmisión de una empresa mediante la cesión global del activo y pasivo frente a otros mecanismos de transmisión *inter vivos,* en particular, frente a la transmisión de la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad titular de la actividad empresarial en cuestión? Principalmente dos: el efecto de la sucesión universal y el hecho de que no se requiera el consentimiento unánime de todos los socios de la cedente, sino un acuerdo mayoritario. ¿Y cuáles son los inconvenientes? Principalmente los derivados de la regulación vigente de esta figura que, al configurar la cesión global como un supuesto de modificación estructural, aproximando su régimen jurídico al propio de este tipo de operaciones, incurre en determinadas disfunciones que carecen de sentido cuando lo que está en juego es en puridad la transmisión de una actividad empresarial. Además, es importante tener en cuenta que el régimen de neutralidad fiscal previsto para las fusiones y escisiones y aportaciones no dinerarias, al que nos referiremos en el epígrafe 2.6, no resulta, sin embargo, de aplicación a las cesiones globales, lo cual puede ser sin duda un factor disuasorio a la hora de acometer este tipo de operaciones.

Entrando ya a analizar el régimen jurídico de la cesión global del activo y del pasivo, podemos distinguir entre elementos personales, reales, formales y eficacia de la cesión.

A) Elementos personales

i. Respecto al cedente, cabe destacar lo siguiente:

— El régimen de la LME es aplicable a sociedades mercantiles inscritas de conformidad con los artículos 2 y 81 LME, si bien también se

[40] JUSTE MENCÍA, Javier: «Transmisión mediante modificaciones estructurales de sociedades: fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo», Adquisiciones de Empresas, CARRASCO PERERA, Ángel y ÁLVAREZ ARJONA, José María (directores), Thomson Reuters, 3.ª edición, 2010, pág. 608; atribuye a la cesión global de activo y pasivo una naturaleza híbrida, por entender que supone una modificación estructural para el cedente y una adquisición de empresa para el cesionario, que por excepción a las reglas generales sucede universalmente a aquella.

admite respecto de sociedades en liquidación siempre que «*no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios*» (art. 82 LME).

— Se requiere acuerdo de Junta general de la sociedad cedente, que habrá de adoptarse con las mayorías y requisitos exigidos para las fusiones. Al respecto, son varias las incógnitas que pueden plantearse:

1. En el supuesto de que se emplee como fórmula de liquidación abreviada a los socios, existiendo socios que tienen reconocido estatutariamente el derecho a percibir su cuota mediante la restitución de sus aportaciones no dinerarias o la entrega de otros bienes sociales (art.393 LSC), ¿será necesario su consentimiento individualizado?

a) En contra puede alegarse que el derecho sólo surgiría si al liquidarse aún existe en la sociedad el bien o bienes aportados (prueba de ello es que, de hecho, se pueden vender estos activos durante la vida social) y propiamente lo que se liquida es la contraprestación.

b) A favor, sin embargo, podemos aducir el propio tenor del último inciso del artículo 81.2 LME transcrito, que exige el respeto a «*las normas aplicables a la cuota de liquidación*».

No obstante, teniendo en cuenta que con esta figura lo que se pretende favorecer es la transmisión empresarial en su conjunto, no parece razonable defender en estos casos la prevalencia del derecho del socio a la restitución *in natura* prevista para los supuestos de liquidación ordinaria.

2. Tratándose de cesión a un socio, cabe plantearse si éste debería abstenerse en la Junta. Entendemos que no, porque sería absurdo que el socio mayoritario pudiera quedar excluido de una decisión tan importante como el destino del patrimonio social.

— Como ya hemos anticipado, la cesión global normalmente conllevará la extinción de la cedente, pero no necesariamente.

— Se contempla también la cesión global internacional en el artículo 84 LME, cuyo estudio excede de este capítulo.

ii. Respecto al cesionario, cabe plantearse lo siguiente:

— Puede tratarse de una persona física o jurídica. En este segundo caso, la competencia para acordar la cesión, ¿es de la Junta general de la cesionaria o del órgano de administración? Una de las principales disfunciones de la vigente regulación de la cesión global, tal y como han puesto de manifiesto ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES[41], es precisamente que, pese a conceptuarse legalmente como un modificación estructural, lo cierto es que desde el momento en que la contraprestación no puede consistir en acciones o participaciones de la cesionaria, nunca puede quedar afectada la composición del capital de la cesionaria, de ahí que sea razonable entender que la decisión corresponda al órgano de administración de la cesionaria, puesto que la adquisición de un patrimonio empresarial debe encuadrarse dentro de las competencias de gestión propias del mismo, salvo, obviamente, que el patrimonio empresarial pueda calificarse de «*activo esencial*» en los términos del art. 160 f) LSC, en cuyo caso sí que será preceptivo el acuerdo de la Junta general.

— De ser varios los cesionarios, a semejanza de lo previsto en el artículo 70 LSC en sede de escisiones parciales, el artículo 82 LME dispone que: «*Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica*». Además, al igual que en el artículo 80 LME, dado que el acreedor no puede quedar perjudicado por una decisión en la que no ha intervenido y que determina que su deuda quede a cargo de uno u otro de los varios cesionarios del conjunto del patrimonio social, dispone el artículo 91.1 LME que: «*De las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y, según los casos, los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, o la propia sociedad que no se hubiera extinguido, por la totalidad de la obligación*». Como señalamos al hablar de la escisión, este régimen de responsabilidad obedece a la autonomía que se reconoce a las sociedades implicadas a la hora de determinar las unidades patrimoniales transmitidas a cada una de las cesionarias, de ahí que pueda dudarse si el régimen de responsabilidad únicamente se desata en el supuesto de pluralidad de cesionarios. Lo más destacable es que, a diferencia del régimen de escisión, se establece un plazo de prescrip-

[41] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones…» cit., págs. 434 y 435; quienes ponen de manifiesto lo perturbador que resulta que, de conformidad con el artículo 53 de la LME, cuando el cesionario es precisamente el socio único de la sociedad cedente y la cesión global se realiza con ocasión de la extinción de la sociedad y en pago de la cuota de liquidación del socio único, quede la escisión excluida del ámbito de aplicación propio de las cesiones globales y sujeta al régimen de fusión.

ción de cinco años, distinción que no parece tener ningún sentido, como no sea porque en las escisiones lo que se consigue es la reestructuración empresarial, mientras que la cesión global, cuando se produce en favor de terceros, es un vehículo genuino de transmisión empresarial, de ahí que no tenga sentido que se mantenga una responsabilidad solidaria *sine die*.

iii. Respecto de los acreedores de cedente y cesionario: se les reconoce un derecho de oposición en el artículo 88 LME en los mismos términos que los previstos para la fusión en tanto sus derechos de crédito no queden garantizados. La razón de ser de este derecho se encuentra en el perjuicio que puede producir a los acreedores la confusión patrimonial derivada de la cesión, habida cuenta de que la sucesión universal producida como consecuencia de la cesión global permite prescindir de un consentimiento individualizado de los acreedores.

Al respecto, es importante tener en cuenta que desde la modificación introducida por la Ley 1/2012, de 22 de junio, este derecho de oposición se ha visto debilitado, ya que a pesar de la oposición de acreedores, la cesión podrá llevarse a efecto si el órgano de administración de la sociedad afectada entiende que se trata de acreedores «*cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados*», a los cuales no corresponde el derecho a oponerse, sin perjuicio, de que estos últimos, en caso de discrepancia, puedan solicitar la constancia del ejercicio del derecho de oposición en el Registro Mercantil por nota al margen de la inscripción de la fusión e interponer la correspondiente demanda (art. 44 LME).

B) Elementos reales

Dentro de los elementos reales hay que distinguir:

1. El patrimonio objeto de cesión, respecto del cual se ha discutido si la cesión puede no ser total, es decir, si cabe la posibilidad de que la sociedad cedente conserve en su poder algún elemento del activo pese a la cesión. Rechazan esta posibilidad Álvarez Royo-Villanova y González-Meneses[42], para quienes la cesión de la totalidad del patrimonio empresarial es condición *sine qua non* de esta operación, tal y como está configurada en la Ley de Modificaciones Estructurales, si bien matizan el caso de las entidades de crédito respecto de las cuales la Disposición Adicional Tercera de la LME declara aplicable el régimen de la cesión global en aquellos casos en que la operación entre ellas «*consista en el traspaso por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio … que formen una unidad económica*…».

[42] Álvarez Royo-Villanova, Segismundo y González-Meneses, Manuel: obra cit.

2. La contraprestación por la cesión, que puede consistir en toda clase de bienes, con excepción de las acciones o participaciones de la cesionaria. Ahora bien, se plantean diversos interrogantes:

   — ¿Caben las contraprestaciones no dinerarias? A tenor del ya citado último inciso del artículo 81.2 LME, parece que esta posibilidad debe rechazarse sin el consentimiento individualizado de los socios afectados. No en vano la regla general en sede de liquidación es el pago de la cuota de liquidación en dinero, ex art. 393.1 LSC. Otra cosa es que se trate de una cesión de las que hemos llamado no extintivas o sin finalidad liquidatoria, en cuyo caso la subsistencia de la sociedad cedente justificaría una mayor flexibilidad en cuanto a la forma de pago de la contraprestación, dado que la misma iría a pagar a la sociedad y no a los socios.

   — ¿Puede aplazarse el pago de la contraprestación acordada? Nuevamente debemos distinguir:

      a) Si la cesión global es liquidatoria es evidente que se requerirá el consentimiento individualizado de los socios afectados, sin que sea suficiente con el mero acuerdo mayoritario.

      b) Por el contrario, de no producirse la extinción societaria como consecuencia de la escisión, puede defenderse la posibilidad de aplazar el pago de la contraprestación sin necesidad de cumplir más requisitos que los exigidos para la escisión. El problema en este caso lo pueden tener los acreedores de la cedente, puesto que el patrimonio que hasta la fecha garantizaba el pago de sus créditos va a ser traspasado como consecuencia de la cesión a la sociedad que se convierte en deudora de la sociedad frente a la que los acreedores ostentaban sus créditos.

      c) ¿Y qué decir de lo que se conoce como «cesión global apalancada»? Nos referimos a aquellos supuestos en que, pese a haberse pagado la contraprestación de la cesión a los socios de la sociedad cedente, dicho pago se ha efectuado por la cesionaria como consecuencia de un previo endeudamiento de la misma con un tercero, en cuyo caso el derecho de los acreedores de la cedente puede verse perjudicado, máxime si la devolución del préstamo o crédito del tercero se garantiza con el propio patrimonio objeto de cesión. Como explican ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES[43], este supuesto no encaja ni en el artículo 150 LSC

[43] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones…» cit. págs. 437 y 438.

que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones o participaciones ni tampoco en el supuesto del artículo 35 LME[44], que se refiere a la fusión.

C) Elementos formales

Desde el punto de vista formal, además del acuerdo de la Junta general de la sociedad cedente, en los términos previstos para la fusión, se exige la elaboración por parte del órgano de administración de la cedente de un proyecto de cesión global y su depósito en el Registro Mercantil, así como la elaboración de un informe justificando detalladamente el proyecto. Tanto el proyecto como el depósito deberán ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores.

En cuanto al contenido del proyecto, a él se refiere el art. 85 LME, que exige las siguientes menciones mínimas:

«*1.ª La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad y los datos de identificación del cesionario o cesionarios.*

2.ª La fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

3.ª La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario.

4.ª La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. Cuando la contraprestación se atribuya a los socios, se especificará el criterio en que se funde el reparto.

5.ª Las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo.»

Ante el silencio de la LME al respecto, cabe plantearse si cabría prescindir del depósito del proyecto de cesión y del informe de los administradores para el caso de que el acuerdo de cesión fuese acordado por unanimidad, por analogía con la previsión del artículo 42 LME para las fusiones. En contra de esta posibilidad hay que aducir que, a diferencia de lo que ocurre en sede de escisión en que existe una remisión general a la normativa de la fusión (art. 73.1 LME), no ocurre lo mismo en sede de cesión global. Sin embargo, parece claro que la ratio es la misma, ¿cómo se explica si no que pueda prescindirse por existir acuerdo unánime del proyecto de fusión si no es porque dicho depósito tiene por finalidad tutelar el interés de los socios? Por tanto, parece innecesario dicho depósito de mediar acuerdo unánime de la sociedad cedente.

---

[44] Este precepto establece una serie de requisitos adicionales en la fusión de dos o más sociedades cuando «*alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonio*».

¿Y qué decir de los socios de la sociedad cesionaria, en su caso? A nuestro juicio, el derecho de información de los mismos no puede considerarse relevante en lo tocante a la cesión global al tratarse de una operación que afectaría únicamente al aspecto patrimonial, que no accionarial de la sociedad cesionaria, tal y como se expuso al analizar qué órgano era el competente para acordar la cesión en la sociedad cesionaria. Es por ello que resulta consecuente que la Ley de Modificaciones Estructurales se refiera a la elaboración del proyecto de cesión y su depósito exclusivamente por parte de los administradores de la sociedad cedente.

Una vez adoptado el acuerdo de cesión, se exige la publicación del mismo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios y dejando constancia del derecho de socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición que corresponde a estos últimos. No obstante, a semejanza de lo que ocurre en sede de fusión, no será necesario cumplir con los requisitos de publicidad si el acuerdo se comunica individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

Finalmente se requiere el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil.

En cuanto a la escritura de cesión global, la misma contendrá, de un lado, la elevación a público del acuerdo de cesión acordado en la Junta general de la cedente y, de otro, el consentimiento de la persona cesionaria o de sus representantes legales, en el supuesto de ser una persona jurídica, en tanto que se formaliza la transmisión del patrimonio del cedente a la cesionaria. Además, en su caso, deberá reflejarse la extinción de la sociedad cedente, lo que conllevará la cancelación de la hoja registral abierta a la misma con motivo de la inscripción registral de la cesión.

Y en cuanto a la inscripción registral, a tenor del artículo 89.2 LME: «*La eficacia de la cesión global se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente*». Ahora bien, aunque a tenor del precepto citado pueda defenderse que la inscripción es constitutiva, al menos en cuanto a la eficacia *erga omnes* se refiere, no parece existir obstáculo en fijar una fecha anterior a la inscripción en que la cesionaria, a efectos contables, se haga cargo del patrimonio del cedente, por analogía con los supuestos de fusión. De hecho, a este respecto, habrá que estar a lo previsto en el Plan General de Contabilidad.

Finalmente, en cuanto a los requisitos formales de la cesión global, lo más chocante, tal y como han puesto de manifiesto ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y

GONZÁLEZ-MENESES[45], es que en ningún caso se exija un balance de la sociedad cedente, ni tampoco, tratándose de una sociedad anónima, se exija un informe de experto independiente sobre el proyecto de escisión global, a semejanza de lo que ocurre en sede de fusión, ya que:

— En cuanto a los administradores de la sociedad cesionaria, es indudable que, aunque la regulación de la cesión global no exija semejante documentación, una mínima diligencia a la hora de valorar la conveniencia de la cesión les debe haber llevado a solicitar numerosa información de la sociedad cedente, incluido un balance y posiblemente la elaboración de una *due diligence*, aspecto este sobre el que volveremos en el último epígrafe de este capítulo.

— En cuanto a los acreedores de la cedente y cesionaria, podría entenderse que sus derechos quedan suficientemente salvaguardados con el derecho de oposición que les reconoce la LME, sin perjuicio de la utilidad evidente de un balance, máxime si está auditado o existe informe de expertos independientes.

— Y en cuanto a los socios de la cedente, carece de sentido prescindir del balance cuando como bien dicen los autores citados: «la cuestión clave, desde el punto de vista de los socios de una compañía que cede en globo todo su activo y pasivo, es el problema de la valoración del patrimonio cedido, es decir, el problema de la fijación de la contraprestación que debe satisfacer el cesionario y que recibirá la sociedad cedente o directamente los socios de la misma como cuota de liquidación»[46]. De hecho, nuevamente resulta incongruente que en el supuesto del artículo 53 LME, para el caso de que una de las sociedades implicadas sea una sociedad anónima, sí que resulte exigible el balance de las mismas, auditado en su caso.

D) Eficacia de la cesión global

El principal efecto tanto de la cesión global como del resto de modificaciones estructurales es la sucesión universal de la sociedad. ¿Cuál es la razón de ser de la sucesión universal? Sin duda, el principio de conservación de la empresa, que responde a un interés colectivo y que facilita la transmisión empresarial con importantes ventajas frente a otras fórmulas de transmisión:

---

[45] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones…» cit., págs. 440 y 441.

[46] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: obra cit. *supra,* pág. 441.

a) Respecto al activo, desde el punto de vista jurídico, no hay que acudir a la ley circulatoria de cada bien y con un solo título se consigue el cambio de titularidad de todos los bienes y derechos. Así, en el ámbito de los contratos y los créditos se produce el efecto subrogatorio sin necesidad de consentimiento de la contraparte o notificación al acreedor, respectivamente. En consecuencia, el cesionario no es tercero del 34 LH.

b) Respecto al pasivo, no se exige el consentimiento individualizado de los acreedores que prescribe el art. 1205 CC, si bien la tutela de los mismos, como hemos visto, viene dada de la mano del derecho de oposición reconocido a los mismos.

A mayor abundamiento, desde una perspectiva económica, no hay que olvidar que el valor de la empresa en su conjunto siempre es superior a la mera suma de sus elementos, ya que incluye elementos intangibles, como el fondo de comercio.

En cuanto al régimen de impugnación, el artículo 90 LME se remite al artículo 47 LME, que contempla el mismo en sede de fusión y que imposibilita la impugnación una vez inscrita la operación de haberse cumplido con los requisitos legales, sin perjuicio del posible resarcimiento de los daños y perjuicios causados, remisión que a juicio de ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y GONZÁLEZ-MENESES resulta discutible, habida cuenta de que la cesión global no sólo presenta una faceta corporativa, sino también un aspecto puramente contractual[47].

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad solidaria de los cesionarios, nos remitimos a lo expuesto en el subepígrafe relativo a los elementos personales de la cesión global.

2.5. La aportación de empresa o rama de actividad: ¿una modificación estructural?

La aportación de una empresa o de una rama empresarial a una sociedad apenas goza de regulación en nuestro ordenamiento. Por un lado, el artículo 66 de la Ley de Sociedades de Capital se limita a señalar: «*1. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. 2. También procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial*». Por su parte, el artículo 133.1, párrafo segundo, del Regla-

[47] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones…» cit., págs. 442 y 443.

mento del Registro Mercantil dispone que: «*Si se tratase de la aportación de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, se describirán en la escritura los bienes y derechos registrales y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. Los restantes bienes podrán relacionarse en inventario, que se incorporará a la escritura*». Por otro lado, desde una perspectiva fiscal, el artículo 76.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al regular el régimen de neutralidad fiscal que resulta de aplicación a «*las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social…*», dispone que: «*Tendrá la consideración de aportación no dineraria de rama de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente*», añadiendo en el artículo 87.2 que: «*El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará también a las aportaciones de ramas de actividad, efectuadas por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean residentes en Estados miembros de la Unión Europea, siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio o legislación equivalente*».

Con anterioridad a la LME, un sector doctrinal defendía la posible aplicación analógica de las normas de la escisión a la aportación de rama de actividad para conseguir la adecuada tutela de acreedores, socios y trabajadores. Esta posición dio lugar a las resoluciones de la DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, en las que, tras analizar la figura de la aportación de rama de actividad y la posible aplicación a la misma de los efectos de la sucesión universal por la vía de la aplicación analógica de la normativa de la escisión, el Centro Directivo rechazó dicha posibilidad en base a «*el carácter excepcional que este sistema de transmisión de patrimonios tiene en nuestra legislación, en la que tan solo se reconoce en los casos de fusión y escisión*» y a «*la falta de una normativa que expresamente establezca esa solución para la transmisión* inter vivos *de los conjuntos empresariales integrados por un complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas*». En esta misma línea se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de marzo de 1987 al rechazar la aplicación por analogía del régimen de sucesión universal recogido en el entonces vigente artículo 142 LSA, relativo a la fusión a una aportación de rama de actividad.

No obstante, en relación con esta cuestión, resulta interesante traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006, en la que, cambiando lo que fuera su criterio tradicional, el Alto Tribunal resuelvió en favor de la posible atribución de responsabilidad por el cumplimiento de obligaciones no asumidas expresamente por la sociedad beneficiaria de una rama de actividad constitutiva de una unidad funcional, como consecuencia de lo que hoy conocemos como segregación, pero que en ese momento bien podía calificarse de escisión impropia o simplemente de aportación de rama de actividad, que es como fue enfocada la

operación. Ahora bien, es importante matizar que la sentencia citada, al abogar por reconocer los efectos propios de la sucesión universal, no lo hizo por entender aplicables las normas de la escisión parcial, sino acudiendo a la doctrina del fraude de ley, por entender que desde el momento en que toda la operación había quedado supeditada a la obtención de los beneficios fiscales reconocidos entonces por la vigente Ley 76/1980 a la escisión parcial sin cumplir los requisitos propios de ésta, correspondía reconocer necesariamente la sucesión universal que lleva aparejada toda escisión.

Por su parte, no faltaron autores que defendieron que, aunque no cupiera aplicar las normas de la escisión por analogía, esto no era obstáculo para crear una figura autónoma, de manera que a través de la aplicación de las normas de la escisión se pudieran conseguir los efectos predicables de la misma. En esta línea, ALONSO LEDESMA[48], tras argumentar que escisión parcial, segregación y aportación de rama de actividad coincidían en cuanto a la función económica que desempeñan; y que en la escisión parcial era discutible que pudiera hablarse *stricto sensu* de una transmisión a título universal habida cuenta del régimen de responsabilidades que estableciera el artículo 259 LSA, cuestión para cuyo estudio nos remitimos a lo ya señalado en sede de escisión parcial; defendió la posibilidad de aplicar analógicamente determinadas normas de las escisiones a algunas operaciones, aportaciones de ramas de actividad, fundamentalmente en lo relativo a la competencia orgánica para decidir la operación, y aun excluyendo el controvertido efecto de la sucesión universal.

¿Y qué ocurre al amparo de la vigente Ley de Modificaciones Estructurales? La entrada en vigor de la misma y la tipificación de la segregación como una modalidad de escisión parcial ha resuelto sin duda la problemática de las operaciones de filialización en el sentido de que, acudiendo a la figura de la segregación y cumpliendo los requisitos de la misma, se puede crear una sociedad filial o traspasar a ésta una determinada rama de actividad con los efectos propios de la sucesión universal.

No obstante, aunque la LME ha resuelto muchas dudas, ha suscitado otras. En concreto, en relación con las aportaciones de empresa, el problema en la actualidad radica en dilucidar si es posible llevar a cabo una aportación de rama de actividad como aportación no dineraria o si, por el contrario, cualquier operación que quiera realizarse de transmisión de una rama de actividad a una filial preexistente o de nueva creación deberá necesariamente cumplir con los requisitos de la escisión.

---

[48] ALONSO LEDESMA, Carmen: «Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, págs. 4927 a 4962.

A favor de la aplicación de las normas de la escisión, se ha defendido que la trascendencia económica de la aportación de una rama de actividad justifica que entren en juego las garantías y requisitos regulados en sede de escisión para la adecuada protección de los socios, acreedores y otros posibles terceros afectados como los trabajadores. En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS señaló que «la aportación de rama de actividad, en cuanto que es una «unidad económica», es segregación y la segregación es una modalidad de escisión, que tiene que ajustarse en todo caso al procedimiento de escisión, sean cuales sean la características de la unidad económica que se segrega y se aporta a la sociedad beneficiaria»[49].

Por el contrario, a favor de entender que la aportación de rama de actividad es una operación que sigue gozando de autonomía se han pronunciado autores como ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA[50] o CONDE TEJÓN[51] sobre la base de diversos argumentos:

— La literalidad del artículo 71 LME, según el cual sólo será segregación «*el traspaso en bloque por sucesión universal*», por lo que en otro caso será mera aportación.

— Desde un punto de vista sistemático, la comparación entre el artículo anteriormente citado y el artículo 72 LME, relativo a la constitución de una sociedad de nueva creación mediante la transmisión a la misma en bloque del patrimonio de otra sociedad, la cual recibe todas las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria, en cuyo caso «*se aplicarán, en cuanto procedan, las normas de la escisión*». Como señala ALVAREZ ROYO-VILLANOVA[52]: «si el legislador hubiera querido que cuando una unidad económica se aporta a otra sociedad se considerara siempre escisión, o lo hubiera incluido como una modalidad en el art. 72 ya examinado, o lo hubiera especificado en un artículo propio».

— Desde un punto de vista teleológico, es importante tener en cuenta, como señala ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA[53], que la finalidad de la Ley de Modificaciones Estructurales es aumentar el número de instrumentos para la reorganización empresarial, por lo que «el art. 71 pretende añadir una posibilidad sin intentar absorber otras aportaciones…».

---

[49] RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «Escisión parcial, Segregación y aportación de rama de actividad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo L, curso 2009/2010, pág. 459.

[50] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «*La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación de la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales*», *La Ley*, Sección Doctrina, 1 de octubre de 2009, La Ley.

[51] CONDE TEJÓN, Antonio: «Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la solución universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo», *Revista de Sociedades*, núm. 35/2010, Aranzadi.

[52] ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: obra cit. supra.

[53] ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «*La aportación…»* cit.

— Finalmente, resta analizar si la adecuada protección de los intereses en juego justifica la aplicación de la normativa de la segregación a las aportaciones de rama de actividad:

a) En cuanto a los socios, si se trata de los socios de la sociedad a la que se aporta la rama de actividad, puede entenderse que sus intereses quedan suficientemente protegidos, dado que se requiere acuerdo de la Junta, al igual que en caso de escisión. En todo caso será necesario el informe de los administradores y para el caso de que la sociedad cesionaria sea una sociedad anónima, se requerirá informe de expertos independientes, al igual que en los supuestos de escisión.

El problema viene dado por los socios de la sociedad aportante, dado que tradicionalmente era exigible únicamente acuerdo o decisión del órgano de administración, si bien la doctrina venía defendiendo la necesidad de acuerdo de la Junta general en determinados supuestos, sobre todo en aquellos supuestos en que la aportación suponga *de facto* un cambio de objeto social.

Ahora bien, no es menos cierto que una operación de filialización como la que nos ocupa en el caso de aportación de una rama de actividad a una sociedad donde los socios de la aportante no pierden el control de la filial, no parece que justifique en todo caso un acuerdo de Junta general de la aportante, porque la misma no se está desprendiendo de ningún activo, sino que seguirá gestionando la rama de actividad a través de la filial.

En cualquier caso, el posible riesgo de desprotección de los socios de la aportante de no exigirse más que acuerdo del órgano de administración se ha minimizado desde la entrada en vigor del nuevo artículo 160 f LSC, a cuyo tenor: *«Es competencia de la Junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado».* Y es que lo razonable es defender que una rama de actividad constituye un activo esencial, salvo que su valor fuera tan ínfimo y de tan escasa trascendencia dentro del conjunto de la sociedad aportante que se pudiese descartar esta calificación. Como ha señalado ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «si esta aportación (en referencia a la aportación de rama de actividad) sólo fuera posible sometiéndose a la LME, no sería necesario que se exigiera el acuerdo (de la Junta general)», resultando necesario dicho acuerdo inclusive en caso de aportación de actividades esenciales a

entidades totalmente dependientes, pues, de lo contrario, «la referencia a la aportación del artículo 160 f) LSC sería superflua: si el legislador añade ese término es porque en el caso de que la sociedad controle mayoritariamente o totalmente la beneficiaria de la misma podría dudarse si existe enajenación».[54]

Sea como fuere, de defenderse la necesidad de acuerdo de Junta, también se puede discutir si una operación de reestructuración dirigida a la creación de una filial implica desde el punto de vista de la sociedad dominante o *holding* (sociedad segregada en el caso de segregación o aportante en el caso de aportación de rama de actividad), en tanto que modificación sustancial de su objeto social que pasa a desarrollarse a través de la filial, el reconocimiento de un derecho de separación de los accionistas o socios minoritarios ex artículo 346.1 a) LSC.

En esta línea, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de marzo de 2011, se ha mostrado favorable al reconocimiento de un derecho de separación por entender que *«la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante supone una sustitución de la actividad de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la «sustitución del objeto» con alteración de las bases determinantes en su momento de la "affectio societatis"».* ¿Y en qué consiste esta alteración? Básicamente en que al pasar a desarrollarse la actividad a través de la sociedad dominada, los socios de la dominante pierden la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados en aquélla por carecer de la condición de socio en la misma y esta circunstancia puede implicar una alteración de las reglas del juego que fueron determinantes para la adquisición de la condición de socio en el momento inicial.

No obstante, en contra puede argumentarse que no toda creación de un grupo de sociedades mediante la filialización ha de afectar necesariamente a la sustancia del negocio, ya que en todo momento la filial estará bajo el control y supervisión de la sociedad matriz. En este sentido, distingue Álvarez Royo-Villanova según que la sociedad aportante sea socia única o dominante de la beneficiaria o, por el contrario, pase a participar con otros socios sin tener el control, en cuyo caso existiría claramente una sustitución del objeto social, lo que abriría la puerta sin duda al derecho de separación.

---

[54] Álvarez Royo-Villanova, Segismundo: «Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC», *Notario del siglo xxi,* núm. 67 (mayo-junio 2016), págs. 130-133.

b) En cuanto a los acreedores, si se trata de los de la sociedad aportante, a diferencia del régimen de escisión parcial o segregación donde se yuxtaponen dos sistemas de tutela de acreedores (el derecho de oposición y el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el art. 380 LME a que se ha hecho referencia), la protección del crédito en los supuestos de aportación de empresa o rama de actividad viene por la exigencia del consentimiento de los acreedores a la cesión, sea expreso o tácito, de manera que en la práctica la sociedad aportante solo quedará liberada cuando el acreedor, confiando en la solvencia de la sociedad adquirente, libere al antiguo deudor.

   Por el contrario, en cuanto a los acreedores de la sociedad adquirente de la rama de actividad, mediante su aportación no dineraria, carecen de mecanismos de tutela alguno, ya que en principio el valor patrimonial de la sociedad se habrá incrementado, aunque lo cierto es que existe el riesgo de que los acreedores de la aportante intenten hacer efectivos sus créditos contra todo el activo de la sociedad adquirente.

c) En cuanto a los trabajadores, su protección vendría dada por el artículo 44 ET.

d) Y en cuanto a los contratantes, no les afectará la aportación, salvo que presten su consentimiento.

   Por todo lo anterior, autores como CONDE TEJÓN han defendido que mientras que la segregación resulta apropiada para la transmisión de bloques patrimoniales complejos, pues será casi imprescindible la sucesión universal con los inconvenientes procedimentales de este tipo de operaciones, para la transmisión de bloques patrimoniales más sencillos resulta más adecuada la aportación de rama de actividad al no requerirse la sucesión universal y ser los trámites de la operación más sencillos[55].

2.6. La fiscalidad de estas operaciones: el régimen de neutralidad fiscal

Tanto en el ámbito comunitario como en nuestro ordenamiento existe una preocupación desde hace ya unos años por evitar que un régimen fiscal excesivamente gravoso pueda en la práctica impedir la venta de empresas en funcionamiento con la finalidad de dotar de mayor competitividad al mercado interior y de

[55] CONDE TEJÓN, Antonio: «Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la solución universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo», *Revista de Sociedades*, núm. 35/2010, Aranzadi, pág. 26.

favorecer el tráfico empresarial. De hecho, en nuestro ordenamiento, podemos encontrar como antecedente un Decreto-Ley de 1967 que contempló diversas bonificaciones y exenciones en supuestos de concentración empresarial y reestructuración.

En la actualidad, un ejemplo de esta preocupación es la no sujeción al Impuesto del Valor Añadido de las operaciones de transmisión de empresas que cumplan determinados requisitos, vigente en nuestro ordenamiento a raíz de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, a que nos hemos referido en el epígrafe 1.6, al que nos remitimos.

Por otro lado, frente a la tendencia tradicional de introducir bonificaciones o exenciones en supuestos de reestructuración empresarial, en la actualidad nuestra normativa ha introducido mecanismos de neutralidad fiscal para este tipo de operaciones, de manera que la tributación por las posibles ganancias o rentas generadas quede postergada y no imposibilite la reorganización de las empresas.

En esta línea, el capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto de Sociedades acoge el régimen de neutralidad fiscal para las operaciones de reestructuración empresarial con la finalidad de que la fiscalidad no sea una traba en este tipo de operaciones. De esta forma, de cumplirse con los requisitos preceptuados en estos artículos, los efectos que se producen a efectos impositivos son:

— No han de integrarse en la base imponible del Impuesto de Sociedades las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de las transmisiones efectuadas por entidades residentes como consecuencia de este tipo de operaciones.

— Tampoco habrán de integrarse en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

— El artículo 45.1.B.10 del TR de la Ley del ITPAJD, que se remite al artículo 19.2 1.º, que declara no sujetas a la modalidad de Operaciones Societarias a las «*operaciones de reestructuración*» (concepto que define el art. 21 remitiéndose a las «*operaciones fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores*» que son objeto del régimen de neutralidad fiscal), establece así mismo la exención en el Impuesto de ITPAJD en sus tres modalidades para este tipo de operaciones.

— En cuanto al IVA, nos remitimos a los señalado en el epígrafe II.1.6 de este capítulo.

— En cuanto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana, La Disposición Adicional Segunda de la Ley del Impuesto sobre Sociedades dispone lo siguiente en sus dos primeros párrafos:

«*No se devengará el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad.*

En la posterior transmisión de los mencionados terrenos se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VII del Título VII.»

Estamos, por tanto, ante un régimen de neutralidad impositiva de carácter potestativo para los sujetos afectos y que produce el diferimiento de los impuestos que se habrían aplicado en caso contrario, para cuya efectividad se exige únicamente el cumplimiento de unos sencillos trámites administrativos.

¿A qué operaciones resulta de aplicación este régimen de neutralidad fiscal?

i. En primer lugar, a las fusiones[56], si bien no existe plena coincidencia entre la definición que nos ofrece la Ley de Modificaciones Estructurales de las fusiones y la que recoge la legislación fiscal. En particular, resulta reseñable que la norma fiscal exija una atribución a los socios de valores representativos del capital social de la absorbente, salvo que la transmisión se produzca en favor de la entidad titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social, mientras que la normativa aplicable a esta clase de modificaciones estructurales permite que las mismas puedan llevarse a cabo en determinados supuestos sin necesidad de la correspondiente ampliación de capital.

---

[56] A las que el art. 76 Ley del Impuesto sobre Sociedades define como la operación por la cual:

«*a) Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.*

b) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.»

Existen, por tanto, una serie de supuestos que quedan fuera de la literalidad del aludido artículo 76 LIS y a los que puede resultar discutible la aplicación del régimen de neutralidad fiscal:

— Un ejemplo, el de la fusión de sociedades íntegramente participadas de forma directa por un mismo socio en que no tiene lugar una ampliación de capital en la sociedad absorbente. En estos supuestos, ya antes de la entrada en vigor de la LME, la doctrina defendía la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la fusión entre participadas por una misma entidad como fusión simplificada, sobre la base no sólo de tratarse de una fusión, sino porque, tal y como señalara la DGT, en la consulta V0174-08: «la aplicación del régimen fiscal especial exige que los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión pasen a ser socios de la sociedad absorbente ... al establecer la necesidad de atribuir a los socios de la sociedad absorbida valores representativos del capital de la sociedad absorbente. No obstante, en este caso particular en donde la sociedad absorbida y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos… En efecto, aun cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio de ambas entidades, la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial». Por el contrario, la DGT no se ha mostrado tan proclive a entender de aplicación del régimen de neutralidad fiscal tratándose de sociedades participadas por las mismas personas físicas. Y lo mismo cabe señalar tratándose de la fusión de sociedades íntegramente participadas de forma indirecta por un mismo socio.

— ¿Y qué decir de las fusiones inversas? Al respecto, la DGT ha defendido que el TRLIS no distingue según que los valores atribuidos a los socios de la entidad disuelta procedan de una ampliación de capital de la sociedad adquirente o bien de acciones propias que esta última recibiera como consecuencia de la operación de fusión, como ocurre en los supuestos de fusión inversa.

ii. En segundo lugar, a las escisiones[57]. Lo más importante a tener en cuenta en relación con las misma es que, según una reiterada doctrina de la DGT, el concepto fiscal de rama de actividad es más exigente que el mercantil de unidad económica autónoma. En este sentido, señala el artículo 76.4 LIS lo siguiente: «*Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios*».

iii. En tercer lugar, a las aportaciones no dinerarias a entidades residentes en España, siempre que el aportante, una vez hecha la aportación, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por ciento. Tratándose de la aportación de acciones o participaciones sociales será necesario además:

— Que a la entidad de cuyo capital social sean representativos no le sea de aplicación el régimen especial de agrupaciones de interés econó-

[57] Definidas en el artículo 76.2. LIS como aquellas operaciones por las cuales:

«*a) Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.*

b) Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, o bien participaciones en el capital de otras entidades que le confieran la mayoría del capital social de éstas, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior.

c) Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en éstas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a) anterior.

2.º En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad.»

mico y de uniones temporales de empresas, ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

— Que representen una participación de, al menos, un 5 por ciento de los fondos propios de la entidad.

— Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación.

iv. En cuarto lugar, a las aportaciones de rama de actividad.

v. Y finalmente, al canje de valores, definido en el artículo 76.5 LIS como «*la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad*.»

vi. ¿Y qué decir de la cesión global del activo y pasivo? La regulación vigente de esta figura, tal y como se ha estudiado en el epígrafe II.2.4. de este capítulo, exige que, a cambio de la cesión del patrimonio, se entregue «*una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario*» y, por tanto, no encaja en los supuestos en que se reconoce el régimen de neutralidad fiscal a que hemos hecho alusión. Sin embargo, dado lo útil que puede resultar esta figura para la transmisión *inter vivos* de las empresas, según lo expuesto en el epígrafe 2.4. anterior, es una pena que el legislador no haya incluido esta figura entre las merecedoras de neutralidad fiscal para incentivar su uso.

Finalmente, es importante destacar que para que pueda uno acogerse al régimen de neutralidad fiscal es imprescindible que la finalidad de la operación sean unos motivos económicos válidos. En este sentido reza el art. 89.2 LIS: «*No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal*». Sin entrar a analizar la diversa casuística que han

planteado numerosas consultas a la Dirección General Tributaria destacaremos solo dos ideas por su interés en el ámbito de la empresa familiar:

1. La DGT ha señalado que no puede considerarse un motivo económico válido la mera restructuración accionarial en el ámbito familiar. En este sentido, destacar la consulta V0029-04, en la que se plantea si las consultantes, que son dos sociedades limitadas que pertenecen cada una de ellas a dos grupos familiares de socios, y que pretenden escindirse totalmente de manera que el patrimonio de cada una de ellas sea transmitido a cada una de las sociedades beneficiarias de la escisión, de tal forma que cada una de éstas quede participada exclusivamente por socios de un único grupo familiar, podría acogerse al régimen de neutralidad fiscal. Al respecto, la DGT entendió que «La consultante señala que los motivos para llevar a cabo la operación de escisión son las diferencias insalvables entre los grupos familiares sobre los proyectos, la gestión, etc., que hacen imposible el funcionamiento de las participadas y de sus órganos sociales. No parece que la existencia de criterios de gestión divergentes en los socios de una entidad justifiquen por sí mismos la aplicación del régimen fiscal especial a una operación de reestructuración empresarial que más bien supone una reestructuración accionarial, ya que lo que se persigue en este supuesto es que cada grupo familiar administre de forma independiente un patrimonio empresarial más que lograr adecuados objetivos económicos en términos de productividad, eficacia, rentabilidad, exigencias del mercado, etc., es decir, una reestructuración societaria en vez de una simple reestructuración accionarial. En definitiva, en la escisión planteada no concurren los requisitos para que le resulte de aplicación el régimen especial objeto de análisis».

2. Por el contrario, la DGT sí que viene admitiendo la neutralidad fiscal para facilitar la continuidad de la empresa familiar ordenando la sucesión de la misma mediante una reestructuración empresarial. En esta línea:

   — En la consulta V2535-16, la DGT estableció que: «en la consulta se indica que las operaciones proyectadas se pretenden realizar con la finalidad de reforzar su solvencia, mejorar su estructura de fondos propios, reducir la cuantía de los gastos financieros y asegurar su supervivencia futura; evitar conflictos entre los hijos, pues mantienen posturas diferentes en la gestión y dirección de la empresa familiar; facilitar la sobrevivencia y continuidad de la empresa familiar; culminar el relevo generacional de padres a hijos y simplificar la futura transmisión a los hijos, bien por herencia o bien por donación, de las participaciones de las nuevas sociedades

resultantes. Estos motivos pueden considerarse válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS.

No obstante, en el escrito de consulta se contempla la posibilidad de una futura transmisión a los hijos, por donación, de las participaciones de las nuevas sociedades resultantes.

Dicha transmisión puede tener influencia en la determinación del propósito inicial de las operaciones de reestructuración planteadas, dado que dichas operaciones podrían entenderse como un instrumento, no tanto para reorganizar las actividades empresariales de las sociedades intervinientes, sino más bien una operación que facilitaría la separación de uno o dos de los socios respecto de los negocios. Por tanto, si el motivo principal de la operación consiste en donar determinados elementos patrimoniales a los socios, con una fiscalidad más ventajosa que la que hubiera existido con carácter previo a las operaciones de reestructuración, ello llevaría a negar la existencia de un motivo económico válido de las operaciones de reestructuración planteadas en el escrito de consulta…».

— Por su parte, en la Consulta V1836-17, la DGT ha dispuesto la siguiente: «La reestructuración planteada tiene como finalidad:

• Con la fusión de las entidades B y C se permitiría unir en una única sociedad todos los establecimientos hosteleros de manera que, con la escisión posterior de A se podría separar los establecimientos hosteleros en función de las características y planes estratégicos, y a su vez, se conseguiría separar los riesgos empresariales asociados a los distintos activos.

  En este sentido se organizaría de forma racional la estructura societaria y, en consecuencia, el grupo dispondrá de mayor flexibilidad al plantearse estrategias empresariales, se facilitaría la toma de decisiones de inversión según la línea estratégica seguida para cada hotel y se facilitaría a su vez los proyectos de inversión y posibles alianzas con terceros en un futuro.

  Asimismo, habida cuenta de la existencia de criterios de gestión diferenciados entre los sucesores del socio x y en el marco de su planificación sucesoria, se facilitaría la supervivencia y continuidad del grupo empresarial, dado que se evitaría posibles conflictos entre los herederos en lo que respecta a la gestión y dirección de la empresa familiar.

- En cuanto a la eventual escisión de la entidad A, ésta permitiría una sucesión ordenada de los herederos del socio mayoritario y un alineamiento de la estructura del grupo con la voluntad testamentaria del socio x, en el sentido de que los herederos recibirían en herencia las participaciones de alguna de las sociedades resultantes de la escisión de la sociedad A, que detentaría acciones de una o más de las sociedades resultantes de la escisión de la entidad B. De este modo, el socio x dejaría a sus herederos un patrimonio empresarial ya dividido, que podrán gestionar individualmente o conjuntamente con aquellos herederos que compartan similares criterios empresariales.

  Dichos motivos pueden considerarse económicamente válidos a los efectos de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS».

III. LA EMPRESA COMO OBJETO DE LA TRANSMISIÓN *INTER VIVOS*

Mientras que la transmisión empresarial vía modificaciones estructurales lleva aparejada la sucesión universal, lo que implica toda una serie de mecanismos de garantía para terceros, cuando lo que procede es la transmisión de una empresa a un tercero ajeno a la misma, lo más habitual es que se articule a través de la compraventa de la totalidad de sus acciones o participaciones sociales de la sociedad titular de la empresa. Y en estos casos cabe plantearse qué sentido tiene que, junto que con los requisitos propios de toda compraventa de esta índole, se incorporen toda una serie de manifestaciones y de garantías por parte de la vendedora.

Para analizar esta cuestión, lo primero que hay que analizar es cuál es el objeto de una compraventa de la totalidad de acciones o participaciones sociales de una sociedad.

A primera vista parece claro que el objeto es la sociedad que se transmite como sujeto de derecho que desarrolla una determinada actividad empresarial con todo su patrimonio.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que de forma indirecta lo que se transmite es una empresa en funcionamiento. En este sentido resulta clarificadora la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009[58] en relación con un contrato de compraventa de acciones de una sociedad propietaria de inmueble en que se desarrollaba una actividad hotelera: «salvo los casos excepcionales en

[58] STS de 21 de diciembre de 2009 (núm. 852/2009, recurso 1694/2005)

que el móvil se integra en la función objetiva del negocio jurídico, caso del móvil causalizado, el móvil subjetivo es intrascendente para el derecho ... En este caso, simplemente se celebró un contrato de compraventa de todas las acciones de una sociedad y simplemente se indicó que se compraba para la finalidad de explotar un hotel, pero no se compró éste, sino la sociedad propietaria del hotel».

A raíz de esta doctrina, como señala SÁNCHEZ MONTERO[59], resulta necesario en la práctica definir contractualmente los límites de la cosa que constituye el objeto de la compra: el negocio en funcionamiento que desarrolla la sociedad cuyas acciones o participaciones adquiere, de manera que quede constancia de que la voluntad de adquirir el negocio es parte consustancial a la propia causa del contrato.

1. La regulación de la venta de empresa en nuestro ordenamiento

Como ha señalado CUTILLAS TORNS, la empresa se manifiesta en el tráfico como un bien económico con una estructura extraordinariamente compleja, ya que junto a la parte visible de la organización, integrada por un conglomerado de elementos objetivo-patrimoniales de naturaleza heterogénea, existe un núcleo intangible que es lo que se conoce como «fondo de comercio» o *goodwill*, cuyo valor económico se pone de manifiesto con ocasión de la transmisión de la empresa en el «sobreprecio» que el adquirente paga sobre el valor de los elementos objetivos-patrimoniales integrantes de la organización[60].

Sin embargo, pese a la complejidad que presenta toda compraventa de empresa, resulta llamativa la ausencia de regulación específica de la misma en nuestro ordenamiento. Esto ha llevado a que, de cara a su articulación, tradicionalmente se venga acudiendo a la normativa general de la compraventa, siendo la autonomía de la voluntad la que en la práctica contractual ha cobrado protagonismo mediante la inclusión en los contratos de compraventa de empresa de numerosas manifestaciones y cláusulas tendentes s suplir la laguna legal en la materia.

Solo con el Anteproyecto de Código Mercantil (en lo sucesivo, PCM) se ha pretendido introducir en nuestro ordenamiento una regulación de la transmisión de la empresa, cuyas líneas principales son las siguientes:

— El PCM define la empresa en su art. 131-1 como «*el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o*

[59] SÁNCHEZ MONTERO, Antonio: «La eficacia de las llamadas manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresa», *Derecho de la Empresa y de los Mercados Financieros*, Ramon y Cajal y abogados (AA.VV.), Thomson Reuters, 2017, págs. 118-122.

[60] CUTILLAS TORNS, José María: «La transmisión de la clientela en el Derecho español», *Revista General de Derecho*, núm. 668, mayo 2000, pág. 5624.

prestación de servicios para el mercado», precepto que complementa el art. 131-2.1 PCM a cuyo tenor: «*Integran la empresa los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de dicha actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores*».

— La regulación tiene por objeto tanto la transmisión de la empresa como de la de los establecimientos mercantiles (art. 132-8.1 PCM) definidos como «*los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad*» (art. 131-3 PCM).

— Las normas de la compraventa de empresa también son de aplicación a la aportación no dineraria de la misma (art. 132-8.2 PCM).

— La disciplina legal tiene carácter disponible (art. 132-8.3 PCM).

— Se regulan únicamente las obligaciones del vendedor, aunque quizá, como señala MERCADAL VIDAL[61], hubiera sido interesante recoger en el PCM estipulaciones en materia de pago del precio.

— Se contempla la subrogación automática por el adquirente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial, sin perjuicio de que la otra parte contratante pueda dejar sin efecto la relación contractual durante un mes (art. 132-4 PCM).

— Así mismo, se contempla la cesión automática de los créditos con deber de notificación al deudor, respondiendo el transmitente de la legitimidad de los mismos y, salvo pacto en contrario, de la solvencia del deudor (art. 132-5 PCM).

— En materia de deudas, se contempla la asunción por el adquirente únicamente de todas aquellas deudas resultantes de la documentación contable y empresarial o que hayan sido objeto de pacto, respondiendo solidariamente el vendedor durante tres años desde la oponibilidad a terceros de la transmisión de la empresa o desde el vencimiento de las deudas, en su caso (art. 132-6 PCM).

— Dentro de la regulación de la obligación de entrega de la empresa, lo más destacable es que habrá de efectuarse conforme a lo pactado, de manera que

[61] MERCADAL VIDAL, Francisco: «El contrato de compraventa de empresa», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz* (AA.VV.), Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 476.

será responsable el vendedor de «*toda falta de conformidad existente en el momento de la transmisión, aun cuando se manifieste posteriormente, salvo que el comprador la conociera o no hubiera podido ignorarla en aquel momento*», en cuyo caso se concede el comprador el derecho a optar entre «*una reducción del precio o, si aquélla afectara a elementos esenciales de la empresa, resolver el contrato con indemnización de daños y perjuicios*».

— Se recoge el posible pacto de una obligación de no competencia del vendedor durante dos años.

— De cara a la oponibilidad a terceros, se exige escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

En cuanto a la valoración que merece este proyecto normativo, a pesar de resultar loable la introducción de una regulación de esta materia en nuestro ordenamiento, resulta criticable que se haya realizado de forma tan sumamente genérica y con carácter dispositivo. Habrá que esperar a ver si finalmente este proyecto ve la luz o si el legislador opta por abordar la regulación de esta materia de una manera más prolija, además de introducir el carácter imperativo para determinados aspectos clave, con la finalidad de dar solución a los diversos problemas que suelen plantear este tipo de transmisiones. De esta manera se evitaría tener que recurrir a los modelos contractuales angloamericanos, tal y como ocurre actualmente en la práctica, como veremos.

2. Garantías y responsabilidades en este tipo de transmisiones

En toda venta de empresa que se precie pueden distinguirse dos momentos distintos:

— El previo a la formalización de la compra, en el que lo procedente es que el comprador lleve a cabo un examen detallado de la situación jurídica y financiera de la empresa, lo que se conoce como *due diligence* o auditoría legal. La finalidad de este proceso es que el comprador obtenga la información suficiente para poder decidir si le interesa o no la compra, precio y demás condiciones de la misma.

— El momento de formalización de la compraventa, en el que, como señala GÓMEZ POMAR[62], las cláusulas de manifestaciones y garantías se han introducido en nuestra práctica contractual procedentes de prácticas y

[62] GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas», *Manuel de fusiones y adquisiciones de empresas,* AA.VV.,

modelos contractuales angloamericanos, si bien en nuestro ordenamiento carecen de regulación específica, habiendo sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han estudiado este tipo de clausulado.

2.1. Las due diligence *y los deberes de información del vendedor*

Siempre que se plantea una posible compra de empresa es innegable que la única forma en que el comprador puede valorar de la manera más ajustada a la realidad el objeto de la compraventa es realizando una *due diligence* o auditoría legal. Como ya hemos dicho, ésta consiste en un análisis completo sobre la situación financiera, jurídica y organizativa de la empresa sobre la base de la documentación proporcionada por la parte vendedora.

Ahora bien, las *due diligence* no siempre permiten un acceso completo a toda la información de interés para el comprador, ya sea por falta de exhaustividad en el examen de la empresa por parte del mismo o debido a la mala fe del vendedor al ocultar determinados documentos o información relevante para la parte compradora.

Y de otro lado, las *due diligence* pueden ser un arma de doble filo, pues pueden contribuir a alterar la distribución de riesgos entre comprador y vendedor. Y es que, desde el momento en que el comprador ha podido tener conocimiento de determinadas circunstancias o contingencias negativas es discutible que luego pueda dirigirse al vendedor reclamando la oportuna responsabilidad por mucho que éste último hubiese realizado una serie de manifestaciones o garantías de carácter genérico negando tales contingencias. En esta línea, el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de mayo de 2012, analizó si el hecho de haberse realizado una *due diligence* por el comprador podía servir para limitar la responsabilidad del vendedor aun cuando éste había asumido contractualmente responsabilidad por posibles contingencias En concreto, en el supuesto objeto de la sentencia se había pactado que los actos previos y, en concreto, el *memorándum* y las *due diligence* «carecían de eficacia susceptible de variar el recto significado de lo expresamente manifestado». Es por ello que el Alto Tribunal concluyó que no procedía limitar la responsabilidad del comprador por haberse pactado expresamente. Sin embargo, lo que parece claro es que, no existiendo pactos que articulen claramente la distribución de riesgos entre comprador y vendedor, el hecho de haber averiguado el comprador determinados hechos durante la fase previa a la celebración del contrato de compraventa podría ser determinante a la hora de exonerar de responsabilidad al vendedor. De ahí la importancia que pueden tener las cláusulas de manifestaciones y garantías a que aludiremos a continuación.

SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael (director), JORDANO LUNA, Martín (coordinador), Wolters Kluwer, 2016, págs. 421 y siguientes.

2.2. Manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresa

Al hilo de la proliferación de este tipo de cláusulas conviene preguntarse en primer término, como apuntan GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA[63], si merece la pena su inclusión en los contratos de compraventa de empresa o si estamos sencillamente ante una tendencia a adoptar pautas angloamericanas de forma un tanto irreflexiva.

Para contestar a esta incógnita, los autores citados apuntan las siguientes funciones que están llamadas a cumplir este tipo de cláusulas con carácter general[64]:

— «Completar la información recibida en el proceso de *due diligence*», la cual puede haber sido incompleta o incorrecta.

— Mitigar la asimetría informativa que suele existir entre comprador y vendedor, ya que, por razones obvias, el comprador suele encontrarse en posición de inferioridad.

— «Adaptar el contrato a las preferencias de las partes.»

— Modificar los criterios legales de asignación de riesgos, ya que en nuestro ordenamiento para las compraventas rige con carácter general la regla *periculum est emptoris,* consagrada en el artículo 1452 CC.

A mayor abundamiento, como funciones específicas en Derecho español, añaden las siguientes[65]:

— «Evitar la aplicación del régimen de la anulabilidad por dolo omisivo o reticencia dolosa», el cual, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, exigiría prueba no sólo de un comportamiento negocial omisivo contrario a la buena fe por parte del vendedor, sino también ánimo de engañar o, al menos, conciencia de que la falta de información suministrada podría haber llevado al comprador a no celebrar el contrato o celebrarlo en condiciones distintas. De esta forma, lo que se consigue a través de las cláusulas de manifestaciones y garantías es mejorar la posición del comprador, pues bastará con acreditar la falsedad de algunas de estas manifestaciones para hacer responsable al vendedor de la inexactitud de sus aseveraciones,

---

[63] GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Las manifestaciones y garantías…», cit.

[64] GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Las manifestaciones y garantías…», cit., págs. 427-430.

[65] GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Las manifestaciones y garantías…», cit. págs.. 430-436.

siempre, claro está, que al comprador no le hubiese sido fácil conocer dichas contingencias con facilidad.

— «Evitar las consecuencias de la exigencia de esencialidad en el error», lo cual puede tener especial importancia cuando lo transmitido no es directamente la empresa, sino las acciones o participaciones sociales de una sociedad que desarrolla una actividad empresarial, es decir, cuando la empresa se transmite de forma indirecta, de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

— «Evitar inconvenientes derivados de ciertos extremos del régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos», como son el breve plazo de caducidad de seis meses, la necesidad de probar la mala fe o la limitación de los remedios a disposición del comprador.

— «Evitar el riesgo de las consideraciones basadas en la imprevisibilidad.»

— «Evitar la aplicación de la responsabilidad solo por la totalidad de la compañía o regla de la globalidad» prevista en el art. 1532 CC.

Visto lo anterior, y a falta a día de hoy de regulación normativa de la compraventa de empresa, la introducción de cláusulas de manifestaciones y garantías puede resultar muy útil, no solo para reforzar la posición del comprador, sino de cara a articular diversos remedios ante la falsedad o inexactitud de alguna de estas declaraciones.

2.3. Consecuencias derivadas de la inexactitud o falsedad de las cláusulas de manifestaciones y garantías

En toda transmisión empresarial existen toda una serie de riesgos para el comprador asociados a la asimetría en materia de información sobre la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa que caracteriza este tipo de operaciones, asimetría que se tiende a paliar no solo con las *due diligence* y manifestaciones y garantías prestadas por la parte transmitente a que hemos hecho referencia, sino también con la propia introducción en el contrato de compraventa de clausulas penales o de reajuste del precio o garantías adicionales prestadas por la parte vendedora y establecidas en el propio contratos de compraventa para el caso de que sobrevenidamente se descubra la inexactitud o falsedad de determinadas afirmaciones o estados financieros.

¿Y qué ocurre si en el contrato de compraventa, habiéndose introducido toda una serie de manifestaciones y garantías, no se han previsto mecanismos de rea-

juste o sanción para el caso de inexactitudes o falsedades por parte del vendedor? En tal caso habrá que distinguir, según la naturaleza de la declaración, cuya inexactitud o falsedad pueda haber generado o generar un perjuicio al comprador. En esta línea, GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA[66] señalan lo siguiente:

a) De tratarse de promesas de conducta futura del vendedor o garantías de hechos, resultados o contingencias futuras, el comprador podría exigir el cumplimiento específico de la conducta o comportamiento garantizado, o bien exigir la indemnización correspondiente o, inclusive, en caso de tener un carácter esencial el hecho o conducta futuros garantizados, exigir la resolución contractual.

b) Por el contrario, si se trata de declaraciones sobre hechos o circunstancias pasadas o presentes, y se prueba su falsedad o inexactitud, la jurisprudencia no ha sido uniforme en sus pronunciamientos, optando por reconocer al comprador las acciones propias del incumplimiento contractual o bien simplemente las correspondientes al saneamiento por vicios ocultos, según los casos.

c) Tratándose de declaraciones de ciencia y creencia, el vendedor quedará exonerado de toda responsabilidad si hubiese actuado de forma razonable, diligente y de buena fe. De ahí la importancia de que se hubiese previsto algún mecanismo de reparación en caso de futuras contingencias.

d) Finalmente, en cuanto a las metamanifestaciones, es decir, aquellas que tienen por objeto otras manifestaciones o garantías (por ejemplo, la declaración de que no existen otros pasivos distintos de los puestos de manifiesto con ocasión de las *due diligence*), las mismas pueden servir para presumir la esencialidad del contenido de las manifestaciones o garantías y para modular los riesgos asumidos por el vendedor.

¿Y qué ocurrirá cuando estos mecanismos de resarcimiento previstos contractualmente son inexistentes o insuficientes por aparecer pasivos ocultos, defectos cualitativos o sustantivos en los activos, inexactitudes u omisiones en los balances o, en definitiva, cualquier contingencia que no hubiese sido prevista de forma adecuada en el propio contrato de compraventa? En estos casos habrá que acudir a la normativa general de incumplimiento contractual en nuestro ordenamiento y las acciones de que puede gozar la parte compradora pueden ir desde el saneamiento por vicios ocultos, pasando por acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios causados, a la propia resolución por incumplimiento o anulación por

[66] GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Las manifestaciones y garantías…», cit. págs. 439-444.

error o dolo, mecanismos que nos son puramente satisfactorios por la complejidad que presenta toda compraventa de empresa, tal y como venimos exponiendo. De ahí la conveniencia *de lege ferenda* de que se introduzca una regulación completa de esta materia en nuestro ordenamiento.

Finalmente apuntar que la posible responsabilidad del vendedor podrá venir siempre modulada por los medios de acceso a la información y diligencia desplegada por el comprador a la hora de analizar la empresa de cara a su compa, de manera que un conocimiento por parte del mismo de determinadas contingencias no previstas o inexactitudes respecto de lo declarado por el vendedor no siempre habrá de resultar en una exigencia de responsabilidad a este último, tal y como expusimos al hablar de las *due diligence*.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, Carmen: «Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, págs. 4927 a 4962.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Aportación de rama de actividad y segregación. Viejos y nuevos problemas tras el artículo 160 f LSC», *El Notario del siglo XXI,* núm. 67 (mayo-junio 2016), págs. 130-133.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Capítulo XVII: Las modificaciones estructurales», *Las Sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas*, tomo II, DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2015, Consejo General del Notariado.

BAREA MARTÍNEZ, María Teresa: «Capítulo XV: La transmisión de las acciones y participaciones sociales», dentro de la obra *Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas*, AA.VV. DOMÍNGUEZ MENA, Antonio y MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coordinadores), *Cuadernos de Derecho y Comercio,* número extraordinario 2015, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid.

BLÁZQUEZ CASTILLO, Pedro: «Comentarios al artículo 7.1 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido: la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de las transmisiones del patrimonio empresarial», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 9/2010.

CALVO VÉRGEZ, Juan: «*La no sujeción a IVA de las operaciones de transmisión de la empresa tras la reforma articulada por la Ley 4/2008, de 23 de diciem-*

bre: principales cuestiones», «Revista Española de Derecho Financiero» número 150/2011, Civitas S. A., 2011.

CARBALLO CASADO, Concha: «*El régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de rama de actividad, aportaciones no dinerarias especiales y canje de valores*», *La Notaría* núm. 36, septiembre 2006.

CONDE TEJÓN, Antonio: «Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la solución universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo», *Revista de Sociedades*, núm. 35/2010, Aranzadi.

CUTILLAS TORNS, José María: «La transmisión de la clientela en el Derecho español», *Revista General de Derecho*, núm. 668, mayo 2000.

ESCRIBANO GAMIR, Cristina: «La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, marzo 2011, UCM.

GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas», *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas,* AA.VV., SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael (director), JORDANO LUNA, Martín (coordinador), Wolters Kluwer, 2016.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La transmisión de la empresa a través de distintos contratos (especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2000)», *Revista de Derecho Mercantil* núm. 242, oct.-dic. 2001.

LEÓN SANZ, Francisco: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremos de 12 de enero de 2006. La protección de los acreedores en la aportación de rama de actividad», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, volumen I, IZQUIERDO TOLSADA, Mariano (director), Dykinson, 2008.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: *Transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital en el Registro Mercantil*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de enero de 1993.

MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando: «Las modificaciones estructurales como procedimiento para la transmisión de empresas», *Adquisición de empresas,* CARRASCO PERERA, Ángel y ÁLVAREZ ARJONA, José María (directores), Thomson-Reuters Aranzadi, 4.ª edición, 2013.

MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «Título II: capítulo III (Art. 34)», *Tratado de Sociedades de Capital*, tomo I; PRENDES CARRIL, Pedro; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso y CABANAS TREJO, Ricardo (directores), BALLESTER AZPITARTE, Leticia (coordinadora), Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

PERDICES HUETOS, Antonio: «Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada (observaciones a propósito del derecho proyectado)», *Revista jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1993.

— «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, GARRIDO DE PALMA, V. M. (coordinador general), Bosch, 2005.

— «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones», *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVIL, Josep María (coordinadores), Bosch, 2010.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «Escisión parcial, Segregación y Aportación de rama de actividad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo L, curso 2009/2010.

SÁEZ LACAVE, María Isabel*: La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid, 2001. GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: «La sociedad en formación y la sociedad irregular», *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI: Mercantil, vol. 2.º, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (coordinadora), Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, Madrid.

SÁEZ LACAVE, María Isabel y BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad», *Revista para el Análisis del Derecho,* Indret, Barcelona, enero 2007.

SÁNCHEZ MONTERO, Antonio: «La eficacia de las llamadas manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresa», *Derecho de la Empresa y de los Mercados Financieros*, Ramón y Cajal y abogados (AA.VV.), Thomson Reuters.

(Trabajo recibido el 30/11/2017
y aceptado para su publicación el 15/12/2017

CAPÍTULO XI: LA IMPORTANCIA DEL TÍTULO SUCESORIO PARA LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR

IGNACIO MARTÍNEZ-GIL VICH
Notario de Madrid

RESUMEN

La sucesión ordenada y eficiente de la empresa familiar en aras a procurar su continuidad y conservación es un objetivo de política económica que requiere de una planificación detallada, en la que concurren normas sucesorias, estatutarias, económico-matrimoniales, fiscales, etc. En sede sucesoria, en derecho común, el objetivo se ve dificultado por la prohibición del testamento mancomunado y de los pactos sucesorios y por la intangibilidad cualitativa de la legítima, si bien en los últimos años se han introducido mecanismos que introducen una cierta flexibilidad. El panorama en los derechos civiles forales es más halagüeño, pues cuentan con instituciones de sucesión contractual que pueden ser útiles para la mencionada continuidad y conservación de la empresa familiar.

Palabras clave: sucesión, empresa familiar, testamento, sucesión contractual, conservación.

CHAPTER XI: THE IMPORTANCE OF SUCCESSIONAL TITLE FOR THE CONTINUITY OF FAMILY-OWNED BUSINESSES

IGNACIO MARTÍNEZ-GIL VICH
Notary Public in Madrid

ABSTRACT

An orderly and efficient succession in a family business with a view to ensuring its continuity and maintenance is an economic policy goal requiring detailed planning and involving the regulations on succession, articles of association, financial arrangements between spouses, tax matters, etc. In ordinary law, when a succession arises, the goal is hindered by the prohibition of a joint last will and testament and also by agreements with

respect to succession and the qualitative impossibility of touching testamentary entitlements, although certain mechanisms have been introduced in recent years to provide some flexibility. The panorama with respect to civil law rights in regions with special privileges is more promising as these have certain institutions in place for contractual succession that may be useful for the aforesaid continuity and maintenance of the family-owned business.

Keywords: succession, family-owned business, last will and testament, contractual succession, continuity.

SUMARIO: I.—Planteamiento. II.—Conexión con el Régimen Económico Matrimonial. III.—La continuidad de la empresa. IV.—Fórmulas sucesorias para procurar la conservacion de la empresa. 1.—La mejora en cosa determinada. 2.—El legado de cosa específica y determinada. 3.—El pago en metálico de la legítima de los artículos 841 y siguientes del Código civil. 4.—La fiducia sucesoria del artículo 821 del Código civil. 5.—Análisis especial del artículo 1056.2 del Código civil. 6.—El usufructo universal. 7.—La sustitución fideicomisaria. 8.—La exclusión de la administración de los bienes de los hijos. 9.—Otras previsiones sucesorias. V.—La sucesión contractual como instrumento de transmisión de la empresa familiar. 1.—Sucesión contractual en derecho común. 2.—Sucesión contractual en los derechos civiles forales. 2.1.—Cataluña. 2.2.—País Vasco. 2.3.—Islas Baleares. 2.4.—Navarra. 2.5.—Galicia. 2.6.—Aragón. VI.—El protocolo familiar y el testamento. VII.—Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

Todos los autores que se han ocupado del tema, desde ópticas y con opiniones diversas, coinciden en subrayar que uno de los mayores enemigos a los que se enfrenta la empresa familiar es la amenaza de la sucesión intestada. Si en general la proindivisión o comunidad de bienes es una situación poco aconsejable y fuente de conflictos en la mente del legislador, aplicado a la empresa o negocio familiar supone casi un suicidio, por el entorpecimiento de una realidad dinámica que exige decisiones casi inmediatas y la siniestra sombra de la «actio communi dividundo» amenazando con destrozar lo que tanto trabajo ha costado levantar. El testamento del empresario se erige así en un instrumento casi indispensable, si bien, como ya advirtió PUIG BRUTAU[1], la sucesión «mortis causa» de la empresa es lo que él denominaba «asignatura de fin de curso», en la que confluyen ramas del derecho como el civil, el fiscal, el mercantil, etc. Con esto queremos subrayar que una planificación sucesoria aislada, aunque sea bien diseñada, no es suficiente porque requiere en muchas ocasiones ser complementada con otras acciones (pactos de accionistas o parasociales, protocolos familiares, cláusulas estatutarias en sociedades, etc.). Ahora bien, el testamento es esencial por cuanto, como dice HUERTA[2], «la transmisión pacífica a la siguiente generación solo es posible si se resuelve satisfactoriamente el problema de la titularidad».

Nos decía DÍEZ PICAZO hace años[3] que los problemas básicos a los que se enfrenta el empresario individual, en los que hay que conjugar el interés de los

---

[1] PUIG BRUTAU, José: «El testamento de empresario», *Revista de Derecho Privado*, 1960, páginas 847 y siguientes.

[2] HUERTA TROLEZ, Antonio: «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2004, páginas 93 y siguientes.

[3] DÍEZ PICAZO, Luis: *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, en AA.VV., L. DÍEZ-PICAZO (dir), Estudios de Derecho Privado, Madrid, Civitas, 1980, página 320.

sujetos de la sucesión y el interés general del tráfico jurídico, son dos: de un lado, hacer posible la continuidad de la empresa, esto es, que no deje de funcionar como unidad de producción por el fallecimiento del empresario, y de otro lado, la conservación de la empresa, de forma que el fenómeno sucesorio no aboque a una disolución o liquidación de la empresa. Continuidad y conservación son los principios cardinales que suelen dirigir al empresario al tomar sus decisiones para después de su muerte. Y en palabras de HUERTA[4], «sin riesgo de exageraciones, se puede afirmar que el testamento es un instrumento prácticamente indispensable para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la empresa familiar tras la muerte del anterior titular».

La conservación de la empresa se sustancia casi siempre en un problema de titularidad. Las dos cuestiones básicas que preocupan al testador, sean la elección de su sucesor o sucesores y, correlativamente, el reparto justo y equilibrado entre los restantes herederos[5]. No en vano, muchas veces el padre quiere atribuir a todos sus hijos el mismo contenido patrimonial, no quiere diferencias cuantitativas ni desea excluir a algunos de sus hijos de los futuros beneficios de la empresa familiar, pero tiene claro que tiene que tomar alguna decisión a favor de la conservación de la unidad de la empresa. Otras, sin embargo, el empresario ha tomado la decisión de mejorar precisamente al destinatario de la empresa. En derecho común, y a la hora de atribuir la titularidad, el testador se encuentra con una serie de limitaciones legales a la hora de redactar su testamento que inciden directamente en la dificultad para transmitir «mortis causa» la empresa: la prohibición de pactos sobre la herencia futura, la prohibición del testamento mancomunado y sobre todo el respeto a los derechos legitimarios, no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino cualitativo, dado que, salvo excepciones, los legitimarios deberán cobrar su legítima en bienes de la herencia (art. 806 CC).

Huelga decir que no hay fórmulas estereotipadas en los testamentos del empresario. Su redacción, en la que cobra singular importancia el consejo notarial, deberá ponderar las circunstancias fácticas del caso concreto. Porque hay evidentes diferencias entre el testamento del testador empresario que tiene un patrimonio suficiente para poder adjudicar libremente la empresa o negocio familiar o el de aquél cuyo patrimonio está compuesto de forma exclusiva o casi exclusiva por la empresa o negocio familiar. Porque si el patrimonio es lo suficientemente amplio como para que la adjudicación de la empresa a alguno o algunos de sus hijos no afecte a sus derechos legitimarios, de modo que puedan percibir otros bienes de la herencia, ningún problema se presentará en orden a la atribución de titularidad prevista por el testador como el mejor cauce para la con-

---

[4] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada «La empresa familiar…..», página 107.

[5] REYES LÓPEZ: «El patrimonio del empresario familiar individual», en la obra colectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo I, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2005.

servación de la empresa, aunque los problemas en cuanto a la continuidad no desaparecerán del todo. Si el patrimonio es suficiente, el testador puede partir los bienes como tenga por conveniente, no está vinculado por la igualdad de lotes del art. 1061 CC y los herederos pasarán por esa partición, ya que no resultarán afectados sus derechos ni cuantitativa ni cualitativamente. Y puede atribuir la empresa a favor de quien decida sin preocuparse de eventuales inoficiosidades. Por eso, en este estudio nos centraremos en los casos en que el testador quiere atribuir la titularidad de la empresa a sabiendas de que provoca disfunciones en el ámbito de las legítimas.

II. CONEXIÓN CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Hay que destacar la evidente conexión de la planificación sucesoria con el régimen económico matrimonial. La liquidación del régimen económico matrimonial condiciona el resultado de la sucesión. Es frecuente, sobre todo en los últimos tiempos, que los empresarios estén casados en régimen de separación de bienes, lo que favorecerá, por ejemplo, el uso de la facultad de hacer la partición del artículo 1056 CC[6]. Pero en régimen de gananciales hay una norma inspirada claramente en favorecer la continuidad de la empresa o explotación ganancial una vez fallecido el cónyuge no titular o en caso de disolución del régimen. Nos referimos al artículo 1406.2 CC, nuevamente redactado por la Ley 7/2003, de 1 de abril, que permite que el cónyuge incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, *«la explotación económica que gestione efectivamente»*. La amplitud de sus términos permite cobijar cualquier actividad con independencia de la estructura jurídica que adopte. Esto es importante porque permite incluir acciones y participaciones sociales aunque no supongan la totalidad o mayoría de capital, siempre que haya gestión efectiva por el cónyuge beneficiado[7]. El derecho de preferencia corresponde al titular aunque no ostente el control, ya que lo exigido es la gestión efectiva. La necesidad de que la adjudicación no sobrepase el «haber» del cónyuge, es decir, su mitad en los gananciales, provocará en no pocos casos que solo quepa una adjudicación parcial, en todo caso útil. La norma no prevé la adjudicación íntegra con abono en metálico de compensaciones, como parecería lógico, sobre todo porque en los casos de los números 3) y 4) del artículo 1406 CC sí que lo admite el artículo 1407 CC y no se atisba una razón clara para esta discriminación. Sin embargo, considero que es perfectamente posible que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges, de forma recíproca, establezcan un derecho de adquisición preferente del gestor de la empresa ganan-

[6] Es conocida, como luego veremos, la doctrina jurisprudencial que aboca a la nulidad radical a las particiones del testador que incluyen bienes de la sociedad de gananciales, casi imposibilitando su uso cuando los cónyuges están casados en régimen de gananciales.

[7] Bien porque siendo minoritario es administrador, o bien porque es administrador de hecho, gerente o apoderado. La STS de 9 de mayo de 2008 señala que se debe demostrar en instancia que realmente se está gestionando la empresa o negocio para poder utilizar la vía del artículo 1406.2 CC.

cial previo pago de un precio justo y objetivo[8]. Para salvar las limitaciones del artículo 1328 CC debería ser establecido de forma igualitaria y en abstracto. Por la «ratio» del precepto, consideramos que el artículo 1406 no es aplicable a las sociedades de mera tenencia de bienes aunque estén revestidas de cierta organización.

Para un estudio más amplio de esta cuestión, véase epígrafe II.1.5.1 del capítulo XII de esta obra colectiva.

III. LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

Antes de entrar en las cuestiones relativas a la conservación de la empresa vamos a analizar la problemática que plantea la continuidad de la empresa individual una vez fallecido el empresario. La continuidad de la empresa interesa al futuro adjudicatario de la misma, a los clientes, a los proveedores, a los acreedores y a los objetivos político-económicos generales.

Debido al sistema romano de adquisición hereditaria vigente en nuestro ordenamiento siempre transcurre un período de tiempo más o menos largo entre el fallecimiento y la aceptación de los herederos. La herencia se encuentra yacente, sin titulares definitivos[9], aunque los pueda haber expectantes, y se somete a un régimen de administración que puede venir establecido por el causante o por la ley. Si esta interinidad es fuente de dificultades, mucho más lo es cuando en el caudal relicto existe una empresa individual, que es un patrimonio dinámico con una necesidad imperiosa de gestión y administración. Otro factor poco favorable es que la administración de una empresa suele necesitar acciones que exceden de lo meramente conservativo con el riesgo para los llamados a la herencia de que se entienda tácitamente aceptada la herencia cuando no desean este efecto.

A fin de que no se produzca un vacío de decisiones en la empresa el causante puede prever soluciones extratestamentarias o testamentarias. Entre las primeras destaca, por su funcionalidad, el nombramiento de un factor de comercio o gerente cuyos poderes sobreviven a la muerte del empresario (art. 290 Código de Comercio). Pero en el testamento también se puede reglamentar el proceso de administración durante la fase de herencia yacente: (i) a través del nombra-

[8] La igualdad de lotes del art. 1061 CC, al que se llega por la remisión del art. 1410 CC, es renunciable por ambos cónyuges, de modo que sería renunciable anticipadamente en capitulaciones matrimoniales por ambos cónyuges la facultad preferente del art. 1406 CC.

[9] ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho Sucesorio «mortis causa»*, editorial Edelce, Sevilla, 1951, página 157, dice, de forma poética, que «la herencia yace —obsérvese la fuerza evocadora de lo inerte que el vocablo encierra— esperando, como el arpa de la rima becqueriana, la mano que hacia ella se dirija».

miento de un administrador, bien sea general, para todos los bienes del caudal relicto, bien particular en relación con la empresa. Esta posibilidad parece implícita en el CC, pero es explícita en la LEC, cuyo artículo 795 prevé la posibilidad de que el testador establezca reglas sobre la administración, custodia y conservación del caudal. Esto puede incluir detalles en relación al mantenimiento de proveedores, celebración de contratos, contrataciones de personal, estrategias empresariales, etcétera. En realidad es una especie de factor para realizar los actos relativos al tráfico o giro de la empresa; (ii) también puede utilizar la vía del nombramiento de un albacea con facultades para administrar la empresa. Si el testador se limita a designar albacea, sin indicar sus facultades, el artículo 902 CC, en su número 4.º, solo le faculta para «*tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes*». Parece claro que en ese reducido ámbito competencial no encaja la gestión dinámica empresarial, aunque sea provisional. «Tomar precauciones» para la conservación no es administrar y, por otro lado, la referencia a la intervención de los herederos parece aludir más bien a modestas labores de vigilancia en relación con el cumplimiento de la voluntad del testador por parte de éstos. Otra cosa es que entre la toma de precauciones se incluya la solicitud al juez del nombramiento de un administrador judicial de la empresa. Por tanto, hay que resaltar la necesidad de que el nombramiento de albacea sea acompañado de la atribución por parte del testador de facultades en relación con la empresa que no den lugar a dudas interpretativas. *Sobre esta cuestión véase también el epígrafe I.2.2.2. del capítulo XII de esta obra colectiva*.

Si la empresa está revestida de forma societaria, la propia configuración de los órganos sociales permitirá la continuidad de la actividad de forma más sencilla. Ahora bien, es sumamente conveniente que el testador prevea quién debe ejercitar los derechos derivados de las acciones o participaciones en el período de interinidad que sigue a la muerte del causante, singularmente el derecho de voto, nombrando un administrador al efecto, o atribuyendo al albacea esa función específica. En caso contrario, la comunidad hereditaria se revelará casi siempre como una rémora para la toma de decisiones societarias.

IV. FÓRMULAS SUCESORIAS PARA PROCURAR LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

La parte más importante de nuestro trabajo será el problema de la conservación de la empresa familiar que, como hemos anticipado, está íntimamente ligado a la transmisión de la titularidad de la empresa.

Si el empresario pretende la transmisión a un único descendiente, el Código civil ofrece algunas posibilidades:

1. La mejora en cosa determinada

La mejora en cosa determinada del artículo 829 CC, de escasa utilización práctica, puede ser usada por el empresario como instrumento de transmisión de la empresa con el objetivo de mantener indivisa la explotación. La razón es que introduce un sistema más flexible en el pago de los derechos legitimarios y amplía las facultades dispositivas del causante. No es dudoso que la empresa entra dentro del concepto de cosa cierta y determinada que maneja el art. 829 CC por su configuración unitaria. La doctrina civilista considera en general a la empresa como un objeto unitario transmisible «mortis causa». Ahora bien, su uso implica que el testador desea establecer diferencias entre sus descendientes[10], cosa que no siempre ocurre, porque a veces lo que pretende es asegurar la dirección unitaria del negocio sin hacer distinciones de tipo económico. Lo importante de este legado de cosa determinada, y lo que lo conecta con la finalidad última perseguida por el testador es que el mejorado hace suya la empresa legada en todo caso, ya que aunque el valor de la empresa exceda de ciertos límites nunca existirá reducción «in natura», sino que el mejorado deberá satisfacer en metálico la legítima de los demás.[11]

Si el valor de la empresa cabe en el tercio de mejora, solo es un problema cuantitativo; pero si el valor de la empresa excede del valor del tercio de mejora, desde siempre ha habido duda sobre los criterios de imputación del exceso, de gran trascendencia práctica, porque en última instancia puede provocar el pago de las legítimas en metálico de los demás descendientes legitimarios. La redacción del testamento debe incluir los criterios de imputación del sobrante como voluntad expresa del testador. A falta de esta adecuada redacción, las discusiones doctrinales se han centrado en decidir si ese exceso puede imputarse al tercio de libre disposición. Tras los trabajos de VALLET[12], hoy es mayoritaria la opinión de que en el 829 se usa el concepto de mejora en sentido amplio, incluyendo el tercio libre. Excluir la imputación del exceso al tercio libre puede tener sentido en las mejoras de cuota con asignación de cosa cierta y en la mejora de cosa cierta con señalamiento de cuota, pero carece de sentido cuando nos encontramos con mejoras de cosa cierta sin señalamiento de cuota.[13] Cuando se usa la palabra mejora,

---

[10] Podría ser cualquier descendiente, incluso el nieto no legitimario en vida de su padre.

[11] En este sentido, GARRIDO PALAZÓN, Maria Luisa: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 202; también LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La mejora en cosa determinada*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, que opina que el artículo 829 aparece como una mejora no solo cuantitativa, sino también cualitativa, ya que significa un mayor valor en perjuicio de los interesados y además trastoca la composición material de los lotes de los demás.

[12] Que son innumerables. Por ejemplo, en el «Comentario al artículo 829 CC», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO, tomo XI, editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1982, páginas 342 a 360.

[13] Es decir, si el testador mejora en la empresa, sin decir nada más, debe imputarse el exceso al tercio libre. Sin embargo, si mejora en el tercio de mejora y señala la empresa en pago, o si mejo-

pero no se indica cuota concreta, no se debe presuponer que el tercio de mejora funcione como cuota máxima.

Y admitido lo anterior, ¿el exceso se imputa primero al tercio libre o antes al tercio de legítima estricta del mejorado? Si se imputa primero al tercio de legítima estricta, la ventaja del mejorado se ve disminuida. Para el mejorado siempre es mejor que se impute al tercio libre antes que al de legítima. GARRIDO PALAZÓN cree que lo lógico es imputar primero a la legítima estricta del legatario porque esta es la regla general[14], y después al tercio de libre disposición en tanto no se haya agotado con donaciones imputables a ese tercio, con legados ordenados con cargo a ese tercio o con instituciones de heredero.[15] LÓPEZ JACOISTE cree que tras el tercio de mejora, la imputación debe hacerse al tercio libre, si es posible, y solo después se imputará el exceso si lo hubiere al tercio de legítima[16]. Por el contrario, HUERTA, en posición original, prefiere imputar el legado, por este orden, al tercio de libre disposición, al de mejora y a la legítima del mejorado[17]. La pluralidad de respuestas refuerza la necesidad de la labor asesora del notario al redactar el testamento para despejar este tipo de dudas.

Si tras la imputación —cualquiera que sea el orden en que se haga— no se absorben los valores, no hay reducción «in natura», sino que se reduce el exceso mediante el pago en metálico de la legítima de los demás. Como señala LÓPEZ JACOISTE, esto supone que cualitativamente la mejora se mantiene íntegra, porque el mejorado recibe la empresa. Y el CC habla de pagar a los «demás interesados», no a los demás legitimarios, lo que incluye como eventuales perceptores del metálico a los destinatarios del tercio libre.

El metálico será extrahereditario y pertenecerá al propio mejorado. Y a diferencia del artículo 1056 CC, el pago debe ser inmediato —en el momento de hacer la partición— y al contado, salvo que los interesados acuerden otra forma de satisfacción. Hasta que se pague el metálico todos los bienes de la herencia estarán

---

ra en la empresa y expresamente señala que se hace con cargo al tercio de mejora, tiene sentido excluir la imputación del exceso al tercio. Pero esas no son las hipótesis que son manejadas por el artículo 829 CC.

[14] Siempre que sea legitimario, claro. Porque si el legatario es el nieto que es mejorado no podría imputarse a una legítima estricta inexistente.

[15] GARRIDO PALAZÓN, María Luisa: obra citada, *La sucesión por causa de muerte…,* páginas 215 a 217; en la página 216 pone un ejemplo interesante. El testador mejora a su hijo A en la empresa familiar e instituye herederos por partes iguales a sus hijos A, B y C. El caudal es de 900 y la empresa vale 600. Si después de agotar el tercio de mejora (300) agotamos el tercio libre (300), B y C recibirían 100 cada uno, correspondientes a su legítima estricta. El mejorado percibiría los 100 restantes como legitima estricta. Pero si después de agotar el tercio de mejora (300) hay que ir a la legítima estricta de A (100) solo se agotarían 200 del tercio libre y B y C percibirían la tercera parte de ese sobrante de 100.

[16] LÓPEZ JACOISTE, J. J.: obra citada, *La mejora…* páginas164 y siguientes.

[17] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada, «La empresa familiar…», página 116.

afectos al pago de las legítimas. La necesidad de pago inmediato y al contado puede hacer que el mejorado tenga muy difícil la adjudicación de la empresa.

Se ha discutido también si el art. 829 CC contiene la exigencia implícita de que el objeto legado sea indivisible. No tiene demasiada importancia en el caso del legado de la empresa individual, ya que tiene la consideración de unidad económica y funcional susceptible de tráfico jurídico[18]. Pero alcanza trascendencia en el caso de legado de acciones o participaciones de una empresa social: ¿se aplicaría también el artículo 829 CC? CÁMARA considera que a diferencia de otros artículos que flexibilizan la intangibilidad cualitativa de la legítima, como el 821, 822, 1062 y el 1056.2 CC, el 829 permite la reducción «in natura», abstracción hecha de la divisibilidad o indivisibilidad de su objeto[19]. Siguiendo esa idea, HUERTA considera que se incluyen los legados de acciones o participaciones de la empresa social, incluso aunque su número no atribuya al causante facultades de control sobre la misma[20]. Sin embargo, VALLET, sobre la base de los antecedentes históricos, concluye que solo sería admisible la flexibilización de la intangibilidad cualitativa de la legítima sobre la base de la indivisibilidad de la cosa o del deterioro o incomodidad derivados de la división[21].

En mi opinión es posible que el testador atribuya la condición de cosa cierta a los efectos del 829 a un paquete de acciones, cualquiera que sea su porcentaje en el capital de una compañía. De hecho, el argumento de VALLET decae desde la introducción del 841 y siguientes del CC, que flexibilizan el pago de las legítimas sin exigir que los bienes adjudicados tengan ninguna característica de indivisibilidad. En todo caso, el 829 CC es útil cuando no se dan los requisitos del 1056 CC (unidad de la empresa, mantenimiento del control) o existen dudas acerca de la concurrencia de estos requisitos.

Finalmente, el artículo 829 CC, aplicado a la empresa, no conlleva ninguna obligación posterior del mejorado de conservar la cosa legada, o continuar con la actividad. El testador, para la consecución de este propósito, podría establecer como modo (art. 797 CC) la continuación en el ejercicio durante un período, o incluso como condición (art. 790 CC). El modo y la condición son sin duda gravámenes; si afectan solo a la mejora sería admisible porque serían establecidos, aunque sea de forma indirecta, en beneficio de los otros descendientes (art. 824 CC); ahora bien, si afectara la legítima estricta del mejorado se convierte en un

---

[18] PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: op. cit. *La sucesión por causa de muerte…* página 210. Añade esta autora que la empresa es siempre funcionalmente indivisible.

[19] DE LA CÁMARA, Manuel: *Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código Civil* en *Centenario de la Ley del Notariado*, volumen I, sección 3.ª, Madrid, 1964, página 923.

[20] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada «La empresa familiar…», página 114; esto introduce una importante diferencia respecto del artículo 1056.2 CC, que exige que las acciones o participaciones adjudicadas en la partición permitan controlar la compañía.

[21] VALLET DE GOYTISOLO, Juan: obra citada *Comentarios al …,* página 347.

gravamen prohibido por vulnerar la intangibilidad cualitativa de la legítima por aplicación del art. 813 CC, por lo que se tendría por no puesta. Quedaría, eso sí, abierta la posibilidad de una «cautela socini» para estimular la aceptación del gravamen por parte del mejorado.

2. El legado de cosa específica y determinada

La transmisión «mortis causa» de la empresa puede también ser lograda por medio de un legado de cosa específica y determinada (art. 882 CC). La posibilidad es más teórica que práctica, por las dificultades que conlleva que la empresa, aunque se le atribuya una configuración unitaria en el tráfico, no llega a tener la consideración de ser un patrimonio separado. Esto provoca incertidumbres en cuanto al tratamiento legal de las deudas de la empresa; aunque lo lógico es que el responsable del pago de las mismas fuera el propio legatario, que adquiere un patrimonio dinámico formado por activos y pasivos, la doctrina parece estar de acuerdo en que la responsabilidad corresponde a los herederos (arts. 661 y 1084 CC) y la eventual atribución de responsabilidad que haga el testador en el testamento no vincula a los acreedores, sino que su eficacia se desencadena en el ámbito interno. Otro aspecto problemático para utilizar esta fórmula es el de la sucesión en los contratos pendientes de ejecución. Estos contratos deberían pasar al legatario como elementos objetivos de la empresa, pero este paso tropieza con el obstáculo legal que representa el art. 1257 CC, que permite la «sucesión» en el contrato a los herederos, no al legatario. Como destaca DÍEZ PICAZO, siendo estos contratos esenciales para el devenir de la empresa, el único mecanismo posible es acudir a la cesión del contrato; si bien en el lado de los sucesores del empresario es claro que la voluntad del testador de legar la empresa impone una cesión que vincula a los herederos, la dificultad se produce en el otro lado, en el de los contratantes extraños, que podrán no admitir este cambio de contratante. Para paliar estas dificultades se ha sugerido la conveniencia de un cambio legislativo que estableciera la novación subjetiva forzosa en casos de legados de empresa siempre que el legatario prestase las suficientes garantías.[22]

Además de estos problemas, desde el punto de vista sucesorio no es una fórmula conveniente para asegurar la continuidad de la empresa por la propia mecánica de la adquisición de los legados de cosa propia del testador. Y es que, aunque la propiedad de la empresa o negocio corresponda al legatario desde el momento de la apertura de la sucesión (art. 882 CC), la posesión de la empresa o del negocio no se puede adquirir de forma directa por el legatario cuando hay legitimarios, que es la hipótesis que estamos manejando[23] (art. 885 CC). La entrega deben realizar-

[22] POLO SÁNCHEZ, Eduardo: «La transmisión "mortis causa" de la empresa en Derecho Catalán», *Revista de Derecho Mercantil*, 1972, páginas 24 y 25.

[23] No habiendo legitimarios casi todos los problemas derivados de la sucesión «mortis causa» se suavizan de forma drástica.

la los herederos o el albacea o contador-partidor autorizado para hacerlo[24], lo que pone de manifiesto la conveniencia de prever este nombramiento y facultades en el testamento. En todo caso corresponde a los herederos en el período anterior a la entrega procurar la conservación del objeto legado, en este caso la empresa, por aplicación del artículo 883 CC y el más genérico art. 1094 CC, pero no se nos ocultan las dificultades que comporta esta conservación cuando de un patrimonio dinámico como la empresa se trata para alguien ajeno a su explotación.

Este legado, a diferencia del contemplado en el art. 829 CC que solo cabe a favor de destinatarios de la mejora, puede tener como favorecido a un extraño al círculo familiar del testador, lo que sería aconsejable cuando la conservación y continuidad de la empresa lo recomendasen por sus conocimientos o implicación previa en la gestión. En este caso, si el valor del legado cabe en el tercio de libre disposición no habrá problema de imputación; lo mismo cabe decir si el legatario es un legitimario, pero el valor de la empresa cabe en la parte que al mismo puede llegar a corresponder (tercio de legítima estricta, en el tercio de libre disposición y en el de mejora). Es importante subrayar la conveniencia de que en el testamento se establezca el orden de imputación, que suele ser primero al tercio de libre disposición, después al de mejora y finalmente a la legítima estricta del legatario. De no haber orden de imputación testamentaria habría de ser aplicado el artículo 828 CC: primero se imputaría al tercio de libre disposición y luego al de mejora, aunque como señala la doctrina este artículo parte de la hipótesis de que la legítima está ya satisfecha de otro modo, porque si no lo primero sería cubrir esa legítima.

Si tras las imputaciones el legado de empresa es inoficioso, una reducción «in natura» típica provocaría una situación de copropiedad que a la postre sería perjudicial por el eventual y probable uso de la «actio communi dividendo». Por esta razón, la doctrina cree aplicable por analogía[25] a nuestro caso el artículo 821 CC, que literalmente, referido a fincas, parece extensible a cualquier bien de carácter indivisible, entre los que se encontraría la empresa o negocio. Este artículo 821 CC establece un sistema basado en el valor de lo legado, que puede producir que el legatario acabe abonando a los demás legitimarios su legítima en metálico (si la reducción no absorbe la mitad del valor de la empresa o negocio)[26]. De forma

---

[24] Además, habiendo legitimarios, el albacea no puede entregar los legados sin haber comprobado la ausencia de perjuicio de legítimas.

[25] Así, DE LA CÁMARA, Manuel: «Estudio sobre el pago con metálico…» obra cit., páginas 968-970, y VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Comentario del Código Civil* (AA.VV.), tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, página 2038.

[26] Literalmente, el art. 821 CC solo contempla esta posibilidad si el legatario es extraño. Pero la doctrina pone de manifiesto que también debe ser aplicable al legatario legitimario. Es más, VALLET considera que si el legatario es legitimario entonces no se exigiría que al legitimario le corresponda la mayor parte de la cosa para que pueda abonar el exceso en dinero; así, en la obra citada, *Comentario del Código Civil*, página 2039.

que al final la efectividad práctica en cuanto a la conservación de la empresa dependerá de que el testador haya efectuado un cálculo adecuado del valor de la empresa[27], porque si no lo hace puede ocurrir que la empresa acabe en manos distintas de las previstas y deseadas por el testador, bien porque la reducción supere la mitad del valor de la empresa o bien porque finalmente se acabe enajenando en subasta pública como prevé como hipótesis de cierre el artículo 821 CC.

3. El pago en metálico de la legítima de los artículos 841 y siguientes del Código civil

La reforma de 1981 trajo consigo la introducción, con carácter general, de la posibilidad de pago en metálico de la legítima en los artículos 841 y siguientes del Código civil[28]. No es este el momento de su análisis detallado, aunque se aventura un «renacimiento» de su utilización tras la reforma de 2015 por la Ley de Jurisdicción Voluntaria[29]. Baste señalar aquí que lo que resulta útil del 841 para el testador empresario es que se permite su utilización sin necesidad de hacer diferencias cuantitativas, que es algo que suele estar en la mente de los testadores. El adjudicatario de la empresa o negocio, o de un paquete accionarial en una sociedad y pagador del metálico a los demás puede estar además mejorado, pero puede tener idéntica porción hereditaria que sus hermanos[30]. Lo que permite y flexibiliza el 841 CC es que el respeto a la intangibilidad cualitativa se entienda de forma colectiva, no individual.

Aparentemente, el art. 841 CC podría desplazar a otros instrumentos[31], como el del art. 821 o el art. 1056.2.º CC, puesto que no exige ningún requisito de

---

[27] Muy difícil porque desde que se hace el testamento hasta que se calculan las legítimas una empresa, como patrimonio dinámico, oscila mucho en cuanto a su valoración.

[28] Como había preconizado CÁMARA años antes en su extraordinario —en mi opinión, el mejor trabajo jurídico que yo he estudiado— «Estudio sobre el pago en metálico de las legítimas», en el *Centenario de la Ley del Notariado*, obra cit. Por supuesto, nos referimos al pago con metálico extrahereditario; si en el caudal relicto existiera suficiente metálico para satisfacer las legítimas, no habría problema alguno, porque el testador nunca está vinculado por la regla de la igualdad de lotes del artículo 1061 CC y puede partir como tenga por conveniente.

[29] Tuve ocasión de referirme a los problemas prácticos y la intervención notarial en este expediente en una reciente conferencia en el Colegio Notarial de Madrid en el año 2016.

[30] El artículo 841 CC habla de «*porción hereditaria*»; el art. 842 de «*cuota hereditaria*» y el art. 847 de «*porción correspondiente*», evitando utilizar la palabra «legítima» o «legitimaria».

[31] Lo que no es dudoso es que la trascendencia de los artículos que permitían el pago en metálico hasta entonces (arts. 821, 829, 1056.2), quedó reducida, hasta el punto de que se instauró una encendida polémica doctrinal acerca de si la naturaleza de la legítima como «pars bonorum» podría seguir defendiéndose. Lo cierto es que al menos desde el punto de vista colectivo se mantuvo la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque, como advierte PARRA LUCÁN, María Angeles: «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», en la obra colectiva *Reflexiones sobre materias de derecho sucesorio*, 2008, Consejo General del Poder Judicial, página 559, «el destino de los bienes "in natura" al colectivo de los legitimarios sigue siendo una regla inderogable por la voluntad del causante».

carácter objetivo (indivisibilidad, explotación, paquete de control[32]) ni funcional (conservación de la empresa, interés de la familia). Pero impone unas limitaciones que no aconsejan siempre su utilización. En primer lugar, por la vía de los artículos 841 y siguientes no se «ordena» la adjudicación de la empresa y el pago en metálico, sino que se «faculta» para conmutar las porciones hereditarias de los demás legitimarios[33]. El adjudicatario de la empresa puede optar por partir de forma ordinaria (art. 842 CC) en contra de la voluntad del testador de conservar la empresa de una forma concreta[34]. Esto no ocurre en el caso del 1056.2.º CC, en el que el adjudicatario de la empresa solo puede renunciar y perder su participación en la herencia[35], ni tampoco, lógicamente en los casos de legados del 821 y 829, en que el legatario solo evitará la adquisición de la empresa si renuncia al legado. De ahí que la fórmula del art. 841 CC pueda ser útil al testador si no está del todo seguro de que el destinatario de la empresa podrá razonablemente asumirla y pagar las porciones hereditarias de los demás en metálico. En segundo lugar, a diferencia del art. 1056.2.º CC, el pago de las porciones hereditarias debe hacerse al contado y al tiempo de partirse la herencia. No se introduce ningún posible aplazamiento ni otra fórmula de flexibilización de pago, lo que exige en la práctica una cierta solvencia económica del elegido como sucesor de la empresa, que habrá de pagar de su bolsillo las porciones de los demás.[36] En tercer lugar, esta adjudicación está condicionada a que los demás partícipes presten su conformidad (art. 843 CC) y de lo contrario habría que acudir a la aprobación, hoy notarial, antes judicial[37]; por último, esta fórmula nunca puede usarse para que la empresa se adjudique a un extraño[38], aunque la doctrina mayoritaria está confor-

---

[32] Podrían ser adjudicadas acciones o participaciones que alcancen cualquier porcentaje en el capital de sociedad.

[33] Y es que más que una partición lo que hay es una concesión de facultad de conmutar la cuota hereditaria por metálico.

[34] Sería un derecho potestativo.

[35] Como destaca ESPEJO, es una carga de la que solo puede liberarse renunciando a la atribución. El adjudicatario debe asumir la adjudicación de forma forzosa para evitar la partición que abocaría a un reparto o venta de la explotación, que es lo que pretende precisamente evitar el testador. De ahí que el artículo 1056.2 utilice la contundente expresión «*se pasará por ella*». Véase ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, en su trabajo «La reforma del Código Civil por la Ley de Sociedad Limitada de la Nueva Empresa», dentro de la obra colectiva *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

[36] Ya hemos dicho que pueden ser cuantitativamente tan grandes como la propia, porque el 841 no presupone diferencias entre los herederos, aunque lógicamente pueda haberlas si el testador lo desea.

[37] Esta necesidad de aprobación judicial motivaba su escasa utilización práctica; la reforma del 843 CC por la Ley de Jurisdicción Voluntaria introduce la competencia notarial en la aprobación, que sin duda potenciará su uso, aunque tenga otras implicaciones. La aprobación era necesaria incluso cuando un contador-partidor expresamente autorizado por el testador ha hecho las adjudicaciones, lo que es contrario a la regla general de que las particiones del contador son vinculantes sin perjuicio, claro está, de la impugnación ante los tribunales.

[38] Sin embargo, más discutido ha sido si un extraño, instituido conjuntamente con los hijos y descendientes, puede ser destinatario del metálico. El tenor literal de los artículos 842, 843 y 844 parece descartar esta posibilidad, y quizá lo más aconsejable al redactar el testamento es que el

me en que sí pueda ser adjudicatario un nieto no legitimario en la sucesión de su abuelo, máxime cuando la norma habla de «hijos o descendientes».[39] De no admitirse, como dice PALAZÓN GARRIDO, se daría la paradoja de que un nieto posible destinatario de los tercios de mejora y libre disposición y elegido por sus condiciones personales como sucesor de la empresa por el abuelo tendría que recibir en metálico su porción de un legitimario que a lo sumo podría retener un tercio.[40]

Otra cuestión es si se puede extender también a los ascendientes; para PANTALEÓN, frente al tenor literal de la norma, que no los incluye, parece ilógico pensar que los ascendientes sean legitimarios de mejor condición que los descendientes, que pueden ver eliminada la intangibilidad cualitativa de su legítima, e incluso del cónyuge viudo, siempre a expensas de la conmutación del usufructo vidual de los artículos 839 y 840 CC.

4. La fiducia sucesoria del artículo 821 del Código civil

Queda referirnos a la fiducia sucesoria del artículo 831 CC[41]. Como dice RUEDA ESTEBAN, con la reforma de 1981 la importancia del 1056.2 parecería haber quedado en un segundo plano, ya que las facultades que concede al fiduciario el art. 831 CC son notablemente superiores a la cláusula particional del 1056.2[42]. Sin embargo, este autor subraya las diferencias que existen entre ambas instituciones y descubre algunos campos en que pese a sus limitaciones es preferible la utilización del art. 1056.2 CC. Las diferencias, prolijamente expuestas por RUEDA ESTEBAN[43], son, en síntesis, las siguientes; la cláusula del 1056.2 tiene naturaleza particional y por eso es necesario una disposición testamentaria que establezca quiénes son los adjudicatarios de la explotación familiar y en qué proporción, mientras que el 831 encierra una auténtica fiducia sucesoria que no requiere esas determinaciones porque la distribución se deja al arbitrio del fiduciario sin más límites que las legítimas de los no mejorados y los derechos de los

---

tercero no forme parte de la comunidad hereditaria, atribuyéndole un legado de cosa específica, por ejemplo. El tercero tiene que ser ajeno a cualquier decisión en este ámbito, tanto para conmutar como para aceptar la conmutación.

[39] VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Comentario del Código Civil* (AA.VV.), Ministerio de Justicia, tomo I, página 2078; también PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Comentario de los artículos 841-847 CC», en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1984, citada, páginas 1413-1414.

[40] PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «La sucesión por causa de muerte…» obra citada, página 302.

[41] Poco se puede añadir en el análisis de este artículo después del extraordinario trabajo de nuestro compañero RUEDA ESTEBAN, Luis, plasmado en su tesis doctoral *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 CC: auténtica fiducia sucesoria en derecho común,* Consejo General del Notariado, 2014.

[42] RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis citada, página 692.

[43] RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis citada, páginas 737 y siguientes.

hijos no comunes; el 1056.2 exige unas circunstancias de carácter objetivo (conservación de la empresa o interés familiar, preservar indivisa la explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital), mientras que en el 831 no existe existencia objetiva alguna[44]; la orden particional del art. 1056.2 CC debe cumplirse de forma inmediata con un plazo máximo para el pago de las legítimas de cinco años a contar desde el fallecimiento del testador, mientras que en el 831 existe un plazo para el ejercicio de la fiducia y la más autorizada doctrina ha llegado a la conclusión de que si bien a los hijos y descendientes no comunes hay que entregarles su legítima de forma inmediata tras la muerte del causante, tratándose de hijos comunes cabe que se aplace su pago; las facultades conferidas por el 831 son indudablemente más amplias, ya que incluyen adjudicaciones de bienes concretos a titulo «inter vivos», cosa que no es posible en el ámbito del 1056.2, y entre las adjudicaciones que permite están incluidos los bienes de la sociedad conyugal disuelta y sin liquidar, facultad exorbitante respecto al 1056.2; el 1056.2, según veremos al analizarlo más detalladamente, permite, a juicio de la mayor parte de los autores[45], que el adjudicatario sea un extraño a la sucesión, colaborador del empresario causante, mientras que en el caso del 831 no hay dudas que solo pueden ser mejorados los hijos y descendientes comunes.

Como hemos apuntado, un problema que genera la interpretación del artículo 831 CC, que es decisivo para su efectividad práctica, es si la delegación supone que los legitimarios no pueden reclamar sus legítimas hasta que termine el plazo previsto por el testador. El artículo 831 CC establece que «*el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes»*. ¿Ese respeto impone que se deban pagar esas legítimas de inmediato, sin esperar al plazo señalado por el testador para el ejercicio de la fiducia? Hay importantes autores que han defendido que a los legitimarios no les afecta el plazo[46]. Sin embargo, siguiendo la estela dejada por VALLET considero preferible la posición contraria. A ella llega RUEDA en su tesis sobre el artículo 831 CC[47], y es la seguida por mi maestro MARTÍNEZ SANCHIZ[48], por dos razones básicamente: porque no se establece en el 831 esa obligación de pago inmediato, no se establece un plazo, como sí ocurre en los artículos 844 y 1056.2 CC; y por la propia naturaleza de la fiducia, que reclama legítimas flexibles porque si no deviene inútil. Además, como destaca RUEDA, para los hijos y descendientes

---

[44] Puesto que aunque en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que modifica el art. 831 CC, se justifica la reforma por la protección del discapacitado y del incapaz, luego en el texto legal no exige nada, y puede utilizarse por cualquier cónyuge.

[45] Opinión de la que tengo serias dudas, como luego expondremos.

[46] ALBALADEJO, Manuel: «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2005, página 21; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, cuarta edición, página 1601.

[47] RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis citada, páginas 535 y siguientes.

[48] MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel: en su discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *«Quo legitima tangitur», la intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 2014, páginas 106 y 107.

comunes se usa un término más suave («*respetará*») que el utilizado para los hijos y descendientes no comunes («*no alterará*») que resulta más exigente. *Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe III.3.7. del capítulo XII de esta obra colectiva*.

Un aspecto estudiado por RUEDA ESTEBAN[49] es la posible combinación de los artículos 831 y 1056.2 CC, y llega a la conclusión —que comparto plenamente— de que se le puede conferir al fiduciario en el testamento facultades para ejecutar la adjudicación de la empresa familiar[50]. Es más, el fiduciario podrá atribuir la empresa familiar por el cauce del 1056.2 sin necesidad de autorización del testador para ello, por estar implícito en sus facultades. Será el fiduciario, que puede «per se» escoger entre los descendientes comunes aquellos que han de ser mejorados, podrá escoger aquel que pueda resultar adjudicatario de la explotación familiar. Eso sí, con una limitación evidente: nunca podrá escoger a un extraño a la familia[51]. Si se trata de adjudicar a extraños o descendientes no comunes, expresamente facultado por el causante en el testamento, para RUEDA ESTEBAN la utilización del fiduciario del 831 permitiría extender el exiguo plazo máximo de cinco años que permite el 1056 a los plazos más extensos del 831[52]. Este juego combinado de ambos artículos es muy interesante en los casos en que los hijos y descendientes del causante empresario sean menores de edad o no hayan definido sus aspiraciones profesionales y el causante confíe en su cónyuge para que decida más adelante, en función del devenir de las circunstancias, quien es el más adecuado para mantener indivisa la explotación familiar. *Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe III.3.3.3. del capítulo XII de esta obra colectiva*.

5. Análisis especial del artículo 1056.2 del Código civil

El texto del artículo 1056.2 CC, tras la reforma de 2003, señala que «*el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testa-*

[49] RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis citada, páginas 742 y siguientes.

[50] En definitiva, la posición del fiduciario es mucho más amplia que la del contador-partidor, expresamente contemplada por el artículo 1056.2 CC.

[51] Esto podría hacerlo solo si el testador así lo hubiese establecido en el testamento, pero entonces ya no adjudicaría como fiduciario, sino como contador-partidor cumpliendo la voluntad del causante. Así, RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis citada, página 743.

[52] Incluso la elección del destinatario y la adjudicación de la explotación familiar no tendría que ser inmediata, sino que podría dilatarse en los plazos voluntarios del art. 831 CC.

dor; podrá ser también de aplicación cualquier medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844».

No es dudoso que la hipótesis que maneja el artículo 1056.2 CC es la de que la empresa o el paquete de acciones o participaciones sociales es el único bien, o al menos el más importante bien dentro del haber hereditario, de forma que los demás bienes integrantes del caudal relicto no son suficientes para el pago de las legítimas. Si el patrimonio del empresario es importante y alcanza para cubrir las legítimas pese a la adjudicación individualizada de la empresa o del paquete societario de control no se plantea el problema que trata de solventar este artículo puesto que el testador puede ordenar que se adjudique en la cuota de alguno de sus sucesores la empresa o el paquete de control, o realizar la partición por la vía del artículo 1056 del Código civil adjudicando sus bienes como desee sin limitaciones, a excepción del respeto a las legítimas, porque la regla de la igualdad de lotes no vincula al testador y basta con que los legitimarios reciban su derecho legitimario en bienes del caudal, cualesquiera que sean los elegidos por el testador, respetándose la intangibilidad cualitativa de la legítima de forma plena. Cuando los bienes son insuficientes para compensar a los legitimarios se abre la posibilidad y tiene sentido la utilización de la facultad particional del artículo 1056.2 por parte del testador.

Comparando el texto originario del artículo y el resultante de la reforma, podemos resaltar que las modificaciones operadas por la Ley 7/2003 en el texto del artículo 1056.2 CC fundamentalmente son las siguientes: a) se sustituye el término «padre» por el más amplio de «testador»; b) se modifica la terminología y la finalidad del precepto, puesto que antes se refería a una «*explotación agrícola, industrial o fabril*» y ahora se habla de preservar indivisa una «*explotación económica*» o mantener el control de una sociedad de capital; c) antes se hablaba solo del «interés de la familia» y ahora se añade la «conservación de la empresa», y además se unen ambas expresiones con una conjunción disyuntiva; d) antes se hablaba del pago de la legítima a los demás hijos y ahora se habla de los demás interesados; e) y se regula la posibilidad de conceder un plazo para el pago de las legítimas, debilitando por tanto este derecho tal y como hasta ahora se concebía.

En cuanto a los elementos subjetivos, la reforma de 2003 sustituyó la palabra «*padre*» por la de «*testador*», de mayor amplitud. No obstante, la norma solo tiene sentido si se enmarca en la existencia de legítimas, porque en ausencia de legitimarios, y por lo tanto sin las limitaciones del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, el testador siempre es libre de partir como tenga por conveniente y en este caso sin limitación alguna, ya que la igualdad de lotes del artículo 1061 nunca es aplicable a la partición por el testador, como vimos con

anterioridad. La modificación de la terminología del art. 1056 CC quizá sirve para varias cosas: de un lado, aclarar que, tal y como se venía admitiendo de forma casi unánime por la doctrina, la facultad puede ser utilizada para mejorar a un nieto no legitimario por vivir el padre intermedio; por otro, confirmar que tiene que tratarse de un testador con herederos forzosos cualquiera que sea el parentesco respecto de ellos (ascendientes, descendientes o cónyuge viudo); y finalmente, para reiterar que esta partición del artículo 1056 CC, aunque quepa realizarla en acto «inter vivos», tiene que estar apoyada en un testamento, sea anterior, simultáneo o posterior. Se excluye así su utilización cuando hay sucesión intestada. Pero el aspecto más novedoso en cuanto a los sujetos interesados es decidir si el adjudicatario de la empresa o de las acciones o participaciones de la sociedad de capital puede ser un extraño, por ejemplo, un colaborador del empresario, otro socio, etc. La discusión tiene un calado de gran importancia. Al introducir junto al «interés de la familia» la «conservación de la empresa», la doctrina se ha dividido en la interpretación del sentido de la reforma. La conjunción disyuntiva que separa ambas expresiones ha sido objeto de debate: ¿no tienen que estar ambas finalidades coordinadas? ¿Basta con la concurrencia de una de ellas?

Un amplio sector doctrinal ha visto en esta modificación del artículo 1056.2 CC la confirmación de que el testador puede hacer la adjudicación de la empresa o de las acciones de control atendiendo solo a la conservación de la empresa, no siendo necesario que además concurra en el caso concreto el interés de la familia. O sea, que lo que es bueno para la conservación de la empresa —que es lo que se persigue por encima de todo— puede que no sea beneficioso para la familia, y todo queda en el ámbito de la decisión subjetiva del testador, que difícilmente será susceptible de impugnación. La consecuencia es que, al no prohibirlo el Código civil, y entrar dentro de la «ratio» perseguida por el legislador, el beneficiario de la adjudicación puede ser cualquiera, incluso un no legitimario.[53] Como destaca RUEDA, aunque su posición no parece definitiva[54], si se añade como móvil independiente la conservación de la empresa parece posible dejar el negocio a un hombre de confianza. Los argumentos que se han manejado para defender esta posición son variados, además de la conjunción disyuntiva que une las expresiones «interés de la familia» y «conservación de la empresa». Así, se ha dicho que el CC ya no habla de pagar a los demás legitimarios sino de pagar a los demás interesados, entendiendo por tales los demás interesados en la sucesión y que el acento de la nueva legislación debe ponerse en la conservación de la empresa como objetivo de política económica, abstracción hecha de que, además, resulte

[53] En este sentido, GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La sucesión en la empresa familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, página 1931.

[54] Afirma que su razón como jurista se divide, ya que, de una parte, la doctrina y jurisprudencia clásicas, así como la Exposición de Motivos, se refieren al entorno familiar; pero una lectura aséptica del precepto y su formulación literal conducen a que pueda resultar adjudicatario un extraño. Así, en su trabajo «La reforma del párrafo 2.º del artículo 1056 del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLIV, curso 2003/2004, página 70.

beneficiada la familia. En palabras de HUERTA, «no se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino simplemente que se conserve, que no se disgregue ni se extinga»[55].

La posición contraria ha sido defendida sobre todo por PALAZÓN GARRIDO[56], que sigue viendo en la norma una relación de subordinación entre la conservación de la empresa y el interés de la familia, de forma que la voluntad del testador de conservar indivisa la empresa o de mantener el control de la sociedad presupone que se hace en interés de la familia. Esto implica que el interés familiar nunca podría ser cumplido con la salida de la empresa del círculo familiar. Los argumentos más destacados son entender que la Ley 7/2003 tiene como trasfondo y eje la empresa familiar; que al hablar del pago de la legítima a los «demás interesados» presupone que el otro interesado —el adjudicatario— es también legitimario; y que en definitiva no parece lógico que la intangibilidad de la legítima pueda ceder ante un tercero extraño, ya que no es este el criterio en otros casos como los de los artículos 829, 841 y siguientes del Código civil.

En mi opinión, la cuestión, a falta de pronunciamiento jurisprudencial, es muy dudosa. La intangibilidad cualitativa de la legítima ya se rompe a favor de un extraño en el caso de legado inoficioso de finca a un extraño del art. 821 CC, por lo que no sería descabellado pensar en que el legislador haya pensado en esta posibilidad, aunque desde luego hubiese sido deseable una indicación expresa del legislador. Frente a esto, se puede argumentar, como hace ESPEJO[57], que admitir la adjudicación a un extraño se cohonesta mal con el artículo 821 CC, que para permitir que el extraño legatario conserve el bien exige que la reducción absorba la mitad del valor, y que además el propio artículo 1056.2 parece presuponer la aplicación de algunas de las reglas generales de los artículos 841 y siguientes del CC, que obligan a que el adjudicatario sea legitimario. De ahí que ESPEJO se incline por entender que las exigencias del sistema obligan a interpretar que de forma incorrecta técnicamente el legislador solo habría querido confirmar la tesis doctrinal generalizada que siempre entendió que el interés de la familia debía materializarse a través de la conservación de la empresa.

Hemos visto que el legislador habla hoy de «*explotación económica*», ampliando el primitivo ámbito de aplicación, aunque en realidad la totalidad de la doctrina había entendido aplicable el artículo 1056.2 CC a cualquier clase de explotación. Comprendería así a las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, incluso a las actividades profesionales con elementos patrimoniales vinculados, como farmacias, estudios arquitectónicos o despachos de

---

[55] HUERTA TROLEZ, Antonio: «La empresa familiar…» cit., página 126.

[56] PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil», en la obra colectiva *Protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, página 320.

[57] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La reforma del Código Civil…» cit., página 1263.

abogados, siempre que el adjudicatario esté cualificado profesionalmente para su conservación y continuidad.[58] A mi juicio, la «ratio» de la norma obliga a entender, con CREMADES[59], que son precisos tres elementos delimitadores de esta especial adjudicación «mortis causa»: organización, unidad, y fines de mercado. Si la explotación constituye un conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su dueño en el ejercicio de la actividad económica con fines de mercado, se permite el uso de la facultad del artículo 1056.2 CC. La jurisprudencia del TS, en una de las pocas ocasiones en que se enfrentó a la impugnación de la adjudicación de unas fincas rústicas, concluyó que al no constituir propiamente una explotación empresarial unitaria no cabía utilizar esta vía. En todo caso, la sentencia del TS de 19 de mayo de 1981 aclara que la existencia de la empresa se presume «iuris tantum» por la mera manifestación del testador en el propio testamento en el que realiza la adjudicación y corresponde a los destinatarios del metálico la impugnación. Si se impugna la existencia de la explotación económica y se vence en los tribunales, entonces creemos que el efecto será tener la adjudicación como no hecha y proceder a partir de forma ordinaria de acuerdo con los artículos 1061 y siguientes[60]. Si el testador no es pleno propietario de la explotación, sino solamente de una cuota, habrá que atender a la circunstancia fáctica de que permita o no el control por parte del testador.[61]

Pero ahora añade además la finalidad de mantener el control de las sociedades de capital o de un grupo de éstas, como había propugnado la doctrina notarialista frente al criterio restrictivo de la jurisprudencia más antigua del TS. De interpretar de forma estricta la expresión utilizada por el CC, solamente estarían comprendidas las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones. Sin embargo, HUERTA y RUEDA consideran que la expresión «*sociedades de capital*» no debe ser excluyente, y que deberían incluirse también otras sociedades como la colectiva o comanditaria que cobijen explotaciones económicas por la «ratio» del precepto.[62] Opinión que creo fundada, pero siempre que sean empresas en sentido estricto, como veremos. Las pretensiones del testador con la adjudicación de los paquetes de control centradas en asegurar la posición preeminente del adjudicatario pueden quedar desbaratadas si no se cohonestan con las normas estatutarias de las sociedades que pueden haber previsto derechos de adquisición preferente en caso de sucesión «mortis causa».

---

[58] HUERTA TROLEZ, Antonio: «La empresa familiar…», cit., página 125.

[59] CREMADES GARCÍA, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014, página 61.

[60] Esta es la posición de RUEDA ESTEBAN, Luis: en su tesis citada, páginas 711-712, siguiendo a VALLET y CÁMARA, y frente a la posición extrema de JORDANO BAREA, que califica la situación de los no adjudicatarios como preteridos.

[61] La STS de 5 de junio de 1985 consideró ineficaz la adjudicación porque la cuota del testador era muy pequeña.

[62] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada, página 125; RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis citada, página 713.

Dado que la norma se refiere de forma exclusiva a sociedades de capital, sin exigencias en cuanto al objeto social, o la actividad empresarial, lo más trascendente, a mi entender, es decidir si el objetivo de mantener el control de las sociedades de capital es algo independiente de la conservación de la empresa. Si ambas finalidades (mantenimiento de control y conservación) deben concurrir simultáneamente, lo lógico sería entender que el ámbito de aplicación del art. 1056 CC debería reducirse a las sociedades de capital productivas y excluir radicalmente a las meras sociedades patrimoniales o de tenencia de bienes, ajenas a esa finalidad de mercado antes reseñada. Y es que, como señala ESPEJO,[63] una interpretación que comprenda toda clase de sociedades acabaría dejando en manos del causante la aplicación de la norma por la vía de aportar sus bienes a una sociedad patrimonial, compuesta, por ejemplo, por la casa familiar y la segunda residencia. Pese a las críticas cada vez más recurrentes al sistema de legítimas del derecho común español, lo cierto es que subsiste el sistema y no cabe ignorarlo por vías oblicuas. No olvidemos que el régimen del 1056 recorta más los derechos de los legitimarios que el régimen general de los artículos 841 y siguientes del Código civil, porque permite un aplazamiento del pago hasta cinco años, frente al régimen general que aboca a un pago simultáneo o en un breve plazo. Y no veo por qué un testador tiene que sujetarse al sistema de los artículos 841 y siguientes del CC en casos de patrimonio familiar ordinario y, sin embargo, cuando tiene ese patrimonio aportado a una sociedad de mera tenencia de bienes puede utilizar el cauce del 1056.2. En mi opinión, el centro de gravedad sigue siendo la conservación de la empresa como instrumento de creación de riqueza, y eso se desprende con claridad de la Exposición de Motivos de la Ley. También RUEDA atisba elementos de fraude en el caso de las sociedades de mera tenencia de bienes que provocarían acudir a una partición ordinaria y al cobro de la legítima en bienes de la herencia, o bien a la aplicación de las reglas generales de los artículos 841 y siguientes del CC, más favorables para el resto de los legitimarios no adjudicatarios.[64] Y por eso, la norma debería haber dicho que la explotación económica puede transmitirse aunque la titularidad de la explotación económica no corresponda al causante de forma directa sino a una sociedad.[65]

A pesar de lo dicho, la mayoría de los autores que se ha ocupado del tema discrepan de esta opinión y admiten la utilización del art. 1056.2 CC en caso de sociedades no productivas, como las meramente patrimoniales o de tenencia de bienes. Así, PALAZÓN GARRIDO[66], aunque parezca algo contradictorio con su afirmación anterior de que «el artículo 1056.2.º presupone la existencia de una

---

[63] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La reforma del Código Civil…» citada, página 1264.

[64] RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis citada, página 714.

[65] La idea es de ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: obra citada, «La reforma del Código Civil..», página 1266.

[66] PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo, del Código Civil», en la obra colectiva *La protección del Patrimonio Familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, página 322.

verdadera empresa»[67]. Y lo mismo opinan otros autores como HUERTA con argumentos también fundados. Así, este último argumenta sobre la literalidad de la norma, que no excluye a las sociedades de capital de objeto no empresarial, aunque reconociendo que quizá la letra haya ido más lejos que lo realmente querido por el legislador y que no hay diferencias de fondo entre los patrimonios familiares ordinarios y la sociedad de mera tenencia de bienes.[68]

La norma exige que la adjudicación tenga por finalidad mantener el control societario. Aunque lo normal sea ostentar la mayoría del capital social o un número de acciones o participaciones que atribuyan mayoría absoluta de voto, es cierto, como subraya HUERTA, que la norma no exige este requisito, y que bastará con que, en el caso concreto, permita su control aunque no haya mayoría absoluta. Y es que, como recuerda nuestro compañero, «existen muchas sociedades de facto con mayorías que no exceden del cinco por ciento del capital social».[69]

La titularidad de la empresa o acciones debe corresponder al testador, ya que el 1056.1 habla de la «*partición de sus bienes*». La jurisprudencia del TS ha declarado de forma reiterada que es requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que los bienes sean de pertenencia del testador. A nadie se le escapa que la problemática afecta a los cónyuges casados bajo régimen de gananciales, porque esto impide adjudicar la empresa ganancial al amparo del artículo 1056.2. La empresa solo puede ser de exclusiva propiedad del testador, lo que casi aboca a un régimen de separación de bienes o a empresas creadas antes de contraer matrimonio. Aunque la jurisprudencia del TS es reiterada a la hora de decretar la nulidad de la partición por el testador cuando incluye bienes gananciales[70], cabe señalar algunas vías para intentar sortear esta nulidad:

* Al ser la partición un acto unilateral «mortis causa», aunque se haga por acto «inter vivos», la ajenidad hay que valorarla, como recuerda, RUBIO GARRIDO[71], no en el momento de realizar la partición sino en el de la apertura de la sucesión. De este modo, debe valer la partición íntegramente si los bienes que eran ajenos en el momento de partir acaban siendo privativos del testador al fallecer.

* Cabe también la aplicación de los artículos 1379 y 1380 CC. Para algunos es una aplicación directa porque el artículo 1380 habla de «disposición testamen-

---

[67] PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «La conservación de la empresa familiar…» cit., página 322.

[68] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada «La empresa…», página 126.

[69] HUERTA, TROLEZ, Antonio: obra citada, «La empresa…», página 127.

[70] STS 5 de junio de 1985, STS de 13 de diciembre de 1996, STS de 7 de septiembre de 1998, STS de 18 de marzo de 1991, entre otras muchas.

[71] RUBIO GARRIDO, Tomás: *La partición de la herencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, páginas 464 y siguientes.

taria de un bien ganancial» y esa expresión no se limita al legado, sino también a las adjudicaciones por vía hereditaria ex artículo 1056.2[72]. Por eso, si la empresa es atribuida íntegramente al cónyuge que realizó la partición, la partición será válida. Para otros, llegando a la misma conclusión, la aplicación de esos artículos sería analógica. Incluso se ha defendido[73] que podría mantenerse la partición, aunque no se produjera esa íntegra adjudicación, si cupiera dar una solución con la asignación del valor de tales bienes.

* La prohibición del testamento mancomunado en derecho común ha provocado una práctica notarial muy antigua en la que se realiza la partición combinadamente por los dos cónyuges en cuanto a los bienes comunes a los dos en dos testamentos de contenido idéntico. Y en la sentencia del TS de 21 de diciembre de 1998 se entiende que hubo dos particiones perfectas hechas por ambos testadores en sus testamentos respectivos, completamente vinculantes sin necesidad de liquidar la sociedad de gananciales en sentido estricto.

* Incluso autores como DE LA CÁMARA[74] sostienen la posibilidad de que los cónyuges realicen la liquidación y adjudicación por acto *inter vivos,* pero con efecto desde la muerte de cualquiera de ellos; se trataría entonces no de una partición hereditaria, sino de un pacto vinculante para ambos, que ofrecería una base segura para que cada uno pudiera realizar su propia partición —o incluso una conjunta basada en sendos testamentos— en contemplación de una empresa común que, en su momento, habría de ser adjudicada al cónyuge empresario[75].

* La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 admite la partición realizada por ambos cónyuges en testamentos diferentes en los que establecían normas coincidentes sobre la partición de sus bienes, casi todos ellos gananciales, combinada con la atribución del usufructo universal al superviviente de la totalidad de la herencia y el establecimiento de la prohibición a los hijos o descendientes de pedir la división de la herencia en vida del supérstite.

En definitiva, señala ESPEJO que la doctrina jurisprudencial tachando de nulidad radical a esta partición es excesivamente rigurosa y dificulta enormemente que se use la facultad del artículo 1056 CC[76]. En la partición combinada de ambos

---

[72] DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 25, páginas 345-346.

[73] RUBIO GARRIDO, Tomás: *La partición…* cit., página 467.

[74] DE LA CÁMARA, Manuel, obra citada: en *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, página 2479.

[75] En su momento hemos defendido que por vía de capitulaciones matrimoniales se amplíe el ámbito del artículo 1406.2 CC para permitir la adjudicación al viudo de la empresa aunque supere su parte en la sociedad de gananciales. En este caso se trataría de un pacto previo vinculante.

[76] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: en *Comentarios al Código Civil,* tomo I, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013, página 7630.

cónyuges no hay testamento mancomunado porque es un acto partitivo que depende de dos testamentos que son revocables con carácter independiente.

En relación con el objeto de la adjudicación, ver también epígrafe III.2.3. del capítulo XII.

Las previsiones del testador en la partición deben arrojar luz sobre cuestiones dudosas:

1.º ¿Cuál es el momento al que hay que acudir para valorar la explotación económica o el paquete de control y poder fijar las legítimas que deben pagarse? A las dificultades intrínsecas de valoración de la explotación, se añade la duda del momento temporal al que hay que acudir, ya que si transcurre un período de tiempo más o menos largo entre la muerte y el pago puede haber disfunciones a favor o en contra de los legitimarios. Una primera posibilidad sería atender al momento de la muerte del causante, que es el criterio general del artículo 818 CC. La otra es acudir al criterio del artículo 847 CC, o sea, al momento de la adjudicación, que no está excluido expresamente en el artículo 1056.2, y que está dentro de la sección correspondiente al pago de la legítima en casos especiales. Esta última solución parece más adecuada para bienes que no fluctúen demasiado en su valoración, pero es más dudosa en caso de empresas, donde la coyuntura económica y la propia gestión del beneficiado pueden provocar fluctuaciones perjudiciales para uno o para otro. El testador, para disipar dudas, puede establecer el momento temporal al que hay que atender para la valoración de la empresa[77]. Puede fijar también los criterios a los que habrá que atender para la valoración de la empresa o del paquete societario, sin perjuicio de que puedan resultar impugnados posteriormente por los interesados. E incluso deberían incluirse «cláusulas de estabilización». Estos criterios habrían de ser seguidos, por ejemplo, por el contador-partidor, figura paradójica habida cuenta de que nada hay que partir, como luego veremos. *Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe III.2.6.1 del capítulo XII.*

2.º Otra cuestión de interés es la cuantía de lo que ha de ser abonado a los legitimarios que no resultan adjudicatarios de la empresa cuando el testador no ha especificado nada. El adjudicatario —cuando es descendiente— es un mejorado, pero lo que es discutido es el alcance de esa mejora. La solución quizá pase por distinguir quién sea el beneficiario de la adjudicación:

---

[77] Rueda Esteban, Luis: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056.2 del CC» en la obra colectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2003, página 233.

— Si el beneficiario es un legitimario, las preguntas que se plantean son; ¿solamente tienen derecho a la legítima estricta?, ¿o también, si no está ocupada por otras disposiciones, a su parte en el tercio de mejora? Si el adjudicatario es heredero habrá que estar a la interpretación de la voluntad del testador, pero la adjudicación de la empresa por la vía del artículo 1056.2 CC puede ser un caso de mejora tácita a favor del adjudicatario. En este sentido, la STS de 18 de junio de 1982 resuelve que, dado que la voluntad del causante es conservar indivisa la empresa, debía entenderse que el adjudicatario estaba mejorado para que no peligrara la continuidad de la misma, que estaría amenazada si se tuvieran que pagar elevadas cantidades[78]. Si el adjudicatario de la empresa es legatario, se considerará el exceso sobre la parte de libre disposición como mejora por aplicación del artículo 828 CC. Por tanto, consideramos que lo que el beneficiario legitimario abonará a los demás interesados es solamente la legítima estricta.[79]

— Si el beneficiario es el cónyuge viudo, y concurre con descendientes, habrá de abonarles la cuota correspondiente a su legítima estricta y a la nuda propiedad del tercio de mejora. Si concurre con ascendientes, les abonará la cuota correspondiente a un tercio de la herencia.[80]

— Si el beneficiario fuese un extraño —siempre que se admita esta posibilidad— lógicamente deberá abonar las cuotas correspondientes a los tercios de mejora y legítima estricta[81].

Algún autor[82] considera que el adjudicatario es heredero siempre porque recibe la casi totalidad o totalidad del caudal hereditario, aunque el testador no lo nombre como heredero. RUEDA, con el que estamos de acuerdo[83], considera que habrá que analizar la voluntad del testador, pues será la voluntad del testador la que conceda la condición de heredero o legatario e incluso que sea un heredero «ex re certa» o que toda la herencia se distribuya en legados.

---

[78] En la sentencia se dice que «…habrá de ser el contenido del testamento el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmar que tal voluntad es patente cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora..». Acaba considerando que es una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado palabra mejora.

[79] En este sentido, GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La sucesión en la empresa familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, página 1934.

[80] Por aplicación del artículo 809 CC.

[81] GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La sucesión en la empresa familiar» cit., página 1935.

[82] DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.

[83] RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis cit., página 720.

En cuanto a la posición jurídica de los legitimarios, casi toda la doctrina prefiere incardinarlos entre los legatarios, quizá para dejar claro que no son responsables de las deudas de la herencia excluyendo la aplicación del art. 1084 CC. Y sería un legatario de cuota, porque la intención implícita en toda adjudicación del art. 1056.2 CC es reservar al adjudicatario la posición de heredero —con la responsabilidad correspondiente— y atribuir a los destinatarios del metálico, que será en todo o en parte extrahereditario, revela que el testador no quiso convertirlos en herederos. Y eso con independencia de que el testador haya podido nombrarles herederos porque la interpretación de la voluntad del testador (art. 675 CC) no se detiene en el tenor literal, sino que trasciende a la verdadera intención del testador. Otra cosa es decidir si este pago en metálico hace que se modifique el derecho legitimario de los destinatarios, discusión que excede de nuestro estudio. Baste decir que, frente a opiniones que han considerado que hay un evidente tránsito hacia la legítima «*pars valoris*» o simple derecho de crédito, aunque con ciertas garantías[84], preferimos considerar que sigue siendo prioritariamente una «*pars bonorum*», como recuerda HUERTA[85]. Las garantías asociadas al cobro de esta legítima en metálico extrahereditario son muy importantes porque actualmente se puede diferir el cobro incluso hasta un lustro desde la muerte del causante. No hay que olvidar que, al tratarse de una partición hecha por el testador, el adjudicatario deviene propietario desde el principio de las acciones o de la empresa y podría disponer de forma inmediata. De ahí que sea necesario arbitrar un sistema que garantice que los legitimarios, cuyo derecho legitimario ha quedado debilitado respecto del que gozan los herederos forzosos ordinarios, no quedan totalmente indefensos. Tratándose de acciones o participaciones sociales, la falta de inscripción registral elimina cualquier posibilidad de garantía registral. Sin embargo, no es infrecuente que dentro de la empresa individual existan inmuebles afectos a la misma inscritos en el Registro de la Propiedad. Aunque en las primeras épocas se discutió esta posibilidad, la doctrina mayoritaria cree que sí podría hoy aplicarse la garantía asociada a la mención legitimaria del artículo 15 LH —referida a las legítimas de naturaleza *pars valoris*— a la adjudicación del art. 1056.2 CC. Y es que parecen cumplirse los requisitos exigidos en el 15 LH: hay legitimarios de parte alícuota, no es posible promover el juicio de testamentaría porque la partición está hecha por el testador y hay un heredero autorizado para pagar las legítimas en metálico. La mención del derecho legitimario deberá practicarse de oficio al tiempo de la inscripción y sobre los inmuebles titularidad de la empresa que se inscriben ahora a favor del adjudicatario, de forma que el tercero adquirente queda advertido de que están afectos al pago de las legítimas. La garantía es diferente a la de los perceptores de metálico de los artículos 841 y siguientes del CC, que son simples legatarios de cantidad cuya protección deriva del sistema del art. 844.2 CC.

---

[84] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada «La empresa familiar…», páginas 128 y 129.
[85] RUEDA ESTEBAN, Luis: tesis cit., pagina 721.

El artículo contiene una expresión difícil de entender: «*si no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia*». Este inciso proviene de la reforma de 2003 y como dice ESPEJO, con buen criterio[86], no es fácil saber qué entiende por «forma de pago» y sobre todo, resulta extraño que la omisión vaya a producir la ineficacia de la partición. Si la hipótesis ante la que nos encontramos es que el testador ha adjudicado la empresa y ha ordenado el pago en metálico de las legítimas de los demás interesados, pero nada dice acerca de cómo pagar, parece que lo lógico sería interpretar que debe pagarse de forma inmediata, sin aplazamiento. Con ESPEJO hay que sostener que la ineficacia de la partición debería depender del impago de la legítima en metálico y no de la falta de previsión sobre el modo de hacer el pago. En todo caso, el asesoramiento notarial inherente al testamento abierto debería reducir al máximo la incertidumbre acerca de la forma de hacer el pago y así cercenar la posibilidad de que se pueda llegar a declarar la ineficacia de la partición del testador por esta razón[87]. Quizá la norma lo que quiere decir es que como solo el testador puede excepcionar la regla general del pago de las legítimas con bienes de la herencia (art. 806 CC), el testador debe expresamente —en el testamento o en acto *inter vivos* en el que hace la partición— establecer la posibilidad de pago en metálico extrahereditario.

El artículo 1056 CC señala expresamente en su inciso final que no son aplicables los artículos 843 y 844.1 CC, relativos al pago en metálico de la legítima. Esto hace que no sea necesaria la confirmación expresa de todos los interesados o en su defecto aprobación notarial, potenciando su utilización en la práctica, y que no se aplique el sistema de plazos del 844.1 ni las garantías de los legatarios de cantidad. Ahora bien, que el legislador elimine esta aplicación parece dar a entender que hay una conexión entre los artículos 1056 y los artículos 841 y siguientes del CC, del que aquél sería un supuesto específico. Y sobre todo plantea la duda razonable de saber si esa exclusión expresa significa que todos los demás artículos relativos al pago en metálico sí serían aplicables al pago en metálico de la legítima, lo que supondría que el artículo 846 habría quedado sin efecto.[88] La doctrina más autorizada, que creo que es la correcta, siempre ha entendido que no son aplicables a la hipótesis del 1056 las normas de los artículos 841 y siguientes[89], lo que además es más acorde con la autonomía del art. 1056 CC respecto de los mismos. Sin embargo, RUEDA parece abogar por la posible aplicación de las demás como única forma de acceso al Registro del derecho de los legitimarios expectantes.

---

[86] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: obra citada «La reforma del Código…», página 1267.

[87] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: obra citada «La reforma del Código…», página 1268.

[88] Que excluye las disposiciones particionales del testador del régimen diseñado en los preceptos de los artículos 841 y siguientes del CC.

[89] DE LA CÁMARA, Manuel: *Comentario del Código Civil* cit., Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, página 2484.

Finalizaremos el análisis del art. 1056.2 CC con la regulación que hace de las formas de pago de la legítima a los demás interesados. La regla general es que las legítimas serán pagadas con los restantes bienes de la herencia, si es que hay, ya que la intangibilidad cualitativa de la legítima solo se excepciona en lo necesario para permitir la adjudicación de la empresa. Ahora bien, ya hemos advertido de que el 1056.2 solo tiene sentido si los bienes restantes no cubren en su totalidad las legítimas de los demás interesados. Si existe dinero además de la empresa creemos que no cabe aplazamiento del pago de las legítimas, y el pago debe hacerse desde el primer momento. En cuanto al pago con metálico extrahereditario, el 1056.2 permite establecer por el testador o contador-partidor un plazo para el pago que no podrá superar los cinco años desde la muerte del testador. Y parece lógico entender que también cabrá fraccionamientos dentro del plazo máximo. Es una vuelta de tuerca más a favor de la empresa frente a los derechos legitimarios. La intención del legislador sería poder abonar todo o parte de las legítimas con los beneficios de la empresa o los dividendos del paquete societario adjudicado, lo que coadyuva al objetivo de la conservación, ya que dilata lo que acaso sería un pago demasiado elevado. Lo que sorprende es que se mencione al contador-partidor[90] porque en esta hipótesis de partición por el testador no hay nada que partir y su tarea sería innecesaria. Sin embargo, no cabe duda de que tiene utilidad en este caso, aunque sus funciones no serían las ordinarias. La necesidad o no de abono de intereses, cuando no sea establecido por el testador, dependerá de la aplicación analógica del artículo 847 CC, una vez que hemos descartado la aplicación directa de todos los artículos que regulan el pago en metálico de la legítima (salvo los expresamente excluidos 843 y 844.1CC). HUERTA, por ejemplo, cree que es defecto de imposición expresa del testador o del contador y no se devengarán porque es más adecuado para la conservación de la empresa al reducir el montante final a pagar por el que se la adjudica[91] Otros creen que es contrario a la buena fe y al equilibrio de las contraprestaciones que pueda pagarse en dinero y además se demore sin tener que abonar intereses. *Sobre esta cuestión ver también el epígrafe III.2.6. del capítulo XII.*

El deudor de este pago es el adjudicatario o adjudicatarios, porque es perfectamente posible que la intención de conservar o mantener el paquete de control aconseje que sea más de uno el beneficiado. Y si hay varios deudores, la deuda será solidaria, porque frente al criterio de la mancomunidad del art. 1137 CC se alza la consideración de que es una deuda solidaria por aplicación del artículo 1084 CC y porque así lo aconseja la adecuada protección de los legitimarios. Además, para el pago de las legítimas se admiten los medios ordinarios de extinción de las obligaciones del artículo 1156 del Código civil. Esto aproxima el derecho de crédito de los legitimarios a un crédito ordinario. Parece que lo más utilizado será la dación en pago con el consentimiento de los legitimarios acreedores.

[90] Solo al testamentario, no parece que pueda hacerlo el contador-partidor dativo.
[91] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada «La empresa familiar…», página 131.

Hecho el análisis del artículo 1056.2 CC parece evidente que ha constituido un paso adelante del legislador para procurar la conservación de la empresa familiar, o de los paquetes accionariales empresariales de control, pero no ha satisfecho, por su timidez, a quienes abogaban por la supresión de la prohibición de los pactos sucesorios como camino más seguro. Este paso sí que lo ha dado el legislador italiano en 2006 al introducir una institución excepcional en su derecho sucesorio como es el denominado «patto di familia». Se trata de un contrato entre el empresario, el adjudicatario (que tiene que ser, eso sí, necesariamente un descendiente, o varios descendientes), el cónyuge y los demás legitimarios, y que permite sortear la prohibición general de los contratos sucesorios del artículo 458 del Código Civil italiano. Porque es un auténtico contrato, ya que es irrevocable por la sola voluntad del empresario y no recibe validez de ningún testamento, es un modo de suceder autónomo. Este pacto de familia, que solo puede tener por objeto la empresa familiar o las acciones de la empresa familiar, permite también renunciar a las legítimas futuras por parte de los demás legitimarios. Estas características han hecho que algunos autores aboguen porque sea trasplantado algo parecido al ordenamiento español.[92]

Sobre el análisis del artículo 1056.2. CC ver también el epígrafe III.2 del capítulo XII.

6. El usufructo universal

Otra fórmula sucesoria podría ser la de la atribución del usufructo universal al cónyuge viudo, que abarcará por tanto la empresa familiar o las acciones o participaciones de la sociedad familiar. Existiendo legitimarios, a través de la correspondiente «cautela socini» es extraordinariamente frecuente su utilización en testamento. Si nos encontramos ante una empresa individual, el cónyuge usufructuario, que en principio recibe el usufructo como legatario, continuará mientras viva la explotación económica empresarial. Si hay una sociedad familiar, el usufructo afecta a las acciones o participaciones y no hay gestión directa del usufructuario, sino que la gestión corresponde al órgano de administración de la sociedad. Los rendimientos económicos corresponderán al usufructuario, pero lo que habrá que ponderar en cada caso, como recuerda HUERTA[93], es si por vía estatutaria se atribuye o no al usufructuario los derechos de voto correspondientes a las acciones o participaciones en detrimento de los nudo propietarios.

En todo caso, parece ser una fórmula poco aconsejable para la conservación y sucesión ordenada de la empresa familiar. Primero, porque en realidad no coad-

---

[92] SERRANO CAÑAS, José Manuel: *El cambio generacional en empresas familiares,* Marcial Pons, 2013, páginas 145 y siguientes.

[93] HUERTA TROLEZ, Antonio: obra citada «La empresa familiar…», página 110.

yuva a la conservación de la empresa, sino que la finalidad que persigue el testador es demorar la sucesión de la misma hasta después del fallecimiento de los dos progenitores. Es claro que esta pretensión es solo aparente, porque los herederos nudo propietarios son titulares de cuotas y sigue pendiendo la amenaza de la acción de división. Segundo, porque hoy en día resulta mucho más adecuada la utilización de la fiducia sucesoria del artículo 831 del CC, que atribuye al viudo o viuda muchas más facultades útiles para ese propósito de conservación.

7. La sustitución fideicomisaria

También es posible que el testador utilice la fórmula de la sustitución fideicomisaria, de forma que el heredero fiduciario tiene que conservar los bienes recibidos —en este caso la empresa familiar o el paquete accionarial en una sociedad familiar— para posteriormente, a su fallecimiento, o cuando llegue un término o se cumpla una condición, traspasar esos bienes al fideicomisario. ¿Es una fórmula útil a nuestros efectos de conservar la empresa? En ocasiones sí puede serlo. Así, si los hijos son menores de edad, y el testador prefiere dejar la conservación de la empresa en manos de un fiduciario hasta que aquéllos lleguen a cierta edad. Ocurre que el problema a veces simplemente se aplaza, ya que será en el momento del tránsito fideicomisario cuando surjan los problemas si son varios los fideicomisarios. Por otro lado, es un gravamen de la legítima de los fideicomisarios que habrá que mitigar a través de la «cautela socini» en el caso de que sea posible hacerlo. Finalmente, no hay que olvidar que la obligación de conservación se compagina mal con la administración dinámica que exige una empresa en funcionamiento. Es verdad que cabe una cláusula de residuo para permitir mayor amplitud de actuación al fiduciario, pero si hay legitimarios no es posible. En el caso de que uno de los legitimarios sea incapacitado judicialmente sí es posible legalmente incluso gravar la legítima estricta de los demás legitimarios, como previene el artículo 782 del Código civil. En estos casos lo ordinario será que también sea destinatario de los tercios de mejora y de libre disposición el incapacitado judicialmente, por lo que conservará íntegra la empresa individual o el paquete accionarial de la empresa familiar. Será el tutor del incapacitado el que conserve la empresa en su totalidad y la gestione, o el que administre las acciones o participaciones. Esto permite la conservación de la empresa durante el tiempo de la vida del fiduciario.

8. La exclusión de la administración de los bienes de los hijos

Cuando hay hijos menores de edad, aunque el testador no quiera favorecer a uno de ellos por encima de los demás adjudicándole la empresa familiar o el paquete accionarial de la sociedad familiar, es sumamente aconsejable que designe un administrador específico de esos especiales bienes. O sea, que utilice la vía

del artículo 164.2 del Código civil para excluir de la administración de esos bienes al titular de la patria potestad y que designe un profesional o persona cualificada para administrar durante la minoría de edad. Esto contribuirá de forma clara al objetivo de conservación de la empresa. Se ha dicho que este uso del 164.2 CC no puede afectar a la legítima del menor de edad porque sería un gravamen. La objeción no se sostiene. Como recuerda MARTÍNEZ SANCHIZ[94], no puede haber gravamen legitimario cuando el hijo no sufre ninguna disminución en sus facultades, ya que carece de esa administración. La administración se la sustrae al progenitor, no al hijo. Además, se trata de una práctica habitual avalada por el Tribunal Supremo.

Otra cosa más peliaguda es establecer esta administración una vez transcurridos los dieciocho años, en la que la limitación ya afecta directamente al legitimario, por lo que parece imprescindible utilizar la vía de la «*cautela socini*».

9. Otras previsiones sucesorias

El testador empresario, en su búsqueda de soluciones a la preservación de la unidad de la empresa, puede acudir a la imposición de cargas, condiciones o restricciones a la unidad de la empresa. Si existen legitimarios, que es la hipótesis que estamos manejando, el respeto a la intangibilidad cualitativa de la legítima del artículo 813.2 CC exige que se utilicen las llamadas «*cautelas de opción compensatoria de la legítima*» o *cautelas socini,* por las que se atribuye al legitimario la opción entre su legítima estricta sin cargas o una mayor percepción, pero con el gravamen. Si algún legitimario opta por su legítima estricta se produce un acrecimiento a favor de los que acepten el gravamen. El Tribunal Supremo ha consagrado legalmente esta práctica, extraordinariamente utilizada en los testamentos notariales, sobre la base del artículo 820.3 CC[95].

Dentro de estas cargas, cuando hay varios herederos, destacan dos:

1. La primera es el establecimiento por parte del testador de una prohibición de dividir la herencia. A veces, el testador empresario no quiere desigualar a los hijos porque aunque haya uno que comparta labores de dirección con él, prefiere que todos los demás hijos participen de los beneficios empresariales[96]. Se trata entonces, como decía PUIG BRUTAU[97], de «compatibilizar la unidad de dirección de la empresa con la pluralidad de la partici-

[94] MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel: «Quo legitima tangitur…», cit. página 60.
[95] Por ejemplo, en las sentencias de 29 de diciembre de 1939 y en la de 30 de enero de 1995.
[96] En otras ocasiones el testador es consciente de que su adjudicación individual puede producir la extinción de la sociedad porque no podrá pagar las legítimas individuales de los demás interesados.
[97] PUIG BRUTAU, José: obra citada «El testamento del empresario», página 847.

pación en sus beneficios». En este contexto puede ser útil esta prohibición del testador de dividir la herencia que impone su ejercicio en comunidad. Si se atribuye una cuota algo mayor en esa comunidad al hijo que gestiona o puede gestionar mejor la empresa, se podrá tender a conseguir esa compatibilización de la que hablaba PUIG BRUTAU. Ahora bien, la utilización de esta facultad de prohibir la división por parte del testador prevista legalmente en el artículo 1051 del CC plantea dos cuestiones básicas: (i) la primera es decidir si el testador está sujeto a algún límite temporal; (ii) la segunda es decidir si constituye un gravamen sobre la legítima de los herederos.

En cuanto a la primera cuestión, parte de la doctrina se ha pronunciado a favor de aplicar el límite temporal de los diez años que para los pactos de indivisión establece en la comunidad ordinaria el art. 400.2 del Código civil[98]. Sin embargo, prefiero la opinión de que no existe límite temporal alguno, ya que de lo contrario se frustraría la intención del testador al establecerla. Además, la propia remisión a las causas de extinción de la sociedad abre una vía para que la situación no se eternice. El art. 1051 del CC responde a un planteamiento distinto del art. 400.2 CC[99] y las normas que se le aplican son las de la sociedad. Para evitar que se aplique el artículo 1700.3 CC el testador podrá ordenar en el testamento que continúe la indivisión con los herederos del partícipe premuerto.

En cuanto a la segunda, y aunque es dudoso, MARTÍNEZ SANCHIZ[100] elude la aplicación del art. 813.2 CC con el argumento de que los legitimarios no tienen derecho a recibir su legítima en bienes concretos. La legítima debe recibirse «*ex rebus substantia patris»*, y eso incluye una cuota indivisa de la herencia, pero no «*in rebus substantia patris»,* lo que conllevaría fijarla en bienes concretos. La prohibición de dividir no implica prohibición de enajenar la cuota, lo que se aplaza es la partición, y aunque es una especie de lastre, no es suficiente para provocar la aplicación del artículo 813.2 CC. De este modo no sería necesaria la imposición de una *cautela socini* en estos casos.

2. La segunda posibilidad es que el testador imponga como carga o condición de la atribución «mortis causa» la constitución de una sociedad mercantil. Esta es una solución que limita los problemas asociados a la indivisión entre los legitimarios y puede permitir la participación de todos los sucesores en los rendimientos de la empresa. En el testamento, el empre-

[98] Así lo sostiene PALAZÓN GARRIDO, María Luisa,: obra citada «La sucesión por causa de muerte..», página 340

[99] DE LA CÁMARA, Manuel: «Comentario al Código Civil», artículo 1051. Ministerio de Justicia.

[100] MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel: «Quo legitima tangitur…», cit. páginas 79 y siguientes.

sario señalaría las bases fundamentales de la constitución, incluyendo los estatutos sociales, para evitar dilaciones y discrepancias e impone a sus sucesores la constitución como carga o condición. A la hora de decidir cuál es la forma societaria idónea dependerá de los objetivos. VALLET, tras su estudio exhaustivo del tema[101], subrayó las bondades de la sociedad comanditaria en la que el sucesor sería el socio colectivo y sus coherederos serían los comanditarios, pero el problema es el rigor de la responsabilidad de los socios en este tipo de sociedades personalistas. Dentro de las sociedades de capital la más flexible y adaptable a las necesidades de la empresa familiar sería la limitada. En el testamento el testador empresario determina la participación de cada socio y puede imponer la persona del administrador de la sociedad, incluyendo aspectos delicados como el de su retribución. A través de esta fórmula, como dice VALLET en la obra citada, puede cumplir dos objetivos básicos: (i) que la empresa se conserve dentro de la familia, para lo que podrá introducir cláusulas limitativas de la transmisibilidad a extraños; (ii) que la dirección de la sociedad corresponda al hijo mejor dotado. Esto es más sencillo si el testador, además, ha mejorado a este futuro administrador y le ha atribuido la mayoría de la sociedad, pero incluso cuando no sea así, y no tenga posibilidad de decidir como mayoritario, es posible acudir a otras técnicas de derecho societario. Así, las participaciones sin voto para el resto de partícipes, aunque lleven consigo beneficios económicos. En todo caso, parece aconsejable nombrar albacea en el testamento para poder ejecutar la constitución de la sociedad. Ahora bien, esta carga o condición, en cuanto supone una vulneración de la intangibilidad cualitativa de la legítima (art. 813.2 CC), debe ir acompañada de una «*cautela socini*» que permita a los legitimarios optar por recibir más de lo que les corresponde con la carga o su legítima estricta sin carga.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe I.2.2.5. del capítulo XII de esta obra colectiva.

V. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL COMO INSTRUMENTO DE TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

1. Sucesión contractual en derecho común

El testamento del empresario en territorio de derecho común se revela como más imprescindible todavía por la prohibición de la sucesión contractual y por el

[101] VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Constitución testamentaria de sociedad anónima entre los descendientes del causante en el Derecho Común español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1991, tomo XXX, volumen 1, páginas 561-603.

artículo 816 CC, que prohíbe la transacción o renuncia sobre la legítima entre los herederos forzosos y el causante. En efecto, los artículos 658 y 1271 del CC, de tradición romana, cierran el paso a los contratos sucesorios, salvo algunos casos excepcionales. Esta solución legal ha sido ampliamente criticada por la doctrina española, hasta el punto de que ESPEJO califica esta crítica como una «*communis opinio*».[102] La propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, que modifica el artículo 1271 CC y reforma el art. 1056.2 CC, parece achacar a la insuficiencia del CC en esta materia las dificultades para lograr la adecuada conservación de la empresa en contraste con los territorios de derecho foral más proclives a la sucesión contractual, suministradora de soluciones más racionales y flexibles. Sin embargo, estamos de acuerdo con el mismo ESPEJO cuando dice que esta crítica «*está llena de lugares comunes que no resisten un análisis desapasionado*»; en primer lugar porque en la práctica se demuestra que en los territorios forales apenas se hace uso de los pactos sucesorios. Son significativas las palabras del notario de Barcelona LÓPEZ BURNIOL cuando dice que «*se produce el fenómeno curioso de que la culminación de la construcción de los pactos sucesorios coincide prácticamente con su ocaso*».[103] Y las formas excepcionales de sucesión contractual admitidas en nuestro derecho común que ahora veremos tampoco son utilizadas, como podemos atestiguar los notarios en nuestros despachos profesionales. Y es que quizá haya de calificar la prohibición de los pactos sucesorios como algo razonable, que como destaca DÍEZ PICAZO[104] «refleja una efectiva realidad social y está inspirada en ideas de respeto a la persona y a su poder de autonomía que merecen indudable consideración».

De «lege data» tenemos que analizar el actual texto del artículo 1271.2 CC cuando dispone que «*sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056».* Sin embargo, la señalada en este artículo no es la única excepción, ya que luego se regula en el texto codicial la promesa de mejorar y no mejorar en capitulaciones matrimoniales (art. 826 CC) y la mejora irrevocable (art. 827 CC) hecha por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado por tercero.

Por tanto, conviene estudiar cómo pueden incidir estas posibilidades en la problemática de la empresa familiar:

— Comenzando con la partición entre vivos hecha por el causante del artículo 1056.2 CC, a la que se refiere de forma expresa el art. 1271 CC, hay

---

[102] ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: obra citada «La reforma del…», página 1251.

[103] LÓPEZ BURNIOL, Juan José: *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, I, Barcelona, 1994, página 330.

[104] DÍEZ PICAZO, Luis: *Lecciones de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1967, página 390.

que descartar que se trate de un pacto sucesorio porque nunca es irrevocable incluso aunque se haya realizado con el consentimiento de todos los herederos. Y si no es irrevocable no cabe hablar de contrato. Se mantienen intactas las facultades del testador para ir contra sus propios actos.[105] La partición por el testador es siempre unilateral y revocable. El propio TS, en su sentencia de 23 de febrero de 1999, dice que el hecho de que el reparto se instrumente en acto entre vivos «no le confiere cariz contractual ni le imbuye de una fuerza vinculante frente al de *cuius*». De hecho, como recuerda CREMADES GARCÍA, si el causante se comprometiera con los herederos a no modificar un reparto acarrearía su nulidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 737 CC. Pero es que, además, estos contratos no otorgan nunca un título para acceder a la herencia sino que, presupuesto el título sucesorio, permiten la división de un modo predeterminado. Por tanto, queda claro que si en la partición «inter vivos» llegan a intervenir junto con el causante los herederos, no es un contrato vinculante para el testador, ya que en todo momento puede revocar esa partición, bien mediante otra partición «inter vivos» hecha unilateralmente por él, bien mediante un testamento posterior que sea incompatible con la partición. La duda es si esa voluntad manifestada por los hijos sobre la partición futura tiene alguna eficacia entre ellos, o sea, si es fuente de alguna vinculación para ellos. Hay quien señala que sí que es vinculante para los herederos, aunque no lo sea para el testador. Pero no es menos cierto que la partición que hace el testador es vinculante de suyo para los herederos, que deben «*pasar por ella*», a salvo sus derechos legitimarios; es decir, que la vinculación proviene de la naturaleza de la partición realizada y no de la firma del documento. ¿Significa esto, como ha dicho alguna jurisprudencia, que se trata de la mera prestación de un consentimiento moral?. Quizá se pueda atribuir a este consentimiento alguna eficacia mayor, quedando los herederos vinculados en aspectos colaterales a la partición y que fueran regulados en la partición «inter vivos», como forma y plazos de pago (ampliando, por ejemplo, el de cinco años), o criterios de valoración establecidos de común acuerdo, aunque sería dudoso si sería vinculante cuando lo que está en juego es la legítima vinculada a esa valoración, ya que podría colisionar con la prohibición de la renuncia o transacción sobre la legítima futura.

Por otro lado, la jurisprudencia, de forma reiterada, ha dicho que la prohibición del artículo 1271.2 CC se refiere exclusivamente a la prohibición de los pactos sobre la universalidad de la herencia integrada por todos los bienes de la herencia, derechos y obligaciones, y cuya certeza se alcanza a la muerte del causante (sentencias del TS de 4 de mayo de 1910, 16 de

[105] CREMADES GARCÍA, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014, página 34.

mayo de 1940, 25 de abril de 1951, 3 de marzo de 1964 y 22 de julio de 1997, entre otras). El artículo 1271.2 habla de «herencia» y no de bienes concretos: en consecuencia, el TS ha admitido pactos sobre bienes concretos y determinados de la herencia que existían en el patrimonio del causante cuando se otorgó el contrato, vinculando la nulidad con un problema de determinación del objeto del contrato. Lo cierto es que no queda clara esta distinción de los tribunales y por qué en el segundo caso son admisibles los pactos, pero es doctrina jurisprudencial consolidada. En lo que interesa a este trabajo esto parecería abogar por la posibilidad de que los futuros herederos pudiesen pactar sobre la empresa familiar o sobre un paquete societario, sin intervención del testador en el pacto, y sin necesidad de confirmación testamentaria, aunque resulte muy conveniente. Lógicamente el testador empresario siempre podría disponer libremente de la empresa en vida o por vía de testamento posterior. Pero si no lo hiciera sería vinculante lo pactado por los herederos. La duda, expresada por CREMADES GARCÍA[106], es si una empresa, que es una realidad dinámica en el que se incorporan y desaparecen con frecuencia elementos de todo tipo, será considerado por la jurisprudencia como un objeto cuya certeza sea indiscutible en el momento del pacto y por tanto objeto materia de pacto válido. Y también, añado yo, cuando la empresa es casi el único bien del causante, si no se considerara que este pacto en realidad es un pacto sobre la universalidad que está radicalmente prohibido.

— El artículo 826 CC recoge la posibilidad de pactar en capitulaciones matrimoniales una promesa de mejorar o no mejorar. Su naturaleza contractual es indudable porque es irrevocable por voluntad del mejorante; solo pueden ser modificadas o revocadas con el consentimiento de los que intervinieron en las capitulaciones (art. 1331 CC). El párrafo segundo dice claramente que *«la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto».* Lo pactado de esta manera no se ve revocado por un testamento posterior, ya que la libertad dispositiva del testador ha quedado cercenada. A diferencia de la hipótesis del artículo 827 CC, aquí no hay entrega efectiva de bienes, sino que lo prometido se adquiere cuando se abra la sucesión. Lo que sí es posible es que el mejorante, en cumplimiento de esa promesa de mejorar, realice una donación no colacionable en vida, o bien tras su muerte le instituya heredero o legatario. La mejora puede ser de cuota o puede ser de cosa cierta y determinada, y en este caso ya hemos visto que cabe incluir la empresa familiar, pese a estar compuesta de múltiples elementos. En realidad, lo lógico es que no quede indeterminado, y que para estimular al beneficiario a cumplir con su parte —muchas veces tiene un cierto matiz oneroso— se suele hacer una

[106] CREMADES GARCÍA, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014, página 39.

promesa de mejora concreta. El mejorado suele ser uno de los herederos, que se dedicará con más entusiasmo a la empresa familiar con la seguridad de que le corresponderá en el futuro la misma.

— La mejora irrevocable del artículo 827 CC se produce cuando la mejora se hizo en capitulaciones matrimoniales o en contrato oneroso celebrado con tercero. En este último caso parece que se está refiriendo al extraño supuesto de que a cambio de una prestación hecha por el tercero se mejore a un hijo o descendiente. La irrevocabilidad se funda en el interés que tiene el tercero en la operación en su conjunto. Así, cabría plantear la posibilidad de mejorar en vida al descendiente con la empresa familiar a cambio de su conservación, lo que provocaría que la conducta del mejorado atentatoria con esa finalidad diese lugar a la impugnación por parte de los herederos. Esta puede ser una opción cuando se trata de la empresa familiar, pues el favorecido tiene una seguridad de que finalmente será el destinatario de la misma y estará motivado para dedicar sus esfuerzos en ella.

2. Sucesión contractual en los derechos civiles forales

Brevemente haremos un análisis de las posibilidades que ofrece la sucesión contractual en los territorios forales, tratando de relacionarlo con la conservación de la empresa familiar.

2.1. Cataluña

Es el territorio foral en el que se ha demostrado más preocupación por adaptar su derecho sucesorio a las necesidades actuales de la economía y en especial a las de la empresa familiar. La anterior Ley 40/1991, de 30 de diciembre, recogía la sucesión contractual en un contexto matrimonial, en capitulaciones matrimoniales, y entre los cónyuges o futuros cónyuges o entre padres e hijos que se casaban. La institución había caído en desuso. A partir de la Ley 10/2008, que introduce el Libro IV del Código Civil Catalán, se regula la sucesión contractual de una forma permisiva y flexible que convierte los pactos sucesorios en un instrumento de planificación sucesoria y una herramienta para la continuidad y conservación de la empresa familiar[107]. De hecho, en el propio Código Civil Catalán son frecuentes las alusiones a la continuidad de la empresa familiar o de un establecimiento profesional (arts. 431-6, 431-7.1, 431.8, 431-25, etc.) como finalidades típicas del pacto sucesorio.

[107] CREMADES GARCÍA, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014, página 236.

Hay límites en cuanto a quiénes pueden otorgar los pactos sucesorios: pueden otorgarlos los cónyuges o convivientes con la familia de éste o con la familia propia dentro de un cierto grado de consanguinidad o afinidad. Pero no existen límites en cuanto a los posibles beneficiarios, que pueden ser terceros ajenos a la familia, como por ejemplo un socio no familiar. Si las personas beneficiarias del heredamiento o atribución patrimonial no son otorgantes del pacto sucesorio (artículo 431-3) no adquieren ningún derecho a la sucesión hasta la muerte del causante, momento en el que aceptará o no, y existe ineficacia en caso de premoriencia como regla general. Sin embargo, el instituido que además es otorgante del pacto sucesorio es ya heredero y no tiene que pronunciarse porque no puede repudiar (artículo 438.21).

Los pactos sucesorios son contratos formalizados en escritura pública por los cuales las partes acuerdan instituir heredero y/o realizar atribuciones particulares de la herencia de cualquiera de ellos. La ventaja clara respecto de los testamentos radica en que, aunque en ambos casos el beneficiario no adquiere derechos hasta la muerte del causante, el testamento es revocable libremente por el testador, mientras que solo se puede revocar o modificar por acuerdo de los otorgantes en escritura pública o cuando concurran las causas tasadas en la Ley.

Estas asignaciones particulares a favor de los otorgantes o de terceros, permiten que el padre e hijo pacten que el primero le atribuya «mortis causa» la empresa o el paquete accionarial que conlleva el control de la empresa, pero sin que le instituya heredero o sucesor universal. Una vez hecha la atribución patrimonial el causante no puede disponer de los bienes objeto de la misma sin consentimiento expreso del favorecido y si no suscribió el pacto sin el consentimiento de los demás otorgantes (artículo 431-30.1). Con esto queda garantizada la recepción final por parte del favorecido de la empresa o paquete accionarial, que además podrá tomar posesión por sí solo del objeto de la atribución sin esperar a la entrega por el heredero, como ocurriría si le hubiesen legado ordinariamente la empresa o paquete accionarial. En cuanto al resto de los bienes no comprendidos en la atribución patrimonial, el causante puede disponer de ellos por medio de heredamiento o por testamento, o se deferirán por la ley. Cuando además hay transmisión de presente, el acto pasa a considerarse una donación.

Tratándose de heredamiento, si la finalidad fuese el mantenimiento o continuidad de la empresa familiar, puede convenirse que su transmisión onerosa, o del paquete de control, así como la renuncia del derecho de suscripción preferente, deba hacerse con el consentimiento expreso del instituido o de terceros (artículo 431-25.2). Cuando se trata de disposición a título gratuito solo se requiere el consentimiento del heredero sin que se distinga entre otorgantes del pacto sucesorio y terceras personas no otorgantes a cuyo favor se ha hecho el heredamiento.

Son amplias las posibilidades[108] que se abren en relación a la empresa familiar: (i) padre y madre pueden acordar entre ellos que la empresa sea para un hijo determinado, aunque no haya consentimiento de éste; (ii) padre y madre pueden pactar que ante un eventual cese de convivencia o ruptura del matrimonio, la empresa familiar sea solo para alguno de los hijos comunes; (iii) el empresario y el hijo que aquél considera más idóneo para su gestión en el futuro pueden otorgar el pacto sucesorio para asegurarle al hijo que obtendrá la propiedad de la misma, lo que contribuye a implicarle mucho más en el trabajo en la misma; (iv) varios hermanos que ya son dueños de una empresa —porque la han heredado, o porque la han fundado juntos— pueden convenir quién será el sucesor para evitar la dispersión del negocio.

Además, se pueden imponer cargas o condiciones, como por ejemplo procurar la continuidad de la propia empresa o la transmisión indivisa del establecimiento profesional.

Los pactos de renuncia a derechos sucesorios pueden también facilitar indirectamente la transmisión de la empresa familiar, pues evitan la fragmentación de la herencia. El artículo 451-36 regula el pacto de renuncia del derecho de legítima en tres supuestos, en los que no podemos entrar aquí, y siempre en escritura pública.

2.2. País Vasco

La Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, que entró en vigor el 3 de octubre de 2015, deroga toda la normativa anterior y nace con la voluntad de armonizar el ordenamiento civil vasco, hasta ahora fragmentado en territorios históricos. De este modo regula los pactos sucesorios y los hace extensivos a todo el País Vasco. Hay tres rasgos básicos de la sucesión contractual vasca: (i) su apertura a cualesquiera contratantes y beneficiarios (no opera necesariamente entre familiares); (ii) libertad de configuración en cuanto al contenido; (iii) la irrevocabilidad de los pactos, salvo excepciones, como veremos más adelante.

El contenido permite la designación de herederos, la atribución de bienes concretos a título singular (cuyo objeto puede ser la empresa familiar), la entrega de bienes en vida, la renuncia a la legítima o a la herencia, el pacto de mejora, la imposición de cargas, condiciones, limitaciones u obligaciones al instituido, etc.

Hay dos formas básicas: (i) el pacto sucesorio con eficacia de presente, que puede resultar útil para planificar la sucesión en la empresa familiar, ya que permite disponer en vida, sin necesidad de esperar a la sucesión del empresario.

[108] Las apunta CALAF AIXALÁ, Xavier, abogado del despacho Cuatrecasas, en la página *web* «La empresa familiar.com», publicada por la Cámara de Comercio de Catalunya.

Supone que el beneficiario adquiere en vida con las limitaciones establecidas (por ejemplo, que sea administrador de la empresa) y será necesario el consentimiento de instituyente y sucesor instituido para disponer o gravar los bienes, salvo estipulación en contrario; y (ii) el pacto sucesorio con eficacia «post mortem» o eficacia diferida al momento del fallecimiento del instituyente, en que éste continúa siendo el dueño de los bienes en vida y podrá disponer de ellos a título oneroso. Si el instituido fallece antes que el instituyente, a diferencia de lo que ocurre en otros derechos forales, el derecho se transmite a los descendientes, y si no tiene, entonces es un pacto que deviene ineficaz.

La natural irrevocabilidad de estos pactos, que son contratos formalizados necesariamente en escritura pública, hace que no se pueden modificar ni revocar salvo que vuelvan a prestar instituyente e instituido su consentimiento en escritura pública. Por voluntad unilateral del instituyente solo cabe la revocación por las causas que se hayan previsto, por incurrir el instituido en causas de desheredación o indignidad y por incumplimiento de las cargas previstas.

En todo caso, el titular de la empresa familiar vasca podrá, mediante pacto sucesorio, elegir a la persona que considere más idónea para continuar al frente de la misma, establecer reglas de gestión que favorezcan la continuidad, arbitrar mecanismos para que participen otros miembros de la familia —en la gestión o en los beneficios—. El que es nombrado sucesor se implicará decididamente en la empresa al saber que es un pacto irrevocable.

Finalmente, los pactos de renuncia a la herencia futura contribuirán también a evitar la disgregación de la empresa familiar.

2.3. Islas Baleares

En el Libro I de la Compilación de 1961, modificada en 1990, se prevén los pactos sucesorios para Mallorca (artículo 6) y en el Libro III se admiten en Ibiza y Formentera (artículo 69) como un modo diferente de diferirse la sucesión, además del testamento y la Ley. No hay una regulación legal genérica de los pactos sucesorios, sino que, de forma particularizada, en Mallorca se regula la donación de bienes presentes y futuros (artículos 8 a 13) y la definición que es un pacto renunciativo (artículos 50 y 51); en Ibiza y Formentera, el pacto de institución y el de renuncia o finiquito (artículos 72 a 77). Lo que hay que plantearse es si son pactos útiles para la conservación de la empresa familiar.

En la donación universal de bienes presentes y futuros existe normalmente una donación «inter vivos» de los bienes presentes incluidos en ella —el causante puede excluir algunos y reservarse la facultad de disponer de otros— y además se adquiere la cualidad de heredero contractual respecto de los demás bienes que

lleguen a integrar la sucesión del donante. Ahora bien, este contrato, necesariamente contenido en escritura pública, puede contener cláusulas que aplacen su efectividad a la muerte del donante o a la llegada de un término, en cuyo caso el donante se considera usufructuario y el donatario nudo propietario. Como contrato que es, es irrevocable, salvo por causas excepcionales (indignidad sucesoria, incumplimiento de cargas e ingratitud del donatario). Al poder establecerse las limitaciones, condiciones y sustituciones que tenga por conveniente el donante, se ha planteado la posibilidad de establecer como carga el mantenimiento del negocio familiar por el donatario, o que las acciones de la empresa familiar no pasen a personas ajenas a la rama familiar[109], con la amenaza de una eventual revocación de la donación que incluyera el negocio o acciones familiares. El problema en la práctica es que solo está legitimado el propio donante para revocar, por lo que no podría revocarse cuando son donaciones aplazadas en cuanto a su efectividad a la muerte del donante. Pero, en general, se puede decir que es un instrumento que permite la planificación en la sucesión de la empresa familiar.

La definición, que se formaliza necesariamente en escritura pública, supone la renuncia de los descendientes legitimarios a todos sus derechos sucesorios o solo a la legítima que en su día les corresponda y trae causa de una donación o compensación que reciben los renunciantes. De ahí que se haya considerado como negocio oneroso. No escapa a nadie que es un buen instrumento para el empresario para organizar la sucesión de su empresa sin las limitaciones derivadas de la intangibilidad de las legítimas, ya que esa compensación se realiza en pago adelantado de unos derechos legitimarios que en ese momento solo son meras expectativas.

Antaño permitidos solo en las tradicionales capitulaciones matrimoniales o espòlits, la reforma de 1990 permite que los pactos de institución y renuncia de Ibiza y Formentera formen parte del contenido de cualquier escritura pública. El contenido de los pactos de institución es amplísimo y puede suscribirse entre familiares o con extraños, lo que los convierte en instrumento flexible a la hora de su uso en relación con las empresas familiares. Puede implicar transmisión actual de todo o parte de los bienes o no; en este último caso el beneficiario es heredero contractual y no tiene efecto su llamamiento si premuere al instituyente, que conserva la propiedad de los bienes hasta su muerte. Se diferencia de heredero testamentario en que el pacto es irrevocable y en que puede impugnar los actos realizados por el instituyente en fraude del heredamiento, lo que no será fácil de precisar si existe una empresa familiar, ya que la necesidad de una gestión dinámica oscurecerá la calificación que corresponderá en todo caso al juez en caso de impugnación.

También en Ibiza y Formentera nos encontramos con los pactos de renuncia, de contenido muy similar al que hemos visto en Mallorca.

---

[109] Cremades García, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014, página 191.

2.4. Navarra

La Compilación de Derecho Civil de Navarra o Fuero Nuevo, aprobado por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, declara la validez de los pactos sucesorios como un modo más de ordenar la sucesión (Ley 149). Hay que advertir que en Navarra el mantenimiento y conservación de la Casa o patrimonio familiar es un principio fundamental, hasta tal punto de que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de todos los pactos y disposiciones voluntarias, costumbres y leyes (Ley 75 FN), y no es dudoso que hoy la empresa familiar —cualquiera que sea su objeto, agrícola, ganadero, forestal, industrial— e interrelaciona con la Casa al conjugar las ideas básicas de patrimonio y familia. En Navarra estos objetivos se consiguen mediante la combinación de la libertad de testar y pactar (Ley 177) para procurar que sea sencilla la designación de un sucesor en la dirección de la familia o empresa familiar.

El contenido del pacto sucesorio es amplísimo: establecer, extinguir o renunciar en vida del causante derechos de sucesión «mortis causa» de una herencia o parte de ella, y hay que advertir que puede ser extraño al círculo familiar uno de los contratantes, o ser extraño el beneficiario de los pactos de los contratantes. El pacto puede contener sustituciones, modos, reservas, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones, que son útiles en las empresas familiares; así, una condición resolutoria consistente en la conservación de la empresa familiar.[110] Los pactos sucesorios están revestidos de forma «ad solemnitatem» porque solo caben en escritura pública o en capitulaciones matrimoniales.

Como corresponde a su naturaleza contractual, son pactos irrevocables los nombramientos de herederos pactados entre dos o más personas en beneficio mutuo o en beneficio de un tercero. Estos pactos pueden conllevar transmisión actual de bienes o no; si transmiten de presente, el instituyente puede reservarse la facultad de disponer por cualquier causa o sólo por título oneroso, y si no transmiten de presente, el instituido es un heredero contractual que solo podrá impugnar los actos dispositivos del instituyente que sean a título gratuito.

Estos pactos sucesorios, dada su amplitud, permiten al empresario planificar la sucesión de la empresa familiar de modo casi perfecto.

2.5. Galicia

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, regula la sucesión paccionada en escritura pública como otra forma de diferir la sucesión además de

---

[110] CREMADES GARCÍA, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014, página 181.

la legal y la testamentaria. La LDCG regula los pactos de mejora en que se conviene a favor de descendientes la sucesión de bienes concretos, con entrega o no presente de los bienes. También los pactos de apartación de los legitimarios a cambio de bienes concretos que les son adjudicados. El pacto de mejora de labrar y poseer supone que el ascendiente que quiere conservar indiviso un lugar acasarado o una explotación económica pueda pactar con cualquiera de sus descendientes su íntegra adjudicación.

Los pactos de mejora utilizan una terminología que puede inducir a error, porque hoy la legítima de los descendientes gallegos está constituida por la cuarta parte del haber hereditario líquido y no hay distinción entre legítima y mejora. Con estos pactos se conviene a favor de descendientes la sucesión sobre bienes concretos (artículo 214) y puede suponer o no la entrega de bienes de presente. Puede tener por objeto la empresa familiar y es conveniente que se plasme la finalidad de su conservación en la familia para que en caso de eventual incumplimiento pueda dejarse sin efecto el pacto.

El pacto de mejora de labrar y poseer lleva, sin embargo, implícita la finalidad de conservación indivisa de la explotación, y su contenido es muy parecido al actual artículo 1056.2 del CC, aunque en Galicia no se articule a través de una partición por el testador, siempre revocable[111], sino por medio de un pacto entre ascendiente y el descendiente elegido como más adecuado para la pervivencia de la empresa, sin posibilidad de libre revocación, salvo causas tasadas. Una de estas causas es que durante dos años consecutivos el mejorado abandone totalmente y sin justa causa la explotación de los bienes, en nuestro caso la empresa familiar, cuando hubo entrega simultánea de los bienes. En cualquier caso, esta mejora de labrar y poseer, cuyo origen, como revela su denominación, era eminentemente agrícola, sirve hoy a toda clase de explotaciones económicas[112], y puede servir al empresario para elegir como sucesor a su descendiente —nunca un extraño— más preparado o involucrado y con la finalidad de mantener indivisa la explotación. El designado, aunque no haya entrega de presente de la explotación, estará seguro, dado su carácter irrevocable, de que será finalmente quien reciba la explotación.

El pacto de apartación es un pacto renunciativo del legitimario que acepta su exclusión de forma irrevocable de la sucesión del otro suscribiente a cambio de una contraprestación. CREMADES GARCÍA[113] apunta a la posibilidad de que este pago pueda ser de un tercero ajeno al pacto, aunque interesado, como los otros

---

[111] Incluso aunque se haga por acto entre vivos con el consentimiento de los descendientes, como vimos en su momento.

[112] Más dudoso es si también serviría a paquetes de acciones o participaciones, como en el artículo 1056.2 CC. Así lo considera CREMADES GARCÍA, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014, página 224, dado que no tendría sentido tener que acudir en estos casos a un genérico pacto de mejora.

[113] CREMADES GARCÍA, Purificación: obra cit., página 227.

legitimarios; así, el padre podría decidir adjudicar la empresa familiar a un legitimario idóneo y los demás serían apartados de la sucesión a cambio de una contraprestación abonada por el legitimario adjudicatario por falta de liquidez del ascendiente. La LDCG, al establecer que la legítima del apartado se computa para el cálculo de las legítimas, permite que el testador tenga mayor libertad dispositiva.[114]

2.6. Aragón

En el artículo 317 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), de acuerdo con el Texto Refundido que proviene del RDL 1/2011, de 22 de marzo, se recoge la sucesión contractual como una forma de delación sucesoria junto con la ley y el testamento. Los pactos sucesorios, que necesariamente deben constar en escritura pública, pueden ser: (i) de disposición «mortis causa» de uno o varios contratantes a favor de otro u otros; (ii) de institución recíproca; (iii) de disposición «mortis causa» de los contratantes a favor de terceros; (iv) de renuncia de uno o varios contratantes a la herencia de otro u otros.

Lo que es indiscutible es que la vinculación contractual que se crea por medio del pacto sucesorio beneficia el mantenimiento de la empresa familiar; en este sentido, en Aragón los pactos sucesorios nacieron vinculados a la necesidad y búsqueda de una respuesta a la transmisión del patrimonio familiar, a la Casa aragonesa, en el seno de una economía tradicional agraria[115]. La esencia de la vinculación contractual es que el instituyente queda privado de sus facultades de disposición «mortis causa», pero no pierde su capacidad de disposición «inter vivos» siempre que no perjudique al heredero o legatario contractual.

En los denominados pactos de adquisición, la institución de heredero o legatario puede ser «*de presente*», adquiriendo la propiedad de los bienes en vida del causante, o «*para después de los días*», en cuyo caso los adquiere en el momento de la muerte, pero implica ya la aceptación de la herencia. En estos pactos adquisitivos no es necesario que entre el instituyente y el instituido medie relación de parentesco, y eso favorece su uso en relación con la empresa familiar. Ese beneficiario que sea tercero extraño a la familia puede ser otorgante del pacto o puede ser solo favorecido por el pacto (es una especie de contrato a favor de tercero). Hay importantes diferencias: si es otorgante del pacto implica que ha aceptado la herencia o legado (artículo 385) y el instituyente podrá disponer a título oneroso de su objeto, pero no a título gratuito sin consentimiento del instituido o legatario; sin embargo, si solo es beneficiario, tendrá que aceptar o repudiar al abrirse la

[114] Antes, la parte del apartado acrecía a los demás legitimarios, lo que hacía que la cuota forzosa aumentara en su cuantía en detrimento de la libertad del testador.

[115] CREMADES GARCÍA, Purificación: obra cit., página 260.

sucesión y el instituyente, salvo que se pacte otra cosa, puede disponer a título gratuito u oneroso (artículo 397).

Por otro lado, el artículo 399 declara válidos los pactos de renuncia o transacción sobre la herencia futura otorgados entre el renunciante y la persona de cuya sucesión se trate, lo que favorecerá el objetivo de evitar la disgregación del negocio o empresa familiar.

En Aragón, además del pacto sucesorio sigue siendo posible pactarse en capitulaciones matrimoniales el establecimiento de una comunidad familiar (artículo 381.2) entre instituyente e instituido y sus familiares, y en el artículo 388 se regula la reserva de Señorío mayor que puede ser interesante para transmitir la empresa familiar: el instituyente o dueño de la empresa conviene con un heredero la transmisión de la empresa y se reserva la gestión y el usufructo, siendo imprescindible que los beneficios obtenidos irán destinados al sostenimiento y mejora de la empresa.

VI. EL PROTOCOLO FAMILIAR Y EL TESTAMENTO

Aunque este tema es objeto de estudio específico en otros trabajos de este libro, conviene hacer una referencia en relación con su incidencia en el ámbito sucesorio. Sabido es que el protocolo familiar es una herramienta jurídica cuya finalidad es promover en la familia un sentido de pertenencia a un interés superior: la explotación de una actividad empresarial como medio de defensa de las necesidades familiares.[116] Su contenido es muy amplio y no todo él goza de contenido susceptible de originar obligaciones jurídicas. La doctrina suele calificarlo de negocio jurídico atípico, complejo, como una especie de pacto parasocial cualificado, con pactos carentes de eficacia jurídica y con una función similar a los llamados «contratos marco», porque muchas de sus cláusulas requerirán de un posterior desarrollo para su plena eficacia[117].

¿Qué papel puede desempeñar un protocolo familiar en el ámbito de la ordenación sucesoria de la empresa familiar?

De entrada, un protocolo familiar puede ser un buen lugar para albergar la partición «inter vivos» del testador del artículo 1056.2 CC. Por supuesto, como hemos visto, siempre que exista un testamento anterior, simultáneo o posterior del que reciba validez, y que no sea contradictorio con lo estipulado en el protocolo.

---

[116] SERRANO CAÑAS, José Manuel: *El cambio generacional en empresas familiares,* Marcial Pons, 2013, páginas 42 y siguientes.

[117] Ver en este sentido las reflexiones de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: «Protocolo Familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 19, 2002, páginas 88-113.

Ha quedado claro que el empresario es libre absolutamente para variar por medio de testamento el contenido de su partición «inter vivos», aunque el protocolo familiar produzca una vinculación moral importante. Nunca puede interpretarse un protocolo familiar como una suerte de restricción a la libertad de testar, que es un principio absoluto en materia sucesoria: no es posible obligar a que coincida la voluntad del testador en testamento con sus declaraciones en un documento anterior y ajeno al testamento, como sería el protocolo, ni pretender que sea obligatorio el mantenimiento de esa voluntad hasta el final de sus días[118]. En suma, no es viable impugnar judicialmente un testamento por su falta de respeto a lo estipulado en el protocolo familiar.

No es infrecuente que en los protocolos familiares se imponga a los familiares firmantes una obligación de redactar su testamento futuro de una determinada forma, en consonancia con el contenido del protocolo familiar, bien positiva —señalando las personas que deberían ser beneficiadas— bien negativa —imponiendo que algunas personas no resulten beneficiadas—, incluso indicando la forma en que deben resultar beneficiadas —nuda propiedad, usufructo, fideicomisos, prohibiciones de disponer—, o sustrayendo la empresa familiar o las acciones de la sociedad familiar de la libre disposición de los firmantes.

Pues bien, en mi opinión, siguiendo en este punto a la doctrina mayoritaria, los artículos 670 y 794 CC son suficientemente explícitos para eliminar cualquier posibilidad de imposiciones o condiciones externas a la hora de redactar testamento. Esas cláusulas son simplemente nulas (artículo 6.3 CC), afectadas de nulidad parcial que no afectará al resto del protocolo familiar. En cuanto nulas, no tienen eficacia jurídica alguna, forman parte de la expresión de una «cultura empresarial familiar» y depende del libre arbitrio del testador testar en consonancia con el protocolo o todo lo contrario. Y dada la vieja máxima de que «lo accesorio sigue lo principal» serán igualmente nulas de pleno derecho las cláusulas penales que de ordinario se establecen en los protocolos en el caso de no respetar sus «mandatos» —en este caso el de otorgar testamento—. Porque restringen la libertad personalísima de testar.

Para un estudio detallado del protocolo familiar, ver el capítulo VI de esta obra colectiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel: «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2005, página 21.

[118] SERRANO CAÑAS, José Manuel: obra citada *El cambio generacional…,* página 99.

CALAF AIXALÁ, Xavier: página *web* «La empresa familiar.com» publicada por la Cámara de Comercio de Catalunya.

CREMADES GARCÍA, Purificación: *Sucesión «mortis causa» de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, 2014.

DE LA CÁMARA, Manuel:

— En la obra colectiva *Comentario al Código Civil*, el relativo al «artículo 1051», Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

— «Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado* (AA.VV.), volumen I, sección 3.ª, Madrid, 1964.

DÍEZ PICAZO, Luis:

— *Lecciones de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1967.

— «La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», en AA.VV., L. DÍEZ PICAZO (dir), *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1980, página 320.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés:

— *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 25.

— *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel:

— «La reforma del Código Civil por la Ley de Sociedad Limitada de la Nueva Empresa», dentro de la obra colectiva *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

— *Comentarios al Código Civil* (AA.VV.), tomo I, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia 2013.

FERNÁNDEZ TRESGUERRES, Ana: «Protocolo Familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 19, 2002, páginas 88-113.

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La sucesión en la empresa familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726.

LÓPEZ BURNIOL, Juan José: *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, I, Barcelona, 1994.

LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La mejora en cosa determinada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel: discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *«Quo legitima tangitur», la intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 2014.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa:

— *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— «La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil», en la obra colectiva *Protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Comentario de los artículos 841-847 CC», en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1984.

PARRA LUCÁN, María Angeles: «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», en la obra colectiva *Reflexiones sobre materias de derecho sucesorio*, 2008, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

POLO SÁNCHEZ, Eduardo: «La transmisión «mortis causa» de la empresa en Derecho Catalán», *Revista de Derecho Mercantil*, 1972.

REYES LÓPEZ, María José: «El patrimonio del empresario familiar individual», en la obra colectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo I, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2005.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: en su *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, Cuarta edición, página 1601.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, editorial Edelce, Sevilla, 1951.

RUBIO GARRIDO, Tomás: *La partición de la herencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017.

RUEDA ESTEBAN, Luis:

— «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056.2 del CC», en la obra colectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos*, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.

— «La reforma del párrafo 2.º del artículo 1056 del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLIV, Curso 2003/2004, Madrid.

— Tesis doctoral *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 CC: auténtica fiducia sucesoria en derecho común,* Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.

SERRANO CAÑAS, José Manuel: *El cambio generacional en empresas familiares,* Marcial Pons, 2013.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan:

— «Constitución testamentaria de sociedad anónima entre los descendientes del causante en el Derecho Común español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1991, tomo XXX, volumen 1, páginas 561-603.

— En *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I.

— «Comentario al artículo 829 CC», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO, tomo XI, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1982.

(Trabajo recibido el 30/10/2017
y aceptado para su publicación el 30/11/2017)

CAPÍTULO XII: LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» EN LA EMPRESA FAMILIAR

EMILIO GARCÍA ALEMANY
Notario de Pinos Puente

RESUMEN

El fenómeno sucesorio presenta gran importancia cuando el objeto de la herencia es una empresa familiar. Téngase en cuenta la segura existencia de relaciones jurídicas pendientes, así como la conveniencia de que el régimen sucesorio interfiera lo menos posible en el funcionamiento de la empresa.

En este trabajo se analizan: La situación existente en comunidad hereditaria, estando la herencia yacente, así como cuestiones a plantear en vida del empresario para facilitar a los herederos una sucesión ordenada; especialidades en materia de liquidación de régimen económico-matrimonial, especialmente el legal de gananciales, cuando entre los bienes a liquidar se encuentra la empresa familiar; y como especialidad relevante, ya en sede de partición, el artículo 1056 del Código civil examinando elementos personales, reales, posición jurídica del adjudicatario de la empresa o explotación, formas de pago de la legítima y garantías. Finalmente se analiza el artículo 831 del Código Civil, significado del precepto, influencia de los ordenamientos forales, facultades del cónyuge y supuestos de aplicación.

Palabras clave: sucesión, empresa familiar, comunidad hereditaria, liquidación, régimen económico-matrimonial.

CHAPTER XII: *MORTIS CAUSA* SUCCESSION IN FAMILY-OWNED BUSINESSES

EMILIO GARCÍA ALEMANY
Notary Public in Pinos Puente

ABSTRACT

A succession is of great importance when the item inherited is a family-owned business. Regard must be had for the almost certain existence of pending legal relationships as well as the suitability of ensuring that the process for the succession should interfere as little as possible in the company's operations.

This paper analyses: the situation that exists among the community of heirs, while the estate is pending distribution, as well as the issues to be considered during the life of the business owner in order to facilitate an orderly succession by the heirs; special matters relating to the liquidation of the financial arrangements between spouses, especially the legal regime of joint marital property, whenever the items to be settled up include a family-owned business; and as a particularly relevant item, during the share-out phase, article 1,056 of the Civil Code in the examination of personal estate, real estate, the legal position of the party awarded the company or its operation, the form of payment for legal entitlements, and guarantees. Lastly, article 831 of the Civil Code is analysed with respect to the meaning of this precept, the impact of the systems in regions with special privileges, the powers of the surviving spouse, and practical examples for its application.

Keywords: succession, family-owned business, community of heirs, liquidation, financial arrangements between spouses.

SUMARIO: I.—La comunidad hereditaria al frente de la empresa familiar. 1.—Generalidades. 1.2.—Regulación de la comunidad hereditaria. 1.2.1.—Por el testador. 1.2.1.1.—Indivisión de la sociedad familiar. 1.2.1.2.—Transformación de la empresa individual en sociedad. 1.2.1.3.—Modificaciones estatutarias. 1.2.1.4.—Convenios de sindicación. 1.2.2.—Por convenio o pacto entre el cónyuge supérstite y los herederos del causante. 2.—La yacencia hereditaria y la empresa familiar. 2.1.—Introducción. 2.2.—Mantenimiento de la actividad estando la herencia yacente. 2.2.1.—Planteamiento. 2.2.2.—Soluciones. A) Nombramiento por parte del empresario de un factor de comercio o de un gerente para la empresa, confiriéndole los correspondientes poderes. B) Soluciones testamentarias designando administrador, albacea o contador-partidor y delimitando en el testamento las funciones que se le atribuyan. C) Falta de previsión del testador. D) Legislaciones forales. D.1) Artículo 411-9 del Código civil de Cataluña. D.2) Artículo 324 del Código de derecho civil de Aragón. 2.2.3.—Catalogación de los actos realizados por el llamado antes de la aceptación. 2.2.4.—¿Que debe entenderse por actos de administración provisional y de conservación?

2.2.5.—El testador impone la explotación de la empresa en comunidad prohibiendo la división. 2.2.6.—Comunidad acordada por los herederos. A) Planteamiento. B) ¿Supone la continuación estable la conversión en sociedad? C) Responsabilidad por las deudas sociales. II.—LIQUIDACIÓN DE REGÍMENES MATRIMONIALES Y EMPRESA FAMILIAR. 1.—La empresa y la sociedad de gananciales. 1.1.—La empresa como bien privativo. 1.2.—La empresa como bien ganancial. 1.3.—Empresa integrada por bienes privativos y gananciales. 1.4.—Tratamiento que reciben las acciones y participaciones sociales. 1.4.1.—Criterios generales de nuestro ordenamiento jurídico para determinar el carácter ganancial o privativo de acciones o participaciones sociales. 1.4.2.—Incidencia de restricciones estatuarias a la transmisibilidad de las acciones o participaciones. 1.4.3.—Otros supuestos. A) Adquisición de nuevas acciones o participaciones sociales de la sociedad. B) Suscripción de acciones por aumento de capital con cargo a reservas generadas durante la comunidad ganancial. C) Transmisión voluntaria del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones o participaciones sociales. D) Beneficios y dividendos. 1.5.—Los derechos de atribución preferente. 1.5.1.—Explotación económica que gestione efectivamente. 1.5.2.—Local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 1.6.—sobre el carácter privativo o ganancial de las deudas. 2.—Régimen de separación de bienes. 3.—Régimen de participación. 4.—Referencia a los regímenes forales. 4.1.—Derecho civil de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava. 4.2.—Derecho Civil Foral de Cataluña. 4.3.—Derecho Civil de Aragón. 4.4.—Derecho Civil Foral de las Islas Baleares. 4.5.—Derecho civil foral de Navarra. 4.6.—Derecho Civil de Galicia. 4.7.—El Fuero del Baylío. III.—LA PARTICIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR. 1.—Introducción. 2.—Partición por el testador. 2.1.—Incidencia en la naturaleza de la legítima. 2.2.—Sujetos de la facultad concedida por el artículo 1056.2 del código civil. 2.2.1.—Sujeto activo: el testador. 2.2.2.—Sujetos pasivos. A) Adjudicatarios de la explotación económica. A.1) ¿Puede ser adjudicatario un extraño no legitimario? A.2) ¿Pueden ser varios los adjudicatarios? A.3) Posición jurídica del adjudicatario. B) Los perceptores del metálico. B.1) Posición de los legitimarios frente a los favorecidos con la atribución testamentaria. B.2) Garantía de los interesados para el cobro de sus derechos. 2.3.—Objeto: la explotación económica y las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas. 3.1.—Incidencia en la partición de restricciones a la transmisibilidad «mortis causa» de acciones o participaciones. 2.4.—Aspectos formales. 2.5.—Causas de la adjudicación. 2.6.—Pago en metálico de la legítima de los demás interesados. 2.6.1.—Valoración. 2.6.2.—Formas del pago. 2.6.3.—Aplazamiento de pago. 3.—Delegación del artículo 831 Código Civil. 3.1.—Introducción. 3.2.—Formas de hacer la designación. 3.3.—Facultades. 3.3.1.—Mejoras, atribuciones y adjudicaciones. 3.3.2.—Liquidación de sociedad conyugal. 3.3.3.—Adjudicación de empresa conforme al artículo 1056.2 CC. 3.3.4.—Pago en metálico de la legítima conforme al art. 841 CC. 3.3.5.—Administración de la herencia. 3.3.6.—Facultades dispositivas. 3.4.—Beneficiarios. 3.5.—Formas de actuación de cónyuge supérstite. 3.5.1.—Actuación «mortis causa».

3.5.2.—Actuación «inter vivos». 3.6.—Plazo para el fiduciario. 3.7.—Posición de los legitimarios. 3.7.1.—Plazo. 3.7.2.—Acciones. 3.8.—Cesación. 3.8.1.—Causas. 3.8.2.—Ejercicio parcial de la fiducia. 4.—Notas diferenciadoras entre ambas figuras (1056/831 CC). 5.—Referencia al pasivo de la empresa. 6.—El beneficio de inventario y la sucesión de empresa. IV.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA COMUNIDAD HEREDITARIA AL FRENTE DE LA EMPRESA FAMILIAR

1. Generalidades

Fallecido el causante, y sin perjuicio de que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 CC), la herencia está en indivisión en tanto no se produce la efectiva partición hereditaria.

La comunidad hereditaria se integra por todos los herederos, por los legatarios de parte alícuota como beneficiario del activo líquido de la sucesión, por los legitimarios, si son personas distintas y por el cónyuge viudo, como legatario en parte alícuota de herencia en usufructo y titular de la facultad de pedir partición.

La comunidad puede tener dos grandes orígenes: la yacencia hereditaria, hasta que se produzca la aceptación de herencia retrotrayéndose los efectos al fallecimiento del causante (989 CC); y la situación de proindivisión creada entre la aceptación de la herencia, aún tácita, y la partición. Incluso tras la partición de la herencia es posible mantener una comunidad convencional sobre los bienes sujetos a regulación por el testador, o por los mismos herederos, al amparo de los artículos 392.2 y 1669 CC, como sociedad interna.

Junto a estos supuestos hay que mencionar la comunidad motivada por la administración especial de la herencia, como patrimonio separado, que puede deberse bien a la fiducia sucesoria del art. 831 CC, pacto de indivisión del art. 1051 del CC, o al ejercicio de los derechos de deliberación e inventario.

La comunidad hereditaria se regirá por la voluntad del testador, pudiendo los coherederos por unanimidad regular por sí mismos la comunidad como negocio dispositivo independiente de la aceptación de herencia y conforme a las normas

generales de capacidad y legitimación. Después por las disposiciones especiales del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la administración de bienes hereditarios, pago de deudas, órdenes de colación, imputación y partición, normas especiales que confluyan en cada supuesto concreto (oficinas de farmacia, concesiones administrativas sobre inmuebles…) y, en último lugar, los artículos 392 y siguientes del Código Civil relativos a la comunidad de bienes.

En el disfrute y administración suelen entenderse aplicables los artículos de la comunidad del Código civil, sobre todo los arts. 394, 395, 397 y 398, siendo, por tanto, conforme a este último artículo, la regla general para el disfrute y administración de los bienes la necesidad de acuerdo de la mayoría de los coherederos. Conforme al artículo 999: «*los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero*».

Respecto a la realización de actos dispositivos concretos, es doctrina consolidada la necesidad de unanimidad de todos los interesados (STS 31 de enero de 1994 y 30 de diciembre de 1996, RRDGRN 10 de junio 1975, 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1915, 10 de julio de 2003).

Con ese régimen salta a la vista que la comunidad de herederos como forma jurídica de explotación de una empresa presenta una serie de notables inconvenientes, entre los que cabe destacar el mencionado requisito de la unanimidad, que significa un evidente entorpecimiento para el normal ejercicio de la actividad de la empresa; a ello cabe añadir que la adopción de acuerdos por mayoría sería incongruente con la asimilación de esta comunidad al tipo de mano común y que los actos de disposición realizados por uno solo de los comuneros tendría un carácter condicional, supeditado a la ratificación de los otros comuneros o adjudicación a su lote.

A falta de un régimen fijado por el testador o pactado por los herederos la actuación de la comunidad hereditaria como tal puede causar dudas y ser fuente de conflictividad e inseguridad. Así, en STS de 5 de noviembre de 2004, en un supuesto en que se discutía la legitimación y el derecho a información de uno de los miembros de la comunidad hereditaria, se consideró inaplicable el artículo 398 CC por entender que la comunidad hereditaria es una comunidad de tipo germánico que nada tiene que ver con el Régimen de los artículos 392 y siguientes del Código civil, que regulan la comunidad romana.

En definitiva, la comunidad hereditaria requiere sufrir algún tipo de modificación cuando su objeto es la explotación de una empresa, pues su existencia hereditaria implica una gran dificultad para el normal desarrollo de la actividad empresarial.

1.2. Regulación de la comunidad hereditaria

Varios son los momentos temporales en que pueden plantearse pactos o convenciones acerca de la regulación de la comunidad hereditaria:

1.2.1. Por voluntad del testador

En la transmisión de la titularidad de la Empresa familiar es siempre básico la adecuada ordenación de la misma en el testamento del empresario familiar y su cónyuge, a través de la correcta configuración de la comunidad familiar al frente de la empresa, para lo cual será básico la adecuada utilización por parte del testador de mecanismos como:

— Indivisión del artículo 1051 del Código civil.

— Fiducia sucesorio del art. 831 CC junto con la facultad particional del art. 1056 CC.

— Integración de las acciones o participaciones en una comunidad de bienes, fijando con precisión el régimen de administración y las mayorías para la toma de decisiones.

El titular de una empresa familiar que desee facilitar una ordenada sucesión de la misma debe plantearse, al menos, las cuestiones que se analizan a continuación.

A) Indivisión de la sociedad familiar

Puede el testador establecer disposiciones dirigidas a conseguir la indivisión de la sociedad familiar haciendo uso del artículo 1051 del Código civil, normalmente bajo la forma de cautelas con opción compensatoria a los legitimarios, para evitar problemas derivados de la vulneración a las legítimas por la prohibición de partir. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 1956, aceptó una cláusula en la que se ordenaba la indivisión «mientras viva mi mujer», impuesta a sus descendientes por el testador, que había establecido la sanción de privar del tercio de mejora a quien reclamare la legítima.

Dado el fundamento económico que expresamente se da a la constitución de la comunidad familiar no parece que pueda entenderse que lesiona los derechos de legítima, por cuanto se establece en beneficio de todos los interesados.

La aplicación de ese régimen de comunidad familiar se iniciará con el fallecimiento del primero de los cónyuges, con lo que las eventuales facultades dispo-

sitivas conferidas al sobreviviente, especialmente a través del art. 831 CC, siempre facilitará en la práctica el inicio del sistema.

La inoficiosidad sucesoria no afecta a la validez de las disposiciones, por lo que será difícil que en fase de adquisición de herencia se ejercite una acción de inoficiosidad. Normalmente los herederos comprenden los beneficios de establecer un sistema de vinculación de todos ellos en su propio interés. Si en el futuro surge cualquier disensión, el régimen ya será inalterable.

Hay que tener en cuenta que hay sistemas legitimarios que permiten, con mayor amplitud que en el Derecho Común, el ejercicio de la libertad de testar, como ocurre, por ejemplo, en Vizcaya, en cuyo Derecho Foral son válidas tales limitaciones, por ser establecidas en beneficio de hijos y descendientes.

En principio, la prohibición de partir debe formularse expresamente, en cuanto que, de conformidad con el artículo 400 CC, ningún comunero está obligado a permanecer en la proindivisión, dado el disfavor con el que se aborda en la norma civil la comunidad, que es considerada un régimen antieconómico. No obstante, ese carácter expreso de la prohibición puede matizarse en algunos casos; así si en el testamento se ha nombrado a una persona encargada de hacer la partición, los herederos no podrán solicitar la división de la herencia durante el período concedido al comisario para realizar sus funciones, lo que en la práctica supone imposibilidad de partir implícita.

Es posible mantener la división por un término cierto, como podría ser la vida del cónyuge del testador, o por un plazo de tiempo determinado. La facultad del 1051 no debe considerarse como una facultad arbitraria y caprichosa, sino guiada por algún interés económico y familiar semejante al que fundamenta el párrafo 2 del artículo 1056 del Código civil.

En cuanto a la duración de ese régimen de comunidad se suele objetar el límite de diez años que fija el art. 400 del Código civil. Frente a ello cabe decir, aparte de que el plazo es prorrogable por nueva convención que, al tratarse de una indivisión impuesta en testamento, la norma aplicable es la del artículo 1051 del Código civil, según la cual «(la división) *tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*» y el artículo 1700 señala claramente como causa de extinción de las sociedades a las que se les ha señalado un término de duración: «*1. Cuando expira el término por el que fue constituida*».

B) Transformación de la empresa individual en sociedad

Indudablemente, la forma de sociedad facilita la sucesión, por los motivos siguientes:

— Crea un sistema de vinculación entre el conjunto de personas que se adhieren a un proyecto común.

— La sociedad tendrá un régimen básico de funcionamiento a través de los estatutos que, en lo que sea necesario, será suplido por la Ley.

— La sociedad tiene una voluntad única, adoptada por los socios con las mayorías que procedan.

— Limita la responsabilidad.

— Facilita la división de beneficios entre los diversos miembros y permite fijar los papeles que cada uno de ellos tiene que interpretar en la empresa.

— La sociedad tiene más fácil acceso a beneficios sobre creación de empleo, moratoria fiscal, actualización de activos, libertad de amortización...

Lo conveniente será acudir a un tipo social que tenga su responsabilidad limitada, normalmente un SL. Dependiendo ya de cada caso concreto, podrían considerarse otras modalidades como la SAT (en empresas de carácter agrario o ganadero), una SLL o una sociedad comanditaria por acciones, especialmente si, en la posición de socio comanditario, se coloca a su vez a otra SL, que respondería ilimitadamente de las deudas sociales, quedando sus socios protegidos por la limitación de responsabilidad.

Un problema que señala FERNÁNDEZ TRESGUERRES[1], para el caso de empresa que se lleva a través de una sociedad limitada, consiste en determinar si puesto que las participaciones sociales son indivisibles, siempre ha de considerarse aplicable a la cesación de la comunidad el artículo 404 CC, que determina: «*Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio*».

Las RRDGRN de 16 de noviembre de 1961 y 17 de febrero de 1965 afirman que el carácter indivisible de la partición impide aplicar el artículo 400 CC e impone el sometimiento al art. 404 CC.

No obstante, si la solución es acertada para una participación social, parece indudable que, en caso de pluralidad de éstas, pueda dividirse el conjunto y adjudicarse en proporción a las respectivas cuotas, pues la indivisibilidad se predica de la unidad de medida, es decir, de la participación y no del conjunto de los pertenecientes a la comunidad.

---

[1] FERNÁNDEZ TRESGUERRES, Ana: *Transmisión «mortis causa» de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

Son ventajas de la sociedad de responsabilidad limitada:

a) Ventajas de la estructura corporativa. Son ventajas de esta forma social la existencia de órganos que facilitan las relaciones con terceros y, sobre todo, la responsabilidad limitada, que evita transmitir al patrimonio personal de sus socios la responsabilidad por las deudas sociales. Este aspecto adquiere una importancia incrementada cuando se mezcla la empresa con la familia.

b) Dificultades para transmitir las participaciones. Las sociedades de responsabilidad limitada están dotadas de un carácter cerrado, en el sentido de que se imponen límites a la transmisibilidad de las participaciones y complejos formalismos. Así, el art. 108.1 de la LSC establece que *«serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos* «inter vivos». Se ha de tener en cuenta, además, que, a diferencia de las sociedades anónimas, no se cuenta con un «mercado de participaciones», al no ser éstas títulos negociables. Esta característica se presenta como ventaja a la hora de conferir a la empresa familiar una continuidad a lo largo de las generaciones, dificultando la entrada de extraños en la misma. Por último, esta idea viene reforzada por la disposición recogida en el artículo 107 de LSC, al señalar que (salvo cláusula estatutaria en contrario) la adquisición de las participaciones sociales por socios, por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo, constituyen supuestos de transmisiones libres. Por tanto, el fin perseguido al señalar los lazos personales como única excepción general al principio restrictivo de las transmisiones es manifestar la adecuación de esta forma social a la empresa familiar, en aras de que la misma permanezca en manos de la familia.

c) Requisitos menos gravosos. Tanto el menor capital inicial necesario para su constitución, como su bajo coste de mantenimiento, la hacen preferible a la sociedad anónima como forma societaria y más adecuada para la empresa familiar por su mayor facilidad en el manejo y menor coste de mantenimiento.

   En su conjunto le es aplicable un régimen jurídico mucho más flexible que en el caso de la SA, lo que permite una mejor adaptación a sus situaciones específicas. Destaca:

   — La posibilidad de introducir desigualdades (art. 96.3 LSC) en el derecho al voto de los socios, a través de las participaciones sin voto, permitiendo así que una empresa familiar pueda preservar el poder del grupo familiar frente a otros socios sin necesidad de tener la mayoría del capi-

tal social, pudiendo obtener financiación por el cauce del aumento del capital sin poner en peligro el poder de decisión de la familia.

— Admisión del voto plural; así, los estatutos pueden reconocer a favor de alguna o algunas participaciones sociales, mayor o menor número de nominal o porcentaje de participación en el capital social.

d) Mayor control del órgano de administración. Además de la posibilidad de exigir estatutariamente la obligación de incorporar administradores o directivos profesionales independientes o externos, destaca en este tipo social la posibilidad de imponer —vía estatutaria— deberes concretos de conducta a los administradores cuyo incumplimiento puede ser fuente de responsabilidad civil ante la sociedad, socios y, en su caso, ante terceros, así como causa obligatoria de separación del cargo por acuerdo de la Junta general de socios, o por virtud de resolución judicial. Asimismo, destaca la prohibición directa de competencia que recae en este tipo social sobre los administradores (restricción que sólo puede salvarse mediante acuerdo de la Junta general de socios —art. 230.1 y 2 de la LSC-); y la necesidad de acuerdo de la Junta general para el establecimiento de relaciones onerosas entre sociedad y administrador.

e) Flexibilidad de la Junta general. Cabe destacar también la habilitación del art. 161 LSC para que la Junta imparta instrucciones de gestión o someta a autorización decisiones del órgano administrativo —salvo disposición estatutaria en contra—, con lo que se recoge en la sociedad limitada una cierta posición de supremacía de la Junta general sobre los administradores. De este modo cabe la posibilidad de que la Junta general atraiga hacia sí determinados asuntos de gestión e influya en la marcha de la empresa directamente a través del poder de instrucción en sentido estricto. Lo que posibilita la adaptación de la estructura orgánica al funcionamiento de la empresa familiar.

C) Modificaciones estatutarias

Partiendo del reconocimiento expreso que el artículo 28 LSC otorga a la autonomía de la voluntad de los socios para incluir en los estatutos todos los pactos y condiciones que juzguen convenientes, sin más limitaciones que las leyes y los principios configuradores del tipo social elegido, en cada supuesto habrá de examinarse si conviene introducir o no algunas modificaciones estatutarias, especialmente aquellas que, una vez consumada la transmisión de propiedad, puedan ser difíciles de adoptar.

Como aspecto ventajoso de la inclusión de pactos y condiciones en los estatutos debemos señalar su oponibilidad frente a terceros desde su publicación en el

BORME, art. 9 RRM. Los estatutos sociales, como contenido obligatorio de la escritura de constitución de la sociedad, deben ser inscritos en el Registro Mercantil, art. 31 LSC, poseyendo eficacia *erga omnes*.

Sin carácter exhaustivo, podemos citar:

1. Creación de series o clases especiales de participaciones sociales.

2. Establecimiento de determinadas prestaciones accesorias de acciones y participaciones sociales. Como la obligación del socio de desempeñar el cargo de administrador o consejero, cuando así se haya acordado por la Junta general o la de suscribir y cumplir el protocolo familiar.

3. Exclusión de socios. Estableciendo a través de los estatutos, conforme al artículo 351 de la LSC, determinadas causas de exclusión, como podría ser la negativa a suscribir el protocolo familiar.

4. Arbitraje estatutario. Cabe incluir en los estatutos sociales cláusulas de sumisión arbitral para la resolución de conflictos que puedan surgir en el seno de la sociedad, previsibles en situación de yacencia hereditaria.

   Este tipo de arbitraje ya había sido aceptado, en base al principio de la autonomía de la voluntad, tanto por el Tribunal Supremo (STS 14 de junio de 2001 y 15 de diciembre de 2004) como por la DGRN (resolución de 19 de febrero de 1988). Hoy está regulado en los artículos 11 bis y ter de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, introducidos por Ley 11/2011, de 20 de mayo.

5. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones o participaciones con objeto de mantenerlas dentro del núcleo familiar. Pueden ser:

   — Cláusulas de autorización o consentimiento de la sociedad. Subordinan la eficacia de la transmisión por acto «inter vivos» de las acciones o participaciones a la autorización de la sociedad.

   — Cláusulas que solo permitan la transmisión a favor de sujetos que reúnan determinadas condiciones. Por ejemplo, condicionando la transmisión a que el adquirente no sea el cónyuge del socio familiar.

   — Cláusulas de adquisición preferente. A favor de todos o alguno de los socios, o incluso de la propia sociedad respecto de las acciones o participaciones que otro socio desea transmitir. La sociedad familiar puede valerse de estas cláusulas para evitar que el socio transmita por actos «inter vivos» las acciones o participaciones a su cónyuge.

— Cláusulas de rescate. Para el caso de que el socio pierda su condición de familiar a favor de los restantes socios o la propia sociedad en supuestos de liquidación de régimen económico matrimonial, sucesión «mortis causa».

— Cláusulas de prohibición de transmisión voluntaria de las acciones o participaciones sociales por actos «inter vivos» al cónyuge del socio familiar.

Para un estudio más detallado del posible contenido de los estatutos sociales, ver el capítulo IV de esta obra colectiva.

D) Convenios de sindicación

El cambio generacional aconseja adoptar medidas de transmisión en vida, preparando el fenómeno sucesorio con el fin de mantener la concentración de titularidad, siendo preciso estructurar debidamente su contenido y fijar un adecuado sistema de sanción para casos de incumplimiento.

La doctrina define el fenómeno de la sindicación de acciones o participaciones sociales como la unión de uno o varios accionistas o socios que se obligan entre sí, frente a la sociedad o frente a terceros, a actuar de un modo predeterminado, para la defensa de intereses comunes a todos ellos.

Se suelen clasificar en:

1. Sindicatos de bloqueo, por el que los socios se obligan bien a no transmitir sus acciones o participaciones, bien a someter su transmisión a determinadas limitaciones.

2. Sindicatos de voto, por el que los socios se obligan a votar de forma unitaria —ya sea para controlar la sociedad—, se habla en estos casos de Sindicato de Mando, ya para defender los intereses de socios minoritarios, evitar conflictos…
   Así, en la sociedad familiar es frecuente que coexistan varios grupos familiares. Para asegurar que toda la rama de una misma familia emita, en sus órganos corporativos, un voto unánime que imposibilite la adopción de otros acuerdos por el resto de socios familiares, se puede acudir a este tipo de convenios.

3. Sindicatos de venta unitaria. En terminología que emplea ARRIOLA ARANA[2], debe regularse también el que denomina Sindicato de venta unitaria,

[2] ARRIOLA ARANA, José María: «Titularidad sucesoria en la empresa familiar». El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Consejo general del Notariado, tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 2005.

por el que todos los partícipes se obligan a proceder únicamente a ventas conjuntas, pero, además, se obligan a realizar efectivamente la venta cuando se cumplen determinados límites de precios y de mayorías reforzadas que así lo prueben. Sabido es el daño que pueden causar las negativas injustificadas de venta o las ventas aisladas por integrantes del grupo.

En materia de garantías, lo frecuente es establecer una cláusula penal para el caso de incumplimiento del convenio de sindicación. Cabría reforzarlo con algunas medidas adicionales. Así, siguiendo al mismo ARRIOLA ARANA[3], podemos citar:

— Depósito notarial de los títulos.

— Concesión recíproca a los demás miembros del Sindicato de un derecho de opción de compra en condiciones ventajosas en el precio, para aquellos casos en que se incumpla cualquiera de los pactos del convenio.

— Regulación de un procedimiento de arbitraje de equidad.

Advierte ARRIOLA ARANA[4] del peligro de que se eludan normas estatutarias a través de sociedades interpuestas. Sería el caso de que los socios de una empresa familiar estén autorizados a incorporar a una sociedad propia las acciones o participaciones de aquella con lo que, vendiendo aquella sociedad, a la que no vincula la Sindicación, indirectamente se estén transmitiendo acciones o participaciones de la empresa familiar.

La unidad de actuación que impone el convenio de sindicación, en cuanto que básicamente afectará a los herederos del empresario familiar, desenvuelve sus mejores efectos en la autodisciplina que aquellos se imponen e inician en vida del empresario familiar, lo que siempre creará una peculiar forma de actuación y control.

Pero ha de tenerse en cuenta, como cuestión de suma importancia, que la existencia del convenio de sindicación, para que exista una total coordinación con las acciones heredadas, exige que en el testamento del empresario familiar se sometan a las normas de la comunidad familiar que se diseñe no sólo las acciones heredadas, sino también las adquiridas por actos «inter vivos» por los herederos.

---

[3] ARRIOLA ARANA, José María: obra cit.
[4] ARRIOLA ARANA, José María: obra cit.

1.2.2. Por convenio o pacto entre el cónyuge supérstite y los herederos del causante

Nada impide el pacto de indivisión entre los coherederos: Por la libertad de pacto del artículo 1255 CC, aunque por aplicación analógica del artículo 400 CC, tendrá el mismo límite establecido para la comunidad de bienes: diez años prorrogables mediante nueva convención.

La comunidad familiar debidamente instituida y regulada, ya por el testador, ya por los herederos, tendrá una duración familiar cierta, un régimen interno de funcionamiento y una administración regulada, que puede venir encomendada a un albacea especial, quien será el que continúe en su caso la actividad.

Entre las normas a modificar, por una razón de operatividad lógica, respecto del derecho supletorio estará la de la unanimidad, que hay que entender dispositiva en cuanto que queda en todo caso supeditada el recurso judicial del artículo 398 CC.

Plantea ARRIOLA ARANA[5] la posibilidad de utilizar una sociedad civil tenedora de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar impuesta por el empresario testador a sus herederos con un régimen semejante al de la comunidad familiar.

En contra, sin embargo, el que a la problemática general sobre la materia se añade toda la problemática sobre la posibilidad o no de que las sociedades civiles asuman actividades empresariales o mercantiles y, sobre todo, la yuxtaposición entre dos planos de conflictividad: el propio de las acciones o participaciones de la empresa familiar con las cuotas o participaciones de la sociedad civil, planos que se unifican en la comunidad familiar y cuya adecuada regulación en testamento aventaja al sistema de la sociedad civil.

2. La yacencia hereditaria y la empresa familiar

2.1. Introducción

En aquellos sistemas, como el español, en los que la herencia se adquiere por su aceptación, se denomina herencia yacente a la situación en que se encuentra la herencia en el lapso de tiempo que va desde la muerte del causante (apertura) a la aceptación por el heredero (adquisición). Entre estos dos momentos el patrimonio hereditario se encuentra sin titular.

[5] ARRIOLA ARANA, José María: obra cit.

Pese a que estamos ante una situación actual de falta de titular (una situación jurídica interina), es evidente que hay que dar respuesta a los diversos intereses en juego y así se admite por el derecho que se mantenga el patrimonio sin sujeto actual en atención a que el futuro sujeto, heredero que haya aceptado la herencia, será titular de la misma con unos efectos que se retrotraen a la muerte del causante.

Por ello, en postura hoy generalmente admitida en la doctrina, suele conceptuarse la herencia yacente como un patrimonio de destino, ya que el patrimonio se conserva y se mantiene unido como si tuviera un titular actual, en tanto que hay seguridad en que lo tendrá.

En el ámbito tributario, la doctrina entiende que la herencia yacente constituye uno de los casos de patrimonio separado más claramente regulados por nuestro ordenamiento; de ahí la postura del legislador en la Ley General Tribularia (art. 35.4. Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición).

Podemos citar también la mención que hace de la herencia yacente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su art. 1.2: «*El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*». Añade el art. 3.4 LC: «*Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario*».

2.2. Mantenimiento de la actividad estando la herencia yacente

2.2.1. Planteamiento

La problemática tradicional de la herencia yacente se ve agravada cuando en el caudal hereditario existe una empresa mercantil, puesto que la empresa, por definición, es un patrimonio dinámico que tiene unas necesidades de gestión y ejercicio que no pueden quedar interrumpidas.

Como es sabido, hasta que la aceptación por los herederos no se produzca, poniendo fin a la situación de herencia yacente, hay un lapso de tiempo de vacío que puede implicar un cese temporal en la actividad de la empresa familiar con unas consecuencias gravemente perjudiciales para la continuidad y conservación de la empresa.

2.2.2. Soluciones

A) Nombramiento por parte del empresario de un factor de comercio o de un gerente para la empresa, confiriéndole los correspondientes poderes.

La regla general en derecho civil es que todo apoderamiento se extingue por la muerte del poderdante. Sin embargo, en el derecho mercantil rige el principio de subsistencia y continuación de los poderes mercantiles y así dice el artículo 290 del Código de Comercio: «*Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido».*

B) Soluciones testamentarias designando administrador, albacea o contador-partidor y delimitando en el testamento las funciones que se le atribuyan

Especialmente interesante es el nombramiento de un administrador, bien con carácter general para la herencia, bien para la empresa que forme parte de la misma.

Esta posibilidad es consecuencia inevitable del principio básico de que la voluntad del testador es ley de la sucesión, se desprende de manera implícita de multitud de preceptos del CC y más claramente del artículo 795 de la actual LEC.

Ese nombramiento de administrador conseguirá evitar la paralización de la empresa, posibilitando su normal desenvolvimiento. Ese administrador tiene para la doctrina la consideración de apoderado general, gerente o factor de comercio «mortis causa».

En cuanto a las posibles facultades a tales efectos del cónyuge delegatario, caso de que el testador haga uso de las facultades del artículo 831 del Código civil, nos remitimos al epígrafe correspondiente.

El problema que se planteará con mayor frecuencia es que el testador se haya limitado a nombrar albacea sin realizar atribución de facultades. En sede de derecho común entrarían en juego los arts. 902 y 903 del CC.

Estas normas no aluden a las facultades de administración del albacea, lo que ha llevado a algún sector doctrinal a pensar que en Derecho Común el albacea no está facultado para la administración del caudal relicto, salvo autorización expresa por parte del testador. Su posición encaja más como un órgano de vigilancia que como un órgano de administración y disposición, necesitando la concurrencia de los herederos para que sus decisiones se puedan aplicar. Sus competencias no pueden alcanzar a la gestión de la empresa, sino en todo caso a promover el nombramiento judicial de un administrador.

Sin embargo, tal solución puede pecar de simplista, porque lo cierto es que el Código civil regula la figura del albacea universal, que precisamente por ese carácter universal no debería ver limitadas a las del artículo 902 CC, sino que debe entenderse que el testador ha querido atribuirle más facultades, como las de administración, facultades particionales, toma de posesión del patrimonio relicto, facultades ejecutivas, en base a los artículos 902 y 903.

A las facultades de administración del albacea se refiere, en sede de Derecho Foral, el artículo 429-8 del Código de Sucesiones de Cataluña, que establece:

«*El albacea universal está facultado para posesionarse de la herencia y administrarla igual que todo heredero, disponer de sus bienes con el alcance establecido por los artículos 429-9 y 429-10 y hacer los actos necesarios para cumplir su cometido y las disposiciones del testamento.*

Sobre esta cuestión ver también el epígrafe III del capítulo XI de esta obra colectiva.

C) Falta de previsión del testador

El problema será delimitar hasta dónde pueden llegar los llamados a la herencia que no han aceptado para que una conducta que tienda a conservar la empresa en funcionamiento no implique la aceptación.

Siendo varios los llamados, se plantea la necesidad de concretar la forma de actuación con dos posturas posibles:

1. Unanimidad. Plantea problemas de operatividad, siendo previsible la paralización de la empresa.

2. Mayoría. Más lógico y útil para los intereses concurrentes, tanto de la herencia como de terceros relacionados con ésta. Parece que es la postura razonable que, por otra parte, adopta el Código civil en supuestos semejantes, como los artículos 398, en sede de comunidad de bienes, y 898 en sede de albaceazgo.

D) Legislaciones forales

Muy precisas son, en esta materia, algunas legislaciones forales, como las expuestas a continuación.

D.1) Artículo 411-9 del Código civil de Cataluña

«Herencia yacente

1. *Cuando la herencia está yacente, los herederos llamados solo pueden hacer actos de conservación, defensa y administración ordinaria de la herencia, incluidos la toma de posesión de los bienes y el ejercicio de acciones posesorias. Si los llamados a la herencia son varios, están legitimados individualmente para hacer actos necesarios de conservación y defensa de los bienes, pero para los actos de administración ordinaria se aplica lo que el artículo 552-7 establece respecto a este tipo de actos.*

2. *Los actos a que se refiere el apartado 1 no implican por ellos mismos aceptación, salvo que con estos actos se tome el título o la calidad de heredero.*

3. *Si no existe ningún albacea o persona nombrada con facultades para administrar, la autoridad judicial, a instancia de cualquier heredero llamado, puede nombrar a un administrador para que represente y administre la herencia de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal.*

4. *Siempre que los llamados a la herencia sean diversos, la aceptación de uno de ellos extingue la situación de herencia yacente. Mientras la totalidad de los llamados no acepta o no se produce la frustración de las llamadas, la administración ordinaria de la herencia corresponde al heredero o herederos que han aceptado, con aplicación, si existe más de uno, de las normas de la comunidad hereditaria. El aceptante o aceptantes pueden, bajo su responsabilidad, pagar las deudas de la herencia y las cargas hereditarias, satisfacer las legítimas y cumplir los legados.»*

Importante especialidad del Código civil de Cataluña es, conforme a este número 4, que con la aceptación de uno de los herederos se extingue la situación de herencia yacente y se le considera especialmente legitimado para la administración de la herencia.

Es muy relevante que ese heredero pueda continuar la empresa familiar, evitándose así las consecuencias negativas de la paralización de la misma por los conflictos entre los herederos. La administración ordinaria referida a la empresa familiar implica la gestión propia de un diligente comerciante con todas las facultades propias del normal desarrollo del objeto social.

D.2) Artículo 324 del Código de derecho civil de Aragón.

«*La herencia yacente.*

1. *Desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación del llamado, la herencia carece de titular.*

2. *La administración de la herencia yacente corresponderá a la persona que hubiera designado, en su caso, el causante.*

3. *A falta de administrador, los llamados como herederos podrán realizar exclusivamente actos posesorios, de conservación, vigilancia y de administración de la herencia. Dichos actos por sí solos no implican la aceptación de la misma.*

4. *Asimismo, los llamados como herederos podrán instar el nombramiento de un administrador judicial de la herencia de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales.*

5. *La situación jurídica de la herencia yacente en los casos de fiducia se regirá por sus propias normas.*»

2.2.3. Catalogación de los actos realizados por el llamado antes de la aceptación

Algunos se han pronunciado por considerar que, en ese ínterin que media hasta la aceptación y respecto de los actos conservativos que el llamado puede haber realizado antes, aquel deberá ser considerado como un gestor de negocios ajenos sin mandato, con la consecuencia de que si repudia la herencia, los actos realizados se regirán por lo dispuesto en los artes 1888 y ss. del Código civil y si la acepta, dichos actos se considerarán efectuados en cosa propia y quedando automáticamente ratificados.

Para otros, la realización de esos actos supone más el ejercicio de un deber que de un derecho. Ese deber de conservación para el llamado tiene claro apoyo en el artículo 1094 del CC. Por ello, cuando en el caudal relicto esté presente una empresa mercantil, la conservación implica la continuidad del negocio, en tanto que su cierre o el cese de actividades supondría una merma evidente de su valor. El llamado no ha de considerarse como un gestor de negocios ajenos sin mandato, sino una especie de administrador legal que le legitimaría para el ejercicio de ciertos actos dispositivos consustanciales con la idea de continuidad que la existencia de toda empresa supone.

La doctrina más reciente lo conceptúa como un administrador provisional o temporal cuya actuación se dirige a evitar pérdidas y deterioros en los bienes que integran el caudal relicto, siendo una exigencia del principio de buena fe que proclama el Título Preliminar del Código civil.

Por último, no se puede obviar la posibilidad de que el llamado, antes de la aceptación, no desee realizar por sí tales actos conservativos, pudiendo entonces solicitar el nombramiento de un administrador judicial tal y como dice el

art. 1020 del CC. A la intervención de ese administrador se refieren los artículos:

«Artículo 798 LEC. Representación de la herencia por el administrador.

Mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercitará en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos.

Aceptada la herencia, el administrador sólo tendrá la representación de la misma en lo que se refiere directamente a la administración del caudal, su custodia y conservación, y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo que sea conducente, ejercitando las acciones que procedan.»

«Artículo 1026 CC.

Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.»

2.2.4. ¿Que debe entenderse por actos de administración provisional y de conservación?

Parece que los actos de mera conservación permitidos al llamado serían aquellos inmediatamente necesarios para la salvaguardia de la integridad del patrimonio hereditario. Los de administración provisional implican simplemente el modo de gestión normal y útil sin ninguna innovación o cambio en el patrimonio hereditario.

El problema sigue siendo concretar cuál es el ámbito de actuación posible del llamado ejecutando esos posibles actos conservativos o de administración provisional sin que ello implique aceptación de herencia. Hay que tener en cuenta el interés protegible de quienes contraten con estos llamados a la herencia que normalmente habrán considerado como empresarios a estos llamados que actuaban como tales y que, finalmente, si no aceptan la herencia pueden no serlo.

Parte de la doctrina mercantilista entiende que, dada la celeridad del tráfico mercantil, hay que adoptar una interpretación amplia del término «actos de admi-

nistración», pues es evidente que una empresa no puede subsistir sin continuar el giro habitual de la misma.

En contra, autores como POLO SÁNCHEZ[6], para quien admitir una interpretación amplia de la actuación de los llamados sería tanto como admitir una especie de «aceptación a prueba» de la herencia, lo que entiende claramente proscrito en nuestro derecho.

De todas formas, a estos efectos puede considerarse admitido por la doctrina la interpretación amplia del término «actos de administración», reputando como tales los comprendidos en el giro o tráfico de la empresa, aun cuando tenga alcance dispositivo, si son indispensables para la subsistencia de la misma, continuidad de la empresa, sostenimiento de su capacidad productiva o competitividad o para el mantenimiento de su situación empresarial y que, por tanto, su realización no implicará necesariamente la aceptación de la herencia por el llamado. Será inevitable atender a las circunstancias de cada caso concreto.

Resulta interesante la STS de 12 de julio de 1996, en la que el tribunal afirma que e1 simple hecho de la continuación de determinado negocio no es determinante para que se tenga por realizada la aceptación de la herencia, el llamado estaría facultado para continuar la administración de la empresa.

2.2.5. El testador impone la explotación de la empresa en comunidad, prohibiendo la división

Si el testador impone la explotación de la empresa en comunidad conforme al artículo 1051 del Código civil, se plantea si es de aplicación el límite de diez años del artículo 400.2 del Código civil. La doctrina ha defendido diversas posturas:

a) Sí se aplica, lo que se desprende de la lectura de los artículos 1051, 1052 y 400 del Código civil. Para algunos el plazo sería de veinte años por estar previsto una prórroga por nueva convención.

b) Otros entienden aplicables los límites de las sustituciones fideicomisarias (art. 781 CC).

c) Para otros no hay límite temporal alguno, pues la situación creada, empresa en régimen de comunidad hereditaria impuesta, es una situación análo-

---

[6] POLO SÁNCHEZ a quien cita FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: «La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires.* Algunas propuestas de reforma.», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo II, editorial Bosch, 2005, Barcelona. Página 479.

ga a la de la sociedad, por lo que han de regir las normas de esta última y no las de la comunidad.

El mismo artículo 1051 contiene una remisión al régimen del CC previsto para el contrato de sociedad cuando dice: «*Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad*».

No obstante, esta postura parece algo forzada. El de sociedad es un contrato, con vocación de duración además, como tal contrato el consentimiento ha de recaer sobre todo su contenido y no parece que ese consentimiento pueda ser suplido por la simple voluntad del testador de que la herencia se mantenga indivisa. Sin contrato entre los socios no puede haber contrato de sociedad.

Lo que sí puede el testador es imponer la constitución de una sociedad entre los llamados y prever una adecuada ordenación de la vida social. Como señala FUENTES MARTÍNEZ[7], lo ideal será que la sociedad se constituya en vida, pero lo cierto es que lo más frecuente será que el causante prevea en su testamento que esa actividad de constituir la sociedad haya de ser llevada a efecto por los herederos una vez fallecido. Ante ello se abren dos posibilidades:

1. El testamento contiene todas las disposiciones legalmente establecidas para la constitución de la sociedad. Se ha planteado si ello es posible... por ejemplo, no parece que el testador pueda dar cumplimiento en vida a la obligación de obtener la certificación negativa de denominación, aparte de que por ley debe ser expedida a nombre de fundador o promotor, algo que no es predicable del testador.

2. El testador se limita a señalar en su testamento las bases esenciales de la sociedad, tipo social (normalmente sociedad limitada), quienes serán herederos concretando su parte de capital, régimen de administración con posible retribución, especialidades en cuanto al ejercicio de derechos políticos, usufructo de acciones, participaciones... imponiendo a los sucesores el ejercicio de esa actividad fundacional.

Especialmente conveniente parece en estos casos la designación de albacea con las más amplias facultades.

---

[7] FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: «La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires.* Algunas propuestas de reforma», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo II, editorial Bosch, 2005, Barcelona.

Sobre esta cuestión ver también el epígrafe IV.9 del capítulo XI de esta obra colectiva.

2.2.6. Comunidad acordada por los herederos

A) Planteamiento

¿Qué sucede si el testador no establece nada? Cabe que los integrantes de la comunidad hereditaria acuerden la continuación del ejercicio de la empresa en sede de esa misma comunidad. Nada se opone a la validez de tal pacto, que habrá de ser adoptado por unanimidad.

El problema entonces es: ¿se aplica lo establecido en el artículo 400.2 del Código civil a cuyo tenor: «*Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención*»?

1. GITRAMA[8], en base a que es perfectamente renunciable el derecho a pedir la partición del art. 1052 CC, es partidario de ser prudente a la hora de trasladar a la herencia las disposiciones del CC sobre la comunidad.

2. Para la generalidad de la doctrina es aplicable ese plazo máximo. Algún autor, como BELTRÁN DE HEREDIA[9], entiende que solo es posible una prórroga, pues el código alude a una sola convención. Por el contrario, la doctrina mayoritaria admite varias prórrogas por entender que la expresión «*nueva convención*» alude a cada prórroga.

Cuando los herederos nada hayan pactado, o se continúa en la indivisibilidad de manera tácita, parece que habría que aplicar las normas de la comunidad de bienes del CC, basados en acuerdos mayoritarios o unánimes (según los casos), de los partícipes. Dicho régimen no parece casar adecuadamente con las necesidades propias del tráfico mercantil, caracterizado por su celeridad y necesaria agilidad.

Teniendo en mente ese problema, algunos autores, GITRAMA[10] Y ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR[11], defendieron acudir a la regulación del condominio de

---

[8] GITRAMA, Manuel: *La administración de la herencia en el derecho español*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1950.

[9] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José: «La comunidad de bienes en Derecho Español», *RDP*, Madrid, 1954.

[10] GITRAMA, Manuel: obra citada.

[11] ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, A.: «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», *RCDI*, 1947, pp. 585-599.

buque, que presenta importantes diferencias frente a la regulación de la comunidad de bienes en el código civil. Para la generalidad de la doctrina es una postura muy forzada y es que, no estando regulado en el Código de Comercio la gestión de la comunidad hereditaria, no hay más remedio que acudir a las normas del CC.

No cabe sino acudir a la autónoma privada de los herederos para que, en virtud de los acuerdos correspondientes, modalicen el régimen legal para adaptarlo a sus concretas necesidades, así, por ejemplo, podrán designar un encargado, a quien corresponda la gestión de la empresa. Se puede plantear entonces qué régimen de acuerdos, mayoritario o unánime, se precisa para tal nombramiento. GITRAMA[12] distinguía entre el acuerdo de designar un gestor, que ha de ser unánime y la concreta designación de la persona, para lo que bastará el acuerdo mayoritario.

B) ¿Supone la continuación estable la conversión en sociedad?

Para algunos autores, como DÍEZ-PICAZO[13], cuando varias personas suscitan con su conducta la apariencia de una situación jurídica entre ellos, tal situación debe considerarse válida.

Para DE LA CÁMARA[14] es precisa la voluntad de los herederos de explotar la empresa en común de manera permanente, excluyendo cualquier idea de interinidad.

Para CAPILLA RONCERO[15] estaríamos ante una sociedad mercantil contraída mediante una declaración tácita de voluntad sin constancia en el Registro Mercantil y sometida a las normas propias de las sociedades irregulares.

Para PAZ-ARES[16] estaríamos igualmente ante una sociedad, salvo que sea patente la voluntad de llevar una gestión meramente conservativa de la empresa, en cuyo caso no sería acertado afirmar que estamos en presencia de una sociedad.

---

[12] GITRAMA, Manuel: obra citada.

[13] DÍEZ-PICAZO, L.: «La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 315-327.

[14] DE LA CÁMARA, Manuel, a quien cita FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: «La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires.* Algunas propuestas de reforma.», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo II, editorial Bosch, 2005, Barcelona. Página 486.

[15] CAPILLA RONCERO, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones* Forales (AA.VV.), ALBALADEJO, M. (Dir.), Edersa, tomo XXI, vol 1.º, Madrid, 1986.

[16] PAZ-ARES, Cándido: «Comentario al art. 1669», en el *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia.

En contra autores como GARRIGUES o LARRONDO LIZARRAGA[17], para los cuales estaríamos ante una comunidad incidental regida por las normas del Código civil.

Postura intermedia es la de PUIG BRUTAU, para quien si bien es preciso que las sociedades mercantiles se ajusten a las previsiones del Código de Comercio o leyes especiales, hay situaciones de hecho cuya fuerza se impone, y así procede interpretar en cada caso el acuerdo al que lleguen los herederos. No será lo mismo la actuación de quién recibe un simple apoderamiento que la de quién está investido de un haz de facultades semejantes a la de los administradores de las sociedades.

Para el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia de 29 de junio de 1995, el marco más adecuado para el ejercicio estable de una actividad empresarial por un grupo de personas es la sociedad, por lo que aplica esta calificación al ejercicio en común del negocio heredado por varios herederos.

Estaríamos ante una sociedad irregular, cuyo régimen se reconduciría al de la sociedad regular colectiva, que ha sido siempre considerada la sociedad mercantil tipo o general.

C) Responsabilidad por las deudas sociales

Por todo lo anterior, el tema de la responsabilidad se enmarcaría dentro de lo previsto en el Código de Comercio, es decir, responsabilidad personal y solidaria, pero de carácter subsidiario de los socios colectivos, sin que la sociedad sea responsable de las deudas personales de los socios ex arts. 127,134 y 237 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

«*Artículo 127 CCom*

Todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla.»

«Artículo 134 CCom

Las negociaciones hechas por los socios en nombre propio y con sus fondos particulares no se comunicarán a la compañía ni la constituirán en responsabilidad alguna, siendo de la clase de aquellas que los socios puedan hacer lícitamente por su cuenta y riesgo.»

---

[17] LARRONDO LIZÁRRAGA, J. M.: *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Centro de Estudios Registrales, 1994.

«Artículo 237 CCom

Los bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta, no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella sino después de haber hecho excusión del haber social.»

Por último se ha planteado por la doctrina si, una vez admitido que ese pacto tácito entre los herederos reconduciría la situación al ámbito de las sociedades irregulares, subsiste el derecho a pedir la partición, o si habrá que estar a las causas de extinción recogidas en el Código de Comercio, art. 221 para todas las sociedades y en el 224 para la sociedad colectiva. La doctrina más reciente opta por aplicar las disposiciones de la sociedad, puesto que hay que estimar que esa decisión supone una partición parcial de la herencia, consecuentemente, si ha habido partición, no puede haber después otra.

II. LIQUIDACIÓN DE REGÍMENES MATRIMONIALES Y EMPRESA FAMILIAR

1. La empresa y la sociedad de gananciales

Toda empresa familiar puede ser estudiada desde tres puntos de vista: como bien privativo, como bien ganancial, como integrada por bienes privativos y gananciales.

1.1. La empresa como bien privativo

Mientras que la ganancialidad de las empresas individuales aparece expresamente recogida en el art. 1347.5 del Código civil, no sucede así cuando el negocio es privativo. Ello no impide que la empresa pueda ser privativa:

— Así puede ocurrir que uno de los cónyuges sea titular de una empresa privativa antes de contraer matrimonio (art. 1346.1 CC). La empresa conservará ese carácter, si bien los beneficios serán gananciales (art.1347.2 CC). Mantendrá el carácter privativo incluso si fue adquirida a plazos y parte se abonó con fondos gananciales, sin perjuicio del correspondiente reembolso (arts. 1357 y 1358 CC).

— Empresas adquiridas a título gratuito por uno de los cónyuges, ya sea por donación o herencia (art. 1346.2 del CC). En caso de atribución gratuita conjunta a ambos cónyuges sería ganancial por el art. 1353 CC, a cuyo tenor: «*Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyu-*

ges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.»

— Adquiridas durante el matrimonio por uno solo de los cónyuges con cargo a fondos privativos (art. 1346.3 CC). Los rendimientos se entienden igualmente gananciales. (art. 1347.2 CC).

— Adquiridas en virtud de un derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges (art.1346.4 CC). Lo determinante es el carácter del derecho, no de los fondos empleados que, en su caso, daría lugar al correspondiente reembolso. MONTES PENADÉS[18] incluye el derecho de tanteo, retracto convencional o legal ya mediante su ejercicio judicial o mediante acuerdo extrajudicial, por convenio con los compradores retraídos e incluso en sede de división de cosa común, el acuerdo de adjudicación a que se refieren los artículos 404 y 1062 CC. Lo mismo sucederá en caso de adquisición como consecuencia del ejercicio de un derecho de opción de compra privativo de uno de los cónyuges, adquirido, por ejemplo, antes de contraer matrimonio, pero ejercitado vigente éste con fondos gananciales.

— Por atribución de los cónyuges. (art. 1355 CC). Consecuencia del principio de la libertad de pacto del artículo 1323 del Código civil. Discutió la doctrina si al amparo del art. 1355 CC era posible atribuir carácter privativo a adquisiciones a costa del caudal común con ocasión de la misma adquisición, y ello porque estrictamente el precepto solo se refiere a la atribución de ganancialidad. Hoy está generalmente admitido. La existencia de esos reconocimientos clarifica situaciones potencialmente conflictivas dentro de la familia empresaria. Si no se desea en ningún caso que la propiedad de la empresa salga del círculo familiar preordenado, los Protocolos Familiares, para cuyo estudio nos remitimos al capítulo correspondiente, suelen contener cláusulas en este sentido que se traducen en este tipo de reconocimientos dentro de cada situación matrimonial, evitando el forzar un régimen de separación de bienes que puede no ser el querido por los cónyuges.

Estos reconocimientos de privatividad, obrantes ya en capitulaciones matrimoniales, ya en escritura pública, ya en testamento, brindan una solución armonizadora de los intereses implicados, sin merma de la entidad y peso jurídico del régimen ganancial.

---

[18] MONTES PENADÉS, Vicente Luis: *Derecho de Familia* (AA.VV.), ROCA, E. (Coord.), 3.ª edicion, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

Un supuesto frecuente es el del empresario individual que, iniciada su actividad empresarial soltero o adquirida la empresa por donación o sucesión, transcurrido un tiempo decide, constante la sociedad de gananciales, transformar su negocio de empresa individual a cualquiera de los tipos de sociedad de capital, generalmente por motivos fiscales o para salvaguardar la responsabilidad del patrimonio familiar.

La cuestión debe ser resuelta a favor del carácter privativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1346.3 del Código civil: «*Son privativos de cada uno de los cónyuges: Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos*».

Entran en este supuesto las acciones o participaciones de la nueva empresa constituida mediante aportaciones no dinerarias, consistentes en la aportación de negocio privativo (art. 66 de la LSC). Aunque la sociedad se constituya vigente el régimen de gananciales, tendrán carácter privativo las acciones o participaciones con base al criterio de subrogación real. En este sentido STS 731/1999, de 18 de septiembre. No es obstáculo el criterio contrario adoptado por sentencias como la de la Audiencia Provincial de La Rioja de 30 de marzo de 2010, en la que no se concretó con claridad la conexión entre la empresa originaria privativa y las acciones de la nueva sociedad, con lo que no se estimó el principio de subrogación real.

Dado el principio de presunción de ganancialidad establecido en el artículo 1361 CC, en evitación de controversias futuras, lo ideal será que en la escritura de constitución de la sociedad se haga un inventario de los elementos aportados con mención expresa del carácter ganancial o privativo de los mismos.

— Se ha planteado también la posibilidad de que se pueda fundar una empresa privativa a costa de la sociedad de gananciales como prestamista sin interés.

  Parece admitirlo el artículo 1382 CC cuando dice: «*Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes*».

Para García Cantero[19], se desbordaría el ámbito de aplicación del precepto si, en base al mismo, el médico instalase su clínica, el abogado su bufete o el

[19] García Cantero, según cita Garrido de Palma, Víctor Manuel: «Régimen matrimonial. Sucesión *mortis causa* y Estatutos sociales. Armonización con el Protocolo Familiar», *El patrimonio empresarial, profesional y familiar sus protocolos*, tomo IV, Consejo General del Notariado, editorial Bosch, Barcelona, 2005, página 630.

cónyuge creara *ex novo* una empresa. No obstante, para GARRIDO DE PALMA[20] cabría una interpretación más amplia.

Para este último autor, una solución práctica de la cuestión se puede lograr atendiendo a dos notas:

1. La expresión «*de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia*», de modo que el precepto cabe interpretarlo en clave dinámica.

2. Reconociendo la dificultad de deslindar los supuestos en que basta con el conocimiento de aquellos otros que exigen su consentimiento, cabe señalar que éste se da constantemente a fin de que el empresario realice su actividad profesional sin trabas por razón del régimen económico matrimonial.

El Código civil dispone de mecanismos frente a posibles abusos: arts. 1390, 1391 del CC o la posible disolución judicial de la sociedad conyugal por «*Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad*» (art. 1393.2 CC)

— El Código civil regula una serie de supuestos a los que se da el carácter de privativos, aunque siguiendo el principio general de la subrogación debieran ser gananciales. En sede de empresa familiar podemos hacer referencia a los siguientes supuestos:

  1. *Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando sean parte integrante o pertenencia de un establecimiento de carácter común*.(art. 1346.8 CC). Si su adquisición se ha efectuado con fondos comunes, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho (último inciso del art. 1346 CC).

     La inclusión de este supuesto dentro de los bienes privativos tiene como finalidad preservar los bienes con que cada uno de los cónyuges realiza su actividad profesional, surgiendo un derecho de reembolso si la adquisición se ha verificado con fondos gananciales.

  2. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles intereses vivos (art. 1346.5 CC).

     Dentro de los derechos no transmisibles «inter vivos» podemos señalar:

---

[20] GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Régimen matrimonial. Sucesión mortis causa y Estatutos sociales. Armonización con el Protocolo Familiar», *El patrimonio empresarial, profesional y familiar sus protocolos*, Tomo IV, Consejo General del Notariado, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

A) Derechos de uso y habitación: serán siempre privativos.

B) No resulta tan claro el derecho de arrendamiento adquirido por uno solo de los cónyuges constante matrimonio. En principio, constituido el arrendamiento constante, la sociedad legal de gananciales debe estimarse ganancial, sin embargo, la jurisprudencia en este punto es vacilante y peca de un exceso de casuismo, así el TS opta por la privatividad cuando de la condición de ganancial quieren beneficiarse familiares del cónyuge no titular para acceder a una subrogación no comprendida en los antiguos artículos 58 y 59 de la LAU. Así, SSTS de 24 de febrero y 4 de diciembre de 1956, 23 de marzo de 1957 y 3 de junio de 1987, en las que se afirma que sólo es titular del derecho arrendaticio quien celebró el contrato de arrendamiento, que adquiere un derecho de índole personal que no se comunica al otro cónyuge vía liquidación de gananciales, no se convierte en ganancial por el hecho de adquirirse vigente dicho régimen.

   Por el contrario, el Alto Tribunal se pronuncia a favor de la gananciali dad cuando se trata de excluir la naturaleza de precario de las posesiones de la mujer (STS de 3 de noviembre de 1960) o cuando se quiere reconocer los derechos de los herederos del cónyuge no titular frente a los actos de disposición realizados unilateralmente por el cónyuge viudo titular del arrendamiento (STS de 26 de febrero de 1981).

C) El usufructo adquirido durante la sociedad de gananciales a costa del caudal común, sea por uno o por ambos cónyuges, debe estimarse ganancial (RDGRN de 25 de febrero de 1993). Especial es el usufructo adquirido por ambos cónyuges con carácter conjunto y sucesivo, en cuyo caso, ante el fallecimiento de uno, no habría que incluir en la liquidación el usufructo correspondiente al supérstite (RDGRN de 21 de enero de 1991).

D) Concesiones administrativas:

   a) Parte de la doctrina piensa que al ser hipotecables las concesiones administrativas en consideración a su naturaleza de bienes inmuebles (art 334.10 CC, en relación al artículo 107.6 LH), no hay obstáculo para su posible ganancialidad.

   b) Otra parte de la doctrina considera insuficiente tal argumento, debido a que toda transmisión implica un cambio subjetivo en la relación jurídico-obligacional y, por tanto, hace falta el consentimiento de la otra parte, que además es un ente público, en

base al artículo 1205 del CC, sin cuyo requisito no es posible que la concesión entre en el patrimonio ganancial al ser doctrina reiterada que los concesionarios solo ostentan un derecho de posesión y disfrute legítimo.

3. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos (art. 1346.6 CC).

Este supuesto, vinculado con el ejercicio de la actividad laboral y con los daños inferidos a la persona, plantea problemas en relación con las indemnizaciones por incapacidad laboral. El criterio general es que si se pretende suplir el salario, la indemnización sería ganancial, pero si se trata de resarcir la pérdida de la capacidad laboral, sería privativa. Esta distinción parte de que los rendimientos de este capital son gananciales, como también lo son las prestaciones por seguro por desempleo o despido y la reparación por los rendimientos económicos producidos por la explotación de los bienes de la persona (art. 1347.1 y 2 CC). En cambio, es privativo el resarcimiento por daños morales o cualesquiera que atañen a los bienes de la personalidad.

Así, se considera privativa la indemnización percibida por el esposo, tras la disolución de la sociedad de gananciales, como consecuencia de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, producida constante matrimonio (STS de 28 de noviembre de 1997). No se ha estimado lo mismo en supuestos similares, como la indemnización obtenida en virtud de póliza que cubre el riesgo de invalidez permanente absoluta para todo trabajo. (STS de 25 marzo 1988).

Estos supuestos deben ponerse en relación con el artículo 1398.2 del CC, que considera pasivo de la sociedad de gananciales en la liquidación el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastado o deteriorado en interés de la sociedad o en su beneficio.

1.2. La empresa como bien ganancial

Situación expresamente contemplada en el artículo 1347.5 CC: «*son gananciales ... 5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.*»

Con esta redacción, a los efectos de la sociedad de gananciales, la empresa parece concebirse como un bien en sí mismo, considerado por el derecho como una *universitas*, como un bien único, ganancial, privativo o mixto, sin distinguir entre sus distintos componentes (STS de 20 noviembre 2000).

Ahora bien, el artículo 1347.5 CC se refiere únicamente a la empresa que no está organizada como persona jurídica. En estas últimas el patrimonio social no puede tener la condición de ganancial, pues no debe confundirse las personas jurídicas con sus socios. Por tanto, no sería correcto incluir en el activo ganancial una sociedad mercantil, sino las acciones o participaciones (STS de 18 de septiembre de 1999), siempre que aquéllas tengan carácter ganancial conforme a los criterios generales.

En relación al término establecimiento del precepto surge la duda de si se refiere a la base física de la empresa o a un conjunto organizado de bienes. Esta segunda opción parece acoger la RDGRN de 23 de octubre de 1959.

Para que una empresa sea ganancial mediante adquisición originaria debe reunir las siguientes circunstancias:

1. Fundación de la misma vigente la sociedad de gananciales. La cuestión entonces es determinar cuándo se entiende que se ha fundado la empresa. Cabría utilizar como criterio el momento de la inscripción en el registro mercantil o el momento de apertura al público del establecimiento. Siempre será preciso que exista un conjunto de bienes organizados por el empresario, una apertura y una clientela.

2. Por uno cualquiera de los cónyuges.

3. A expensas de los bienes comunes.

Aparte del supuesto de adquisición originaria, existen otros casos de ganancialidad; son los casos de adquisición derivativa:

1. Cuando los negocios sean adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los cónyuges (art. 1347.5 CC).

2. Cuando se adquiera por derecho de retracto de carácter ganancial, aún cuando lo fuera con fondos privativos (art. 1347.4 CC). Lo fundamental es la existencia del derecho de retracto en el patrimonio ganancial, siendo indiferente a efectos del carácter ganancial el que los fondos empleados fuesen privativos, generándose en su caso el correspondiente derecho de reembolso.

3. Empresa donada o dejada en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes constante la sociedad siempre que la liberalidad fuese aceptada por ambos y el donante o testador no hubiese dispuesto otra cosa (art. 1353 CC).

4. Cuando los cónyuges de común acuerdo atribuyan carácter ganancial a la empresa adquirida a título oneroso, constante la sociedad, al margen de cuál sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, según el artículo 1355 del Código civil. Esta norma es preferente a la del artículo 1354 CC cuando ambos cónyuges adquieren conjuntamente y realizan con esa ocasión un acuerdo de atribución de ganancialidad. Es también aplicable el 1355 CC cuando la ganancialidad del precio o contraprestación solo consta por presunción.

5. Empresa ganancial por presunción. Cuando no se acredite su carácter privativo conforme al artículo 1361 del Código civil.

6. Empresa familiar ganancial en aquellos negocios familiares donde puede existir una confusión entre la concesión administrativa y el carácter patrimonial-familiar del negocio: administración de loterías, estancos, quioscos... la licencia correspondiente tendrá carácter personal del cónyuge que proceda, pero ello no impide para considerar el negocio como ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que rige el aspecto patrimonial del matrimonio. No puede confundirse la titularidad administrativa con la civil, por lo que constando acreditado que la concesión se produjo durante el matrimonio, y no desvirtuándose la presunción de ganancialidad, tales negocios serán gananciales. En este sentido, sentencia de la AP de Sevilla 67/2004, de 10 de febrero.

1.3. Empresa integrada por bienes privativos y gananciales

Se da este supuesto cuando:

1. La empresa se constituye durante la vigencia de la sociedad de gananciales, pero con capital privado de uno a ambos cónyuges y con bienes o derechos gananciales.

2. La empresa se ha constituido antes de la celebración del matrimonio con capital privado de uno de los esposos y con la aportación posterior de bienes o derechos gananciales.

En ambos casos hay que hacer una remisión expresa al artículo 1354 del CC (así lo establece el art. 1347.5 CC), lo que conduce a una indivisión ordinaria entre el cónyuge que aporta bienes privativos y la sociedad de gananciales en proporción a sus respectivas aportaciones.

Señala PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS[21] que es difícil que una empresa se constituya durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges y que tenga carácter enteramente privativo, y ello porque los artículos 1347.1 y 1359 del CC establecen que la aportación de trabajo de uno de los cónyuges debe ser considerada como capital común. No obstante, es factible, así cuando se funda a expensas de bienes propios o se adquiere por herencia, legado o donación (art. 1347.5 CC *a sensu contrario* y art. 1346.2 CC, respectivamente). Ahora bien, el cónyuge que hubiese contribuido con sus bienes privativos a la fundación de la empresa familiar seguirá siendo titular proindiviso de la misma en proporción a su participación privativa, al pertenecer la empresa proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge.

La titularidad de los cónyuges no recae sobre cada uno de los elementos que integran la empresa, sino sobre ella misma, como unidad patrimonial susceptible de relaciones jurídicas independiente de sus componentes.

En este caso, al llegar la liquidación, no entrará en juego el artículo 1358 del Código civil, conforme al cual: «*Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación*.»; sino que el cónyuge que hubiese contribuido con sus bienes privativos a la fundación de la empresa tendrá derecho a una participación proporcional al valor de sus aportaciones.

1.4. Tratamiento que reciben las acciones y participaciones sociales

Está fuera de toda duda la naturaleza patrimonial de acciones y participaciones sociales, y su aptitud para ingresar en el patrimonio ganancial, o en el privativo de cualquiera de los cónyuges.

1.4.1. Criterios generales de nuestro ordenamiento jurídico para determinar el carácter ganancial o privativo de acciones o participaciones sociales.

1. Criterio del momento de la adquisición: las acciones o participaciones que pertenezcan a cada cónyuge con anterioridad a la constitución del régimen de gananciales serán privativas (art. 1346.1 CC).

---

[21] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho civil: estudios, comentarios y notas*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2009.

2. Criterio de la onerosidad de la adquisición: la adquisición gratuita de acciones o participaciones por cualquiera de los cónyuges determinará su privatividad (art. 1346.2 CC).

3. Criterio de la subrogación real: Las acciones y participaciones sociales adquiridas a título oneroso durante el matrimonio quedan adscritas a una u otra masa patrimonial en función de la naturaleza que a su vez tengan los bienes objeto de la contraprestación.

4. Criterio que atiende a la previa titularidad: el derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita. Está recogido en el artículo 1352 del CC: *«Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.*

   Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.»

   Supone una ruptura de la regla de la subrogación real al imponer la privatividad con independencia del carácter de los fondos empleados.

5. Atribución voluntaria de ganancialidad por los cónyuges ex art. 1355 CC.

Pese a no constituir un criterio distintivo en sentido propio, esta atribución también incide en el carácter ganancial o privativo de las acciones o participaciones sociales. La atribución de ganancialidad se halla prevista —como ya hemos señalado— en el art. 1355 del CC y exige la existencia de un acuerdo de los cónyuges dirigido a determinar el *status* jurídico-patrimonial del bien que va a ingresar en la sociedad conyugal, atribuyéndole carácter ganancial.

La exigencia del común acuerdo ha de ir referida únicamente a la atribución de ganancialidad, y no a que ambos cónyuges hayan de concluir el negocio con el transmitente. Por tanto, el negocio de adquisición en sí podrá ser concluido por uno solo de los cónyuges (lo cual podría ser el supuesto normal, puesto que estará utilizando en la mayoría de los casos fondos privativos), pero ambos deberán manifestar su voluntad de atribuir carácter ganancial al bien adquirido.

En sede de acciones o participaciones es importante tener en cuenta, como señala, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19 de febrero de 2008 que «el patrimonio social pertenece a la sociedad y no a los socios, por lo que lo que es ganancial no es el patrimonio de dicha sociedad, sino sólo las acciones o participaciones que el socio tenga en dicha entidad».

Dicho matiz con cierta frecuencia no es comprendido por los cónyuges, que suelen considerarse dueños de todo lo que está «a nombre de la sociedad».

Por ejemplo: En el supuesto que motivó la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 14 noviembre de 2008, la esposa demandante arguye en su demanda la nulidad de la venta de inmueble realizada por su marido a sus padres debido, principalmente, a la falta de consentimiento por su parte al tratarse de un bien ganancial. La sentencia de instancia y la del tribunal de apelación señalan que su derecho sobre la vivienda deriva de ser titular del 50 por 100 de las participaciones sociales de la mercantil, participaciones que sí tienen la condición de gananciales; y entre los bienes que conformaban el patrimonio de la mercantil estaba dicha vivienda. A modo de ejemplo, la sentencia cita que «no es lo mismo que un matrimonio tenga acciones de una entidad mercantil cotizada en Bolsa, con afirmar que a los cónyuges les pertenecen bienes concretos de la sociedad».

1.4.2. Incidencia de restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones o participaciones

Se presenta en estos temas un conflicto de intereses sobre acciones nominativas de un cónyuge adquiridas con bienes gananciales, entre el cónyuge que no figura como socio, pero tiene derecho a la mitad de los bienes comunes, y los restantes socios o la sociedad que, si existen restricciones estatutarias a la libertad de la enajenación de acciones, tienen derecho a impedir el ingreso de nuevos socios.

El supuesto de hecho típico es el siguiente: liquidación de gananciales adjudicando al cónyuge no socio acciones de la sociedad en pago de sus gananciales. El resto de socios solicitan que se declare la ineficacia frente a la sociedad de tal adquisición por existir un derecho de adquisición preferente a favor de los otros socios.

El TS, en sentencia de 17 de abril 1967 y 4 de julio de 1988, partiendo de que no se discute el carácter ganancial de las acciones o participaciones, considera que la tesis técnicamente adecuada es la que entiende que en el caso debatido no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de retracto, pues en la partición de la sociedad de gananciales no se enajena ni se vende nada en favor de los cónyuges, sino que éstos reciben lo que ya era de ambos, si bien ahora se especifican los bienes que pasan a la propiedad individual de cada uno. Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones servirán, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trate frente a futuros adquirentes, pero no son suficientes para transformar la esencia de la acción e impedir la atribución a un cónyuge de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del otro.

La solución vale para la sociedad limitada. La doctrina suele disentir de la posición jurisprudencial expuesta (CÁMARA[22], DÍEZ-PICAZO[23], BEAUS CODES[24]), con argumentos consistentes: si el fin perseguido por las cláusulas restrictivas es controlar el eventual ingreso en la sociedad de personas distintas en la gestión de la sociedad y en el ejercicio de los derechos de socio es evidente que ello sucede cuando el cónyuge del socio originario asume la titularidad de las participaciones. Los argumentos del carácter ganancial de las participaciones, así como de la falta de carácter estrictamente dispositivo de la liquidación de la sociedad de gananciales que emplea el TS, parecen muy forzados: la ganancialidad viene referida al valor de la parte del socio, no a su posición contractual. Por otro lado, deben primar los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal más que quedarnos en su no carácter estrictamente dispositivo: el socio originario queda sustituido por otra persona.

Algún sector de la doctrina (PERDICES HUETOS[25]) ha defendido el carácter privativo de dichas acciones o participaciones: el hecho de que las cualidades personales del adquirente hayan sido determinantes de la adquisición determinaría el carácter inherente del bien a la persona del cónyuge a los efectos del artículo 1346.5 CC. De este modo, el carácter privativo supondrá la sustracción de las acciones o participaciones a una eventual adjudicación al cónyuge, evitando que se suscite la polémica de la aplicación de las posibles restricciones. La titularidad de las acciones o participaciones sería privativa, pero a favor de la sociedad de gananciales aparecería un derecho de valor comprensivo de la integridad del contenido patrimonial de la participación.

Será por tanto conveniente que se regule en los estatutos sociales la aplicación del artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital a la liquidación de la sociedad conyugal, muy especialmente si los cónyuges o el causante son los únicos socios. Si no se establece nada, será libre la transmisión a favor del cónyuge.

Presupuesto que se proceda a adjudicar las acciones o participaciones al caudal del difunto, existiendo cláusulas restrictivas se plantea la incidencia en la partición de su funcionamiento, lo que examinaremos posteriormente.

---

[22] DE LA CÁMARA, Manuel: «Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación sobre sociedad anónima», en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IV, 1991, pp. 282.

[23] DÍEZ-PICAZO, Luis: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, 1969, tomo III, pág. 108.

[24] BEAUS CODES, Rafael: «Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles», *Anales de la Academia del Notariado*, tomo XXVI, pág. 252.

[25] PERDICES HUETOS, Antonio: «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares» *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

1.4.3. Otros supuestos

A) Adquisición de nuevas acciones o participaciones sociales de la sociedad

No plantean problemas las adquisiciones por título de compraventa, en que operará el criterio de subrogación real según la naturaleza ganancial o privativa de los fondos empleados.

Alguna cuestión puede plantear las adquisiciones derivadas del aumento del capital social (art. 295 LSC):

— Al respecto, el art 1352 CC dice: «*Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.*

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.»

— Por tanto, se atribuye la condición de privativas a las nuevas acciones o participaciones sociales cuyo origen procede de la titularidad de otras privativas. El cónyuge que pretenda que las nuevas acciones o participaciones sociales, adquiridas constante la sociedad de gananciales, posean el mismo carácter privativo que las originarias, deberá probar el carácter privativo de las antiguas. Caso contrario entrará en juego la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC con la consecuencia de que se les conferirá la condición de gananciales a los títulos o acciones originarias y también a los adquiridos en virtud de aquéllas. Así se pronuncia el TS en su sentencia de 24 de marzo de 2003 sobre las acciones adquiridas en ejercicio del derecho de suscripción preferente por ampliación social a partir de otras privativas La cuestión versa sobre la titularidad ganancial o privativa de unas acciones adquiridas por uno de los cónyuges de su padre fallecido. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, abogan por la titularidad privativa de dichas acciones. El TS señala expresamente: «… En todo caso, la atribución privativa de las nuevas acciones, o el precio de enajenación del derecho de suscripción preferente en la esfera patrimonial del titular o cónyuge es consecuencia de la titularidad sobre otras acciones también privativas». Y si para el pago se usan fondos comunes, surge un derecho de reembolso a favor de la comunidad que se producirá en el momento de la liquidación.

— Por el contrario, si este derecho lo adquiere la comunidad, las acciones suscritas mediante el ejercicio de tal derecho ya no serán privativas, sino

gananciales. En definitiva, para que las nuevas acciones sean gananciales se requiere:

1. Que se suscriban con fondos gananciales.

2. Que se haya comprado el derecho de suscripción preferente al cónyuge titular de las acciones.

En este caso, las consecuencias al disolver y liquidar las sociedades de gananciales serán diferentes, según el tipo societario que haya adoptado la empresa familiar:

— Sociedades capitalistas: La adjudicación de las acciones *in natura* al cónyuge del socio comportará un cambio en su titularidad formal, lo cual es irrelevante para la sociedad siempre que se cumplan las reglas que rigen la circulación de los títulos, a salvo la problemática antes referida para el caso de que existan restricciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones.

— Sociedades personalistas: Si no existe un pacto societario de continuación es causa de disolución de la sociedad (art. 1700.3 CC para sociedades civiles y arts. 222.1 CCom para sociedades colectivas y comanditarias), pero si éste media entre los socios supervivientes, se producirá la liquidación de la parte del difunto (art. 1704.1 CC). En ambos casos la participación se liquidará entrando en la masa ganancial a dividir, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1704.3 Código civil y 222.1 Código de Comercio.

No se liquidará, en cambio, cuando medie un pacto de continuación con los herederos del socio fallecido. En este caso, si bien no puede imponerse, sí podrían incluir las participaciones *in natura* en la liquidación de gananciales y su adjudicación al cónyuge viudo. En los restantes casos en que no medie el fallecimiento de uno de los cónyuges se ha venido entendiendo que la participación no puede entrar en la masa ganancial, sino sólo su valor, que será objeto de colación por el consorte.

Esta postura ha sido matizada por CADARSO PALAU[26], para quien el hecho de que el contrato social no recoja una cláusula de transmisibilidad no excluye que se pueda obtener el consentimiento de los restantes socios con el fin de realizar una adjudicación total o parcial al cónyuge no socio.

---

[26] CADARSO PALAU, J.: *Sociedad de gananciales y participaciones sociales,* ed. Tecnos, Madrid 1993, p. 49.

B) Suscripción de acciones por aumento de capital con cargo a reservas generadas durante la comunidad ganancial

MARTIN MELÉNDEZ[27] entiende que las nuevas acciones serán de titularidad privativa considerando que las reservas proceden generalmente de beneficios obtenidos y no distribuidos a los socios, pero una vez ejecutado el aumento, pierden el carácter de reservas para formar parte del capital social. No se puede considerar la emisión con cargo a reservas como una emisión a cargo de dividendos. Como la sociedad de gananciales no tiene derecho a todos los beneficios, sino solo a los dividendos, no puede defenderse que esas acciones sean gananciales, sino privativas del cónyuge accionista.

Surgirá un reembolso a favor de la comunidad conyugal cuya cuantía vendrá determinado por el valor nominal de las reservas generadas, vigente la sociedad de gananciales mismas, en cuyo caso, señala REYES LOPEZ[28], será preciso tener en cuenta la inflación para evitar un perjuicio a la comunidad conyugal, especialmente si ha transcurrido mucho tiempo entre la adquisición de los nuevos títulos o acciones y la liquidación de la sociedad de gananciales.

C) Transmisión voluntaria del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones o participaciones sociales

El derecho de suscripción preferente lleva implícito el reconocimiento de un valor económico y de un contenido patrimonial por tanto susceptible de disposición y negociación. En caso de transmisión voluntaria del derecho de preferencia (art. 306 LSC), cuando las acciones anteriores sean privativas, al no tratarse de un fruto, no puede considerarse ganancial, sino privativo y, por tanto, lo obtenido en contraprestación tendrá también dicho carácter.

D) Beneficios y dividendos

Se viene distinguiendo tradicionalmente entre un derecho abstracto a participar en los beneficios de las sociedades de capital y un derecho concreto que es el derecho al dividendo, que no se obtiene sino desde el acuerdo de la Junta general y que, desde ese momento, nace como un derecho de crédito del socio frente a la sociedad (art. 275 LSC). Dicho acuerdo determinará las circunstancias de su pago, tiempo, lugar y forma (art. 276.1 LSC).

---

[27] MARTÍN MELÉNDEZ, M.T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, página 302.

[28] REYES LÓPEZ, María José: «El patrimonio de la empresa familiar individual», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

El art. 1347.2 del CC dice: *«Son bienes gananciales: los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales*».

Dicho artículo habla de frutos, rentas o intereses que se devenguen durante la vigencia de la sociedad de gananciales y, por tanto, corresponderán a la sociedad de gananciales y serán gananciales los beneficios obtenidos de los bienes por cualquiera de los cónyuges.

Entre los frutos que se devenguen, constante la sociedad de gananciales, se encuentran los dividendos acordados, en su caso, por la sociedad familiar.

En el caso de cónyuges casados en régimen de gananciales, siendo uno de ellos propietario de un paquete de acciones o participaciones sociales de carácter privativo en sociedades familiares, puede darse el caso de que, una vez liquidada la sociedad conyugal, queden pendientes de percibir determinados dividendos acordados vigentes la misma.

Se plantea la cuestión de determinar qué criterio adoptamos para calificar los dividendos como privativos o gananciales: la fecha del acuerdo o la de pago. La jurisprudencia atiende a la fecha del acuerdo de la sociedad y no la de pago. En este sentido, STS 10 de octubre de 1996, 19 de marzo de 1997 ó 30 de enero de 2002.

Con frecuencia, los beneficios obtenidos no se destinan a dividendos, sino que han de seguir invirtiéndose en la misma sociedad para que ésta siga funcionando. Si esos beneficios son gananciales, la sociedad conyugal se convertirá en acreedora de un derecho de reembolso que se podrá exigir en el momento de la disolución.

En cuanto a los gastos generados para la obtención de estos beneficios, parece que la regla a la que hay que acudir es la del art. 1359 del Código civil, a cuyo tenor:

«*Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.*

No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.»

En consecuencia, todo gasto en bienes gananciales a costa de los privativos se genera un crédito por el valor satisfecho. Por tanto, si se trata de una empresa ganancial, la inversión de fondos privativos de un cónyuge da lugar a un crédito a

su favor y a cargo de la comunidad por el importe del valor satisfecho. En cambio, si la mejora se produce en bienes privativos con fondos gananciales, el derecho de reembolso será por el aumento de valor que hayan tenido los bienes como consecuencia del gasto (art. 1359.2 CC) y, por tanto, si se trata de una empresa privativa, la inversión de fondos gananciales queda abierta para la sociedad conyugal la posibilidad de recuperar algo más que la pura inversión económica, sino también las consecuencias favorables de esa inversión, sin que, como indica REYES LÓPEZ[29], le perjudiquen las contrarias, pues siempre podrán limitarse a reclamar en la liquidación el capital invertido.

No obstante, y siguiendo a MILLÁN SALAS[30], poniendo en relación los arts. 1359.2, 1360 y 1362 del CC, debemos matizar en los términos siguientes:

a) Si la inversión de fondos comunes de la sociedad de gananciales sirve para mantener la explotación regular de la empresa, es una obligación de la sociedad y no habrá derecho de reembolso a favor de la sociedad conyugal, y ello ya se haya producido o no incremento patrimonial. Hay que tener en cuenta que los beneficios que se obtienen de una empresa privativa son gananciales (art. 1347.1 CC), lo que supone compensar esos gastos de la sociedad conyugal que sirven para mantener la explotación regular del negocio con los beneficios que se obtienen, que son bienes gananciales.

b) Por contra, si la inversión de fondos gananciales excede de lo que es una explotación regular de un negocio, la sociedad será acreedora del aumento de valor que adquiere el establecimiento privativo al tiempo de su enajenación o al de la disolución de la sociedad.

Por otro lado, cuando el incremento patrimonial es debido a la actividad de cualquiera de los cónyuges, también aquí, como en el caso de la inversión de fondos comunes, hay que distinguir:

a) Por una parte, si la actividad de los cónyuges está limitada a la explotación regular de los negocios, se produzca o no incremento patrimonial, no habrá lugar a derecho de reembolso a favor de la sociedad.

b) Si la actividad es extraordinaria surge el derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales,

Por último, cabría plantear la posibilidad de que, con relación al carácter ganancial reconocido a los rendimientos obtenidos por el trabajo o la industria de

---

[29] REYES LÓPEZ, María José: obra citada.

[30] MILLÁN SALAS, Francisco: «La empresa y la sociedad de gananciales», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, edit. Complutense, Madrid, 1994.

cualquiera de los cónyuges, que el empresario individual que no desee hacerlos comunes pueda incluir en sus capitulaciones matrimoniales un pacto de reversión a su patrimonio privativo, sin perjuicio de los reembolsos que procedan entre masas patrimoniales afectadas.

1.5. Los derechos de atribución preferente

Vinculado al régimen de gananciales, el código civil regula unos derechos de atribución preferente con la finalidad de permitir que el patrimonio pase a manos del cónyuge supérstite:

1.5.1. Explotación económica que gestione efectivamente

Dice al artículo 1406.2 CC (redactado por el apartado 3 de la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa.) que:

«*Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde éste alcance:*

2.º La explotación económica que gestione efectivamente.»

La finalidad de la norma es facilitar la continuación de la actividad empresarial del cónyuge correspondiente a fin de evitar adjudicaciones antieconómicas.

Al estar en sede de gananciales, lógicamente el precepto se refiere a bienes que tienen dicho carácter, en este caso concreto una explotación económica, bienes que hay que repartir y adjudicar en el momento de la disolución.

En esta expresión de explotación cabe encuadrar cualquier género de empresa (STS de 10 junio 1993).

Por empresario hay que entender aquella persona que ejercita organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción de bienes y servicios. Es preciso que «*gestione*» efectivamente la explotación, lo que tiene lugar cuando asume funciones de coordinación con los demás sectores empresariales planificando la política económica, organizándola para su futuro desarrollo. Por tanto, solo el cónyuge que rige efectivamente la empresa tiene el derecho de atribución preferente y no el que se limite a auxiliarle. Tampoco podrá optar por dicho derecho si ha empezado a ejercer dicha gestión después de la disolución y antes de la liquidación de la sociedad de gananciales.

No hay previsión legal sobre el tiempo que sea preciso llevar en el ejercicio de la empresa.

En cuanto a la valoración, siguiendo a RAMS ALBESA[31], no parece que deba tomarse en consideración los valores que se obtendrían en una hipotética liquidación, ya que ello supondría beneficiar de una manera injusta al cónyuge atributario, al adjudicársele la íntegra explotación por un valor presumiblemente inferior a la utilidad que le reportará al atributario, lo que parece imponer usar el valor que tendría en el caso de una venta previsible.

Con relación a las deudas que la sociedad tenga contraídas, como es sabido, la adjudicación para el pago de deudas consorciales no vincula a los acreedores, quienes podrían exigir el pago de cualquiera de los particionarios.

En caso de que esa adjudicación para el pago de deudas consorciales se combine con la atribución preferente de la explotación, como destaca RAMS ALBESA[32], cabría considerar a tales explotaciones como una unidad, con un activo y un pasivo, efectuándose la atribución en bloque como una única explotación, valorándose en la partición correspondiente por su valor neto, es decir, un activo menos un pasivo. Con ello, los acreedores de la empresa van a tener como deudor al atributario, y que su garantía la constituya la misma base económica que sirvió de referencia para el surgimiento del crédito. Por ello, entiende RAMS ALBESA[33] que estas adjudicaciones no deberían ser rechazadas por el acreedor.

Se ha planteado si el derecho de atribución preferente resulta aplicable a las participaciones sociales a través de las cuales un cónyuge interviene en la empresa siempre que la gestione efectivamente. Lo admite FERNÁNDEZ TRESGUERRES, dada la importancia económica de las sociedades de capital en el ámbito de la empresa familiar, por entender razonable aplicar un criterio finalista, considerando que si el socio supérstite cumple con los requisitos expresados en el precepto nada impediría la inclusión de las participaciones en su ámbito. Así lo ha admitido la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 30 de junio de 2017, resolución 259/2017.

Puede ser compleja la concurrencia entre los arts. 812 y 1406 CC en caso de donación a un hijo y a su cónyuge con carácter ganancial (art. 1353 CC) de uno de los bienes que conforme al art. 1406 CC, es objeto de atribución preferente al cónyuge con ocasión de la liquidación de gananciales.

---

[31] RAMS ALBESA, J: «Las atribuciones preferentes en la liquidación de gananciales» *RCDI*, 1985, t. II.

[32] RAMS ALBESA, J.: obra cit. *supra.*

[33] Ídem.

Como es sabido, la posible reversión futura sobre los bienes donados (reversión del art. 812 CC) no limita las facultades dispositivas que tiene el donatario durante su vida, y para dichos supuestos admite el juego de la subrogación real, lo que en el caso de las participaciones sociales presenta un especial problema de concurrencia con las cláusulas restrictivas, en cuanto la recuperación del subrogado por el ascendiente supone la entrada de un extraño. Resulta conveniente en estos casos prever en los estatutos la posible concurrencia del art. 812 CC con la cláusula «mortis causa».

Igualmente se ha concluido que es posible ejercitar el derecho de atribución preferente por el cónyuge titular de un usufructo ganancial sobre la explotación económica, condicionado que se cumpla lo previsto en la norma, es decir, que el cónyuge atributario sea el titular del poder de gestión.

En el caso de que se hubiese constituido un usufructo por ambos cónyuges, si la causa de la disolución fuese la muerte, se aplicará el art. 521 CC sin necesidad de acudir al derecho de atribución preferente.

Si la explotación fuese ganancial solo en parte, el cónyuge titular de la porción privativa estará legitimado para ejercitar el derecho de atribución preferente, siempre que lleve la gestión de la explotación. Si, por el contrario, la porción privativa pertenece al cónyuge no atributario o a los herederos no será posible la atribución vía 1406.2 CC.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe II del capítulo XI de esta obra colectiva.

1.5.2. Local donde hubiese venido ejerciendo su profesión

A tenor del artículo 1406.3 CC:

«*Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:*

3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.»

El local debe ser ganancial al momento de la liquidación. Se trata de proteger el interés profesional de uno de los cónyuges mediante su mantenimiento en el local donde venía desarrollando su actividad profesional. De lo contrario, podrían resultar graves perjuicios económicos si como consecuencia de la partición se le priva del uso del mismo.

Esta norma solo será aplicable cuando al liquidar la sociedad en el local solo ejerciese su profesión uno de ellos, nunca cuando ambos cónyuges desempeñen

su profesión en el local. Y es ejercitable aunque el local esté arrendado, incluso cuando el que haya suscrito el contrato sea el cónyuge que no ha desempeñado su profesión en el mismo. No será preciso el consentimiento del arrendador (art. 32.1 LAU).

No obstante, el derecho de preferencia se excluye para supuestos de ocupaciones accidentales, aunque se pretenda por propio interés convertirlas en definitivas y consolidarlas por medio de su atribución patrimonial. (STS 30 de diciembre 1998).

Por su parte, la STC 159/1989 excluye que pueda hablarse de traspaso cuando se liquida el régimen de gananciales del que el arrendamiento de local forma parte.

Finalmente, el artículo 1407 CC, en estos casos, permite optar por una adjudicación en propiedad o en derecho de uso o habitación. Lógicamente el ejercicio de la opción influirá en el proceso liquidatorio, ya que la valoración es diferente y, consecuentemente, el lote adjudicado a dicho cónyuge estará en función de la opción elegida (STS de 20 mayo 1993).

2.1.6. Sobre el carácter privativo o ganancial de las deudas

El Código civil sigue un método casuístico para determinar qué deudas son privativas y cuáles son de la sociedad de gananciales, lo que inevitablemente no puede agotar todos los supuestos posibles. En tal caso, a falta de disposición normativa, la deuda contraída por un cónyuge, ¿es ganancial o privativa? Es preciso aclarar si existe una presunción de ganancialidad pasiva, equivalente a lo dispuesto en el artículo 1361 CC para el activo.

Lo cierto es que, a pesar de ser una de las cuestiones que con reiteración se van a suscitar en relación con las operaciones realizadas por la empresa familiar, la actual regulación ni afirma ni niega la existencia de una presunción de ganancialidad pasiva.

Es más, de admitirse alguna presunción, la única válida es la de presumir que, actuando un solo cónyuge, la deuda así contraída tenga carácter privativo del mismo, habida cuenta del principio de cogestión que recogen los artículos 1367 y 1375 del Código civil. Así lo dice el TS en sentencias de 21 de diciembre 1985, 19 de enero 1987 y 3 de junio de 1988.

Es además el criterio señalado reiteradamente por la DGRN (resoluciones de 16 de febrero, 24 de septiembre, 28 de octubre y 6 de noviembre de 1987, 18 de marzo 1988, 3 y 4 de junio, 18 de julio 1991 ó 17 de marzo de 2005).

En sede de responsabilidad de los bienes gananciales por deudas contraídas en el ejercicio del comercio sabido es que el Código civil y el Código de comercio contienen regímenes diferentes, ya que el art. 6 CCom introduce una división entre los bienes gananciales: los adquiridos con las resultas del comercio y los demás bienes gananciales, y establece dos niveles de responsabilidad por el ejercicio del comercio de un cónyuge:

a) Si el cónyuge comerciante actúa con consentimiento de su consorte: responden los bienes propios del cónyuge comerciante y todos los bienes gananciales.

b) Si el cónyuge comerciante actúa sin consentimiento de su consorte: quedan vinculados los bienes propios del cónyuge comerciante y los bienes obtenidos por la actividad mercantil.

El artículo 6 del CCom mantiene la necesidad de que la persona casada ejerza el comercio con el consentimiento de su consorte para que queden vinculados los bienes gananciales.

Ahora bien, del Código de comercio parecen desprenderse dos tipos de consentimiento: uno, para que los demás bienes comunes queden obligados (art. 6); y otro, para el ejercicio del comercio (arts. 7 y 8).

Dichos preceptos contienen una doble presunción:

1. Se presume que existe dicho consentimiento cuando se ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del otro cónyuge (art. 7 CCom).

2. Se presume que existe dicho consentimiento cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (art. 8 CCom).

Se trata de presunciones que tienen por finalidad dar seguridad al tráfico, y por ello, el acto de oposición a efectos de tercero ha de constar en escritura pública e inscribirse en el registro mercantil (arts. 11 y 21 CCom). De tal forma que, si no se hace constar la oposición en el registro mercantil, se produce un consentimiento presunto (art. 10 CCom) y el tercero de buena fe queda protegido.

En definitiva, no significa que el cónyuge no deudor haya de consentir expresamente cada obligación del cónyuge deudor, y que debe ser probado respecto de cada deuda y de cada acreedor, sino que en este trámite, una vez dilucidada la calificación privativa o ganancial de la deuda, las reglas del régimen económico de gananciales pueden ser alteradas bien con una oposición expresa a que se

extienda a todos los gananciales, bien con un consentimiento expreso para que se extienda incluso a bienes privativos del otro cónyuge.

2. Régimen separación de bienes

El régimen de los arts. 1435 y ss. del Código civil no está pensando en la posible existencia de una empresa familiar cuando el régimen es el de separación.

Cuando el art. 1439 del CC se refiere a la administración y gestión por un cónyuge de los bienes o intereses del otro, aplicando las reglas del mandato, lo contempla no como una empresa familiar, sino como la injerencia de uno de los cónyuges en la esfera patrimonial del otro.

La naturaleza jurídica de dicha actuación no sería la empresa familiar, sino el mandato o, a lo sumo, gestión de negocios ajenos sin mandato, pues en el régimen de separación no se puede presumir la existencia de un mandato otorgado por uno de los cónyuges al otro para la gestión de sus intereses. Se trataría, como señala MONTES PENADÉS[34], de la actuación de un cónyuge contra la voluntad del otro.

En el supuesto del art. 1441 CC, cuando no es posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece la empresa familiar, surgiría por ministerio de la ley un condominio ordinario entre ellos. Para su aplicación será preciso que no se pueda justificar el origen de la empresa, presumiéndose entonces su pertenencia por mitad, con iguales derechos en cuanto a la gestión, conservación y administración y con idénticas responsabilidades frente a terceros.

La sucesión en la parte privativa, que corresponde al causante, seguirá las reglas ordinarias de la sucesión, si bien, al tratarse la empresa de un bien que no puede dividirse, se formaría un condominio entre el supérstite (por su cuota privativa derivada de la presunción de comunidad del art. 1441 del Código civil) y entre los coherederos del premuerto, individualmente o en forma de comunidad hereditaria.

3. Régimen participación

Tampoco está pensando el régimen de participación para la empresa familiar, por cuanto, durante su vida, funciona como un régimen de separación.

El artículo 1414 CC establece el proindiviso ordinario respecto de los bienes o derechos adquiridos conjuntamente durante el régimen de participación.

---

[34] MONTES PENADÉS, Vicente: «Derecho de Familia», Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.

El precepto parte del supuesto de la adquisición conjunta por ambos cónyuges de un bien o derecho, lo que bien podría ser una empresa en funcionamiento, y a tal adquisición el precepto aplica las consecuencias del nacimiento de un proindiviso ordinario.

La norma es más rigurosa que el artículo 1347.5 CC, ya que no requiere la titularidad conjunta de ambos cónyuges.

En el régimen de participación, la actuación y titularidad individual de uno solo de los cónyuges no basta para que exista una empresa familiar. La finalidad del condominio ordinario no responde a la finalidad perseguida por la empresa familiar.

4. Referencia a los regímenes forales

4.1. Derecho civil de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava

En el caso concreto de Vizcaya (en su parte aforada), y también en Llodio y Aramaio, el régimen de comunicación foral como régimen legal supletorio de primer grado (en defecto de pacto en capitulaciones), se encuentra establecido en el artículo 127 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil foral del País Vasco en los siguientes casos:

— Si las dos personas contrayentes son vizcaínos aforados.

— A falta de vecindad civil común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente después de celebrado el matrimonio en la Tierra Llana.

— A falta de dicha residencia habitual común, si se han casado en Tierra Llana.

Dicho régimen presenta todavía más dificultades para la sucesión en la empresa familiar que el de gananciales porque durante el matrimonio todos los bienes de los cónyuges, incluidas las acciones o participaciones sociales pertenecientes a uno de ellos (a diferencia del régimen de gananciales donde lo que se tiene antes del matrimonio es y continuará siendo privativo durante toda la vida del matrimonio) se hacen comunes y pertenecen a la comunidad conyugal (art. 129 LDCFPV).

Si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges (o declaración de fallecimiento), la comunidad se convierte en universal (se consolida, art. 104 LDCFPV) y continúa entre el cónyuge viudo y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto hasta la liquidación de la comunidad universal. No hay comunicación en los casos de nulidad, separación o divorcio.

Cada una de estas dos partes, cónyuge viudo e hijos, tiene derecho a la mitad de los bienes comunicados. La parte de los hijos se distribuirá entre ellos según la voluntad del premuerto, si hizo testamento o nombró comisario, y en partes iguales si no lo hizo. La comunicación continúa hasta que tenga lugar la adjudicación y división de los bienes.

En Guipúzcoa y Alava no hay especialidad alguna por lo que se refiere al régimen económico matrimonial que incida en la sucesión de la empresa familiar.

4.2. Derecho Civil Foral de Cataluña

En la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, el régimen legal supletorio de primer grado sigue siendo el régimen económico de separación de bienes; tal previsión queda recogida en el art. 231-10 CCC.

Se regulan como regímenes típicos, además del de separación de bienes, el de participación en las ganancias, el régimen de asociación a compras y mejoras, propio del Camp de Tarragona y de otras comarcas, el régimen del *agermanament* o pacto de mitad por mitad, propio del derecho de Tortosa, y el régimen del pacto de *convinenqa* o *mitja guadanyeria,* asociación propia del Valle de Arán.

4.3. Derecho Civil de Aragón

Se establece en el art. 193 del *Código del Derecho foral de Aragón* (el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón) la libertad de pacto en capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges, estipulándose como régimen supletorio de primer grado el *consorcio conyugal.* Se trata de un sistema que presenta una gran similitud con la sociedad de gananciales. Al igual que en el caso estatal, el régimen de separación de bienes, además de en los supuestos en los que se haya acordado en capitulaciones matrimoniales, rige subsidiariamente en caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal y siempre que no se haya pactado otro régimen.

4.4. Derecho Civil Foral de las Islas Baleares

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, establece en su art. 3 la libertad de regímenes y pactos en orden a la organización, en capitulaciones, de la economía del matrimonio, siendo también el régimen legal supletorio el de separación de bienes.

En el art. 64 se regula una institución conocida en Menorca bajo la denominación de *Sociedad Rural,* comúnmente pactada entre el titular del predio rústico y un cultivador, y en la que se confiere a ambos consocios conjuntamente la representación. El cultivador asume la gestión de los intereses de los familiares que con él conviven.

4.5. Derecho civil foral de Navarra

La ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, consagra también el sistema de libertad de pactos en capitulaciones matrimoniales o contratos matrimoniales, que podrán otorgarse antes o después de celebradas las nupcias; en defecto de este pacto regirá como régimen legal supletorio la *sociedad conyugal de conquistas* (Ley 82 a 91), de estructura y funcionamiento parecido a la sociedad de gananciales. Como régimen típico se regula la *sociedad familiar de conquistas* (Ley 92 a 100), que amplía la participación en las conquistas a donantes, donatarios e instituidos.

4.6. Derecho Civil de Galicia

El régimen establecido es igual que el de derecho común, es decir, libertad de pacto en capitulaciones matrimoniales y en defecto de las mismas, se aplicará el régimen legal de gananciales. Como especialidad cabe señalar que la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia regula la llamada *Compañía Familiar Gallega,* que se constituye (art. 157) entre labradores con vínculos de parentesco para vivir juntos y explotar la tierra, lugar acasarado o explotación pecuaria de cualquier naturaleza.

4.7. El Fuero del Baylío

En la costumbre y en el texto de la Ley del Fuero, vigente en algunos municipios de Extremadura y en Ceuta, el régimen económico matrimonial se concibe como un sistema de comunidad universal respecto a los bienes.

De acuerdo con esta organización, los cónyuges pondrán en común todos los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, tanto si han sido adquiridos a título oneroso como si se han adquirido a título gratuito.

Por tanto, en el momento de extinguirse el matrimonio por fallecimiento de alguno de los cónyuges, se agrupan todos los bienes formando una masa patrimonial que se divide en dos partes iguales, correspondiendo una mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los causahabientes del fallecido, si los hubiera.

Desde el momento de la celebración del matrimonio se produce el sometimiento al Fuero del Baylío, pero su aplicación se da en el momento de la extinción del matrimonio por causa de muerte de uno de los cónyuges.

Cumpliendo los requisitos formales que se exijan para la aceptación del Fuero del Baylío, se puede igualmente rechazar, con posterioridad a una previa aceptación, el Fuero del Baylío, de forma conjunta o separadamente, por uno o ambos cónyuges, respectivamente. La renuncia realizada por cualquier cónyuge, o la simple omisión de actuación alguna al respecto, tendrá como efecto directo la aplicación automática del régimen económico matrimonial de gananciales, que actúa como Derecho supletorio o subsidiario.

III. LA PARTICIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

1. Introducción

La partición de los bienes hereditarios impide el nacimiento o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de los derechos contenidos en el patrimonio del causante.

Cabe distinguir entre particiones judiciales y extrajudiciales, las cuales pueden ser realizadas por el mismo testador (testamentaria), por contador-partidor testamentario o dativo, por unanimidad entre los coherederos (convencional) o por arbitrio, mediante diversos procedimientos, civiles o propios de la Ley de Arbitraje.

La partición arbitral presenta gran interés para la empresa familiar. La puede ordenar el propio causante en disposición testamentaria con objeto de solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (art. 10 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). Es un tema dudoso si al ordenar esta vía se veda la posibilidad de acudir a la partición judicial. Independientemente de esta figura, los coherederos pueden encomendar a un tercero la realización de la partición conforme al artículo 402 CC.

La partición arbitral encuentra su regulación en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Dicha modalidad puede provenir bien por una imposición testamentaria, es decir, porque así lo ha precisado el causante en su testamento, o bien puede tener un origen convencional, al existir un consentimiento unánime por parte de los herederos de someter las controversias o desavenencias a laudo arbitral.

En este sentido, en cuanto al primero de los casos, es preciso estar a lo dispuesto en el art. 10 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que señala que *«también*

será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

En cuanto a la forma y contenido del convenio arbitral, se atenderá a lo regulado en el art. 9, Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Esto es:

«El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.»

A la partición arbitral en sede de una sucesión se refiere el art. 464.7 del Código civil de Cataluña en los términos siguientes:

«El causante, en previsión de que los herederos no lleguen a un acuerdo para hacer la partición, puede instituir un arbitraje testamentario a tal efecto. Los herederos también pueden, de común acuerdo, someter a arbitraje la realización de la partición o las controversias que deriven de la misma, incluso las relativas a las legítimas.»

3.2. Partición por el testador

Presenta un especial interés la partición por el testador prevista en el artículo 1056 del Código civil, a cuyo tenor:

«Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.»

El segundo párrafo fue modificado por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

Conforme a la Exposición de Motivos, lo que se pretende con la actual redacción es facilitar en vida del emprendedor el diseño de la sucesión de la empresa facilitando el relevo generacional y la indivisión de la misma.

Fallecido el titular de la empresa, ésta se expone a dos riesgos fundamentales:

— Ver paralizada su administración y funcionamiento hasta que se hagan cargo los sucesores del titular fallecido.

— Que se disuelva, liquide o disgregue la empresa, al atribuir sus distintas partes integrantes a una pluralidad de sucesores.

Para evitar esa disgregación, una vía importante es la de atribuir la empresa a una sola persona en condición de legatario o de único heredero. La redacción actual del artículo 1056 CC trata de resolver algunos de los problemas que esta vía ha planteado tradicionalmente.

2.1. Incidencia en la naturaleza de la legítima

Se ha planteado si el artículo 1056 CC altera la naturaleza de la legítima puesto que el pago de la misma se realiza en metálico al hacer uso de esta norma.

Sabido es que en el sistema general del Código civil la legítima es *pars bonorum*, es decir, una parte alícuota de la herencia, con lo que los legitimarios devienen cotitulares de la misma junto con los herederos del causante. Siguiendo a RIVAS[35] y a FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[36], cabe sostener que mientras el pago en metálico no se haya consumado, la reserva de la *pars bonorum* sigue latente, repercutiendo en la titularidad y disponibilidad del heredero. La afección de los bienes al pago de la legítima se mantendrá en tanto los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente, gravando a los terceros adquirentes registrales a través de la mención del artículo 15 de la Ley Hipotecaria como después se analiza.

El dinero en que se ha de pagar la legítima es una valoración en metálico de la *pars bonorum* que como legitimario le corresponde, siendo en este caso su posición equivalente a la del legitimario en los casos de los artículos 821 y 829 del CC (legado inoficioso consistente en finca que no admite cómoda división y mejora en cosa determinada).

2.2. Sujetos de la facultad concedida por el artículo 1056.2 del código civil

2.2.1. Sujeto activo: el testador

La utilización del término testador presupone la necesidad de un testamento como medio a utilizar para ejercer la facultad de este artículo.

Debe tratarse de un testador que tenga legitimarios, pues, de no haberlos, no se plantearía problema alguno ni, por tanto, necesidad de acudir a esta norma.

2.2.2. Sujetos pasivos

Podemos referirnos a dos sujetos pasivos: el favorecido con la explotación económica y, por otro lado, los demás interesados.

---

[35] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones común y foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

[36] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.

A) Adjudicatarios de la explotación económica

A.1) ¿Puede ser adjudicatario un extraño no legitimario?

A falta de norma prohibitiva, puede ser beneficiario de la explotación económica cualquiera, inclusive un extraño no legitimario. El 1056.2 habla de pago a los demás interesados y no a los demás legitimarios (De esta opinión son HUERTA TRÓLEZ[37], RUEDA ESTEBAN[38] y FERNÁNDEZ TRESGUERRES[39]).

Opina lo contrario PALAZÓN GARRIDO[40], para el cual la norma sólo permite que el testador nombre adjudicatario a cualquiera de los legitimarios, pero no a un extraño. Y ello por los siguientes argumentos:

— Literal: si se paga la legítima a los «*demás interesados*» es que el destinatario de la explotación es también «interesado» y, por tanto, legitimario.

— Sistemático: En todos los otros supuestos en los que cede la intangibilidad cualitativa, ésta cede frente a legitimarios (arts. 829 y 841 y ss. CC).

— Económico: Previsiblemente la adjudicación a un extraño será una adjudicación antieconómica, así, si el adjudicatario extraño concurre con descendientes, sólo puede ser beneficiario del tercio de libre disposición, debiendo compensar los otros dos, es decir, el doble de lo que ha percibido.

— Legal: La Ley 7/2003 tiene por eje la empresa familiar, por lo que una interpretación en favor de la transmisión de la propiedad fuera de la familia resultaría ilógica.

No obstante, podemos esgrimir en contra los siguientes argumentos:

— Literal: Cuando el 1056.2 del Código civil habla de pagar la legítima a los demás interesados se refiere a todos aquellos que, además del adjudicatario de la explotación, están interesados en la sucesión. No se desprende por tanto que el adjudicatario deba ser legitimario.

---

[37] HUERTA TRÓLEZ, Antonio: *«La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio»*, *Revista Jurídica del Notariado*, número 50, pp. 93-138.

[38] RUEDA ESTEBAN, Luis: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

[39] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: obra citada.

[40] PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: *Protección del patrimonio familiar* (AA.VV.), Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO y Rosa GARCÍA PÉREZ (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, páginas 316 a 319.

— Sistemático: Es improcedente, cabe entender que el legislador ha optado por hacer ceder el interés de los legitimarios frente al interés del testador por mantener la unidad de una explotación económica.

— Económico: No parece convincente. El adjudicatario siempre podrá renunciar a su llamamiento. Téngase en cuenta que, además, puede tener concedido por el testador un plazo de cinco años para el pago, pudiendo obtener los fondos de la misma empresa.

— Legal: Los preámbulos y Exposiciones de Motivos no tienen valor normativo, sino interpretativo. Del articulado definitivo no se desprende impedimento para designar adjudicatario a un extraño.

En conclusión, nada impide que sea beneficiario cualquier sujeto, ya sea legitimario o no.

Para ver otras opiniones sobre esta cuestión, leer epígrafe IV.5 del capítulo XII de esta obra colectiva.

A.2) ¿Pueden ser varios los adjudicatarios?

Plantea RUEDA ESTEBAN[41] si solo cabe un adjudicatario de la explotación o si pueden ser varios. Entiende que pueden ser varios porque:

a) El fin de la norma es preservar indivisa la explotación, lo que se puede conseguir tanto adjudicándola a uno como a varios siempre que éstos continúen el negocio.

b) Siendo varios, el pago de la compensación en metálico será más asequible lo que facilita que la empresa no salga de la familia.

A.3) Posición jurídica del adjudicatario

Hay que distinguir:

a) Si el adjudicatario es legitimario, la cuestión se suscita respecto de los tercios de mejora y de libre disposición:

   * Si el adjudicatario es legatario, conforme al artículo 828 del CC, sólo se entenderá que ha sido mejorado «*cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad o cuando no quepa en la parte libre*».

[41] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit.

* Si el adjudicatario es heredero, si el testador no ha dispuesto lo contrario, debe entenderse mejorado tácitamente e instituido en el tercio libre.

En conclusión, el adjudicatario legitimario deberá abonar en metálico a los demás interesados únicamente la legítima corta.

b) Si el adjudicatario es el cónyuge viudo:

* Si concurre con hijos o descendientes «*tendrá derecho al usufructo del tercio de mejora»* (art. 834 CC), por lo que podría ser destinatario del tercio libre si así lo dispone el testador, con lo que tendría que pagar a los demás interesados las cuotas correspondientes a legítima estricta y a la nuda propiedad del tercio de mejora.

* Si concurre con ascendientes «*tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia»* (art. 837 CC). Dado que la legítima de los padres y ascendientes, cuando concurren con el cónyuge viudo, es de una tercera parte de la herencia (art. 809 CC), éste podrá tener la propiedad de los otros dos tercios, por lo que solo tendría que pagar la cuota correspondiente a un tercio de la herencia a los demás interesados.

c) Si el adjudicatario fuera un extraño, salvo que de la voluntad del testador se desprenda otra cosa, hay que entender que ha sido instituido en el tercio de libre disposición y tendrá que pagar a los demás interesados las cuotas correspondientes a los tercios de legítima y mejora.

B) Los perceptores del metálico

Por *«interesados»* ha de entenderse cualquier legitimario del testador y no sólo los descendientes.

Abarca también a la legítima de los ascendientes.

También a la legítima del cónyuge viudo, por lo que hay que considerar el artículo 1056.2 CC, norma preferente al art. 839 CC, de manera que los herederos no podrán conmutar la legítima del viudo.

B.1) Posición de los legitimarios frente a los favorecidos con la atribución testamentaria

Solo cuando no se haya designado forma de pago estarán afectos los bienes de la herencia al pago de lo que corresponda a estos interesados. No deben prestarse las garantías propias de un legatario de cantidad, salvo que haya sido ordenado por el testador.

En cuanto a la responsabilidad de los legitimarios por las deudas de la herencia, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[42] entiende que deben responder de las deudas de la herencia, al entender que la posición del heredero y la consecuente responsabilidad solidaria por las deudas de la herencia es compatible con el hecho de que reciba su cuota en metálico, siempre salvo que resulte de la interpretación de la voluntad del testador que ha querido hacer legatario al destinatario del metálico. Para RUEDA ESTEBAN[43] deben ser considerados legatarios de cuota incluso aunque se le designe heredero, ya que el artículo 675 CC establece como ley de la sucesión la intención del testador y debe entenderse que esa intención fue la de nombrar heredero al adjudicatario, relegando a los otros interesados a un legado de legitima, lo que se desprende de la interpretación dominante de los arts. 668 y 768 del Código civil, de los que se deduce que dejar la legítima en metálico aunque sea extrahereditario supone no querer atribuir la condición de heredero.

En cuanto a la extinción de la obligación de pago no parece que el favorecido con el patrimonio empresarial pueda renunciar al pago en metálico, manteniendo la disposición a su favor, pudiendo participar la obligación impuesta de la naturaleza del modo testamentario. Solo renunciando a la herencia podrá librarse de la obligación impuesta frente a los interesados.

Los legitimarios podrán pedir su legítima en bienes de la herencia sólo si no se hubiera establecido la forma de pago. Desapareció del texto del precepto la referencia expresa al consentimiento de los legitimarios, similar a la contenida en el artículo 843 del Código civil, pero agravada en cuanto no se permitía en alguna de las redacciones proyectadas, en caso de falta de dicho consentimiento, el recurso al juez. De haberse mantenido así, es decir, necesidad de consentimiento de los legitimarios sin posible recurso al juez, el precepto hubiera sido ineficaz en la práctica.

Finalmente, el artículo 1057 *in fine* CC establece: «*Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas».* Dicha citación no tiene previsto ningún formalismo, parece que debe ser admisible la subsanación posterior mediante comparecencia del omitido.

B.2) Garantía de los interesados para el cobro de sus derechos

Conforme al artículo 1058 del Código civil: «*la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*».

---

[42] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.
[43] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit.

Ahora bien, en el caso del 1056.2 CC, el adjudicatario tiene la obligación de satisfacer la legítima a los demás interesados. ¿Tienen estos últimos alguna garantía registral desde la apertura de la sucesión hasta el pago efectivo?

Hay que distinguir:

— Si lo adjudicado es un paquete de acciones o participaciones sociales, no cabrá garantía registral alguna, pues falta el inmueble objeto de inscripción.

— Si lo adjudicado es una explotación económica, será frecuente que forme parte de ésta un inmueble. En cuyo caso, dice el párrafo 2 del 1056 CC, que «*no será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 844*», es decir, «*las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad*», lo que excluye como posible garantías de los demás interesados las anotaciones preventivas de los artículos 42, párrafos 7 y 48, de la Ley Hipotecaria.

Sí será de aplicación, en cambio, la garantía del artículo 15 de la Ley Hipotecaria puesto que, en el caso del 1056.2 CC, se dan sus presupuestos:

— Los demás interesados en la partición son legitimarios de parte alícuota.

— No pueden promover juicio de testamentaria, puesto que la partición ya ha sido realizada por el testador.

— El adjudicatario está autorizado (en este caso, obligado) a pagar las legítimas en metálico.

Se aplicará el artículo 15 LH de la siguiente forma:

1. La mención del derecho del legitimario será de oficio, al tiempo de la inscripción y sobre inmuebles de la empresa.

   Esta mención guarda analogía con las anotaciones preventivas (según ROCA[44], es una afección legitimaria que funciona como una carga que grava el bien hereditario, como un fideicomiso, reserva, condición, modo…).

2. Hay dos tipos de menciones:

   — La mención legitimaria abstracta: publica que el testador ha salvado los derechos de los legitimarios sin cuantificarlos.

[44] ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, Luis: *Derecho de sucesiones*, tomo III, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 2002.

— La mención concreta: están cuantificadas las legítimas, pero aún no han sido pagadas.

3. Efectos: el derecho de los demás interesados se mencionará de oficio en la inscripción del inmueble del que forma parte la explotación económica, lo que servirá de garantía para cobrar la legítima, ya que el tercer adquirente a título oneroso es advertido de la afección al pago de la misma.

   Durante los cinco primeros años, desde la fecha de la mención, quedan afectos solidariamente al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía correspondiente.

   Transcurridos los cinco primeros años desde su fecha, si no se hubiera fijado el importe de las cuantías o concretado la garantía sobre ciertos bienes inmuebles, continuará surtiendo efectos la mención solidaria hasta cumplidos veinte años desde el fallecimiento del causante.

   Si se han concretado las garantías en bienes inmuebles determinados continuará surtiendo efecto la mención sobre ellos durante veinte años desde la muerte del causante.

Si no se han concretado y se fijaron las cantidades surtirá efecto la mención sobre toda la herencia por esa cantidad hasta veinte años desde el fallecimiento del causante.

Si la asignación de bienes para pago de legítima fuere insuficiente puede ser impugnada en cinco años desde la fecha.

Si dentro de los cinco años siguientes a la constancia de la asignación legitimaria concreta en el Registro de la Propiedad, los legitimarios no hubieran impugnado por insuficiente tal asignación, podrá cancelarse la mención legitimaria, siempre que justifique el heredero haber depositado suma bastante en un establecimiento bancario o caja oficial, a las resultas del pago de las legítimas en cantidad asignada y de sus intereses de cinco años al tipo legal.

2.3. Objeto: la explotación económica y las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de éstas

El artículo 1056, párrafo 2, del Código civil menciona como objeto de la facultad conferida al testador la explotación económica y las acciones o participaciones sociales que otorguen el control de una sociedad de capital.

Será preciso que la condición de empresa sea real, en caso contrario los legitimarios podrían exigir el pago de sus derechos en bienes de la herencia y considerarse defraudados en sus derechos por no haberse utilizado la vía de los artículos 841 y ss. del Código civil. Piénsese en una sociedad limitada a la que se han aportado todos los bienes del causante y que funcione como una sociedad meramente patrimonial.

Caso de demostrarse la inexistencia de la explotación o de dichas acciones o participaciones, la mayoría de la doctrina (VALLET DE GOYTISOLO[45], CÁMARA ÁLVAREZ[46]) entiende que la partición será nula por falta de objeto y deberá procederse a una partición conforme a las reglas generales. En este caso, JORDANO BAREA[47] entiende que habrá preterición del art. 814 CC, pues los legitimarios han sido privados cualitativamente y no cuantitativamente.

La ley menciona las acciones o participaciones sociales que otorguen el control de una sociedad de capital. Las sociedades de capital en el ordenamiento jurídico español son la sociedad anónima, la sociedad limitada, con su subespecie de nueva empresa y la sociedad comanditaria por acciones.

A pesar del claro tenor literal, RIVAS[48], HUERTA TRÓLEZ[49] y RUEDA ESTEBAN[50] entienden que el término «*sociedades de capital*» no debe ser excluyente y deben entenderse también incluidas las sociedades colectivas, las comanditarias y, en definitiva, cualquier explotación cuya conservación pueda ser de interés familiar.

Téngase en cuenta que la norma utiliza en el primer inciso el vocablo «*empresa*», bajo el cual pueden incluirse cualquier organización económica familiar que pueda ser conveniente mantener su unidad de explotación.

RUEDA ESTEBAN[51] entiende que no es preciso que la disposición se refiera a todas las acciones de que sea titular el testador, ni que representen el 51 % de la

---

[45] VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Estudios de derecho sucesorio,* Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1989; «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO, tomo XI, editorial R.D.P., Edersa 1982; *Estudios dispersos sobre las legítimas*, volumen III, 2.ª edición revisada y aumentada, Editorial Montecorvo, 1992.

[46] CÁMARA ALVAREZ, Manuel: *Compendio de derecho sucesorio,* Wolters Kluwer, 2011, Las Rozas, Madrid.

[47] JORDANO BAREA, J.: «Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.ª del artículo 1056 del Código Civil y otras cuestiones», *Anuario de derecho Civil*, 1964, páginas 941 a 960.

[48] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones común y Foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

[49] HUERTA TRÓLEZ, Antonio: obra citada.

[50] RUEDA ESTEBAN, Luis: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

[51] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit.

explotación familiar (por interpretación literal de la expresión «*mantener el control*»), basta con que sean las que disponga el testador.

El artículo 1056 CC faculta al testador para llevar a cabo la partición de «*sus bienes*».

La explotación económica o el paquete de acciones debe ser de la titularidad del testador. La cuestión se plantea por el posible carácter ganancial de aquélla o de éstas.

Fallecido uno de los cónyuges, el matrimonio y la sociedad de gananciales se disuelven (arts. 85 y 1392 del Código civil). Surge entonces la llamada «comunidad postganancial», que es un patrimonio separado pendiente de liquidación para determinar la adjudicación para determinar la adjudicación de los bienes que lo integran al cónyuge supérstite y a los herederos del cónyuge fallecido. Mientras no resulte liquidada la sociedad de gananciales no podrán concretarse los activos que correspondan al cónyuge supérstite ni los que corresponderían a los herederos del cónyuge fallecido.

El testador no podrá disponer por testamento más que de lo suyo, por sí solo no puede incluirse en su partición bienes gananciales en tanto no se haya liquidado la sociedad conyugal. La sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánico en la que, mientras no haya liquidación, todo es de ambos y nada en particular.

No se opone a lo dicho el artículo 1379 del CC: «*Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales*», conforme al cual, según interpretación unánime de la doctrina, el testador puede disponer en testamento de su parte en el patrimonio ganancial una vez liquidado éste, pero no de la mitad de un bien ganancial concreto antes de la liquidación.

Debe tenerse en cuenta, además que, conforme al artículo 1380 del CC, «*La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*».

Por ello, doctrina y jurisprudencia se han mostrado partidarias de la partición combinada como fórmula adecuada para llevar a cabo la adjudicación por parte de los dos cónyuges a favor de la misma persona. Ello plantea el inconveniente de la diferencia temporal entre la apertura de ambas sucesiones, así como el riesgo de que se produzca la revocación de alguno de los testamentos.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[52] menciona diversas formas de articular la partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges:

---

[52] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.

— Testamentos coetáneos con el mismo contenido particional.

— Pactos conyugales de preliquidación de la sociedad conyugal realizados en capitulaciones matrimoniales, difiriendo su eficacia al fallecimiento de uno de ellos.

— Documentos de ejecución de protocolo familiar o en el protocolo mismo, que si bien instrumentalmente pueden ser capitulaciones o testamentos (también donaciones de las previstas en el artículo 1341 CC o contratos onerosos con tercero de los previstos en el artículo 827 CC), causalmente son supuestos de partición por el testador coordinados, en su caso, con el artículo 1271.2 CC.

La solución habitual en la práctica notarial es la de los testamentos particionales combinados de ambos cónyuges, lo que plantea el inconveniente de la posible revocación por cada uno de los cónyuges de su testamento.

Hoy, con la actual redacción del artículo 1056.2 del Código civil y la combinación con el artículo 831 CC, ayudado de los derechos de atribución preferente del artículo 1406 CC (si el régimen económico matrimonial es el de gananciales), se puede lograr una sucesión ordenada y garantizada de la empresa familiar.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe IV.5 del capítulo XI de esta obra colectiva.

2.3.1. Incidencia en la partición de restricciones a la transmisibilidad «mortis causa» de acciones o participaciones

Hay que advertir que pueden existir ciertas restricciones estatutarias a la transmisibilidad «mortis causa» de las acciones o participaciones en las sociedades de capital (arts. 110 y 124 LSC).

Las cláusulas incluidas en el contrato social no regulan la sucesión porque no pueden hacerlo; de hecho, las condiciones impuestas en el contrato social pueden ser muy anteriores al fallecimiento del causante. Además, el establecimiento de cláusulas restrictivas no puede entrañar gravamen sobre la legítima (art. 813 CC).

Sin embargo, es evidente que el ejercicio de las cláusulas restrictivas incide en la composición de la herencia relicta y en la relación entre los herederos. No parece posible que sea la comunidad hereditaria como tal la que suceda en la posición de socio, dada su falta de personalidad, por lo que no cabe sino considerar a cada heredero como sucesor individualmente en la parte que le corresponda.

Vigente la comunidad hereditaria, antes de la partición, habrá que atender preferentemente a la normativa societaria, legal y estatutaria, por ello será preferente el derecho de adquisición del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y las normas sobre representación de los condueños del artículo 126 LSC al retracto del artículo 1067 del Código civil y normas de representación aplicables a los coherederos ex art. 392 CC.

Si antes de la partición se ejerce la cláusula restrictiva se producirá una alteración del patrimonio hereditario relicto, sustituyéndose la parte social por el valor real. Y dándose la circunstancia de estar el patrimonio del causante compuesto solo o fundamentalmente de las participaciones, se producirá en la práctica un supuesto *sui generis* de pago en metálico de la legítima en la que no cabe la dilación de dos años que prevé el art. 844.

Por el contrario, si una vez adjudicadas las participaciones o acciones se ejerce el derecho de adquisición social, no podrá el adjudicatario ejercitar evicción contra los coherederos ni realizar reclamación por incumplimiento del artículo 1061CC por estar el ejercicio del derecho preferente implícito en el contenido de las participaciones adjudicadas.

En este ámbito puede dar problemas la valoración de las participaciones, a pesar de que no existe diferencia sobre el momento de la valoración entre los artículos 818 CC y 107 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; no obstante lo cual, será frecuente que el valor aceptado en la partición no coincida con la realizada posteriormente por los auditores, lo que podría plantear una posible rescisión por lesión conforme a los artículos 1075 y 1078 CC (en este sentido, FERNÁNDEZ TRESGUERRES[53]).

Especial es la regla prevista en el artículo 15.1 de la Ley de Sociedades Profesionales, conforme al cual: *«en el contrato social y fuera de él siempre que medie el consentimiento expreso de todos los socios profesionales, podrá pactarse que la mayoría de éstos, en caso de muerte de un socio profesional, puedan acordar que las participaciones del mismo no se transmitan a sus sucesores. Si no procediere la transmisión, se abonará la cuota de liquidación que corresponda*». Es decir, a diferencia del régimen general de los derechos de adquisición preferente y cláusulas restrictivas de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 110-124 LSC), en que los demás socios pueden rescatar las participaciones y acciones transmitidas mediante su abono, para las sociedades profesionales se prevé la sucesión directa por los herederos en la cuota de liquidación, lo que podría dar lugar, como señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[54] a la liquidación de la sociedad por desequilibrio entre patrimonio y capital social (art. 360.1.B LSC).

---

[53] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.
[54] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.

Finalmente apuntar, para el régimen de conquistas navarro, que la STSJN 9/2002, de 30 de marzo, establece que la titularidad que le corresponde al cónyuge superviviente sobre las acciones que por conquistas y por sucesión «mortis causa» le corresponda al fallecimiento del socio deberá ser notificada a la sociedad para el ejercicio de los derechos de socio y a los efectos del tanteo y retracto reconocidos a la sociedad y a sus accionistas. Por tanto, se considera que el cónyuge es un extraño a la sociedad.

2.4. Aspectos formales

El artículo 1056.1 del Código civil permite al testador hacer la partición de sus bienes de dos formas: «*por acto "inter vivos" o de última voluntad*».

En el supuesto de que la partición se lleve a efecto por acto «inter vivos» nos encontraríamos ante una institución híbrida entre donación y partición que encontraría apoyo legal en la excepción contenida en el artículo 1271.2 del Código civil, a cuyo tenor: «*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056»*. No obstante, como señalábamos al analizar los elementos personales, el hecho de que el párrafo primero atribuya al «*testador*» la facultad de partir sus bienes presupone que la partición a que alude el precepto encuentra su fundamento en testamento anterior, simultáneo o posterior. Por tanto, la división por acto «inter vivos» del patrimonio es un acto «mortis causa» cuya eficacia queda diferida al momento de la apertura de la sucesión.

Se ha planteado la doctrina las consecuencias que se derivarían de una posible discrepancia entre la partición y la disposición testamentaria.

La doctrina se inclina por dar preferencia al testamento. No obstante, la discrepancia no determinará la ineficacia total de la partición, sino solo en la parte precisa para eliminar la discrepancia, por aplicación del principio de conservación de la partición.

En sede de derecho foral podemos citar:

— El artículo 464-4 del Código de sucesiones de Cataluña dispone:

«*Partición por el causante*

1. La partición puede hacerla el propio causante, mediante un acto entre vivos o de última voluntad y puede comprender toda la herencia, o solo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados. El causante también puede establecer reglas vinculantes para la partición.

2. *Si el causante hace la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y existe contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, prevalecen las primeras. Si la partición se hace en acto separado prevalecen las cláusulas dispositivas, salvo que sean revocables y puedan ser revocadas efectivamente por el acto que contiene las cláusulas particionales.*»

— En términos similares se pronuncia el art. 368 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el «Código del Derecho Foral de Aragón», siendo de reseñar que se refiere a la partición hecha por el fiduciario, además del causante.

— Para Galicia, hay que tomar en consideración los artículos 273 y 274 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, a cuyo tenor:

«*Artículo 273*

El testador podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas.

Artículo 274

La partición hecha por el testador en documento no testamentario habrá de ajustarse a las disposiciones del testamento. Sin embargo, será válida la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento.»

— Para Navarra, la Ley 338 Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, dispone:

«*El causante podrá hacer la partición de sus bienes en el mismo acto de disposición "mortis causa" o en acto separado que revista una de las formas que esta Compilación admite para disponer por causa de muerte.*

Si la partición se hiciere en el mismo acto de disposición y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción.

Si se hiciere en acto separado, las cláusulas particionales no podrán modificar las contenidas en el acto dispositivo, a menos que éste fuera revocable y pudiera ser revocado mediante la forma adoptada para el acto de partición.»

Volviendo al derecho común, cabe plantearse: fallecido el testador, ¿los herederos plenamente capaces, de común acuerdo, pueden prescindir de la partición del causante? Pese al silencio del código, siguiendo a FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[55], parece que la respuesta ha de ser afirmativa, bien entendido que, considerando que la partición efectuada por el testador atribuye directamente los bienes a los herederos por el solo hecho del fallecimiento, estaríamos en presencia, no de un negocio particional, sino de otro tipo de negocio de disposición.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1056.2 CC: «*no será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del art. 844*». Es decir, la partición conforme al 1056 no necesita confirmación expresa de hijos y descendientes ni, en su defecto, aprobación judicial.

Siguiendo a RUEDA ESTEBAN[56], este inciso tiene dos interpretaciones:

a) La declaración es inútil y sobra, porque la partición del artículo 1056.2 del CC no requiere aprobación expresa de todos los interesados ni, en su defecto, aprobación judicial, y sus plazos para comunicar y partir nada tienen que ver con el de cinco años, y además los preceptos de los artículos 841 y ss. CC que no son aplicables, ni tienen que ver con el supuesto del art. 1056.2 CC (el adjudicatario no puede optar, el adjudicatario no puede elegir cómo pagar salvo que se lo permitan, no parece que se devengue interés automáticamente…). En definitiva: los artículos 841 y ss. se refieren a bienes de la herencia en general y establecen más controles para proteger al legitimario; mientras que el artículo 1056.2 se refiere a la empresa familiar y hay más agilidad para facilitar al adjudicatario.

b) Otra interpretación, por la que opta el autor citado, es que al excluir específicamente los artículos 843 y 844.1 CC pueden entenderse aplicables los demás preceptos.

2.5. Causas de la adjudicación

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056.2 del Código civil, el testador que haga uso de la facultad contenida en este precepto deberá atender a la «*conservación de la empresa*» o al «*interés de la familia*».

---

[55] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada

[56] RUEDA ESTEBAN, Luis: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

Por interés de la familia debe entenderse todo aquello que evite un perjuicio económico a la misma. Se trata de circunstancias apreciables por el testador, lógicamente subjetivas.

En cuanto a la conservación de la empresa, por tal debe entenderse todo aquello que garantice el correcto funcionamiento de la explotación económica o de la sociedad de capital. La apreciación de que sea lo más adecuado para la conservación de la empresa no puede ser otra cosa que algo subjetivo.

Dado el carácter subjetivo de dicha causalización, será complicado el que los tribunales puedan revisar si, en la ejecución de las facultades previstas en el artículo 1056.2 CC, el testador atendió o no a las finalidades previstas. Cabrá impugnación acreditando error en la voluntad del testador (art. 1074 del CC) por no ser su voluntad proteger el interés familiar ni conservar indivisa la empresa, por lo que no se debería haber acudido a la vía del 1056.2 CC, sino la del artículo 841 CC.

2.6. Pago en metálico de la legítima de los demás interesados

2.6.1. Valoración

El quántum de la legítima y de la porción hereditaria de los interesados en la sucesión se fijará de común acuerdo entre éstos y el adjudicatario. No lo podrá fijar el adjudicatario por sí solo.

También podrá fijarlo el mismo testador o un contador-partidor por el designado, sujetos en ambos casos a lo dispuesto en los artículos 818 y ss. del Código civil, por lo que si el legitimario recibe una asignación en metálico inferior a lo que le corresponde podrá rescindir la partición (art. 1075 CC).

Así es previsible que suceda en aquellos casos en que entre la partición testamentaria y la apertura de la sucesión haya mediado un lapso de tiempo considerable, lo que puede dar lugar a que al legitimarlo puede quedar perjudicado bien por el aumento del patrimonio del testador como por desvalorizaciones monetarias.

Parece conveniente por tanto que el testador, en lugar de asignar el metálico por sí, nombre un albacea con facultades para liquidar las legítimas.

También, en caso de que se acuda a la vía del artículo 831 del CC, el cónyuge podrá fijar el quántum de las legítimas y porciones hereditarias siempre respetando los arts. 818 y ss. CC.

¿A qué momento debe atenerse para fijar el quántum de las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados? Nada dice el Código civil en el

art. 1056 CC, que no delimita el tiempo en que han de ser valorados, tampoco lo hacía antes de la reforma del precepto legal por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

Tres son los posibles momentos para determinar el valor de la empresa:

1. El momento de llevar a cabo la previsión del testador, que a su vez podría ser la fecha del testamento, o caso de existir acto «inter vivos», como un protocolo familiar o similar, también esta fecha podría ser tomada en consideración.

2. El de la apertura de la sucesión. Es el criterio establecido en el artículo 818 del CC, que atiende al valor de los bienes a la muerte del testador.

3. El momento de llevar a cabo la liquidación de las legítimas. Es el criterio del artículo 847 del Código civil. Si seguimos este criterio hay que ajustarse al valor de los bienes al tiempo de liquidar la porción correspondiente.

Descartado el momento de hacer testamento, se trata de escoger entre el valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador del artículo 818 del CC, o el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas del art. 847 del CC.

A favor de la última posición hay que tener en cuenta que el precepto se encuadra en la sección correspondiente al pago de la porción hereditaria en casos especiales, y en concreto en la adjudicación de los bienes hereditarios o parte de ellos a algunos de los hijos o descendientes, ordenando se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimados.

A diferencia de lo que ocurre con los artículos 843 del CC y primer párrafo del artículo 844 del CC, expresamente excluidos por el artículo 1056 *in fine* del CC, no existe ningún pronunciamiento excluyente respecto del artículo 847 del CC, por lo que a su criterio parece que haya que atender, es decir, al valor que tuvieran los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente. Además, en el propio informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda, que se llevó a cabo en el Senado en el año 2001 se afirmaba que: «En cualquier caso, en base a lo dispuesto en el artículo 1056.2 y los artículos 841 y ss. del Código Civil, lo cierto es que el testador puede hacer la partición de sus bienes por actos "inter vivos" o de última voluntad, o que los herederos deben pasar por la partición siempre que no se perjudique la legítima», de tal manera que viene a colocar en un plano de igualdad práctica a ambos preceptos, lo que permitiría aplicar por analogía, ante una laguna legal, el criterio del 847 CC. Además, parece la opción más acertada por cuanto el tiempo que puede transcurrir desde la fecha hasta la efectiva recepción de las partes por los herederos puede producir un considerable cambio de valor en el objeto.

No obstante, en términos de justicia material, la cuestión no tiene una respuesta clara. La solución del artículo 847 del Código civil, sin duda, es la adecuada para los casos de patrimonio con cierta estabilidad en el valor, pero en los casos de establecimientos mercantiles con clara influencia de la coyuntura económica y capacidad de gestión del empresario, se puede producir un fluctuación del valor que perjudique a los adjudicatarios o bien al propio beneficiario; piénsese en la disminución de valor de la empresa por la desaparición del causante, o en el aumento de valor por la incorporación y el buen hacer del adjudicatario. Sin duda, la solución pasa porque el testador determine expresamente el momento en que se debe llevar acabo la valoración del establecimiento mercantil. Y en caso de que no se haya determinado, la cuestión no parece sencilla, especialmente si se considera que la partición por el testador supone un supuesto distinto de conmutación de la legítima de los artículos 841 y ss. del Código civil.

El TS, en sentencias de 22 de noviembre de 1991, 8 de junio de 1995 ó 27 de octubre de 2000, entiende aplicable por analogía al supuesto del art. 1056.2 del CC, el criterio mantenido en los arts. 1045, 1074 y 847 del Código civil. Parece que hay que estar, por tanto, al momento de hacer la partición.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 se plantea el problema de la valoración de la finca adjudicada. La situación que deriva del testamento de la causante es que tres de los hijos resultan favorecidos por el legado de la única finca existente en la herencia, que al parecer eran los que la explotaban, y son obligados a pagar en metálico a los demás legitimarios su legítima estricta en dinero. La problemática se plantea en el litigio sobre la base de la corrección o incorrección de la partición efectuada por el contador-partidor, dadas las expectativas de valor, por cuestiones urbanísticas, que afectan a la finca objeto del legado. El Alto Tribunal considera más acorde con la voluntad testamentaria la interpretación de la misma conforme al artículo 1056 del Código civil, pues le permitía: «a) conservar indivisa su explotación agrícola; b) adjudicarla a quienes consideraba más aptos para gestionarla; c) usar de la facultad del propio art. 1056 del CC, mandando que se pagaran las legítimas de los demás en metálico. Esta interpretación razonable de la voluntad testamentaria ha sido desnaturalizada por las expectativas urbanísticas de la única finca de la herencia, pero la exclusión de dicha finca de la comunidad hereditaria hizo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 822.2 CC, deba ser el legatario quien sufra su pérdida o deterioro, así como que también se aproveche de sus aumentos y mejoras. Otra cosa sería tanto como la consagración de la inseguridad jurídica, puesto que en cualquier momento los legitimarios tendrían derecho a pedir la revisión de las valoraciones y de la correspondiente partición».

Ahora bien, la revalorización del negocio, en este caso una explotación agrícola, se produce por circunstancias totalmente ajenas al mismo, de tal forma que tanto la causa de conservar indivisa la explotación agrícola como la de elegir a

quien considera más apto para explotarla no sustentan la valoración actual real de la finca. Quizá si se hubiera tenido en cuenta el cambio de destino, y por ende su aumento de valor, la improcedencia del reparto efectuado se hubiera cuestionado; hubiera sido una buena oportunidad para que los tribunales se hubieran manifestado en relación con la incidencia de los motivos específicos— indivisión del negocio e interés familiar— que recoge el párrafo segundo del artículo 1056 del Código civil.

En conclusión, dada la previsible conflictividad que puede plantear el momento de la valoración, y a falta de una regulación legal más precisa, parece muy aconsejable que los propios testadores precisen el momento de la valoración y establezcan medios de estabilización de valores.

Cuestión distinta es que los legitimarios y el heredero beneficiado por la adjudicación de la empresa hayan participado en el acto «inter vivos» de reparto de la herencia, y la voluntad del causante allí recogida se encuentre confirmada por disposición testamentaria no revocada. La concreción llevada a cabo en dicho acto hace pensar que la voluntad no solo del testador, sino del resto de intervinientes en el mismo, retrotrae el momento cronológico para la valoración precisamente a entonces.

Una vez fijadas las legítimas y porciones hereditarias, el adjudicatario debe proceder a su abono.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe IV.5 del capítulo XI de esta obra colectiva.

2.6.2. Formas del pago

Del art. 1056.2 CC resulta que el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones podrá pagar su legítima a los demás interesados con metálico hereditario o con metálico extrahereditario; en este segundo caso, el metálico procederá del patrimonio del adjudicatario.

Lo que no será posible es que el abono se lleve a cabo con bienes de la herencia, ya que si en la herencia hay bienes bastantes para cubrir la legítima de los demás interesados, no nos hallaríamos en el supuesto de hecho contemplado en la norma y el testador no podría emplear este resorte para realizar la partición de sus bienes.

El artículo 1056, párrafo 2.º del Código civil, le faculta para el pago con metálico extrahereditario y por cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, de acuerdo con lo cual la obligación de pago del adjudicatario se extingue por alguna de las siguientes causas:

a) Por el pago o cumplimiento con metálico extrahereditario, propio del adjudicatario. Será lo normal. Señalar la especialidad del artículo 1170 CC, que en su párrafo segundo admite como forma de pago pagarés, letras de cambio u otros documentos mercantiles. Los destinatarios del metálico no podrán rechazar esta forma de pago siempre que su realización no vaya más allá del plazo señalado por el contador o por el testador. Lógicamente son de aplicación las normas de imputación de pagos y de ofrecimiento y consignación. Cabría el pago por cesión de bienes por convenio entre el adjudicatario y los otros interesados. Caso de imponer esta forma de pago el testador, el valor de dichos bienes debería cubrir la legítima de los interesados, ya que en caso contrario, dependiendo de la cuantía del perjuicio, precederán las acciones de rescisión o complemento de legítima.

b) Por condonación de la deuda por el legitimario o el interesado.

c) Por confusión de derechos de acreedor y deudor. En casos muy concretos, por ejemplo, si el adjudicatario sucede al legitimario perceptor del metálico.

d) Por la compensación de la obligación de pago con otras obligaciones de los legitimarios o los demás interesados nacidos de relaciones jurídicas ajenas a la sucesión.

No parece posible que la obligación de pago del adjudicatario se extinga por pérdida de la cosa debida, ya que no se produce el efecto del pago sino cuando haya sido efectiva la legítima. Tratándose de dinero, no es posible hablar de pérdida. Y si se acordó dación en pago, si la cosa que ha de entregarse en pago de legítima se pierde antes de la entrega, no se produce el efecto del pago. Por el contrario, si se pierde después, el riesgo es de cargo del legitimario, sin perjuicio en su caso de posibles acciones de saneamiento.

Dado que la enumeración del artículo 1156 CC no es taxativa, la obligación de pago del adjudicatario podrá extinguirse por cualesquiera otros medios, merced al principio de autonomía de la voluntad siempre que haya sido prevenida por el testador, contador-partidor o cónyuge en el caso del 831 del CC, o acordada entre al adjudicatario y los interesados perceptores del metálico.

Por ejemplo, siguiendo a RUEDA ESTEBAN[57]:

— Padre que adjudica la explotación a uno de sus hijos para, con los beneficios procedentes de la misma, hacer repartos a los demás interesados en

[57] RUEDA ESTEBAN, Luis: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

los plazos señalados por el testador (no superior a cinco años, salvo conformidad de los legitimarios).

— Cuentas en participación de beneficios en la sociedad adjudicada.

— Encargo al adjudicatario para que en el plazo de cinco años adquiera bienes para los demás interesados con cargo a beneficios de la explotación.

Téngase en cuenta que, según el artículo 1056.2 CC, *«Si no se hubiese establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia*».

Se trata de una norma supletoria para el caso de que el testador no haya autorizado el pago en metálico, lo que sirve para recordar que la legítima sigue teniendo naturaleza de *pars bonorum*, al menos si el testador no quiso otra cosa.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe IV.5 del capítulo XI de esta obra colectiva.

2.6.3. Aplazamiento de pago

La Ley de 2003 introdujo como novedad la posibilidad de que el testador o contador-partidor señale un aplazamiento para el pago que no podrá exceder de cinco años, contados desde el fallecimiento del testador.

Si así lo ha establecido el testador o contador-partidor (o su cónyuge, vía art. 831 CC), el adjudicatario contará con la posibilidad de aplazar el pago dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del testador (art.1056.2 CC).

Con el pago de dinero extrahereditario y el aplazamiento se consigue que el adjudicatario pueda financiar el pago de las legítimas con los rendimientos de la explotación, minorando la necesidad de financiación externa. Evidentemente, ello facilita la sucesión de empresa.

Por participar de la misma naturaleza del plazo del 844.2.º CC debe entenderse que es de caducidad (en este sentido, RUEDA ESTEBAN[58]).

El contador-partidor es, en este caso, el testamentario, no el dativo del artículo 1057.2 CC.

Nada se dispone sobre intereses, aunque tampoco se prohíbe imponerlos al testador o al contador-partidor. Parece razonable entender aplicable el artículo

[58] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit.

847 CC, que establece que el crédito devengará el interés legal desde la liquidación (así lo entiende RUEDA ESTEBAN[59]), a pesar de no considerar aplicable la normativa de los artículos 841 y ss. del Código civil).

Debe admitirse el fraccionamiento de pago dentro del límite, que facilitará igualmente al adjudicatario el cumplimiento de su obligación.

Sobre el artículo 1056.2 CC, ver también el epígrafe IV.5 del capítulo XI.

3. Delegación del artículo 831 Código Civil

3.1. Introducción

Resulta inevitable hacer una referencia al supuesto previsto en el artículo 831 del Código civil, redactado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, por ser un instrumento útil para establecer una sucesión ordenada de la empresa familiar, logrando la continuación del negocio y evitando que la muerte del empresario produzca su disgregación. Dice la norma:

«*Artículo 831*

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años, contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

---

[59] Ídem.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de esos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.»

Dentro de las finalidades de este precepto pueden incluirse objetivos propios de una fiducia sucesoria, como serían los de contribuir a la preservación del patrimonio familiar, evitando su dispersión con el nombramiento de uno o varios hijos o descendientes, tratar de favorecer su mejor elección posibilitando el aplazamiento de la designación al momento más adecuado y evitar así decisiones prematuras e inconvenientes que puedan darse con la división y para que no quiebre la unidad de la explotación familiar.

Supone en la práctica admitir en derecho común una delegación de la facultad de disponer «mortis causa», concediéndose por el testador a su cónyuge la facultad de distribuir la herencia de forma semejante a la que tendría el propio causante.

El precepto puede ser contemplado como una excepción a diversos mandatos del Código civil:

— Art. 670, que deniega la posibilidad de dejar la formación de un testamento en todo o en parte al arbitrio de un tercero o de hacerlo por medio de comisario o mandatario; la de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios y la de determinar las porciones en que hayan de suceder los instituidos nominalmente.

— Art. 830, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar; al artículo 1057 que solo permite al testador encomendar por actos «inter vivos» o «mortis causa» la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

— Arts. 658 y 1271, que prohíben celebrar contratos sobre la herencia futura.

La redacción del artículo 831 del CC recuerda la figura de la fiducia aragonesa (arts. 439 a 463 del Código de derecho Foral Aragonés, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo).

Cabe citar como elementos interpretativos en lo que pudieran ser aplicables los criterios seguidos en los textos jurídicos de las demás legislaciones forales:

— En Cataluña, la designación de heredero por fiduciario y herencia de confianza (art. 424-1 a 424-15 del Código civil de Cataluña, Ley 10/2008).

— En Navarra, los fiduciarios comisarios (leyes 281 a 288 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, ley 1/1973 de 1 de marzo) y herederos de confianza (leyes 289 a 295).

— En el País Vasco, testamento por comisario, Alkar poderoso y usufructo poderoso (arts. 30 a 46, 91 a 95 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco 5/2015, de 25 de junio). La Ley prevé en su Disposición Transitoria 5.ª que «*serán válidos plenamente los actos de disposición otorgados al amparo de lo dispuesto en el artículo 831 del Código Civil y del artículo 13 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*».

— En Galicia, el testamento por comisario (arts. 196 a 202 de la ley 2/2006, de 14 de junio).

3.2. Formas de hacer la designación

Antes de la reforma del 81 solo a través de capitulaciones matrimoniales se podía hacer.

Con la reforma del 81 cabía acudir al testamento o a capitulaciones matrimoniales.

Y con la vigente redacción, solo a través de testamento pueden los cónyuges conferirse las facultades que el artículo permite. A falta de limitación legal, podrá utilizarse cualquier tipo de testamento.

Las fiducias conferidas en capitulaciones matrimoniales con anterioridad a la reforma son válidas y, tanto para su revocación como para su modificación, habrá que acudir a la normativa anterior a la reforma del 2003, si bien ajustándose a las formas establecidas por la redacción actual.

El número 6 del artículo 831 CC transcrito establece: «*Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí*». Se puede plantear la duda de si cabe la delegación a favor de aquella persona con quien se tiene descendencia común aún sin convivir habitualmente con ella. Muy dudosa también con la literalidad del precepto es el supuesto de que exista una pareja de hecho coexistiendo con un matrimonio que no ha sido declarado nulo o cuyo vínculo no ha sido disuelto por divorcio. No parece exigible que exista una unión de hecho inscrita en el correspondiente registro administrativo.

Por otro lado, tras la reforma del 2003 han quedado zanjadas dos cuestiones que dividían a la doctrina:

1. ¿Tienen que otorgarse los cónyuges la facultad recíprocamente? Al otorgarse la facultad únicamente en testamento, los cónyuges no están obligados a conferirse recíprocamente la facultad del artículo 831 del CC.

2. ¿Es revocable? Al ordenarse ahora en testamento, cabe su revocación en cualquier momento otorgando un testamento posterior.

El testamento deberá reunir los requisitos siguientes:

— Válido. Podrá usarse cualquiera de las formas testamentarias del Código civil: los notariales, abierto y cerrado, los especiales (marítimo, militar y celebrado en país extranjero) y el ológrafo. RUEDA ESTEBAN[60] entiende criticable el que no se haya excluido al testamento ológrafo, pues la falta de asesoramiento técnico parece imprescindible en una figura tan compleja.

[60] RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, Wolters Kluwer España, SA, 2015, Madrid.

— Que sea el último testamento, si bien cabrá que el testamento posterior declare subsistente la fiducia instituida en el anterior.

— Que se realice designación expresa por parte del testador.

Finalmente, en los derechos forales podemos citar:

* Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil foral del País Vasco:

«Art. 31. 1. – El nombramiento de comisario habrá de hacerse en testamento ante notario.

2. – Los cónyuges, antes o después del matrimonio, podrán nombrarse recíprocamente comisarios en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio.»

* Ley 10/2008 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones:

«*Art. 424.2. Forma de la elección o la distribución.*

1. La elección o la distribución debe hacerse expresando que se hace uso de esta facultad, salvo que ello resulte claramente de la misma elección o distribución.

2. La elección o la distribución solo puede hacerse en testamento, heredamiento o escritura pública. En los dos últimos casos es irrevocable.»

* Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia:

«*Artículo 197*

Podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán.»

* En Aragón: se admite el testamento o la escritura pública. Así resulta del art. 442 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, sobre Código de Derecho Foral de Aragón.

* En Navarra, además del testamento y de la escritura pública especial con la designación, cabe la que se lleva a cabo en capitulaciones matrimoniales (Leyes 281 y 282 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra de Ley 1/1973, de 1 de marzo).

* En la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre) se recoge exigencia de testamento o escritura pública en el art. 71 para Ibiza y Formentera para la designación de fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento de la fiducia. Mientras que en el resto de Baleares (Mallorca y Menorca) solo es válida la institución de la fiducia o delegación de distribuir en el testamento y la ejecución lo será forzosamente en escritura pública.

3.3. Facultades

3.3.1. Mejoras, atribuciones y adjudicaciones

No hay obstáculo para que se conceda tan solo la facultad de mejorar y no la de atribuir o adjudicar: sería el caso, como apunta RUEDA ESTEBAN[61], de la autorización al cónyuge para que escoja al hijo que haya de ser mejorado en la empresa familiar, pero no se le permita realizar la partición del resto de los bienes (en concordancia con el artículo 1056.2 del Código civil).

También cabe que se delegue la facultad de adjudicar o atribuir y no la de mejorar, así cuando el causante haya señalado ya las cuotas iguales o desiguales. Aún en este caso, la actuación del cónyuge sería de mayor contenido que la de un contador-partidor del artículo 1057 CC, ya que no tendría que guardar celosamente la debida igualdad que se propugna del artículo 1061 CC; su actuación como partidor se equipararía a la del testador mencionada en el artículo 1056 CC.

Lo cierto, a la vista de la redacción del precepto, es que parece que se busca la unión de ambas facultades, distribuir y mejorar. Combinadas ambas, las posibilidades de actuación del cónyuge son amplísimas:

— Mejora con adjudicación de bienes concretos, ya sea como mejora expresa o tácita.

— Mejora con adjudicación de cuotas en tal concepto, ya sea de cuota con o sin asignación de bienes concretos o bien de cosa con o sin determinación de cuotas.

— Mejorar en cosa determinada (art. 829 CC), pudiendo ser esa cosa determinada la empresa familiar o las acciones o participaciones de una sociedad de capital. De esta forma, si el valor de la empresa excede de los tercios de legítima y libre disposición y de la parte de legítima que corresponde al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico.

---

[61] RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, Wolters Kluwer España, SA, 2015, Madrid.

Con dicha amplitud pierde importancia la discusión acerca del alcance de su contenido: si se refiere estrictamente a los arts. 823 y ss. del Código civil o si se refiere a otro de carácter económico más amplio, hoy no hay duda de que hay que optar por lo segundo, de forma que cabe esta mejora incluso sobre el tercio de libre disposición.

Esas mejoras, adjudicaciones o atribuciones pueden realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos.

Podría plantearse el que aunque los actos de atribución sean simultáneos, el cónyuge no realiza estrictamente la partición hereditaria, para ello sería preciso asignarse su propia cuota, de donde se derivaría un conflicto de intereses, especialmente grave si hay menores o incapaces. Sin embargo, del tenor literal de la norma parece desprenderse que la ley quiere que el cónyuge pueda realizar la partición. En todo caso, posiblemente sea conveniente que el testador designe un contador, deslindando la partición propiamente dicha del ejercicio de la fiducia por el cónyuge o que deje establecido en su testamento instrucciones precisas sobre lo forma de partir.

En caso de que el cónyuge opte por hacer una partición diferida y sucesiva enmarcada en el artículo 831 del CC, cabe que transcurra mucho tiempo entre las diferentes adjudicaciones hechas en vida por el cónyuge fiduciario y entre éstas y las que procedan a su fallecimiento. Esta situación puede plantar un grave problema de valoración, siendo aconsejable que se formalice inventario al tiempo del fallecimiento del testador con una valoración adecuada, fijando criterios de actualización de valores.

Si solo se conceden al viudo facultades para partir estrictamente, el cónyuge habrá de sujetarse a las cuotas fijadas. Si se sale de ellas se plantea si el perjudicado podrá ejercitar acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte (art. 1074 CC):

— En contra, se argumenta que el valor de esta partición sería equivalente al de la realizada por el testador, de forma que la norma a aplicar sería el art. 1075 CC, a cuyo tenor: «*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*».

3.3.2. Liquidación de sociedad conyugal

Con la reforma del 2003 cambió el criterio legal en cuanto a las facultades del cónyuge respecto de la liquidación de la sociedad conyugal. Antes debía efectuarla el supérstite con los herederos del premuerto, lo que obligaba, caso de menores

de edad, a la intervención de defensor judicial y formación de inventario con citación de acreedores (analogía con el art. 1057.2 CC).

Hoy, a juicio de RUEDA ESTEBAN[62], la redacción actual del art. 831.1 CC permite al cónyuge supérstite la liquidación unilateral de la sociedad conyugal y que pague las legítimas y adjudicaciones del causante con sus propios bienes, que bien pueden ser los resultantes de dicha liquidación.

Sostiene lo mismo FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[63]: si el cónyuge delegatario puede adjudicar en pago del valor de la legítima un bien propio, que es lo más, podrá también lo menos, que es dividir.

En contra, RIVAS[64] y FLORENSA TOMÀS[65], para los que la letra del precepto permite al delegado adjudicar bienes de la sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada, siendo preciso para la liquidación de la sociedad conyugal acudir a las normas generales, por lo que deberán concurrir, junto con el cónyuge, los hijos comunes y no comunes, solo del causante.

Se ha dicho también que esa liquidación unilateral y anticipada por el cónyuge viudo producirá perniciosos efectos jurídicos: daño al patrimonio familiar al hacer una liquidación apresurada con valoraciones precipitadas y no ajustadas a la realidad, previsibles conflictos de intereses con los legitimarios, posibles perjuicios para terceros, acreedores etc. Hay que tener en cuenta además la consolidada doctrina de la DGRN de que no cabe liquidación unilateral concurriendo *cautela socini,* incluso aunque se mantenga la herencia indivisa (RRDGRN 2 de diciembre de 2003, 6 de febrero de 2008 ó 24 de septiembre de 2003).

En la práctica notarial, esta segunda es la postura que parece se ha impuesto, por lo que suele combinarse la fiducia con el nombramiento de un albacea con facultades expresas para liquidar la sociedad conyugal.

Admitida la facultad del cónyuge de liquidar por sí, se plantea si esta facultad cede ante institutos especiales imperativos, como es el caso de la protección de menores o incapaces. A juicio de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[66], la respuesta ha de ser afirmativa: el art. 831 CC implica que el patrimonio ganancial de ambos cón-

---

[62] RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, Wolters Kluwer España, SA, 2015, Madrid.

[63] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.

[64] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

[65] FLORENSA TOMÀS, Carles Enric: «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 C. Civil», *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (Coordinador), Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2005.

[66] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.

yuges y privativo del supérstite se constituyen en una unidad para el pago de legítimas y disposiciones del testador, pero el cónyuge debe respetar el régimen de orden público de protección de menores e incapaces, los requisitos establecidos en los artículos 1396 y siguientes del Código civil en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales y serán de aplicación los artículos 1060 y 163 y 272 CC en sus respectivos ámbitos.

3.3.3. Adjudicación de empresa conforme al artículo 1056.2 CC

También se plantea si el cónyuge supérstite podría adjudicar la empresa o establecimiento mercantil conforme al art. 1056.2 del CC:

— En contra, HUERTA TRÓLEZ[67], por no ser el cónyuge fiduciario ni testador ni contador por el designado.

— A favor, GARRIDO DE PALMA[68], para quien, como ya hemos comentado antes, el delegatario puede hacer todo lo que podría hacer el mismo testador.

— Para RUEDA ESTEBAN[69] el fiduciario podrá atribuir la empresa familiar vía 1056.2 CC por considerarlo implícito en sus facultades, pero su ámbito de actuación queda limitado a los hijos y descendientes comunes, pues éste es el alcance del art. 831 CC. Para hijos o descendientes no comunes o extraños será preciso además que el testador haya designado al destinatario de la empresa limitándose el fiduciario a entregar la misma. La aplicación combinada de ambos preceptos tendría la virtualidad de eludir el plazo de cinco años del 1056 y extenderlos a los más amplios términos del art. 831.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe IV.4 del capítulo XI de esta obra colectiva.

3.3.4. Pago en metálico de la legítima conforme al art. 841 CC

También se plantea, en términos muy parecidos, si el cónyuge puede hacer uso de la facultad de pago en metálico de la legítima de los arts. 841 y ss. CC.

---

[67] HUERTA TRÓLEZ, Antonio: «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* n.º 27, octubre 2003; *Revista jurídica del Notariado*, abril-junio, 2004.

[68] GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El Notario ante el artículo 831 del Código Civil», *Anuario de Derecho Foral-Separata*. Diputación Foral de Navarra. Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Pamplona 1976 y 1977; «Los actuales arts. 831 y 1056.2 del Código Civil», *Revista Jurídica del Notariado,* julio-septiembre 2005.

[69] RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, Wolters Kluwer España, SA, 2015, Madrid.

GARRIDO DE PALMA lo admite. Otros entienden que sería preciso habilitación expresa por parte del testador.

3.3.5. Administración de la herencia

El número segundo, acogiendo la tesis de GARRIDO DE PALMA[70], atribuye al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes durante el plazo de duración para el ejercicio del derecho.

El código guarda silencio sobre la amplitud de facultades que pueden corresponder al cónyuge viudo en esa administración. Siguiendo a RIVAS[71], parece que debe tratarse de una administración dinámica, que implique una gestión adecuada, en ningún caso estática, y que beneficie a los bienes que integren el caudal y que resulte favorable al destinatario.

La distinción en la práctica entre acto de administración y de disposición no es fácil. Se define el primero como aquel acto jurídico sobre un bien determinado o un patrimonio de elementos individualizados tendente a la explotación de los mismos y a la percepción de los productos sin comprometer su valor e individualización.

Tiene especial interés la distinción existiendo entre los interesados menores sujetos a patria potestad, en cuyo caso cabe plantear si es posible que el testador excluya de la autorización judicial actos dispositivos del viudo a fin de perfilar una verdadera administración dinámica del patrimonio, lo que es de gran utilidad concurriendo un patrimonio empresarial.

A pesar de que no hay referencia a la voluntad del testador, de la interpretación sistemática e integrada de la norma y dada la finalidad de protección del patrimonio del discapacitado, RUEDA ESTEBAN[72] entiende que el causante en su testamento podrá organizar una forma de administración ajustada al caso concreto, lo que será especialmente relevante en sede de empresa familiar, pudiendo el testador dar unos plazos amplios al cónyuge supérstite que le facilite la designación del mejorado, dar indicaciones sobre la forma de llevar la empresa en fase de yacencia, fijación de reparto de dividendos mínimos, imposición de determinadas inversiones, medidas de supervisión del facultado designando unos albaceas con esta misión específica...

---

[70] GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: obra citada.

[71] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones común y foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

[72] RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, Wolters Kluwer España, SA, 2015, Madrid.

Dicho número segundo se refiere a los «*bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior*», suscitando la duda acerca de si se refiere sólo a bienes específicos o determinados sobre los que se hubiera realizado una disposición a favor de hijo o descendiente, o bien se refiere a todos los bienes y facultades amparados en el número 1 del art. 831. De no seguirse esta segunda opción subsistirían las dudas acerca de a quién corresponde la administración de la herencia yacente, por lo que parece que debe seguirse esta segunda postura.

3.3.6. Facultades dispositivas

Nada dice el Código civil acerca de otras posibles facultades dispositivas sobre los bienes por parte del cónyuge a parte de las disposiciones a favor de esos hijos o descendientes en ejecución de sus facultades atributivas, habiendo planteado la doctrina (así, GARRIDO DE PALMA[73]) la conveniencia de conceder al cónyuge fiduciario facultades dispositivas siempre que la enajenación tenga causa de necesidad (pérdida del bien, evidente deterioro), de utilidad clara (inversión en bienes productivos) o satisfacer cargas de la herencia o necesidades de hijos. Se pueden traer por analogía la regulación que se hace en algunos territorios forales:

— En la Compilación de Navarra (Ley 287) se distingue según la fiducia corresponda al cónyuge o ascendientes del causante que tienen atribuidas facultades de administración y disposición o a otros fiduciarios, en cuyo caso se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados.

— En Derecho Catalán (art. 148 Código de Sucesiones) se distinguen también dos posibilidades: si el cónyuge es el fiduciario, tendrá la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas. Si son otras personas los fiduciarios precisarán el acuerdo con los hijos o descendientes nacidos o sus representantes legales.

— En Derecho Aragonés se dedica un apartado especial sobre la herencia pendiente de asignación (arts. 136 a 140 de la ley de Sucesiones de Aragón), se conceden amplias facultades dispositivas al fiduciario si son a título oneroso, así como para pagar obligaciones y cargas... y si la fiducia es colectiva será preciso unanimidad para adoptar el acuerdo de disposición.

---

[73] GARRIDO DE PALMA, Victor Manuel: «El Notario ante el artículo 831 del Código Civil», *Anuario de Derecho Foral-Separata*, Diputación Foral de Navarra, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona, 1976 y 1977; «Los actuales arts. 831 y 1056.2 del Código Civil», *Revista jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2005.

Formalmente habrá que seguir los cauces de la vía elegida (escritura pública en caso de donación de inmuebles).

Debe criticarse en este punto la ley, por haber desaprovechado la ocasión de recoger el régimen de disposición de los bienes de la herencia yacente afectada por esta facultad fiduciaria: disposición de bienes en caso de necesidad o utilidad.

Tampoco se refiere el artículo 831 CC a la posible subrogación real de bienes en lugar de los dispuestos y la aplicación de los frutos de los bienes fideicomitidos.

A esta circunstancia se refiere el Código civil de Cataluña en su art. 426-36, a cuyo tenor:

«Principio general

1. *El fiduciario puede enajenar y gravar los bienes fideicomisos, libres del fideicomiso, en los casos en que lo permita la ley o lo autoricen el fideicomitente o los fideicomisarios, de acuerdo con lo establecido por la presente sección.*

2. *La contraprestación eventualmente adquirida por razón de los actos de disposición a que se refiere el apartado 1 se sujeta al fideicomiso en virtud del principio de subrogación real, salvo los casos en que la ley establece otra cosa o en que el fideicomitente o los fideicomisarios autorizan que los bienes o el dinero obtenidos se excluyan del fideicomiso.*»

3.4. Beneficiarios

Con la redacción del 2003 se despejó también la duda acerca de la posible inclusión como beneficiarios de los ulteriores descendientes, pues la norma contiene ahora una referencia expresa a los mismos.

Subsiste la duda acerca de la posible inclusión entre los posibles beneficiarios de los descendientes nacederos. Aplicando las reglas básicas de la sucesión solo podrían ser mejorados los descendientes vivos al fallecimiento del concedente de la facultad.

Por contra, se podría plantear la ficción de que la personalidad del causante continúa en el cónyuge supérstite y admitir la mejora a favor de nuevos descendientes nacidos con posterioridad al fallecimiento del concedente.

De todas formas, los descendientes de ulterior grado siempre podrán ser mejorados vía sustitución fideicomisaria (arts. 782 y 781 CC).

¿Podrá el mismo supérstite delegatorio utilizar la sustitución fideicomisaria como forma de mejora haciendo uso del artículo 782 CC?

— En contra, LEÑA FERNÁNDEZ[74], para quien sólo el testador puede hacer uso de esta facultad.

— A favor, GARRIDO DE PALMA[75], para quien el cónyuge delegatario podrá hacer todo lo que podría ordenar el testador, salvo limitación de éste. Si no hay límites se entiende concedida la facultad de mejorar y distribuir en sus más amplios términos.

— Para RUEDA ESTEBAN[76] será preciso habilitación expresa del cónyuge testador, argumentando en base al carácter, expresó que deben tener los llamamientos fideicomisarios.

Concurriendo descendientes no comunes, el número 4 del art. 831 CC apodera al sobreviviente para poder liquidar las legítimas de los mismos, asumiendo el cónyuge delegado una posición semejante a la de un contador-partidor. En este mismo caso, concurriendo descendientes no comunes, ante la preterición errónea de alguno, el ejercicio de las facultades del cónyuge no puede menoscabar la parte del preterido, lo que interpreta RIVAS[77] en el sentido de que debe reducirse la institución en la medida precisa para poder pagarse los derechos legitimarios del descendiente no comunes.

Siguiendo a FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[78], hay que entender, partiendo de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, que el causante podrá regular en su testamento los posibles conflictos que la concurrencia de varias progenies pudiera ocasionar, pudiendo entender no procedente la vigencia de ese poder legal, en cuyo caso debe prevalecer lo ordenado por el testador.

Puede plantear problemas la coordinación de este poder con las facultades propias del ejercicio de la patria potestad si los descendientes comunes son menores de edad, con frecuencia el cónyuge precisará autorización judicial o intervención de un defensor.

---

[74] LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la ley 41/2003», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima,* SANTOS URBANEJA, Fernando (Dir), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

[75] GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El Notario ante el artículo 831 del Código Civil», *Anuario de Derecho Foral-Separata,* Diputación Foral de Navarra, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona, 1976 y 1977; «Los actuales arts. 831 y 1056.2 del Código Civil», *Revista jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2005.

[76] RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, Wolters Kluwer España, SA, 2015, Madrid.

[77] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: obra cit.

[78] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra cit.

3.5. Formas de actuación de cónyuge supérstite

En cuanto a las posibilidades de actuación del cónyuge al ejecutar su delegación son amplísimas: «inter vivos» (cualquier acto traslativo, de especificación, incluyendo la donación), «mortis causa» (testamento), en uno o varios actos, simultáneos, sucesivos, incluso pagando con los bienes resultantes de la liquidación de la sociedad conyugal (en este sentido, RIVAS[79] y FLORENSA TOMÀS[80]).

En todo caso, la delegación es personalísima. Es una delegación o facultad que no se puede sustituir en otra persona o a su vez subdelegar, debido a la propia naturaleza de la función, sin perjuicio de que se pueda conferir poder para la realización de actos concretos de ejecución de la fiducia. En este sentido, al art. 282 del Fuero Nuevo de Navarra, que califica la función del fiduciario-comisario como personalísima, aunque para su concreta ejecución se pueda apoyar en otras personas y esto sólo si el constituyente lo autorizó expresamente.

3.5.1. Actuación «mortis causa»

Podrá el fiduciario ejercitar la facultad conferida a través de testamento si así se le hubiese permitido por el causante. A falta de restricción legal, hay que entender que será admisible cualquier forma de testamento.

Apunta RUEDA ESTEBAN[81] que, dada la naturaleza de los actos de ejecución de la fiducia que participan de la naturaleza de los actos de partición hereditaria, debería ser exclusivamente admisible la forma notarial.

Lo normal será que el cónyuge fiduciario ejecute la fiducia en el mismo testamento en que ordena su propia sucesión. Pueden plantearse problemas cuando en un primer testamento se ejecuta la fiducia y en otro posterior se ordena la sucesión: ¿este segundo testamento revoca la distribución en cumplimiento de la fiducia hecha en el primero? Así lo entiende RUEDA ESTEBAN[82], por ser revocable la distribución de la fiducia hecha en testamento. Por el contrario, LATORRE MARTÍNEZ[83] entiende que sigue valiendo el primer testamento.

Hay que tener siempre en cuenta que las adquisiciones del beneficiado proceden de la herencia del causante testador, nunca del cónyuge supérstite. El

---

[79] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: obra cit.
[80] FLORENSA TOMÀS, Carles Enric: obra citada.
[81] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.
[82] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.
[83] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E.: *«De la fiducia sucesoria. Comentario de los artículos 110 y ss. de la Compilación Aragonesa»*, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO, Manuel, tomo XXXIV, volumen I, página 290.

testamento a través del cual el cónyuge ejercite sus facultades será siempre revocable.

Advierte FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[84] que la expresión «*cualquier título o concepto sucesorio*» es confusa. A su juicio no podrían asignarse los bienes a título de legado, cualidad que solo puede dar a la asignación el propio testador, ni tampoco por donación.

Lógicamente, las facultades del cónyuge supérstite quedan sujetas a los límites que tenía el causante derivadas de pactos sucesorios, promesas de mejorar o no mejorar (art. 826 CC) o del carácter no colacionable establecido en las donaciones «inter vivos».

3.5.2. Actuación «inter vivos»

Precisa RUEDA ESTEBAN[85] que las mejoras realizadas por el cónyuge fiduciario no pueden ser estrictamente calificadas como donaciones, puesto que se actúa con bienes relictos del difunto, que ya integran la herencia y, por tanto, pertenecen a los herederos.

No hay donante: el causante no lo es, sus bienes se transmiten «mortis causa». El cónyuge tampoco es donante, pues no dona lo suyo y no tiene ánimos «donandi». Se trataría más bien de una atribución gratuita en ejecución de la fiducia. Ahora bien, el que se utilice, de forma poco precisa, el término donación no debe afectar a la esencia del acto, que valdrá conforme a su propia naturaleza.

Cuando el Código civil señala: «*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa*», se está refiriendo, siguiendo a RUEDA ESTEBAN[86], a las disposiciones «inter vivos», puesto que las «mortis causa» estarían pendientes del fallecimiento del cónyuge y serían esencialmente revocables.

Para el caso de actuación «inter vivos» se plantea la cuestión de si necesariamente debe tratarse de una actuación bilateral, o si cabe actuación unilateral del cónyuge fallecido. La cuestión es relevante, pues en caso de actuación unilateral parece que el acto sería revocable con la misma unilateralidad por solo el cónyuge mientras no concurra aquiescencia del adjudicatario. Ante la amplitud de la nor-

---

[84] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.
[85] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación.*
[86] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.

ma no parece que haya argumentos para impedir una actuación unilateral del cónyuge. No obstante, RUEDA ESTEBAN[87] entiende exigible al menos la notificación fehaciente al adjudicatario.

Tratándose de un documento bilateral sólo cabrá revocación si se hace conjuntamente por todos los que intervinieron.

Si acudimos a los derechos forales también llegamos a la conclusión de que ejecutada la fiducia por actos «inter vivos», éstos son de efectos inmediato e irrevocables, y si se hace en testamento o disposición de última voluntad es revocable:

— En Aragón, el art. 143.1 del Código de Sucesiones establece la irrevocabilidad de los actos «inter vivos» en ejecución de la fiducia.

— En Cataluña, el artículo 424-2 de la Ley Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones establece:

«*Forma de la elección o la distribución*

1. *La elección o la distribución debe hacerse expresando que se hace uso de esta facultad, salvo que ello resulte claramente de la misma elección o distribución.*

2. *La elección o la distribución solo puede hacerse en testamento, heredamiento o escritura pública. En los dos últimos casos es irrevocable*.»

— Para Navarra, la Ley 286 dispone:

«*Los fiduciarios deben hacer las designaciones en testamento o en escritura pública; en este último caso serán irrevocables, salvo lo dispuesto en la ley 114*.» Es decir, salvo que no haya habido aceptación del favorecido.

— En el Derecho civil Foral del País Vasco, tanto si se lleva a cabo por actos «inter vivos» como «mortis causa» las disposiciones otorgadas por el comisario serán irrevocables, según dispone el artículo 47 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, para todas las disposiciones otorgadas por el comisario en uso de su poder testatorio. La única excepción es cuando el nombrado comisario sea el cónyuge y disponga en su propio testamento a favor de los hijos y descendientes comunes, en cuyo caso podrá dar carácter revocable, de una manera expresa, a la disposición realizada.

[87] Idem.

En cuanto a la forma, tratándose de entrega de inmuebles será precisa escritura pública (art. 1280 CC) al ser esta además el vehículo propio para el acceso al Registro de la propiedad, en otro caso, en un sistema como el nuestro en el que impera el principio de libertad de forma (arts. 1279 y 1280 CC) no existe requisito de forma solemne, por lo que cabría acudir a la simple entrega por actos concluyentes o a la constancia en documento privado; aún así se hace muy conveniente la escritura pública por su mejor carácter probatorio a todos los efectos.

Por el contrario, el art. 141 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón dispone:

«*Artículo 141. Forma*

1. *La fiducia deberá ejecutarse necesariamente por acto "inter vivos" formalizado en escritura pública.*

2. *Cuando se haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste podrá cumplir su encargo también en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo.»*

Una vez ejecutada la fiducia, sus efectos se retrotraen a la fecha de fallecimiento del causante (arts. 657, 661, 758 Ccivil).

3.6. Plazo para el fiduciario

Amplísimas son las posibilidades en cuanto al plazo para que el fiduciario desempeñe sus funciones. En caso de que se utilice el art. 831 CC para la transmisión de la empresa familiar, la Ley 41/2003 pretende facilitar una adecuada ponderación de las cualidades y aptitudes del adjudicatario, y así:

— El testador puede señalar el plazo que desee, plazo que será voluntario para el cónyuge y forzoso para los herederos.

— En defecto de plazo fijado por el testador, la norma fija un plazo de dos años, contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Apunta Luis RUEDA ESTEBAN[88] unos supuestos de plazo tácito:

— En caso de haberse ordenado en testamento que continúe la comunidad hereditaria conforme al art. 1051.2 CC, se podrá tener ese plazo como impuesto por el testador.

[88] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.

— Si el causante ha designado a su cónyuge como usufructuario universal, de conformidad con el art. 820.3 CC, el cónyuge podrá ejercitar su facultad durante todo el tiempo que dure el usufructo, es decir, toda su vida.

— Si el cónyuge solo está autorizado a ejercitar sus facultades mediante actos «mortis causa», en cuyo caso tendrá igualmente toda su vida para realizar la delegación vía testamento (en este sentido, VALLET[89]).

3.7. Posición de los legitimarios

3.7.1. Plazo

¿Cuándo podrían los legitimarios reclamar su legítima estricta? Según VALLET[90] y GARRIDO DE PALMA[91] en ningún caso antes de haber transcurrido el plazo señalado expresa o tácitamente. En contra, RIVAS[92], para el que el plazo concedido por el testador al fiduciario no afecta a las legítimas, por lo que los legitimarios pueden reclamar en cualquier momento el abono de la legítima. A favor de esta segunda postura se puede alegar la circunstancia de la situación injusta que se puede producir cuando el plazo se alarga exageradamente.

En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[93], quien destaca la oportunidad de que el testador establezca opciones compensatorias de legítima. No obstante, dado el espíritu de la norma y su tenor literal, la finalidad de transmisión de la empresa familiar parece que la primera postura se acerca más a lo que pretendió el legislador.

Advierte RUEDA ESTEBAN[94] que el plazo no afecta a las legítimas de los descendientes no comunes que, por tanto, ha de serles entregada inmediatamente.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe IV.4 del capítulo XI de esta obra colectiva.

---

[89] VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Estudios de derecho sucesorio,* Editorial Montecorvo, SA, Madrid, 1989; «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigida por Manuel ALBALADEJO, tomo XI, editorial R.D.P. Edersa, 1982; *Estudios dispersos sobre las legítimas,* volumen III, 2.ª edición revisada y aumentada. Editorial Montecorvo. 1992.

[90] VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: obra citada.

[91] GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: *El Notario ante el artículo 831 del Código Civil. Anuario de Derecho Foral-Separata,* Diputación Foral de Navarra, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona, 1976 y 1977; «Los actuales arts. 831 y 1056.2 del Código Civil», Revista jurídica del Notariado, julio-septiembre 2005.

[92] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones común y Foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

[93] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.

[94] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.

3.7.2. Acciones

El apartado tercero del art. 831 del CC termina diciendo: «*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado*».

Como destaca FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[95], debe considerarse un lapsus la expresión «*descendiente común*», pues debe entenderse que se refiere a todo descendiente.

Para RUEDA ESTEBAN[96], la expresión legal induce a confusión. En caso de no respetarse la legítima, lo que procedería sería el ejercicio de la correspondiente acción de reducción por inoficiosidad. En contra, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[97], quien argumenta que el delegatario no está sujeto como el testador a bases particionales fuera del respeto de las disposiciones imperativas y testamentarias; por ello no parece, como no ocurre en la partición por el testador, que el legitimario pueda pedir un complemento de legítima con la reducción de las disposiciones que le afectan. El legitimario podrá por ello pedir la rescisión sólo en última instancia, conforme al artículo 1294 CC. Concluye la citada autora que lo que quiere decir el art. 831 en este punto es que el perjuicio de la legítima en sí no supone nulidad de los actos del cónyuge, sino su ineficacia.

Conviene insistir en que: «*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades*», lo que supone una excepción al carácter de «pars bonorum» que tradicionalmente se ha atribuido a la legítima en derecho común y la acerca a una «par valoris» (en este sentido, RIVAS[98]).

3.8. Cesación

3.8.1. Causas

La norma señala tres causas de cesación de las facultades conferidas al cónyuge:

---

[95] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.
[96] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.
[97] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: obra citada.
[98] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones común y Foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

A) Contraer ulterior matrimonio.

B) Relación de hecho análoga. Se plantea aquí un previsible problema de prueba. Siguiendo a RUEDA ESTEBAN[99], parece que hay que entender que el precepto no exige una unión de hecho inscrita en registro administrativo, debiendo bastar cualquier medio ordinario de prueba que demuestre la relación de hecho del cónyuge supérstite.

C) Tenencia de algún hijo no común. Se refiere a hijos tenidos con posterioridad al fallecimiento del causante testador. No quedarían comprendidos en esta causa de cesación hijos no comunes habidos durante el matrimonio, salvo que se acredite que su existencia no fue conocida por el testador.

En cualquier caso, cualquiera de estas causas de cesación puede ser dispensadas por el testador. Así lo prevé el último inciso del número 5.

El fallecimiento del cónyuge extingue la fiducia, sin que pueda ser delegada por actos «mortis causa».

3.8.2. Ejercicio parcial de la fiducia

La norma no aclara qué sucede en caso de que cesen las facultades del cónyuge sin que se haya distribuido íntegramente el patrimonio del premuerto. Salvo que los interesados acuerden otra cosa, se estará a lo dispuesto en el testamento, en todas sus disposiciones y, a continuación, si es necesario se acudirá a las disposiciones de la sucesión intestada.

En este caso..., ¿valdrán las distribuciones y mejoras hechas por el viudo antes de la cesación de sus facultades? RUEDA ESTEBAN[100] se muestra a favor por asimilar las causas de cesación a la caducidad y no producir efecto retroactivo, pudiendo valer las atribuciones como mejoras o como atribuciones imputables a la cuota del adjudicatario.

También se pronuncia a favor RIVAS[101], la cesación de facultades por concurrencia de las causas legales es hecho posterior que no puede tener eficacia invalidatoria con carácter retroactivo. Además invoca el criterio seguido por el Código civil de Aragón, en cuyo artículo 458 dice: *«Los actos "inter vivos" que en ejecución de la fiducia realicen los fiduciarios serán irrevocables*».

---

[99] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.
[100] RUEDA ESTEBAN, Luis: obra cit. *La delegación*.
[101] RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones común y Foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

4. Notas diferenciadoras entre ambas figuras (1056/831 CC)

1. La cláusula del artículo 1056.2 CC es de carácter exclusivamente particional, por lo que precisará de una institución de heredero o de un legado del que resulte determinado quién o quiénes son los adjudicatarios de la explotación familiar.

   En el caso del artículo 831 CC nos encontramos ante una fiducia sucesoria con un fiduciario, cónyuge o pareja de hecho, a quien corresponde la distribución de los bienes de la herencia sin más límites que el respeto a las legítimas de los no mejorados y los derechos de los hijos no comunes.

2. Exigencias objetivas.

   Para el ejercicio y utilización del art. 1056.2 CC se ha de actuar en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia, además de querer preservar indivisa la explotación familiar o mantener el control de una sociedad de capital.

   En la fiducia del art. 831 CC no existe exigencia objetiva alguna, basta el deseo de usar la delegación por parte del causante.

3. Facultades conferidas por ambos preceptos:

   — El art. 1056 concede facultades de adjudicación exclusiva «mortis causa» de la empresa familiar.

   — Las facultades del art. 831 CC son considerablemente más amplias, abarca atribuciones y adjudicaciones de bienes concretos, por cualquier título sucesorio —«inter vivos» o «mortis causa»—, con facultad de hacer mejoras a favor de hijos o descendientes comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición, adjudicando incluso bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

4. Protección de los legitimarios.

   — El artículo 1056 tan solo hace alusión a que se pague en metálico la legítima a los demás interesados, sin otra regulación al respecto que la permisión del abono de las legítimas en diversas formas a que hemos hecho referencia.

   — El artículo 831, sin embargo, recoge un auténtico régimen legal de los derechos de los legitimarios, sean o no descendientes comunes del causante.

5. Plazos

— En el caso del 1056 se establece un plazo máximo de cinco años para el pago de las legítimas.

— En la fiducia del artículo 831 se establece un plazo supletorio de dos años, solo en defecto de previsión por parte del testador. No hay plazo máximo.

5. Referencia al pasivo de la empresa

La empresa mercantil individual, pese a poder estimarse como una unidad patrimonial susceptible de tráfico jurídico, no es un patrimonio separado, pues para ello sería preciso que de las obligaciones mercantiles del empresario solo respondieran los bienes que integran la empresa, o que los acreedores mercantiles gozaran de una preferencia general y absoluta sobre los acreedores civiles del empresario.

Sin embargo, por lo que respecta a la valoración y a las deudas de la empresa, la responsabilidad lo será de todos los herederos frente a los acreedores, con independencia de las relaciones internas entre los mismos y su toma en consideración para llevar a cabo el cálculo de la legítima.

Las deudas de la empresa transmitida por sucesión «mortis causa» lo son de su herencia, por lo que afectan a todos los herederos, aunque el testador haya impuesto al legatario o adjudicatario único de la empresa la obligación de pagar las deudas de la misma, puesto que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona (art. 659 del CC), y los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 del CC). Incluso la exigencia de la misma tiene un carácter solidario, puesto que, hecha la partición, los acreedores podrán reclamar el pago de sus deudas por entero de cualquiera de sus herederos (art. 1084 del CC).

Se podría traer a colación, además, el artículo 867 del CC, entendiendo que de su espíritu se deduce que ni aún en los supuestos de afección jurídica de un bien al pago de una deuda basta para que el legatario tenga que soportar el pago, por lo que mayor razón hay para mantener ese mismo criterio cuando la afección lo sea meramente económica.

De todas formas algunos autores han defendido, en el caso concreto del legado de empresa, que el legatario sería el obligado, basándose en que la empresa constituye un «universum» integrado por activo y pasivo, por lo que el legatario nuevo empresario habrá de asumir el pasivo.

También se ha defendido que los receptores de las cantidades, los «*demás interesados*» del artículo 1056.2 CC, tienen la consideración de legatarios en concreto con un legado de dinero, y debido a su condición de legatarios, no responden de las deudas hereditarias ni están sujetos al sistema de responsabilidad solidaria que establece el artículo 1084 del CC.

6. El beneficio de inventario y la sucesión de empresa

La posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario es un derecho de todo heredero. Cuando en la herencia hay una empresa mercantil se pueden plantear algunos problemas:

1. Parece que el heredero aceptante a beneficio de inventario se obliga a liquidar la herencia, cosa que tratándose de la empresa mercantil objeto de la herencia puede ser fatal para la marcha de la misma. Frente a ello, procede entender que la administración de la herencia en esta situación, aunque se la haya calificado de administración liquidadora, lo que trata es de garantizar la satisfacción de los derechos de los acreedores, no que la misma haya de conducir necesariamente a la liquidación y venta de los bienes hereditarios.

2. Las exigencias lógicas de la gestión de la empresa mercantil no coordinan bien con la idea de patrimonio en liquidación que se predica de la herencia beneficiaria.

   Frente a ello parece defendible que esa administración no sea una simple administración conservadora, puesto que la propia especificidad de la empresa mercantil exige algo más. El problema nos lo encontramos con el artículo 1024 del CC que dispone:

   «Artículo 1024

   El heredero perderá el beneficio de inventario:

   1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

   2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

   No obstante, podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de

los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido.»

En sede de empresa mercantil hay que matizar el sentido del precepto para no comprender entre los actos que conllevan sanción la enajenación de mercaderías, al ser actuaciones indispensables para la conservación de la empresa. Si ésta se para, se «muere».

3. La limitación de responsabilidad que supone el beneficio de inventario se aviene mal con la responsabilidad ilimitada del empresario.

Frente a ello, parece claro que las obligaciones que surjan de esa administración conservadora no se pueden incluir en las que contempla el art. 1033 del CC, no quedan de cargo de la herencia. Son obligaciones propias del heredero en tanto que han nacido con posterioridad a la apertura de la sucesión, gestionando lo que es suyo en propiedad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARRIOLA ARANA, José María: «Titularidad sucesoria en la empresa familiar». *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* Consejo General del Notariado, tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 2005.

ALVAREZ LATA, Natalia: *Aspectos civiles de la empresa familiar*, Netbiblo S. L., La Coruña, 2011.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando: *Manual de Derecho Mercantil*, 23 edición, Tecnos, Madrid, 2016.

CURIEL LORENTE, Fernando (ponente)/PARRA LUCÁN, María Ángeles y YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA (coponentes): «La sucesión de la empresa familiar en el derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos», *XI Encuentros del Foro destino a la sucesión en la empresa familiar*.

DE LA TORRE GARCÍA, Alberto y JUANES LUIS, Rosalía: «El proceso de sucesión en la empresa familiar: revisión análisis y propuesta de intervención», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel: *La Partición*, editorial Comares, Granada, 2009.

FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual: *Problemas de transmisión de la empresa familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa: «La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral», *Revista de derecho patrimonial*, año 2009, número 23, páginas 289 y ss.

FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: «La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires.* Algunas propuestas de reforma», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo II, editorial Bosch, 2005, Barcelona.

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La sucesión en la empresa familiar», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, número 726, julio-agosto, 2011, páginas 1927 a 1959.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Régimen matrimonial. Sucesión "mortis causa" y Estatutos sociales. Armonización con el Protocolo Familiar», *El patrimonio empresarial, profesional y familiar, sus protocolos*, tomo IV, Consejo General del Notariado, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ed Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

MIGUÉLEZ DEL RÍO, Carlos: «La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión», *Pecvnia*, número 12, enero-junio 2011, pp.71-89.

MILLÁN SALAS, Francisco: «La empresa y la sociedad de gananciales», *Cuadernos de estudios empresariales,* número 4, pp. 235-249, edit. Complutense, Madrid, 1994.

PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares» *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

PASQUAU LIAÑO, Miguel (Dirección), ALBIEZ DOHRMANN Klaus Jochen y LÓPEZ FRÍAS, Ana (Coordinación): *Jurisprudencia Civil Comentada*, Comares, Granada, 2009.

REYES LÓPEZ, María José y FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual: *La empresa familiar*, Tirant lo Blanch. 2000, Valencia.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones común y Foral*, editorial Dykinson, 2009, Madrid.

REYES LÓPEZ, María José: «El patrimonio de la empresa familiar individual», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

RUEDA ESTEBAN, Luis:

— «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Consejo General del Notariado, tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2005.

— *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, Wolters Kluwer España SA, 2015, Madrid.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (coordinador): *La empresa familiar y su relevo generacional*, Colegio Notarial de Cataluña, 2011, Barcelona.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, número 747, enero-febrero, 2015.

SÁNCHEZ-VIZCAÍNO RODRÍGUEZ: *Incidencia de las crisis matrimoniales sobre la empresa familiar: su tratamiento jurídico en el sistema del código civil*, Universidad católica San Antonio, Facultad de ciencias jurídicas y de la empresa, Departamento de Derecho civil y mercantil, 2012.

(Trabajo recibido el 02/10/2017
y aceptado para su publicación el 27/10/2017)

SITUACIONES DE CONFLICTO

CAPÍTULO XIII: OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS REPRESENTANTES DE LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL CONFLICTO DE INTERESES

LUCÍA CAGIGAS COUREL
Notaria
BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA
Doctora en Derecho. Notaria

RESUMEN

El trabajo analiza los deberes que los administradores y representantes voluntarios de sociedades familiares han de observar, de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital, tras su reforma operada por la Ley 31/2014, además de profundizar en el propio concepto de conflicto de intereses. Aunque la ley contempla un régimen único para las distintas sociedades de capital, existen numerosos elementos que permiten su aplicación concreta y especial para las sociedades familiares, en las que los conflictos de interés alcanzan una notable importancia.

Palabras clave: administradores, apoderados, diligencia, lealtad, conflicto de interés, responsabilidad.

CHAPTER XIII: OBLIGATIONS AND RESPONSIBILITIES OF THE REPRESENTATIVES OF THE FAMILY-OWNED BUSINESS VIS-À-VIS CONFLICTS OF INTEREST

LUCÍA CAGIGAS COUREL
Notary Public in Meira
BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA
Doctor of Laws. Notary Public in El Carpio

ABSTRACT

This paper analyses the duties that must be observed by the directors and voluntary representatives of family-owned businesses in accordance with the Capital Corporations

Act, as amended by the reform contained in Law 31/2014, as well as delving deeper into the very concept of a conflict of interest. Although the act foresees the single regime for different types of capital corporation, there are numerous elements that enable its special and specific application for family-owned businesses, where conflicts of interest reach considerable importance.

Keywords: directors, proxies, diligence, fidelity, conflict of interest, responsibility.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONFLICTO DE INTERESES. 1. Concepto de conflicto de intereses y referencia a la autocontratación. 2. Consecuencias de la autocontratación prohibida y forma de salvarla.—III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. 1. Deber general de diligencia. 2. Especial referencia a la protección de la discrecionalidad empresarial en las sociedades familiares. 3. Deber de lealtad. 3.1. El deber de lealtad y su contenido. 3.2. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés. 3.3. La imperatividad de las prohibiciones. 3.4. El régimen de autorización o dispensa. 3.5. Análisis del concepto legal de personas vinculadas.—IV. UN APUNTE SOBRE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.—V. LOS REPRESENTANTES VOLUNTARIOS Y SUS DEBERES DE ACTUACIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

No existe en el ordenamiento jurídico español un concepto legal sobre la empresa familiar, si bien es cierto que tanto doctrinal como jurisdiccionalmente ha sido un término ampliamente utilizado. Al no existir dicho término legal, precisamente, por lo difícil de su conceptuación, no contamos con estadísticas que cuantifiquen la presencia en el mercado español de dichas empresas familiares, si bien es cierto que existen numerosos estudios que han constatado esta realidad, afirmando que las empresas familiares llegan a representar aproximadamente el noventa por ciento de las empresas en España[1]. Como consecuencia lógica de la importancia de la empresa familiar en España, se podrá afirmar que los conflictos que surjan en el seno de las mismas —bien entre los socios o bien entre los miembros del órgano de administración, o entre ambos o incluso con terceros— ocuparán un lugar relevante entre las instituciones que hayan de resolver tales controversias. La práctica también pone de manifiesto cómo por vía estatutaria o a través de protocolos familiares, o en capitulaciones matrimoniales, se adoptan medidas preventivas, con el objeto no ya solo de facilitar y ordenar la resolución de los conflictos, sino yendo más allá: estableciendo reglas destinadas a ordenar la conducta que ha de observarse en estas empresas para evitar el nacimiento del conflicto y así garantizar la continuidad del proyecto familiar. En otros capítulos de este libro se estudian pormenorizadamente los distintos mecanismos de prevención y resolución de conflictos, por lo que nos limitaremos a dejarlo apuntado, remitiéndonos a la lectura de los mismos. Además, creemos que dichos conflictos en la empresa familiar se pueden acentuar, pues no en pocas ocasiones existirán intereses de carácter económico y societario que se encuentren reñidos con intereses familiares, por lo que la satisfacción de uno podrá implicar el perjuicio del otro y ello puede conducir a modular o alterar la conducta a desplegar.

---

[1] http://www2.uca.es/serv/catedra-empresa-familiar/docs/La_empresa_familiar_en_Espana_2015.pdf que trabaja con sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

Partiendo del concepto de conflicto de intereses y su juego en el ámbito societario, este estudio se centrará en el régimen establecido en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores y representantes voluntarios en cuanto a dichas situaciones conflictuales, por lo que resultará de aplicación exclusivamente para las sociedades de tal naturaleza, dejando de lado, por tanto, el régimen del empresario individual persona física o incluso otras formas de asociación donde pueden tener cabida las empresas familiares. Tampoco nos detendremos en este capítulo en el estudio de los conflictos que pueden surgir en los grupos de sociedades familiares, frecuentes en la práctica, pues es objeto de un minucioso estudio en el capítulo IX de esta obra colectiva, al que nos remitimos.

Asimismo, como se observará, el régimen legal de los deberes de los administradores sociales ha sido objeto de una amplia reforma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Esta Ley tiene su antecedente directo —tal y como señala su preámbulo— en el acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se creó una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, que tras los correspondientes trabajos presentó un estudio sobre propuestas de modificaciones normativas el día 14 de octubre de 2013. Esta Ley se redactó respetando la práctica totalidad de las recomendaciones del estudio. Sin embargo, no nos encontramos con una materia acabada y probablemente en un período no muy largo de tiempo, nos toparemos con nuevas modificaciones y desarrollos normativos, tendentes a la mejora del gobierno corporativo, la generación de confianza y el fortalecimiento de la transparencia en el funcionamiento de las sociedades. Es esta una cuestión crucial que preocupa al legislador y es que, como se ha señalado, la falta de transparencia y la incapacidad para determinar las responsabilidades dentro de la organización societaria se encuentran entre las causas indirectas y subyacentes de la crisis financiera.

Es esencial señalar que, si bien es cierto que tradicionalmente el gobierno corporativo era una figura propia de las sociedades cotizadas, la Ley 31/2014 impone un giro importante, por cuanto es ésta una figura que extiende, no solo a las cotizadas, sino a todas las sociedades de capital. En ellas se encuentran las sociedades familiares que constituyen el ámbito subjetivo de este trabajo. Y así, en lo que al contenido de este capítulo concierne, hay que destacar que la Ley incluye «*una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad*» y «*de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés*». En sede de deberes de los administradores sociales se da una nueva redacción a los artículos 225 a 232 LSC sin aparente distinción alguna para las diversas clases de sociedades de capital, por lo que será el intérprete el que deba aplicar los deberes modulados por las funciones del administrador, la naturaleza del cargo o las características de la concreta sociedad en la que se suscite el conflicto. Parámetros éstos que no solo impone el sentido común, sino la propia Ley, como tendremos

ocasión de analizar más adelante. En sede de responsabilidad, la modificación legal afecta al artículo 236 LSC —exigiendo expresamente el dolo o la culpa en la conducta del administrador social, así como en el alcance subjetivo de la responsabilidad—, al artículo 239 LSC —en el concepto de minoría legitimada para el ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad y previendo una acción directa para el caso de infracción del deber de lealtad, así como en relación a las costas— y al artículo 241 bis —aclarando que el plazo para el ejercicio de la acción social e individual es de cuatro años, superando así los distintos conflictos doctrinales existentes hasta el momento y fijando el *dies a quo* con una técnica algo censurable y que sin duda conducirá a otros conflictos, al señalar que el plazo contará «*desde el día en que hubiera podido ejercitarse*» (la acción).

Tras esta introducción queda plenamente justificado el estudio del régimen legal de los deberes de los administradores en las sociedades familiares por, al menos, dos motivos. El primero, la relevancia de las modificaciones legales introducidas por la Ley 31/2014 y su aplicación en las sociedades familiares. El segundo, la trascendencia práctica de dicho régimen legal. Además, para dar una visión completa de la problemática que se plantea en este ámbito en la empresa, se hará también una referencia breve a los deberes de actuación de los representantes voluntarios y la incidencia que puede tener el interés del grupo en los supuestos de grupo de sociedades.

II. CONFLICTO DE INTERESES

1. Conflicto de intereses y referencia a la autocontratación

Comenzaremos señalando que, pese a la frecuencia con la que el término *conflicto de intereses* es aludido en nuestro ordenamiento jurídico[2], carecemos de una definición al respecto. No obstante, del análisis de la misma podemos concluir que el conflicto de intereses se produce cuando, estando en colisión dos patrimonios contrapuestos, la satisfacción de uno conlleva el detrimento del otro.

El conflicto de intereses ha adquirido una importante relevancia en la LSC con la Ley 31/2014, hasta el punto de que una de las manifestaciones del deber de lealtad recogido en el artículo 228 es, precisamente, la de evitar la celebración de negocios jurídicos en los que pueda existir conflicto de interés con la propia sociedad, como analizaremos más adelante. Asimismo, se introduce en dicha regulación una presunción legal, según la cual, como señala MARTÍNEZ-CORTÉS

[2] Así encontramos referencias al *conflicto de interés* en los artículos 162, 163, 221 ó 299 CC, en sede de patria potestad, tutela y defensor judicial, respectivamente. Además de la regulación contenida en la propia LSC con ocasión de la reforma operada por la Ley 31/2014.

GIMENO[3], se *presume la existencia de conflicto de intereses* cuando un administrador contrata en nombre de la sociedad con una persona vinculada al mismo (artículos 229.1 y 231 LSC).

Por lo que respecta a la autocontratación, nos encontramos ante una situación similar, ya que, pese a su importancia, nuestra normativa se ocupa vagamente del mismo[4], siendo la doctrina, la Dirección General de los Registros y del Notariado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo las encargadas de perfilar su definición. Por no ser el objeto del presente trabajo el análisis doctrinal del concepto de autocontrato[5], nos centraremos en la definición que el Tribunal Supremo ha ofrecido del mismo en múltiples sentencias, calificándolo como la situación que «se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (Resolución 9 febrero 1946), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra».[6] No obstante, la noción de autocontrato no se limita únicamente a los casos en los que una persona actúa al mismo tiempo en su propio nombre y en nombre y representación de otra persona o sociedad, sino que también engloba aquellas situaciones de múltiple representación, o lo que es lo mismo, cuando una persona ostenta la representación de dos o más personas o sociedades en un mismo negocio jurídico.

No cabe duda de que tanto la noción de *conflicto de interés* como la de *autocontratación* están íntimamente ligadas, aunque la existencia de una de estas situaciones no implica necesariamente la presencia de la otra[7]. Sin embargo, es necesario precisar que, si bien como regla general el *autocontrato* es válido[8], no lo será en aquellos casos en los que *concurra conflicto de intereses*, salvo que el representado lo haya autorizado expresamente. En este sentido se pronuncia la DGRN en Resolución de 28 de abril de 2015, entre otras[9], señalando que: «La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 29 de

---

[3] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 65, Consejo General del Notariado, junio 2016.

[4] Además de los artículos ya mencionados, podemos añadir las prohibiciones para la celebración del contrato de compraventa del artículo 1459 CC o las prohibiciones contenidas en el Código de Comercio al regular la figura de la comisión mercantil (artículos 267 y 288).

[5] *Vid.* PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios», núm. 55, Consejo General del Notariado, junio 2011.

[6] Entre otras, STS de 12 de junio de 2001 y de 29 de noviembre de 2001.

[7] Como señala CABANAS TREJO, R.: «Comentario al artículo 229», en *Tratado de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor (2017), p. 1409: «La relación entre el conflicto y el auto-contrato no es la de dos circunferencias concéntricas, donde la segunda queda por completo dentro de la primera, sino la de dos circunferencias secantes, donde sólo una parte de la segunda está dentro de la primera».

[8] A salvo las prohibiciones antes mencionadas.

[9] En el mismo sentido RDGRN de 30 de junio de 2014.

noviembre de 2001) afirma que "el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación"». La DGRN justifica tal prohibición asimilando ambos términos al señalar que: «el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación o situación de conflicto de intereses no se debe a obstáculos conceptuales o de carácter dogmático (en base a la cuestión sobre si cabe que el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones materiales de protección de los intereses en juego (dada la necesaria defensa de los intereses de los representados en que se produce un conflicto de intereses por corresponder a una misma persona la representación de intereses contrapuestos)».

Y si bien es cierto que la autorización del representado en los casos en que pueda existir conflicto de intereses valida el autocontrato, ello no supone que el representante goce de plena libertad a la hora de celebrar el negocio jurídico, si no que siempre deberá velar por los intereses de su representado, señalando PÉREZ RAMOS que la autorización no amparará los abusos de poder en los que pudiera incurrir[10].

2. Consecuencias de la autocontratación prohibida y forma de salvarla

Siguiendo el análisis efectuado por PÉREZ RAMOS[11] podemos señalar las siguientes posturas doctrinales ante un caso de autocontratación prohibida:

a) En primer lugar, calificarlo como un *acto nulo de pleno derecho.* Esta postura se fundamenta en la falta del consentimiento exigido en el artículo 1261 CC para la validez de los contratos y en la aplicación del artículo 6.3 CC, según el cual: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». No obstante, como señala PÉREZ RAMOS, es opinión dominante en la doctrina que los intereses jurídicos protegidos en la representación legal son diferentes y no comparables con los intereses jurídicos protegidos en la representación voluntaria y orgánica, además «impediría al representado ratificar y permitiría reclamar su nulidad a cualquier persona».

---

[10] PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios», *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 55, Consejo General del Notariado, junio 2011.

[11] PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación…» cit..

b) En segundo lugar, calificarlo como un *acto anulable por concurrir dolo.* El principal inconveniente de esta postura es que el negocio jurídico produciría efectos en tanto el representado no ejercitara la acción de anulación.

c) En tercer y último lugar, calificarlo como un *acto jurídico incompleto.* Pudiendo ser revocado o ratificado por el representado o bien permanecer incompleto, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 1259.2 CC: «*El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*». Es esta última postura la solución adoptada por la jurisprudencia del TS y por la DGRN.

Examinadas las consecuencias de la autocontratación prohibida, veamos cuáles son los mecanismos para salvarla, teniendo en cuenta que la solución dependerá del sistema de administración adoptado por cada sociedad:

1) En aquellos casos en los que se haya optado por un administrador único, varios administradores solidarios o bien varios mancomunados, la postura dominante en la doctrina, tomando como fundamento la propia LSC[12], entiende que corresponde salvar la autocontratación prohibida a la Junta general.

   Frente a esta opinión mayoritaria, PÉREZ RAMOS se pronuncia en otro sentido señalando que «conceptualmente corresponde salvar el autocontrato prohibido al órgano de representación de la sociedad; esto es, al órgano de administración, y cuando la decisión recaiga en el mismo sujeto que debe ejecutar el negocio controvertido, por existir *riesgo de parcialidad*, corresponderá salvarlo a la Junta general. Es decir, lo que salva la Junta general no es el autocontrato prohibido, sino el conflicto de intereses»[13]. Por tanto, siguiendo esta postura:

   — Si nos encontramos ante dos administradores solidarios, el autocontrato en el que incurriera uno de ellos podría ser salvado por el otro.

   — En el caso de dos administradores mancomunados, si bien parece cuestión más compleja, entiende que salvaría el autocontrato el otro «ya que el consentimiento del otro para formar de consuno el de la

[12] Artículos 162 y 220.

[13] PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios», *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 55, Consejo General del Notariado, junio 2011, p.163.

sociedad en cuanto órgano ya está prestado en el propio negocio afectado por autocontrato»[14].

— En caso de existir Consejo de administración, correspondería salvarlo al mismo, sin computar los votos del consejero autorizado.

2) En aquellos casos en los que la administración recaiga en un consejero delegado, la doctrina también se encuentra dividida, entiendo un sector que también corresponde a la Junta general salvar el autocontrato prohibido, en tanto el consejero delegado es también un administrador; otro sector defiende que corresponde al propio Consejo de Administración; e incluso otro sector doctrinal defiende que pueda ser salvado por ambos.

Por lo que respecta a los representantes voluntarios, para evitar repeticiones, nos remitimos a la parte final del presente trabajo.

Para concluir y siguiendo a CABANAS TREJO, podríamos diferenciar dos ámbitos: la regulación contenida en la LSC del *conflicto de intereses* atiende al ámbito societario, en tanto que la regulación del autocontrato atiende al ámbito civil; de tal forma que, desde el punto de vista práctico, las consecuencias de la *autocontratación* prohibida y las consecuencias de la celebración de un negocio jurídico existiendo *conflicto de intereses* han de ser tratadas de forma diferente, ya que esta última actuación implica la infracción del deber de lealtad del artículo 227 LSC, mientras que en la autocontratación prohibida nos encontramos ante «un defecto de la relación representativa»[15], pues como señala la DGRN en Resolución de 28 de abril de 2015: «no es un problema de suficiencia, sino de existencia de poder de representación». En este sentido se pronuncia la Resolución de la DGRN de 3 de agosto de 2016, respecto a una venta entre una sociedad alemana y la esposa del administrador (siendo su régimen económico matrimonial el de separación de bienes con nivelación de ganancias, del Derecho alemán) al señalar: «Hay que partir de la base de que en el supuesto planteado no existe autocontratación, ya que ésta se produce cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico (…). Pero al margen de la problemática de la incidencia de la doctrina del autocontrato, debe analizarse también si existe un posible conflicto de intereses. La legislación de los distintos países europeos regula de manera paralela el régimen de respon-

[14] PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación…» cit., núm. 55, Consejo General del Notariado, junio 2011, p. 164.

[15] CABANAS TREJO, R.: «Comentario al artículo 229», en *Tratado de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor (2017), p. 1406.

sabilidad de los administradores y particularmente el denominado deber de lealtad, que obliga al administrador a actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad. Así se establece en el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital (…). Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad se incluye el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital), bajo el régimen de imperatividad y dispensa que establece el artículo 230 de la misma Ley. Respecto a las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad y situación de conflicto de intereses son las previstas en los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital (…). Ahora bien, este supuesto de ineficacia previsto en el artículo 232, Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, debe compaginarse, a su vez, con el ámbito de representación del órgano de administración (…). Por ello, desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad), en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime. El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, porque en este caso la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (…)».

III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Los deberes de los administradores sociales se regulan en los artículos 225 y siguientes de la Ley. Se reformulan los clásicos deberes, el de diligencia, secreto y lealtad, en favor de una tipificación más precisa —siguiendo de nuevo el preámbulo de la Ley 31/2014. De una primera lectura genérica podría afirmarse que el legislador no ha establecido diferencias en el régimen legal de los deberes de los administradores para los distintos tipos ni clases de sociedades de capital. No obstante, si hacemos una lectura más crítica, podremos concluir que nos encon-

tramos ante una materia que está llamada a ser aplicada en función de las características concretas de la sociedad. Es decir, los deberes de los administradores y, en particular, los de diligencia y lealtad no pueden ser entendidos de igual manera en una u otra sociedad. Ello se deduce de numerosos conceptos legales. Así, el artículo 225 LSC menciona la «*diligencia de un ordenado empresario*», «*dedicación adecuada*», «*información adecuada y necesaria*», el artículo 227 LSC se refiere al «*fiel representante*», «*mejor interés de la sociedad*». En definitiva, estos conceptos han de aplicarse en función de las circunstancias de la sociedad y, en el caso de las sociedades familiares, teniendo en cuenta los dos principios o parámetros que imperan en las mismas: el económico y el familiar. Por ello, pese a que aparentemente el régimen legal de los deberes de los administradores sea único, en la práctica se pondrá de manifiesto cómo éstos han de modularse en función de las características de la sociedad en la que el administrador correspondiente ejerza el cargo. El legislador se limita a enunciar los deberes que todo administrador ha de respetar, pero será el intérprete en el caso concreto el que determine si esos deberes generales han sido o no cumplidos. Además, en muchas ocasiones, los administradores de estas sociedades tendrán participación en el capital social, por lo que el cumplimiento del deber de lealtad alcanza una importancia notable y los deberes de abstención para los supuestos de conflicto de interés también. A todo ello nos referiremos a lo largo de este apartado del trabajo.

1. Deber general de diligencia

El artículo 225 LSC contempla este deber. La propia rúbrica del precepto ya tiene una importante novedad en el sentido de que incluye el término «*general*». Ello permite plantear si dicho carácter genérico tiene un alcance objetivo —referido al propio deber— o si por el contrario tiene una extensión subjetiva —referido a todos los sujetos a los que resulta de aplicación[16].

Se observa tras la reforma una clara tipificación del mismo. Mientras que la redacción anterior del precepto se limitaba a exigir el desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado empresario, sin embargo, tras la modificación se exige el desempeño del cargo y el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, considerando la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. El legislador abunda en el contenido de este deber. No obstante, el desempeño del cargo implica el cumplimiento de los deberes legales y estatutarios, por lo que en este aspecto no parece que se incluya ninguna novedad. Sin embargo, en sentido negativo, se podría cuestionar si la infracción de distintos deberes impuestos en otras nor-

[16] En este sentido, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015, pp. 894 a 917 que considera que ambas posturas son acertadas.

mas, como las incluidas en protocolos familiares o en capitulaciones matrimoniales —de gran importancia en las sociedades familiares que estudiamos— podrían fundamentar la infracción del deber de diligencia. Al respecto se pueden sostener dos tesis. En primer lugar, sobre la base de una interpretación literal del artículo 225 LSC, cabría concluir que los incumplimientos de deberes incluidos en otras normas diferentes de las mencionadas en el citado artículo no supondrían una infracción del deber de diligencia y que, por tanto, no generarían responsabilidad en el sentido societario. La segunda postura consiste en defender que al tratarse de un acto antijurídico, en un sentido amplio, sea cual sea el origen de la norma que imponga el deber, su infracción ha de generar responsabilidad societaria siempre que concurran los demás presupuestos de la misma. Esta segunda tesis podría ser defendida sobre la base del artículo 236 LSC, que regula los presupuestos de la responsabilidad al mencionar *«los actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo»*, siempre que entendamos que tales deberes incluidos en normas distintas de la Ley y los Estatutos sean inherentes al desempeño del cargo.

Lo que sí es un acierto es la inclusión del baremo sobre el que ha de medirse el deber de diligencia. Este deber no ha de valorarse de una manera abstracta, sino que ha de considerarse la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores. Es éste uno de los puntos más positivos de la reforma introducida por la Ley 31/2014, donde el legislador constata que el deber de diligencia ha de analizarse en el caso concreto: en atención a la naturaleza del cargo y a las funciones encomendadas.

Tiene sentido la inclusión de estos parámetros. Con respecto a la naturaleza del cargo, aunque en principio esta normativa, que se incluye dentro del título VI de la Ley, relativo a la administración de la sociedad, resulta aplicable a los administradores sociales, por lo que nos encontramos ante una naturaleza orgánica; sin embargo, el nuevo artículo 236 LSC extiende el régimen de la responsabilidad a los administradores de hecho. Concepto éste que también incluye la reforma de la Ley 31/2014, al señalar que es la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad y también cuando no exista delegación permanente de facultades del Consejo en uno o varios consejeros delegados, las personas que tengan atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad. Es decir, no solo podrá existir responsabilidad societaria en caso de representación orgánica, sino, en casos determinados, también voluntaria[17]. El reconocimiento de esta responsabilidad se entiende sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en

[17] Como señala PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», en *RDM*, 2015, lo relevante es comportarse «como si» fuera administrador y no la denominación del cargo.

su relación jurídica con ella. Incluso dentro del propio órgano de administración no puede ser idéntico el patrón que module la diligencia de los administradores ejecutivos de los no ejecutivos. Con respecto a las funciones encomendadas, dentro de la autonomía que atribuye la Ley al órgano de administración para regular su régimen de funcionamiento, habrá que atender a éste a los efectos de una correcta consideración del deber de diligencia. Distribución de funciones que en algunas grandes sociedades no es voluntaria, sino imperativa.

En definitiva, nos encontramos ante un deber que, aunque general, ha de analizarse en función de las circunstancias especiales —tipo y clase de sociedad, naturaleza del cargo, funciones atribuidas al administrador y cualquier otro elemento que pueda tener relevancia para la valoración de una determinada conducta.

Por otro lado, el artículo 225 LSC, en sus párrafos segundo y tercero, señala el deber de tener una dedicación adecuada, de adopción de medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad y el deber de exigir información adecuada y necesaria para el cumplimiento de obligaciones. Este último no solo es un deber, sino también un derecho. Estas modalidades nos permiten discutir si estos deberes mantienen sustantividad o, por el contrario, deben concebirse como una concreción del deber de diligencia. Discusión que no es meramente teórica, sino que tiene importancia práctica y son numerosas las cuestiones que podemos plantear. Así, cabe plantear si la infracción del deber de información, o de dedicación adecuada o de adopción de medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad tienen sustantividad propia y son suficientes para entablar una acción social o individual de responsabilidad (siempre que concurran los demás presupuestos que veremos en otros apartados) o, por el contrario, es necesario que se incumpla el deber de diligencia o, incluso, si automáticamente la infracción de cualquiera de estos deberes supone la del deber de diligencia. En sentido contrario también podemos cuestionar si el ejercicio del derecho de información o de adopción de medidas permitiría concluir que se habría cumplido el deber de diligencia. Si atendemos a la finalidad de la ley antes reseñada, de dotar de una mayor tipificación a los deberes de los administradores sociales, podríamos concluir que estos deberes no tienen sustantividad y, al contrario, se encuentran enmarcados dentro del deber de diligencia, pudiendo servir su transgresión como manifestación de un eventual incumplimiento del deber de diligencia.

2. Especial referencia a la protección de la discrecionalidad empresarial en las sociedades familiares

Como novedad a destacar, introducida por la Ley 31/2014, es la inclusión de un nuevo artículo 226 en la LSC cuya rúbrica contempla la «*protección de la discrecionalidad empresarial*», lo que supone el reconocimiento legal de la insti-

tución anglosajona de la *business judgement rule*[18]. Es ésta una figura que tradicionalmente se ha vinculado con el deber de diligencia, lo que está plenamente justificado, pues la diligencia es un concepto difícil de determinar que se relaciona con la oportunidad, el acierto, la conveniencia o la prudencia, que han de desplegar los administradores sociales en el ejercicio de sus cargos.

Esta doctrina, cuyo reconocimiento ya se había hecho por los tribunales y por la doctrina bajo la vigencia de la legislación societaria precedente, que abogaba por su incorporación al clausulado de la ley[19], viene a plasmar una idea. Así, se impide la revisión de las decisiones tomadas por los administradores de la sociedad cuando concurran las siguientes circunstancias: que hayan actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con un procedimiento adecuado de decisión. Se produce por tanto una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que corresponderá a quien ejercite la acción de responsabilidad probar que la supuesta conducta o decisión lesiva se adoptó a sabiendas de su inconveniencia o que los administradores se vieron influidos por intereses ajenos al de la compañía. Se trata por tanto de una presunción *iuris tantum* que corresponde desvirtuar al que cuestione la diligencia del administrador. Por otro lado, es importante recordar que la diligencia del administrador no ha de valorarse a *posteriori,* con el parámetro de las circunstancias existentes a la fecha del enjuiciamiento de la conducta, sino que se deberá retrotraer al momento en que se adoptó la conducta controvertida. Solo así podrá determinar si el marco que rodeaba la conducta discutida la justificaba y por tanto fue una decisión diligente o, al contrario, no estaba amparada por la diligencia exigible al administrador, en cuyo caso podría ser constitutiva de responsabilidad. Para esta valoración habrán de tenerse en cuenta todos los elementos a que se refiere tanto el artículo 225 como el 226 de la Ley.

El párrafo segundo del artículo que analizamos limita subjetivamente y objetivamente el alcance de la protección de la discrecionalidad empresarial. Así, cuando se trate de decisiones que afecten, no solo al administrador que hubiera podido tomarla sino también a cualquier otro o a personas vinculadas, no se aplicará tal protección. Tampoco cuando se trate de operaciones sujetas a autorización

---

[18] Así, entre el Derecho estadounidense, CLARK, R. C.: *Corporate Law*, Boston, 1986, p. 123; RADIN, S. A.: *The business judgment rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors,* vol. I., 6.ª ed., USA, 2009, que contiene numerosa jurisprudencia, pp. 41 y ss.

[19] A título enunciativo, v., por todos, SÁNCHEZ CALERO, F..: *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2007, p. 321; PAZ-ARES, C.: «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en *RdS*, n.º 20, 2003, p. 87. En términos similares, GARRIGUES, J.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomos I y II, 3.ª ed., Madrid, 1976*,* pp. 180-182; ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (Dir. BOLÁS ALFONSO, J.), Madrid, 2000, p. 72. También se han referido a ella los tribunales españoles. V., SAP de Las Palmas de 23 de abril de 2008 (JUR 2008, 197079).

a que se refiere el artículo 230 LSC. Se observa claramente que la protección que brinda este precepto no se aplica a conductas donde los administradores tengan interés personal.

3. Deber de lealtad

En la regulación que la LSC, tras la reforma, da al deber de lealtad se pone de manifiesto, una vez más, la tipificación más precisa de estos deberes pretendida por el legislador. Su régimen exige diferenciar una enunciación genérica de dicho deber, que se contiene en el artículo 227 LSC, la enumeración no taxativa del contenido de las obligaciones del administrador para dar cumplimiento a dicho deber (artículo 228 LSC), la concreción de los deberes de abstención impuestos a los administradores para evitar las situaciones de conflicto de interés, que a su vez es una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad (artículo 229 LSC), el carácter imperativo del régimen legal del deber de lealtad, así como las posibles dispensas de las prohibiciones (artículo 230 LSC), la enumeración de las que la Ley denomina personas vinculadas a los administradores (artículo 231 LSC) y, por último, la enunciación de los remedios legales previstos contra las conductas y contra los actos que hubieran implicado la infracción del deber de lealtad (artículo 232 LSC).

3.1. El deber de lealtad y su contenido

No define el legislador el deber de lealtad y se limita a enunciar cómo ha de comportarse un administrador leal. Así, habrá de actuar como un fiel representante, de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (artículo 227 LSC). Nos encontramos de nuevo ante términos cuyo significado no resulta unívoco y que habrán de determinarse en el caso concreto, sin perjuicio de que el legislador establezca ciertas bases para su fijación.

En primer lugar, la fidelidad. Si atendemos a las distintas acepciones incluidas en el diccionario de la RAE, debemos entender que la fidelidad del administrador implica la actuación conforme a la verdad, de modo que no defraude la confianza depositada en él. Recordemos que la confianza es la base que justifica el nombramiento como administrador. Es decir, la Junta general deposita su confianza en el administrador nombrado, por lo que toda actuación u omisión que traicione esa confianza supondrá una conducta desleal. Esta actuación fiel implica una conducta de buena fe y motivada por la satisfacción del interés de la sociedad. Por eso creemos que no nos encontramos ante tres exigencias diferenciadas, sino únicamente ante una, la conducta leal, que implica un comportamiento de buena fe y en interés de la sociedad.

La buena fe puede ser interpretada de forma positiva o negativa. La buena fe en sentido positivo implica la creencia por parte del sujeto —el administrador— de que su conducta es correcta. La buena fe en sentido negativo implica la ignorancia de que con su conducta puede perjudicar el interés social. La buena fe guarda una estrecha relación con el cumplimento del deber y del derecho de información.

Con relación al interés de la sociedad, el legislador no ha querido determinar en qué consiste dicho interés de la sociedad. Recordemos la constante discusión doctrinal acerca de este término, dividiéndose los autores entre aquellos que defienden una tesis contractualista, quienes consideran que el interés social es el interés común de los socios, de aquellos que sostienen una más institucionalista, al concebir el interés social de forma más amplia, considerándolo como el interés no solo de los socios, sino también de los terceros, que podrían ser acreedores o trabajadores. El legislador español, en el derogado artículo 127 ter LSA de 1989, ya señalaba que el interés social era el interés de la sociedad y, pese a las numerosas críticas recibidas por la tautología, la reforma tampoco ha avanzado nada en esta cuestión. Habrá que atender por tanto a la jurisprudencia y a la doctrina para determinar su significado. En cualquier caso, sí tiene importancia que el legislador reconoce como principio esencial de actuación del administrador estos dos: la buena fe y el mejor interés de la sociedad. Es decir, ha de actuar siempre en el «mejor interés de la sociedad», por lo que en el supuesto de que existan varias posibilidades siempre habrá de adoptar aquella que suponga una mejor satisfacción del interés social. Determinación del interés social que, aceptando la tesis contractualista, no será fácil de determinar por los administradores en las sociedades familiares cuando ostenten cuotas elevadas de participación en el capital social que les puedan inducir a confusión. En cualquier caso, se eleva así con carácter superlativo el interés de la sociedad. No solo ha de actuar para proteger dicho interés, sino que ha de hacerlo del modo que más lo satisfaga.

Tras exponer genéricamente el significado del deber de lealtad, el legislador, en el artículo 228 LSC, enumera cinco obligaciones que conforman el contenido de tal deber. Esta enumeración no debe entenderse como un *numerus clausus,* sino que existen otras conductas diversas de las reconocidas en la Ley. El legislador contempla las cinco conductas —activas y omisivas— más comunes que constituyen el contenido típico de tal deber, pero es evidente que las obligaciones derivadas del deber de lealtad son infinitas. Creemos que la enumeración puede ser aplaudida y ello porque la infracción de tales deberes por un concreto administrador servirá como presunción de que se ha producido una infracción del deber de lealtad, de modo que facilitará su tramitación en caso de conflicto.

Brevemente, podemos clasificar las conductas mencionadas en el artículo 228 LSC según su carácter activo u omisivo. Tienen carácter activo la de guardar secreto durante el cargo y, una vez cesado de la información a que hubiera podido

acceder en el ejercicio del mismo (apartado b), del desempeño de las funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros (apartado d), la de adopción de medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés de la sociedad y con sus deberes (apartado e). De carácter omisivo, la incluida en el apartado a) de no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que se le concedieron y la de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que el o persona vinculada tenga conflicto de interés, directo o indirecto (apartado c). El apartado c) merece ser destacado y ello porque el legislador avanza y aclara el alcance del deber de abstención. Así, el administrador afectado habrá de abstenerse no solo en la votación, sino también en la deliberación del acuerdo o decisión, por lo que puede afirmarse que el administrador habrá de abandonar la reunión. Asimismo, surgirá este deber de abstención no solo cuando él se encuentre en conflicto, sino también cuando lo esté una persona vinculada. También cuando el conflicto sea directo o indirecto.

El legislador excluye de este deber de abstención en caso de conflicto a los acuerdos o decisiones *«que le afecten en su condición de administrador»*. Así, podrá participar, deliberar y votar en aquellos acuerdos, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. No es fácil el análisis de esta excepción. Sobre la base de la redacción del artículo 228 c) LSC parece que la abstención es la regla y la participación la excepción, pero es necesario determinar cuáles son los acuerdos que le afectan como tal y que le permiten ejercitar su derecho de voto.

Además, este precepto debe ser puesto en relación con el artículo 190 LSC, que en sede de Junta general contempla un deber de abstención del socio que se encuentre en situación de conflicto de intereses. En este caso, la participación es la regla y la abstención la excepción, tal y como se deduce del tercer apartado del citado artículo 190 LSC: «*En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto*». Se halla aquí una diferencia radical en la consideración por el legislador de la conducta que ha de observar el socio y en la que ha de desplegar el administrador. Ello justifica el distinto tratamiento de la votación y abstención.

Ahora bien, en cuanto al nombramiento y cese de los administradores, parece que de los artículos 190.3 y 229 LSC se concluye una única solución: los propios administradores podrán deliberar y votar en estos acuerdos. No solo en el nombramiento o cese para el ejercicio del cargo de administrador cuya competencia exclusiva es de la Junta general, sin perjuicio de las excepciones de la cooptación y el sistema de representación proporcional para la sociedad anónima y siempre, claro está, que tengan la condición de socios, sino también en el seno del órgano de administración para la atribución de funciones concretas o la asignación de

cargos. Sin embargo, en los acuerdos de nombramiento, cese, revocación y exigencia de responsabilidad a administradores u otros de análogo significado, en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad, los que impugnen el acuerdo de la Junta general serán quienes hayan de acreditar el perjuicio al interés social.

Tanto del artículo 190.3 LSC como del artículo 229 LSC, se plantea la necesidad de que debe entenderse por otros acuerdos *«de análogo significado»* en los que el socio o el administrador pueden ejercitar su derecho de voto. Quizá ante lo delicado del tema habría sido conveniente que el legislador enumerara taxativamente los acuerdos incluidos en su alcance.

Por otro lado, y en cuanto al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra un administrador determinado que ejerza el cargo, se plantea la cuestión de determinar si éste puede o no, ejercitar su derecho de voto, para lo que debemos distinguir dos momentos: a) en el seno del órgano de administración; b) en la Junta general si ostenta la cualidad de socio. En relación con el ejercicio del derecho de voto en el seno del órgano de administración cabría defender su admisibilidad sobre la base de una interpretación amplia de los otros supuestos de «*análogo significado*» y es que es evidente que si atendemos a los efectos del acuerdo de la Junta general de ejercicio de la acción social —la destitución del administrador afectado— habrían de incluirse en este listado, en el que el legislador permite el ejercicio del derecho de voto (art. 238.3 LSC). Sin embargo, si atendemos a la idea antes señalada consistente en que la Ley contempla en esta sede la abstención como la regla y la participación como la excepción podría concluirse la tesis contraria. También si recordamos la admisión doctrinal y judicial de la exclusión del efecto del cese del administrador, derivado del acuerdo de la Junta general de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él, podríamos señalar que habría de observar un deber de abstención. En sede de Junta general, el socio que al mismo tiempo ejerza el cargo de administrador y frente al que se dirija la acción social de responsabilidad, sobre la base del artículo 190 LSC y de la idea consistente en que la privación al socio de su derecho de voto debe ser excepcional, habría que defender que sí podrá ejercitar su voto en la deliberación sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad contra él.

3.2. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés

El artículo 229 LSC desarrolla las conductas que ha de observar el administrador con el objeto de evitar incurrir en situaciones de eventual conflicto de interés con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (artículo 228 e). Esta medida tiene carácter preventivo y condicional, es decir, el administrador ha de actuar de modo que se evite, incluso potencialmente, el conflicto con la sociedad o con sus deberes. Se observa la relevancia que presta el legislador a esta

obligación. No solo porque incluso trata de mitigar los conflictos potenciales, sino también porque contempla el conflicto en sentido amplio, ya sea para con el interés social, ya sea para con sus deberes con la sociedad.

El administrador ha de observar una conducta omisiva, que se concreta en los distintos apartados del artículo 229 LSC. Se mencionan en el mismo numerosos supuestos donde resulta evidente que se produce un conflicto de interés. De su redacción podemos concluir que la enumeración no es una lista cerrada, si bien es cierto que la concurrencia de cualquiera de ellos permitirá afirmar que se ha incumplido el deber de adopción de medidas necesarias para evitar el conflicto de interés.

De entre las abstenciones podemos destacar la de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia. La determinación de la operación ordinaria pasará por analizar no solo el objeto social de la compañía, sino también el tráfico ordinario de la misma y es que puede argumentarse que no toda operación incluida en el objeto social que, como es sabido, no es limitativo, sería una operación ordinaria.

Por otro lado, la prohibición de uso del nombre de la sociedad o la invocación del cargo de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas o el uso de activos sociales con fines privados presenta especial relevancia en el seno de las sociedades familiares y ello porque pueden llegar a confundirse los intereses de la sociedad con los intereses particulares del administrador, si atendemos a la idea de que el interés de la sociedad es el interés común de los socios y en la mayoría de ocasiones los administradores de la sociedad familiar tienen la condición de socios. Por ello, no resulta sencillo discernir en todo caso tales intereses. Al igual que en otras sociedades es necesario lograr un equilibrio entre los intereses de la sociedad, y los intereses de la minoría frente a los de la mayoría, sin embargo, en las sociedades familiares el problema se encontrará en la mayoría de los casos en la difícil conciliación entre los intereses de distintos grupos familiares que conformen el capital social de la compañía. Son estas quizá las prohibiciones que con mayor cautela debemos estudiar en el marco de las sociedades familiares.

Además se prevé la ampliación de estas prohibiciones a los supuestos en los que los beneficiarios de la conducta del administrador sea una persona vinculada al mismo (artículo 229.2 LSC). La literalidad del apartado segundo del artículo 229 permite defender que la aplicación de la prohibición exige que la beneficiaria sea persona vinculada al administrador que realizaría la conducta, si bien es cierto que una interpretación limitativa de la prohibición podría amparar conductas de administradores que favorezcan a personas vinculadas a otros administradores, lo que en las sociedades familiares podría tener relevancia puesto que en

sus órganos de administración suelen existir diversos grupos familiares, de manera que un administrador de un grupo familiar realizara una conducta a favor de una persona —que no fuera vinculada de éste—, pero sí de otro administrador y con la que tuviera intereses confluyentes. Pese a que nos encontramos ante una norma prohibitiva que habría de ser objeto de una interpretación estricta, sin embargo creemos que dada la relevancia de los intereses en juego y el bien jurídico protegido —el interés social— en este caso ha de resultar aplicable a estos otros supuestos donde no cumpliéndose la literalidad de la norma, sin embargo, sí concurre el conflicto que la Ley pretende evitar.

También tienen los administradores un deber de informar, lo que constituye una manifestación clara del deber de lealtad. Así, habrán de comunicar la existencia de conflicto de interés con la sociedad —actual o potencial—. Aunque nada señala sobre el conflicto con sus deberes para con la sociedad, entendemos que también ha de producirse tal información en este caso. Se trata de una omisión legislativa, pero no ha de entenderse que ese deber de comunicación exista solo en caso de conflicto de interés con la sociedad, pero no con sus deberes y es que, como apuntamos anteriormente, en la mayoría de casos, existirá el conflicto con ambos. Por otro lado, la Ley habla de conflicto «directo o indirecto» sin que se delimite su diferencia. Así, podría defenderse que el directo es el que tiene el propio administrador, mientras que el indirecto es el que podría existir con una persona vinculada. No obstante, también creemos que podemos sostener que el directo es aquél que se deduce directamente, en el sentido de que existe un nexo causal claro y preciso, y que puede referirse tanto al propio administrador como a la persona vinculada, mientras que el conflicto indirecto existirá cuando la causalidad no sea tan definida, pero efectivamente exista esa contraposición de intereses, lo que puede pasar bien por la existencia de personas interpuestas, o bien por la concurrencia de otros objetos u elementos. El destinatario de la información viene condicionado por la estructura del órgano de administración. Así, cuando se trate de administradores mancomunados o solidarios, habrá que informarlo a los demás, en caso de Consejo de administración, a los demás miembros y en caso de administrador único a la Junta general.

Nos encontramos ante un deber y no ante una facultad, el cumplimiento del mismo no le exonerará de responsabilidad al administrador afectado en caso de que adopte una conducta que pudiera perjudicar al interés social, pero sí es cierto que podría defenderse una concurrencia de culpas de los demás administradores sobre la base del artículo 237 LSC. Asimismo, no existe obstáculo para que el administrador informe de tal situación de conflicto a la Junta general, si bien es cierto que lo hará no por imperativo legal —salvo el administrador único—, sino por voluntad, lo que también sería una conducta diligente del administrador.

3.3. La imperatividad de las prohibiciones

El artículo 230 LSC consagra el carácter imperativo no solo del régimen del deber de lealtad, sino también de su responsabilidad por incumplimiento. Aclara que «*no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo*» (art. 230.1 LSC). Así, cabe plantearse las siguientes cuestiones: esta limitación en cuanto al alcance de la imperatividad, ¿permite concluir que el régimen del deber de diligencia y su responsabilidad para el caso de infracción es dispositivo?, ¿se podrán incluir disposiciones que alteren el régimen por vía contractual?, ¿es lícita la agravación por vía estatutaria o por otros mecanismos del régimen del deber de lealtad y de su responsabilidad? Pasamos a responder cada una de las preguntas apuntadas.

Con respecto al alcance y extensión del régimen imperativo entendemos que el legislador, al no hacer mención alguna al deber de diligencia, ha querido excluirlo. Debe entenderse por tanto que mientras que el régimen del deber de lealtad es imperativo, el de diligencia es dispositivo. Esta diferencia de tratamiento tiene sentido si atendemos al contenido de ambos deberes. Mientras que el deber de diligencia hace referencia a conceptos como prudencia, acierto u oportunidad, el deber de lealtad vincula con el respeto al interés de la sociedad y la postergación de intereses propios, con la dificultad que esto presenta en las sociedades familiares donde los administradores suelen ostentar cuotas relevantes de propiedad. El primero requiere de un mayor margen de actuación, un margen de riesgo que en toda sociedad de capital —y también en las familiares— se ha de asumir. Sin embargo, el deber de lealtad debe ser tasado: el administrador solo ha de atender a un interés, el de la sociedad.

Como tal carácter imperativo de esta normativa y, aunque el precepto que estudiamos se limita a consagrar la falta de validez de las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo, tampoco serán válidas las limitaciones o alteraciones del régimen por vía contractual. Bien sea a través de pactos parasociales (artículo 29 LSC), bien por vía de capitulaciones matrimoniales (artículo 1325 CC) o por cualquier otro medio donde se pueda ordenar el funcionamiento de las sociedades de familia. El argumento es claro. Se trata de una normativa imperativa que no admite alteración ni limitación y todo aquello que lo contraríe será contrario al orden público. Entendemos que la falta de validez será automática, careciendo de validez *ab initio*. Nos encontraremos, por tanto, ante pactos nulos de pleno derecho (artículo 6.3 CC).

Queda claro que no es posible la flexibilización del régimen del deber de lealtad ni de su responsabilidad para el caso de infracción. Pero, ¿serían válidas las disposiciones estatutarias que tendieran a agravarlas? Una interpretación literal del artículo 230.1 LSC llevaría a rechazar estas disposiciones por cuanto aclara que no serán válidas las disposiciones que lo limiten o sean contrarias. Es decir,

no solo incluye la limitación, sino también toda contravención. Siguiendo esta tesis habría que rechazar toda cláusula estatutaria que previera alguna mención distinta a las previstas por la Ley. Entendemos, no obstante, que la respuesta debe ser otra. Existe un interés que justifica que el legislador haya regulado el deber de lealtad con tanto detalle y esmero, el interés social. Los preceptos 227 a 232 LSC tienen un denominador común y es que todos pretenden garantizar la protección del interés de la sociedad. Por ello, creemos que cualquier mención estatutaria que tienda a agravar el régimen del deber de lealtad y la responsabilidad para el caso de su infracción ha de ser admitida.

3.4. El régimen de autorización o dispensa

Los siguientes apartados del artículo 230 LSC matizan en buena medida la imperatividad del deber de lealtad. Así, permite que los órganos de la sociedad de capital autoricen conductas concretas de los administradores que en principio están prohibidas. La autorización o dispensa, como así lo llama la Ley, es para casos singulares y habrá de observarse tanto cuando la conducta la desarrolle un administrador como cuando lo haga una persona vinculada. No se admite por tanto la dispensa genérica a favor de administradores o proyectada sobre distintas conductas.

En función de la gravedad, el legislador encomienda la autorización a la Junta general o al resto de administradores, ya que al afectado se le impone un deber de abstención (artículo 228.c LSC). Incluso, aun no participando en la dispensa el administrador afectado, también exige el legislador que quede garantizada la independencia de los demás.

Será competencia de la Junta general cuando se trate de dispensar la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de tercero o cuando se trate de una transacción cuyo valor supere al diez por ciento de los activos sociales. En sede de sociedades de responsabilidad limitada también cuando se trate de prestar asistencia financiera de cualquier clase al administrador o cuando se pretenda establecer una relación de servicios o de obra. Aunque no lo incluye la Ley, creemos que esta dispensa será necesaria también cuando afecte a una persona vinculada con el administrador de la sociedad limitada. En ningún caso la autorización por la Junta general de estas operaciones o transacciones puede ser utilizada como argumento del administrador para exonerarse de responsabilidad. Regla que se consagra en el artículo 236.2 LSC. Ni siquiera aun cuando se tratara de instrucciones dadas por la Junta general al órgano de administración, posibilidad que hoy se extiende a todas las sociedades de capital (art. 161 LSC).

«En los demás casos» la autorización se podrá conceder por el órgano de administración siempre que se garantice la independencia de los demás y se ase-

gure que no afectará al patrimonio social o que la operación se efectúa en condiciones de mercado y con transparencia. Parece, por tanto, que cuando no interviene la Junta general impone más requisitos que han de respetarse.

Sobre la base de la redacción de este apartado segundo del artículo 230 LSC, podemos plantearnos si la prohibición de utilización del nombre de la sociedad o su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas puede ser dispensada. El apartado segundo de este artículo 230 LSC, en su primer párrafo, enumera los supuestos que pueden ser dispensados para, en los párrafos segundo y tercero, determinar la competencia. La cuestión consiste en dilucidar si cuando en el último párrafo del apartado segundo menciona «*en los demás casos*» hay que entender incluidos no solo los enumerados en el primer párrafo o todos los incluidos en el artículo 229 LSC. En nuestra opinión, este último párrafo desarrolla el primero del apartado segundo del artículo 230 LSC, pero no puede extenderse por tanto a la utilización del nombre de la sociedad o de su cargo para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. Esta prohibición no admite dispensa.

Por último, también se muestra restrictivo el legislador en la dispensa de la prohibición de competencia. Exige acuerdo expreso y separado de la Junta general y solo podrá otorgarse cuando no se prevea daño a la sociedad o cuando, de existir, se compense por el eventual beneficio. Asimismo, cualquier socio podrá instar el cese del administrador que practique la competencia a la sociedad si el riesgo de perjuicio es relevante. Observamos cómo se incluyen principios, conceptos jurídicos indeterminados cuya aplicación práctica no estará exenta de dificultades y donde la carga de la prueba tendrá una importancia clave.

3.5. Análisis del concepto legal de personas vinculadas

El nuevo artículo 231 LSC enumera las personas vinculadas a los administradores a los efectos del régimen de los deberes y las conductas a observar en caso de conflicto de intereses, que, como se ha visto, se han de aplicar no solo cuando lo ostente el propio administrador, sino también cuando lo tenga una persona vinculada.

En este concepto no introduce el legislador modificación ni novedad alguna respecto del precedente. Se observa que el término de persona vinculada incluye a los parientes, en un sentido amplio, del administrador. Incluye al cónyuge o persona en relación análoga de afectividad, la línea recta ascendente y descendente sin límites, la colateral solamente a los hermanos. Asimismo, se consideran personas vinculadas a estos parientes del cónyuge del administrador y a los cónyuges de dichos parientes.

En las sociedades familiares este término legal de personas vinculadas tiene mucha importancia, como es fácil de percatar, de manera que será común la aplicación práctica de estos preceptos que hemos estudiado y, en particular, de los artículos que desarrollan el deber de lealtad. Ahora bien, cabe plantear si el concepto legal de persona vinculada es suficiente o, por el contrario, se podría extender el régimen aplicable y, en particular, las preceptivas dispensas para determinadas operaciones, cuando el beneficiario no fuera una persona vinculada con el administrador en términos legales, pero sí desde el punto de vista real.

IV. UN APUNTE SOBRE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

El legislador contempla una serie de mecanismos para combatir las infracciones por los administradores de sus deberes. Así, dentro del propio título VI, relativo a la administración social, debemos diferenciar entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad, sin perjuicio de que aquéllos que tengan interés legítimo puedan ejercitar las acciones correspondientes tendentes a dejar sin efecto el negocio lesivo —si se trata de una nulidad absoluta, en cuyo caso, de conformidad con los artículos del Código Civil, puede ser ejercitado por terceras personas—, o, a través de la impugnación del acuerdo lesivo, si hubiera acuerdo del Consejo de administración o de la Junta general y pudiera enmarcarse en alguna de las causas previstas en la Ley e incluso la acción de enriquecimiento injusto. Esto último ha sido reconocido por el legislador tras la reforma operada por la Ley 31/2014, al señalar el apartado segundo del artículo 227 LSC que la infracción del deber de lealtad conllevará también la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Parece que el legislador solo admite este enriquecimiento con el objeto de reintegrar a la sociedad, pero podríamos discutir si esta pretensión podría ser ejercitada en una acción individual. Asimismo, el nuevo artículo 232 LSC prevé la posibilidad de ejercitar otras acciones distintas cuando se haya infringido el deber de lealtad, lo que nos lleva a cuestionar si éstas podrán ser ejercitadas también en caso de violación del deber de diligencia. De nuevo se constata aquí la dureza con la que nuestro legislador ha tratado las infracciones del deber de lealtad por los administradores.

Nos centramos únicamente en la protección especial y directa que ofrece la Ley frente a los administradores sociales que infrinjan sus deberes: nos referimos a las llamadas acción social de responsabilidad y acción individual de responsabilidad, escasamente ejercitadas, si bien es cierto que en los últimos tiempos se atisba un crecimiento notable de estas acciones. Éstas son acciones estrictamente societarias a las que se refieren los artículos 238 y siguientes de la LSC, después de contemplar en los artículos 236 y 237 LSC los presupuestos y el régimen de la responsabilidad. Es, por tanto, llamativo que nuestra LSC es en este aspecto

no solo es una ley sustantiva, sino también adjetiva. Pasamos a analizar ambas acciones.

En primer lugar, *la acción social de responsabilidad* (artículos 238 a 240 LSC), que es una acción cuya titularidad corresponde a la sociedad y cuyo ejercicio es múltiple. No solo se concede a la sociedad, sino también y por vía de legitimación extraordinaria, lo que, como es sabido, exige previsión legal, a determinados socios y a los acreedores. Esta acción es pertinente cuando los administradores con una conducta ilícita, entre otros motivos, por infracción de sus deberes, y culpable causan un daño directo a la sociedad.

Por el contrario, *la acción individual de responsabilidad* (artículo 241 LSC) es un acción cuya titularidad pertenece al tercero que se vea directamente perjudicado por tal conducta ilícita y culpable de los administradores. No es fácil dilucidar cuándo la conducta es determinante del daño directo a la sociedad o al tercero y prueba de ello son las múltiples resoluciones judiciales sobre esta cuestión.

Otra diferencia esencial que se deduce de lo anterior es el patrimonio destinatario de la indemnización a la que, en caso de estimación de la pretensión, han de reintegrar los administradores. Si es la acción social de responsabilidad la ejercitada, ésta se reintegrará en el patrimonio social, sea quien sea el que tramite el procedimiento, mientras que en la acción individual será el demandante el destinatario de la misma. Diferencia que tiene sentido si atendemos al bien jurídico objeto de protección: en la acción social el patrimonio de la sociedad y en la individual el patrimonio del tercero.

Como novedad también introducida por la Ley 31/2014, en sede de legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, es el reconocimiento directo de legitimación a la minoría en caso de infracción por el administrador del deber de lealtad. Se reconoce expresamente que no habrá de someterse la deliberación a la Junta general (artículo 239.1 *in fine* LSC), lo que permite constatar la severidad con que trata el legislador la deslealtad, deseando que tales conductas de los administradores no queden impunes. Habrá que esperar para comprobar si estas medidas pueden considerarse suficientes para que la minoría de socios encuentre motivación en el ejercicio de esta acción social de responsabilidad.

V. LOS REPRESENTANTES VOLUNTARIOS Y SUS DEBERES DE ACTUACIÓN

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico carecemos de una regulación concreta de la representación voluntaria, si bien se aplican a la misma las normas que para el mandato recogen los artículos 1709 y siguientes del Código Civil, a pesar de que la doctrina moderna diferencia claramente ambas institu-

ciones. No cabe duda de que es la relación de confianza entre poderdante y apoderado la piedra angular de la relación representativa, y así queda reflejado en los artículos 1718 y siguientes, en los que se concretan los deberes y obligaciones que los representantes voluntarios deben cumplir respecto de sus representados.

Por tanto, partimos de la base de que la actuación de los representantes voluntarios nombrados por los administradores de una sociedad debe estar presidida por el respeto a la confianza que éstos depositan en aquéllos, debiendo adecuar sus actos a las instrucciones que hayan recibido de los mismos, no pudiendo, en consecuencia, extralimitarse en su actuación, pues su ámbito representativo finaliza donde finaliza la esfera de actuación del administrador que los nombra[20]. En este sentido se pronuncia la RDGRN de 28 de abril de 2015, al señalar que: «la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada que el ámbito de actuación del apoderado viene limitado por la declaración de voluntad que proviene del principal, a la que debe acomodarse y ajustarse, lo que no autoriza al mandatario a excederse para llevar a cabo negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y por tanto autorizados por quien otorgó el poder».

Haciendo una breve comparativa entre la regulación de los deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital y la regulación contenida en el Código Civil, podemos extraer una serie de *ideas* que están presentes en ambas regulaciones y que han de presidir la actuación tanto de los administradores como de los representantes voluntarios: en primer lugar, la diligencia debida, si bien referida a modelos contrapuestos, puesto que mientras al representante voluntario le basta actuar con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1719 CC), al administrador se le exige la de un ordenado empresario, lo que supone añadir carácter profesional a su actuación[21]. En segundo lugar, el deber de lealtad al que se refiere el artículo 227 LSC no deja de ser reflejo más de esa relación de confianza entre representado y representante, cuya infracción está penada, en términos similares, en el artículo 1718 CC. Ahora bien, sin negar la existencia de ciertas *similitudes*, cabe plantearse si las obligaciones contenidas en el artículo 228 LSC, derivadas del deber de lealtad, son también exigibles a los representantes voluntarios, toda vez que el artículo 236 LSC señala como sujetos pasivos de dichos deberes a los administradores, administradores de hecho, personas que tengan atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad y a la persona

---

[20] Artículo 1725 CC: «*El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes*».

Artículo 1727 CC: «*El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente*».

[21] En este sentido, RAMOS HERRANZ, I.: «El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, núm. 1, 2006, p. 213 y siguientes.

física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, sin incluir en dicha enumeración a los representantes voluntarios.

La respuesta a dicha cuestión se antoja especialmente interesante respecto a la obligación contenida en el apartado e) del artículo 228 LSC, desarrollada en el artículo 229 LSC: la prohibición de desarrollar operaciones vinculadas. Como acabamos de ver, del tenor literal de la ley se infiere que el régimen de las obligaciones derivadas del deber de lealtad no parece extensible a los representantes voluntarios. Si bien, como señala MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO[22], el hecho de que dicho régimen no sea directamente aplicable a los mismos no obsta para que los representantes voluntarios queden sujetos a las reglas básicas de la representación, de tal forma que el apoderado únicamente podrá autocontratar de forma válida y eficaz cuando exista autorización del «dominus negotii» para ello o «cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio quede plenamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato»[23].

Fue la DGRN, en Resolución de 30 de junio de 2014, la que con objeto de dilucidar si era posible novar un contrato de préstamo hipotecario en la que intervenían dos cónyuges casados en régimen de separación de bienes, interviniendo uno de ellos tanto como apoderado de la entidad de crédito prestamista como en su propio nombre, a efectos de prestar el consentimiento del artículo 1320 CC, y el otro como prestatario, pareció dar respuesta a esta cuestión al señalar: «Las limitaciones contenidas en dichos preceptos son aplicables al supuesto del apoderado que actúa en virtud de un poder de representación. Las razones para que así sea derivan no sólo de que el régimen legal es predicable de cualquier actuación representativa en cuanto delimitador de la situación de conflicto, sino, sobre todo, porque como afirma el Tribunal Supremo es la situación objetiva de conflicto la que produce la limitación de la actuación representativa, esté o no expresamente contemplada en una norma específica. Es la situación objetiva de conflicto la que justifica que el apoderado carezca de poder de representación cuando actúa en situación de conflicto por contratar con persona con quien tiene relación de vinculación (cfr. artículo 231.2.d de la Ley de Sociedades de Capital). Y es que el administrador de la sociedad no puede conferir al apoderado la facultad para actuar en una situación en la que él no puede hacerlo. Resulta evidente que no puede conferir una facultad de la que carece. Por ello el apoderado carece de poder de representación de su principal cuando éste se ha otorgado para evitar la situación de conflicto de aquél».

---

[22] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 65, Consejo General del Notariado, junio 2016, p. 87.

[23] RDGRN de 28 de abril de 2015.

Por tanto, si bien es cierto que dicho régimen no parece directamente aplicable a los mismos, la actuación de los representantes voluntarios viene delimitado por el contenido del poder de representación otorgado a su favor y está sujeto a las propias reglas de la representación que impiden, tal y como apunta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el apoderado pueda contratar existiendo conflicto de intereses sin que el principal haya prestado su autorización de forma expresa[24].

VI. BIBLIOGRAFÍA

CABANAS TREJO, R. «Art. 225 y ss.» y «Comentario al artículo 229», en *Tratado de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor (2017).

CLARK, R.C.: *Corporate Law*, Boston, 1986.

ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (Dir. BOLÁS ALFONSO, J.), Madrid, 2000.

GARRIGUES, J.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomos I y II, 3.ª ed., Madrid, 1976.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J.: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 65, Consejo General del Notariado, junio 2016.

PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», en *RDM*, 2015.

PÉREZ RAMOS, C.: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 55, Consejo General del Notariado, junio 2011.

RADIN, S. A.: *The business judgment rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors,* vol. I., 6.ª ed., USA, 2009.

RAMOS HERRANZ, I.: «El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, núm. 1, 2006.

[24] MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 65, Consejo General del Notariado, junio 2016, p.90.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2007.

SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015.

PAZ-AREZ, C.: «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en *RdS*, núm. 20, 2003.

QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Órganos de gobierno en la empresa familiar», en *El Patrimonio Familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo VI.

VICENT CHULIÁ, F.: «Organización jurídica de la sociedad familiar», en *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002.

(Trabajo recibido el 29/09/2017
y aceptado para su publicación el 27/10/2017)

CAPÍTULO XIV: CONFLICTOS MÁS FRECUENTES EN EL MARCO DE LA EMPRESA FAMILIAR Y SU PREVENCIÓN

JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO
Notario de Valladolid

RESUMEN

Este trabajo analiza los conflictos más frecuentes en el marco de las empresas familiares y los instrumentos de que gozan los familiares para intentar prevenirlos o, una vez generados, arbitrar vías de cara a su solución, de manera que no se ponga en peligro la propia actividad empresarial. En particular, este capítulo profundiza: en primer lugar, en los conflictos relativos a la institución del matrimonio y los derivados de la separación o disolución del mismo; en segundo lugar, en las medidas que pueden adoptarse con motivo de la sucesión *mortis causa*; y, por último, en los conflictos societarios y su prevención.

Palabras clave: empresa familiar, conflicto, matrimonio, crisis matrimonial, sucesión, derechos societarios, cláusulas estatutarias.

CHAPTER XIV: THE MOST FREQUENT CONFLICTS IN THE CONTEXT OF FAMILY-OWNED BUSINESSES AND THEIR PREVENTION

JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO
Notary Public in Valladolid

ABSTRACT

This paper analyses the conflicts most frequently arising within the context of family-owned businesses and the instruments available to family members to try to prevent these or, once generated, to explore means for their resolution, so as not to imperil the business activity itself. In particular, this chapter explores in greater depth: first of all, in conflicts relating to the institution of marriage and those derived from marital separation or divorce;

secondly, in the measures that can be adopted in connection with *mortis causa* succession; and, lastly, in corporate conflicts and their prevention.

Keywords: family-owned business, conflict, marriage, matrimonial crisis, succession, company law, clauses in Articles of Association.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MATRIMONIO Y EMPRESA FAMILIAR. 1. Elección en capitulaciones matrimoniales del régimen económico matrimonial. 1.1. El régimen de separación de bienes. 1.2. El régimen de participación en las ganancias. 1.3. Otros regímenes económico-matrimoniales. 2. Especial análisis de la problemática asociada a la sociedad de gananciales. 2.1. Titularidad de las acciones o participaciones sociales. 2.2. La cuestión de los frutos civiles: dividendos y reservas. 2.3. Disposición *inter vivos* de las acciones o participaciones gananciales. 2.4. Disolución de la sociedad de gananciales.—III. SUCESION *mortis causa* Y EMPRESA FAMILIAR. 1. El problema de las legítimas. 1.1. La actual dificultad para desheredar. 1.2. El artículo 1056 CC. 1.3. Ley aplicable a la sucesión y alteración en vida de los puntos de conexión. 1.4. Satisfacción de la legítima en vida: donaciones y pactos de *non succedendo*. 2. Gestión de la participación del causante en la empresa familiar. 2.1. Herencia yacente y comunidad hereditaria. 2.2. Administración por persona distinta del heredero, padre o tutor. 3. Usufructo y nuda propiedad de acciones y participaciones sociales. 4. Reversión de donaciones, reserva vidual y reserva troncal. 4.1. Reserva vidual y troncal. 5. Disociación de derechos políticos *mortis causa*.—IV. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA MERCANTIL. 1. Derechos y deberes del socio. 1.1. Derechos económicos; derecho al dividendo. 1.2. Derechos políticos. 1.3. Pactos parasociales. 1.3.1. Concepto y tipos. 1.3.2. Exigibilidad. 1.4. Prestaciones accesorias. 2. Situaciones de bloqueo y su prevención. 3. El órgano de administración. 3.1. Estructura del órgano de administración. 3.2. Composición del órgano de administración. 3.2.1. El sistema de representación proporcional y su no aplicación a las sociedades limitadas. 3.2.2. Sindicación de voto y Consejo de administración. 4. Cláusulas restrictivas de la transmisión de la condición de socio. 4.1. Importancia de la elección del tipo social. 4.2. Cláusulas de autorización. 4.3. Cláusulas de adquisición preferente. 4.4. Derechos de arrastre (*drag along*) y acompañamiento (*tag along*). 4.5. Tipología de actos traslativos a los que se aplican las cláusulas restrictivas. 4.6. Transmisiones indirectas. 4.6.1. Supuestos más frecuentes. 4.6.2. Mecanismos defensivos de la empresa familiar. 4.7. Cláusulas de rescate. 4.7.1. Instrumentos para dotar de fondos a la sociedad. 4.7.2. Transmisiones forzosas (art. 110 LSC y art. 125 LSC). 5. Separación y exclusión de socios. 5.1. Separación. 5.2. Causas de exclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro legislador[1] define la empresa familiar como aquella en que «la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí». Ninguna actividad o empresa está a salvo de los conflictos, pero en el caso de la empresa familiar dichos conflictos pueden alcanzar una frecuencia e intensidad mayores que entre extraños al darse el agravante del parentesco entre los implicados, lo que puede suponer un enconamiento de las posiciones enquistadas por motivos emocionales. Ante esa realidad es de interés no solo de los socios y familias implicadas, sino también de los trabajadores y de la sociedad en general, que se adopten tanto originaria como sobrevenidamente cuantas medidas sean necesarias o convenientes para prevenir en lo posible dichas disputas.

Tanto los conflictos que estudiaremos como las medidas que se propondrán no son exclusivos de las empresas familiares y, en ese sentido, este artículo tiene, pese a su especial atención a éstas, una vocación universal.

Si bien la actividad empresarial se puede desarrollar en nuestro ordenamiento jurídico por diferentes cauces, por su importancia vamos a centrarnos en las empresas familiares que adoptan alguna de las formas previstas en la Ley de Sociedades de Capital, y en particular en la Sociedad de Responsabilidad Limitada y en la Sociedad Anónima. Descartamos el estudio de la figura del autónomo como modo de ejercicio de la actividad empresarial, así como los tipos sociales en que existe responsabilidad personal del empresario (sociedad colectiva, comanditaria simple e incluso la comanditaria por acciones por idéntico motivo). En todos esos casos la responsabilidad personal del empresario nos lleva a desaconsejar su adopción como tipo social y por ello no vamos a detenernos en su análisis.

---

[1] Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

Dentro del abanico de asuntos a tratar hay algunos a los que, pese a su importancia, tan solo dedicaremos un tratamiento superficial por ser objeto de estudio en profundidad en otros capítulos de esta obra[2]. Por lo demás somos plenamente conscientes de que la casuística es infinita y que habrá asuntos que inevitablemente quedarán sin tratar en la presente obra.

No existen soluciones ideales ni cláusulas estatutorias o extraestatutarias que puedan garantizar la ausencia de conflictos en una sociedad, y con menor razón todavía en la empresa familiar. Nuestro enfoque preventivo parte de que identificar los conflictos más frecuentes es la mejor manera de prevenirlos. No pretenden crear un catálogo de soluciones, sino señalar los obstáculos más frecuentes a la paz social. A modo de ejemplo, si los socios de una empresa familiar son conscientes de los problemas que pueden derivarse de una determinada cláusula o disposición, la adopción consciente o ratificación de la misma será rara o, en el peor de los casos, obligada por otras circunstancias (por ejemplo, paridad en la composición del capital social o en el ejercicio de los derechos de voto).

El esquema que proponemos para abarcar esta materia distingue tres posibles campos de origen y prevención de conflictos. En primer lugar los relativos a la institución del matrimonio, así como, fundamentalmente, los derivados de la separación o disolución del mismo. En segundo lugar nos ocuparemos de las medidas que pueden adoptarse con motivo de la sucesión *mortis causa* y, por último, pasaremos a un análisis puramente societario de los conflictos societarios y su prevención.

II. MATRIMONIO Y EMPRESA FAMILIAR

La condición de socio de una empresa familiar constituida en forma de sociedad anónima o limitada viene determinada por la titularidad de las acciones o participaciones sociales que componen su capital social. El matrimonio impone a los cónyuges, entre otros, una serie de efectos de contenido económico y la necesaria sujeción del mismo a un régimen económico matrimonial. Su determinación concreta se sujeta a las normas de derecho internacional privado[3] y a las normas de derecho interregional. Dentro del derecho común español el Código Civil contempla tres tipos de régimen económico matrimonial: sociedad de gananciales, separación de bienes y régimen de participación en las ganancias, siendo el primero de ellos el supletoriamente aplicable en defecto de capitulaciones matrimoniales (art. 1316 CC).

---

[2] Es el caso de lo relativo a sucesión de empresa, objeto de estudio en el capítulo XII de esta obra y de lo referente al protocolo familiar, estudiado en el capítulo VI, entre otros, a los que nos remitimos.

[3] Con carácter general, el 29 de enero de 2019 entra en vigor el Reglamento 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016.

1. Elección en capitulaciones matrimoniales del régimen económico matrimonial

Para una persona que va a contraer matrimonio o ya lo ha hecho la determinación del régimen económico matrimonial no es inocente, sino que del mismo pueden derivarse importantes consecuencias económicas. La elección de uno u otro régimen económico matrimonial exige el consentimiento de ambos cónyuges, debe hacerse necesariamente ante notario (art. 1327 CC[4]) y es de carácter voluntario y de libre elección dentro del abanico de posibilidades que, para los matrimonios sujetos al derecho español, determina el artículo 9.3 CC[5].

El régimen económico del matrimonio es decisivo en múltiples aspectos:

— Para determinar la titularidad, el carácter privativo o común de las acciones o participaciones sociales que se adquieran por cualquier título constante matrimonio (existen regímenes de comunidad universal en los que incluso lo heredado por un cónyuge constante matrimonio deviene común a ambos).

— Directamente relacionadas con la titularidad, y derivadas de ésta, las normas de gestión de las acciones o participaciones sociales de que los cónyuges sean titulares (por ejemplo, en sede de sociedad de gananciales existe un régimen específico en los artículos 1383 a 1385 CC que afecta a la capacidad del propio cónyuge socio para transmitir las acciones o participaciones gananciales).

— Para saber si los beneficios económicos derivados de la participación en la empresa familiar serán exclusivos de uno de los cónyuges o pertenecerán a ambos (si los dividendos que se hagan efectivos serán o no comunes).

— Para delimitar con claridad el patrimonio que estará afecto a las deudas contraídas por el cónyuge empresario, evitando de ese modo que una acción de responsabilidad civil dirigida contra el cónyuge administrador de la empresa familiar acabe afectando al patrimonio del cónyuge no empresario.

No existen en esta materia las soluciones canónicas o ideales para todos los casos, puesto que la decisión de optar por uno u otro régimen o de pactar tal o cual cláusula o pacto en las capitulaciones matrimoniales dependerá de múltiples factores no solo empresariales sino también, y fundamentalmente, personales y

[4] Tener en cuenta, cuando entre en vigor, el artículo 23 del Reglamento 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, relativo a los requisitos formales para la elección de ley aplicable al matrimonio.

[5] Ley que rija los efectos del matrimonio o bien ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento

familiares. Entre las circunstancias que podrían decantar la balanza por uno u otro régimen estarían: 1) si la sociedad se constituye constante matrimonio por uno o por ambos cónyuges o si ya existía con anterioridad; 2) si los cónyuges son o no los únicos socios fundadores; 3) si la participación que se tiene en la empresa familiar es minoritaria o de control; 4) si se concibe dicha participación como una mera fuente de rentas sin voluntad de ejercer una gestión activa o si se aspira a tener poder decisorio; 5) si existe o no una firme voluntad de trazar una rígida separación entre los patrimonios de uno u otro; 6) si la capacidad de generar ingresos de ambos es o no análoga para evitar en su caso una situación de desigualdad económica a largo plazo; 7) si vienen impuestas a los cónyuges exigencias relativas al régimen económico matrimonial originadas en un protocolo familiar o en los estatutos ya aprobados de la propia sociedad; 8) si el régimen traslativo de las acciones o participaciones sociales *inter vivos* o *mortis causa* restringe las transmisiones al otro cónyuge, los hijos u otras personas ajenas al círculo familiar a quienes se podría desear transmitir la participación propia en la empresa familiar y, por último, 9) si el hecho de que ambos cónyuges presuman que pueden contar con la aquiescencia del otro en caso de que fuera necesaria una transmisión de la participación en la empresa familiar.

Para evitar la problemática derivada de la titularidad ganancial de acciones o participaciones sociales, que luego estudiaremos, es relativamente frecuente en empresas de cierta dimensión[6] que se exija en un protocolo familiar a las personas que vayan a adquirir la condición de socios que, con carácter previo a la adquisición, otorguen capitulaciones matrimoniales acordando en ellas un determinado régimen económico matrimonial, en casi todos los casos el de separación de bienes.

1.1. El régimen de separación de bienes

El régimen económico matrimonial más frecuentemente pactado en España por los empresarios es el de separación de bienes. Dicho régimen protege al cónyuge no empresario de los riesgos asumidos por éste (art.1440 CC) y, por otra parte, garantiza al cónyuge empresario que las acciones o participaciones que adquiera con posterioridad al matrimonio por cualquier título serán de su exclusiva propiedad y administración (art. 1437 CC), salvo que, obviamente, sea su deseo adquirirlas en *pro indiviso* con el otro cónyuge. De esta forma se garantiza que la participación del cónyuge socio en la empresa no sale de la familia y que durante la vida del matrimonio no hay intervención alguna del cónyuge no socio en la empresa familiar.

La creación de dos patrimonios separados e individualizados tiene, sin embargo, sus desventajas. Si los resultados de la empresa son positivos, el cónyuge no

[6] De hecho, es un ejemplo citado expresamente en la Exposición de Motivos del R. D. 171/2007, de 9 de febrero.

socio no percibirá más beneficio económico de ésta que el ínfimo e indirecto que resultará: 1) En primer lugar de la contribución del cónyuge socio a las cargas del matrimonio. Dicha contribución, en principio y salvo acuerdo en contrario en capitulaciones matrimoniales, se hace en proporción a los respectivos recursos económicos (art. 1438 CC)[7] y no por partes iguales. 2) En segundo lugar de la compensación que podría derivarse conforme al artículo 97 CC de una eventual separación o divorcio.

La otra vía por la que el cónyuge no socio puede beneficiarse indirectamente de los ingresos obtenidos durante el matrimonio procedentes de la empresa familiar es, al tiempo de la separación judicial o de la disolución del matrimonio por divorcio, la compensación del artículo 97 del Código Civil.

El principal inconveniente del régimen de separación de bienes es, precisamente, que el cónyuge ajeno a la empresa familiar no participa en modo alguno en los beneficios de ésta, que se concentran exclusivamente en la esfera patrimonial privativa del cónyuge socio. En el supuesto de que los ingresos del matrimonio dependan durante muchos años de la empresa familiar eso convierte virtualmente al cónyuge no socio en un rehén económico de su consorte socio, puesto que fuera del matrimonio no tendrá recursos para mantener el tren de vida que tuvo constante matrimonio. Las consecuencias de la no participación del cónyuge no socio en los ingresos generados por la empresa familiar de su consorte pueden llegar a ser tremendamente injustas. Pensemos, por ejemplo, en un caso en que la mujer, ajena a la empresa familiar, renuncia a su trabajo para cuidar a los hijos y muchos años después se produce una ruptura del matrimonio por una infidelidad del marido que ostenta la condición de socio y cuyas acciones o participaciones sociales son privativas.

1.2. El régimen de participación en las ganancias

Dicho régimen, que es el legal supletoriamente aplicable en Alemania[8], es un régimen que pretende aunar lo mejor de ambos mundos, uniendo a la tajante separación patrimonial constante matrimonio propia del régimen de separación de bienes (arts. 1412 y 1413 CC) la participación de cada cónyuge en las ganancias obtenidas por el otro al tiempo de su disolución (art. 1411 CC). Dicha solución, excelente desde el punto de vista teórico, es sin embargo muy compleja de llevar a la práctica puesto que exige un esfuerzo contable continuado y muy fácilmente susceptible de judicialización.

---

[7] Salvo que se pacte, por ejemplo, que se contribuya por iguales partes y no proporcionalmente.

[8] Parágrafo 1363 del Código Civil alemán.

El régimen de participación en las ganancias tampoco es la solución ideal, puesto que solo se hace efectivo al tiempo de la finalización del régimen (normalmente por ruptura matrimonial o fallecimiento), adoptando la forma de expectativa de derecho a lo largo de la duración del matrimonio. Constante éste, el régimen de participación no facilita al cónyuge del empresario los recursos económicos derivados de la actividad empresarial que, paradójicamente, sí disfrutarían sus herederos o el propio cónyuge del empresario en caso de crisis matrimonial.

Por lo dicho, este régimen económico matrimonial tan solo es recomendable previa advertencia de las dificultades prácticas que conlleva.

1.3. Otros regímenes económico-matrimoniales

Si las normas de derecho internacional privado o de derecho interregional determinaran que la ley aplicable a los efectos del matrimonio es alguna cuyo régimen legal supletoriamente aplicable es de comunidad de bienes, será conveniente que el contrayente otorgue capitulaciones matrimoniales pactando un régimen de separación para así asegurarse de que las previsibles ganancias futuras procedentes de la empresa familiar no serán compartidas con su cónyuge si es que esa fuere su voluntad. Es recomendable, dada la complejidad de las normas de derecho internacional privado y de las propias normas de derecho interregional español (o de algunos países extranjeros), que siempre que dos personas que no compartan nacionalidad y/o residencia o vecindad civil vayan a contraer matrimonio acudan a un notario para que les asesore al respecto.

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, en el mundo optan por regímenes de comunidad matrimonial (aunque con importantes matices) países como Francia[9], Italia[10], Rusia[11] y China[12], así como la mayoría de los nórdicos (Dinamarca o Suecia) y los sudamericanos (Venezuela, Colombia, Argentina, Brasil o México). Por contra, en los países de influencia anglosajona (Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda, numerosos estados de Estados Unidos o Noruega) o islámica (Marruecos o Argelia), el régimen es de separación de bienes (en algunos de ellos —Inglaterra o Gales— más que existir una separación de bienes propiamente dicha, considerada como régimen económico matrimonial, directamente se niega que el matrimonio afecte en modo alguno al patrimonio de los contrayentes).

Desde la óptica del derecho interregional español, son comunidades con derecho civil propio o foral Galicia, Navarra, País Vasco, Aragón, Cataluña y Balea-

[9] Arts.1400 y ss. del Código Civil francés.
[10] Art. 159 del Código Civil italiano.
[11] Art. 33 del Código de Familia ruso.
[12] Art. 17 de la Ley sobre el Matrimonio china.

res. De ellas tienen como régimen supletoriamente aplicable un régimen de comunidad de bienes Galicia (que se remite a la sociedad de gananciales del Código Civil[13]), Navarra (régimen de conquistas[14]), País Vasco (cuyo régimen de comunicación foral es aplicable en defecto de capitulaciones matrimoniales a los matrimonios en que ambos contrayentes sean vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o de Llodio[15]) y Aragón (régimen de consorcio conyugal[16]). Frente a ello, los derechos forales de Cataluña y Baleares optan por el régimen de separación de bienes como régimen legal supletoriamente aplicable de primer grado en defecto de capitulaciones matrimoniales.

A ellos habría que añadir los matrimonios que estén sujetos al conocido como Fuero del Baylío, régimen de carácter consuetudinario acogido a los artículos 9 y 50 del Estatuto de Autonomía de Extremadura que el Tribunal Supremo[17] ha restringido territorialmente a Alburquerque, La Codosera, Burguillos del Cerro, Fuentes de León, Valverde de Burguillos, Atalaya, Valencia del Ventoso, Jerez de los Caballeros, Oliva de la Frontera, Valencia del Mombuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Zahínos, Olivenza, Alconchel, Cheles, Huiguera de Vargas, Táliga y Villanueva del Fresno. Dicho régimen económico matrimonial fue descrito por el Tribunal Supremo en la sentencia antes reseñada como aquel por el que «todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, antes o después de su celebración, se convierten en comunes, como si fueran gananciales y se parten por mitad en el momento de la disolución de la sociedad conyugal». Para la DGRN[18] dicho régimen se hace efectivo al tiempo de la disolución del matrimonio.

2. Especial análisis de la problemática asociada a la sociedad de gananciales

Por ser el régimen legal supletoriamente aplicable en derecho español vamos a realizar un estudio más detallado de los problemas que el régimen económico matrimonial de gananciales puede plantear al titular de acciones o participaciones sociales que, o bien contrae matrimonio sujeto a dicho régimen, o bien adquiere dicha participación en la empresa familiar con posterioridad al matrimonio y con carácter privativo.

---

[13] Art. 171 de la Ley 2/2996, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.
[14] Ley 82 del 5/1987, de 1 de abril.
[15] Art. 127.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.
[16] Art. 193.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba el «Código del Derecho Foral de Aragón».
[17] STS 851/2008, de 29 de enero.
[18] RDGRN de 6 de mayo de 2015,

2.1. Titularidad de las acciones o participaciones sociales

El contrayente que fuere titular de acciones o participaciones sociales con carácter previo a la entrada en vigor del régimen de gananciales conservará la titularidad de las mismas una vez vigente ésta (art. 1346.1 CC), que seguirán perteneciéndole con carácter privativo. El hecho de que la celebración del matrimonio no cambie automáticamente la titularidad de las mismas no significa que éstas no puedan ser gananciales. Si tal fuere su voluntad podrá aportar dichas acciones o participaciones desde su patrimonio privativo al patrimonio ganancial (art. 1323 CC), bien sea a título gratuito u oneroso, en cuyo caso habrá una contraprestación actual o futura desde el patrimonio ganancial en favor del cónyuge aportante.

Esa aportación sobrevenida es distinta de la aportación originaria del artículo 1355 del Código Civil, por el que en el mismo momento de la adquisición en principio privativa según las normas legales, el cónyuge adquirente determina, con el consentimiento de su consorte, que dichas acciones o participaciones tengan *ab initio* naturaleza ganancial. Y ello sin necesidad de expresar la causa de dicha atribución y siempre sin perjuicio de los reembolsos que en su caso procedan.

En cuanto a las acciones o participaciones sociales que se adquieran por el cónyuge socio de la empresa familiar constante, la sociedad de gananciales, hay que diferenciar:

1. Adquiridas a título gratuito por herencia o donación. Conforme al artículo 1346.2 CC serán privativas del cónyuge adquirente. Ello no obsta a que si fuere voluntad del testador o donante dichas acciones o participaciones sociales se puedan dejar en testamento o donar con carácter ganancial (1353 CC).

2. Compraventa de acciones o participaciones sociales de la empresa familiar por el cónyuge socio. Con arreglo al artículo 1361 CC, al presumirse ganancial el dinero empleado en la adquisición, también lo será lo adquirido con él (1347.3 CC), salvo que se pruebe el carácter privativo del precio o contraprestación empleado en la adquisición (lo cual es un problema de prueba en derecho común al no existir en éste un artículo semejante al 213 del Código del Derecho Foral de Aragón[19]). No resulta aplicable el artículo 1352 CC porque la adquisición no es «consecuencia» de la titularidad de otras acciones o participaciones con carácter previo, sino que es una adquisición *ex novo.* Para evitar que lo adquirido sea ganancial, el cónyuge del adquirente puede realizar una confesión de privatividad del

[19] «*Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras.*»

dinero empleado (artículo 1324 CC) con los límites propios de ésta (no perjudicará a legitimarios ni acreedores del confesante).

Algunos autores han defendido, en el caso de las sociedades limitadas más cerradas y personalistas, como son sin duda la mayoría de las familiares, que la constitución de una sociedad o la compraventa realizada por uno de los cónyuges de acciones o participaciones sociales en dichas sociedades cerradas se realiza y permite por el resto de socios (no olvidemos el derecho de adquisición preferente del que gozan), en atención a las especiales características personales del adquirente, que son tenidas en cuenta no solo en lo que respecta a la persona que va a ejercer los derechos de socio, sino también en cuanto a la masa patrimonial (privativa o común) de que va a depender la participación en la sociedad limitada. Ello conllevaría que las acciones o participaciones así adquiridas serían privativas del cónyuge socio ex art. 1346.5 CC[20]. Esta teoría, sin duda defendible en los casos más flagrantes, no puede, sin embargo, hacerse extensible a la generalidad de los casos, cuya norma, incluso tratándose de empresa familiar, es que las acciones o participaciones sociales adquiridas constante la sociedad de gananciales mediante precio o contraprestación gananciales (y el dinero se presume lo es) serán gananciales.

3. Adquisiciones que se hagan «como consecuencia» de la titularidad previa de otras acciones o participaciones sociales. El caso más evidente es el del aumento dinerario de capital de una empresa familiar en ejercicio de derechos de suscripción o asunción preferente, pero también comprendería, por ejemplo, los supuestos de modificaciones estructurales en los que se reciben nuevas acciones o participaciones sociales como consecuencia de la titularidad con carácter privativo de otras en la sociedad afectada o incluso las participaciones o acciones adquiridas en ejercicio del derecho de preferente adquisición contemplado en los estatutos sociales y, en su defecto, en el artículo 107 LSC (en las que resulta evidente que la adquisición «trae causa» de la titularidad previa –y privativa– de otras).

En esos casos, el artículo 1352 CC determina, con fundamento en el principio de subrogación real del artículo 1346.3 CC, que las nuevas acciones o participaciones sociales serán privativas del cónyuge socio, aun cuando el dinero invertido para su adquisición fuere ganancial. Y ello aunque en puridad no se sustituye un bien privativo por otro, sino que más bien existe una «accesión», un incremento o fortalecimiento de la previa posición contractual del cónyuge socio en la empresa

[20] Esta solución no es aplicable en Derecho Civil aragonés porque el artículo 210.2.k CDFA trata como consorciales «*las acciones o participaciones en sociedades de cualquier clase adquiridas a costa del patrimonio común*». El matiz «*de cualquier clase*» es en este caso decisivo.

familiar[21]. Por idénticas razones sería también privativo el dinero obtenido en una eventual venta de esos derechos de adquisición preferente. El artículo ha de ser, a nuestro juicio, interpretado con cierta flexibilidad, puesto que de interpretarse restrictivamente no sería aplicable, por ejemplo, a un aumento de capital dinerario realizado en una sociedad unipersonal (en el que por definición el socio único al aumentar no ejercita derecho de adquisición preferente alguno), o a aumentos de capital dinerarios en los que los socios preexistentes renuncien en todo o en parte al ejercicio de sus derechos de adquisición preferente (por ejemplo, a fin de alterar la proporción en que se repartían el capital social con anterioridad al aumento). En cualquier caso existe alguna sentencia[22] en la que en caso de un aumento de capital dinerario en que el cónyuge socio adquiere más participaciones sociales de las que le corresponderían en virtud de su derecho de adquisición preferente, se considera que las adquiridas en virtud de dicho derecho están sujetas al 1352 CC y, en consecuencia, son privativas y, en cambio, las adquiridas adicionalmente no se adquieren «como consecuencia» de la titularidad de las preexistentes y por ello, al no estar sujetas al 1352 CC, caen en la regla general del artículo 1347 CC y tienen carácter ganancial. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad del recurso a los artículos 1324 y 1355 CC para alterar el régimen legal en los términos ya vistos.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe II.1.4. del capítulo XII de esta obra colectiva.

2.2. La cuestión de los frutos civiles: dividendos y reservas

1. Dividendos. Conforme al principio general del artículo 1347.2 CC, los dividendos repartidos por la sociedad constante la sociedad de gananciales tienen dicho carácter ganancial por su condición de frutos civiles, bien fueren las acciones o participaciones sociales gananciales o privativas.

   No obstante, dicha regla general indubitada, el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 CC y más expresamente en los artículos 1315, 1325 y 1328 CC, a contrario, admitiría sin ninguna duda que los cónyuges acuerden expresamente mediante pacto en capitulaciones matrimoniales excluir de la regla del artículo 1347.2 CC los frutos civiles obtenidos de la participación privativa que el cónyuge socio tenga en la empresa familiar. De ese modo todos los dividendos distribuidos por ésta, así como, en general, los rendimientos que ésta genere constante la sociedad de gananciales serían privativos.

---

[21] Esta teoría del fortalecimiento de una posición previa en la composición del capital social bien podría fundamentar una futura línea jurisprudencial que defienda el carácter privativo de las acciones o participaciones adquiridas en sociedades cerradas en que el cónyuge adquirente ya fuese socio. Ello conllevaría aunar los principios inspiradores de los artículos 1352 y 1357 CC, considerando la posición global del socio en dicha sociedad como un todo.

[22] SAP BA 1071/2010, de 8 de noviembre.

2. Beneficios extraordinarios. No todas las rentas que proceden de la participación del cónyuge socio en la empresa familiar tienen la consideración de frutos civiles ni, en consecuencia, son gananciales. Los beneficios extraordinarios que pueda repartir la empresa constante la sociedad de gananciales no tienen la condición de frutos, puesto que, aunque su obtención sea previsible o esperada, es ajena a la periodicidad inherente al propio concepto de fruto. Al no ser frutos no devendrán gananciales ex art. 1347.2 CC[23]. Pese a que jurídicamente es relativamente claro, sería deseable que en las capitulaciones matrimoniales se especificara el destino de los rendimientos (ordinarios o extraordinarios) de la empresa familiar para así evitar conflictos futuros sobre esa materia, bien sea excluyendo su ganancialidad o, contrariamente a la interpretación mayoritaria, reconociéndola.

3. Aumento del valor de mercado. La fluctuación del valor de mercado de las acciones o participaciones sociales no constituye en sí mismo un incremento patrimonial ni supone rendimiento alguno, ni privativo ni ganancial. Si como consecuencia de la enajenación de las acciones o participaciones sociales el cónyuge socio experimentara una ganancia patrimonial, ésta será privativa y no habrá crédito alguno a favor de la sociedad de gananciales. No resulta aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo 1360 CC con relación al 1359 CC.

4. El problema de las reservas. Reservas son los beneficios obtenidos por la sociedad y que no han sido distribuidos entre los socios. La teoría mayoritaria defiende aplicar, por analogía a las reservas obtenidas constante la sociedad de gananciales, el criterio previsto para el usufructo de acciones o participaciones sociales en el artículo 128 LSC[24]. Ello supone considerar lo aportado a reservas como un crédito a favor de la sociedad de gananciales y contra el cónyuge titular con carácter privativo de las acciones o participaciones. El importe será igual al de los beneficios devengados constante la sociedad de gananciales y que, en lugar de repartirse vía dividendos, se incorporen a reservas[25]. El problema es que lo que la doc-

---

[23] SAP GC 1439/2010, de 17 de marzo.

[24] SAP M 22029/2013, de 17 de diciembre.

[25] Frente a esta teoría, e igualmente defendible, está la postura de los que consideran que los beneficios incorporados a reservas y no distribuidos no son frutos y no pertenecen al cónyuge socio, sino a la sociedad, que tiene su propia personalidad jurídica. Dichas reservas podrían destinarse constante la sociedad de gananciales a compensar deudas societarias pasadas, presentes o futuras. Solo en caso de verificarse su distribución por una u otra vía cabría aplicar el 1347.2 CC (dividendos) o el 1352 CC (aumento de capital con cargo a reservas).

Otra teoría todavía más matizada diferencia entre sociedades en las que el cónyuge socio tenga una posición de control o no decisiva para la distribución de dividendos (SAP V 5130/2009, de 14 de mayo). Si no la tuviera le exime de responsabilidad si la Junta general acuerda no distribuir beneficios e incorporarlos a reservas, puesto que dicha decisión no le resulta imputable. Si tiene una posición de control y se negara a distribuir los beneficios obtenidos podría estar incurriendo en

trina y jurisprudencia consideran ganancial es el beneficio neto, no bruto, de modo que es difícil justificar que todo beneficio incorporado a reservas sea automáticamente neto (y no bruto en espera de compensar pérdidas pasadas o futuras).

Si con posterioridad se realiza un aumento de capital con cargo a reservas se produce un conflicto entre la regla general del artículo 1347.2 CC y la especial del 1352 CC, que se resolverá a favor del segundo por mor del principio de especialidad. Las nuevas acciones o participaciones sociales serán privativas del cónyuge socio, sin perjuicio de reconocerse a favor de la sociedad de gananciales un derecho de crédito proporcional al importe de las reservas generadas constante ésta y que se hayan invertido en dicho aumento.

En cuanto a las reservas no repartidas, llegada la disolución de la sociedad de gananciales[26], la teoría mayoritaria considera, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 128 LSC antes referido, que el cónyuge socio adeudará a la sociedad de gananciales el importe proporcional de los beneficios generados durante la vigencia de ésta que, no habiéndose repartido ni consumido compensando pérdidas, se hubieran incorporado a dichas reservas.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe II.1.4.3. del capítulo XII de esta obra colectiva.

2.3. Disposición inter vivos *de las acciones o participaciones gananciales*

La titularidad privativa de las acciones o participaciones sociales facilita mucho el régimen de transmisión de las mismas, en cuanto que el único legitimado para ello es el titular. Por el contrario, la naturaleza ganancial de unas acciones o participaciones sociales puede dificultar mucho su régimen de transmisión.

La transmisión o constitución de derechos reales sobre participaciones sociales gananciales está sujeta al régimen general previsto en los artículos 1375 y siguientes del Código Civil, que exigen para ello el consentimiento de ambos cónyuges.

Por el contrario, tratándose de sociedades anónimas, facilita el régimen de disposición el artículo 1384 CC, para el que: «*Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*», por lo que podrá realizarlos por sí solo el cónyuge titular. A estos efectos hay que matizar

---

abuso de derecho. Hoy, con el artículo 348.bis LSC parece claro dónde está el límite mínimo en la distribución de beneficios.

[26] Por disolución de matrimonio o por acordarse el régimen de separación de bienes.

que dicho artículo no es aplicable a las participaciones sociales por no tener éstas la consideración de valores[27].

2.4. Disolución de la sociedad de gananciales

Si a la finalización del régimen de sociedad de gananciales las acciones o participaciones sociales hubieran pertenecido al cónyuge socio con carácter privativo éstas seguirán en su patrimonio sin mayores vicisitudes, puesto que al no ser gananciales no entrarán en la liquidación de dicho patrimonio. Si por el contrario hubieran ingresado en el patrimonio ganancial acciones o participaciones sociales de la empresa familiar de uno de los cónyuges, se plantea el problema de que teóricamente dichas acciones o participaciones se podrían adjudicar por igual a uno u otro en la liquidación. La solución a dicho problema pasa por aplicar por analogía el artículo 1406.2 CC[28], por el que «*cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 2. La explotación económica que gestione efectivamente*». Con ello se atribuirían al cónyuge socio preferentemente las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar. Sobre esta cuestión, ver lo dispuesto en el epígrafe II.

En cualquier caso y para evitar conflictos futuros sería conveniente incluir en capitulaciones matrimoniales una cláusula por la que los cónyuges pacten que en caso de liquidación de la sociedad de gananciales, se adjudicarán con preferencia al cónyuge que ostente la condición de socio las acciones o participaciones de la sociedad familiar que hubiere en el patrimonio ganancial al tiempo de la liquidación. Esa cláusula también podría incluirse perfectamente en los pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial, a que se refiere el artículo 231.20 del Código Civil de Cataluña y que aún permanecen sin regulación legal en derecho común español.

En dichos pactos en previsión de una ruptura matrimonial, se podrían incluir en interés del cónyuge socio otras cláusulas que eviten litigiosidad si llegara el caso de un divorcio; como sería el modo de valorar la participación en la empresa familiar o el importe de la pensión compensatoria en función de la evolución de determinados parámetros económicos de la empresa familiar.

III. SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* Y EMPRESA FAMILIAR

Dado que existe un capítulo de esta obra específico para este tema vamos tan solo a dar un par de ideas al respecto.

---

[27] Art. 92.2 LSC y RDGRN de 25 de mayo de 1987.
[28] SAP OU 462/2017, de 30 de junio.

1. El problema de las legítimas

Históricamente, uno de los principales problemas de la empresa familiar era y sigue siendo sobrevivir al problema sucesorio, no solo desde el punto de vista fiscal, sino también jurídicamente. La existencia en gran parte de nuestro territorio de un sistema de legítimas forzaba a trocear de una u otra forma la empresa o a alterar en muchos casos decisivamente el control de las sociedades familiares a efectos de satisfacer a cada cual su legítima incluso contra la voluntad del causante. La existencia en nuestra regulación de una legítima de carácter individual[29], unida a las infrecuentes causas tasadas de desheredación[30], conlleva una exigencia de dividir la herencia entre los legitimarios. Cuando no es posible satisfacer la legítima con otros bienes ajenos a la empresa familiar, ello suele conllevar la repartición de la participación del causante en la empresa familiar, entre los descendientes.

Sin perjuicio de remitirnos al capítulo XI de la presente obra, apuntamos brevemente una serie de posibles problemas y sus soluciones.

1.1. La actual dificultad para desheredar

Desde una perspectiva puramente empresarial se ha reclamado en muchas ocasiones una flexibilización del régimen previsto en nuestro derecho común para las legítimas de los descendientes. Desde el punto de vista cuantitativo, en la mayoría de los casos es voluntad de los ascendientes disponer *mortis causa* en favor de sus descendientes por partes iguales, y en muchos casos se puede realizar la partición por el propio testador adjudicando a unos hijos la participación en la empresa familiar y a otros, no interesados en ésta, otros bienes. También la legítima implica problemas desde el punto de vista cualitativo, puesto que a veces la voluntad del causante sería dejar a un legitimario tan solo una renta o pensión procedente de la propia sociedad, pero dicha voluntad choca con el carácter intangible cualitativamente de la legítima, por lo que bastaría la oposición del legitimario para que pudiera éste exigir en su lugar la entrega de bienes procedentes del caudal relicto.

Como hemos dicho antes, las causas de desheredación en nuestro derecho común son escasas y poco frecuentes, y no son pocas las voces que han reclama-

---

[29] Tan solo las legislaciones forales aragonesa y, por influencia de ésta, vasca, contemplan una legítima colectiva.

[30] Existe hoy en día una fuerte tendencia hacia la flexibilización de las causas de desheredación, que se manifiesta tanto en la aceptación en derecho catalán de la ausencia de relación familiar como causa de desheredación (art. 451.17-e CCC) como en el desarrollo jurisprudencial del maltrato psicológico como causa de desheredación en derecho común (SSTS 258/2014, de 3 de junio, y 59/2015, de 30 de enero.

do o bien la desaparición de las legítimas en cuenta a tales o bien unas causas de desheredación más generosas. La tendencia doctrinal y jurisprudencial va en ese sentido, y así existe hoy una fuerte tendencia hacia la flexibilización de las causas de desheredación, que se manifiesta tanto en la aceptación en derecho catalán de la ausencia de relación familiar como causa de desheredación (art. 451.17-e CCC) como en el desarrollo jurisprudencial del maltrato psicológico como causa de desheredación en derecho común (SSTS 258/2014, de 3 junio, y 59/2015, de 30 de enero.

Para privar a un legitimario en nuestro país de su legítima se debe proceder a desheredarle expresamente en testamento, haciendo constar la causa concreta de desheredación en que el mismo incurre (art. 849 CC) y procurando que la misma sea fácilmente demostrable por los herederos beneficiados indirectamente por la misma, puesto que el artículo 850 CC dispone que: «*La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare*». Siempre que se proceda a incluir como causa de desheredación en un testamento el maltrato psicológico será conveniente recomendar al testador que acumule documentación (por ejemplo, un informe elaborado por psiquiatra) que ayude a los futuros herederos beneficiados por dicha desheredación a acreditar dicha causa en un eventual juicio.

1.2. El artículo 1056 CC

La reforma del artículo 1056 CC ha facilitado enormemente el pago de dichas legítimas admitiendo que se adjudique la empresa a uno o varios de los herederos (eliminando así las disputas sobre distribución de la herencia y la formación de lotes) y aplazando el pago de las legítimas hasta cinco años. El mismo artículo destaca: «Si no se hubiere establecido la forma de pago cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia», lo que a contrario significa que se puede satisfacer en metálico extrahereditario si se dispone expresamente. De esa forma la propia empresa familiar, con los rendimientos que genere en un plazo de cinco años, podrá así satisfacer las legítimas a los designados. El artículo no aclara si el citado aplazamiento devengará intereses, si bien la referencia en el propio cuerpo del artículo a las causas de extinción de las obligaciones y el texto del artículo 847 CC, que expresamente los exige, inducen a pensar que sería defendible que el legitimario perjudicado los reclamara. En cualquier caso la inclusión de una referencia expresa en el testamento a que la legítima aplazada devengará intereses eliminará un motivo evidente de controversia entre los instituidos.

Sobre este artículo ver también epígrafe IV.5 del capítulo XI y epígrafe III.2. del capítulo XII de esta obra colectiva.

1.3. Ley aplicable a la sucesión y alteración en vida de los puntos de conexión

Tanto en nuestro país como en el extranjero existen normativas de derecho sucesorio que excluyen la existencia de legitimarios, por lo cual es importante para evitar futuros conflictos que el empresario esté debidamente asesorado sobre cuál es la legislación aplicable a su sucesión. De dicha ley dependerá la existencia o no de legitimarios y la cuantía de dichas legítimas en caso de existir.

Si bien la ley aplicable a la sucesión no es libre, a efectos de derecho internacional privado, el artículo 22 del Reglamento de Sucesiones[31] admite que el testador realice una *professio iuris* optando por que su sucesión se rija por la ley correspondiente a su nacionalidad y no por la ley correspondiente a su residencia habitual al tiempo de su fallecimiento. Ello concede una alternativa al ciudadano para determinar cuál será la ley aplicable a su sucesión.

Así mismo la alteración voluntaria de los puntos de conexión puede ser decisiva en la determinación de la ley aplicable a su sucesión. Con relación a las normas de derecho internacional privado de nacionalidad o residencia habitual del testador en los últimos años de su vida son los utilizados por el Reglamento de Sucesiones. En la esfera de derecho interregional el punto de conexión es la vecindad civil, para cuyo cambio dispone el artículo 14.5.1 CC: «*La vecindad civil se adquiere: 1) Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad*». Así pues, la residencia en un determinado lugar (acreditada fundamentalmente mediante el empadronamiento administrativo), unida a la manifestación expresa realizada ante el encargado del Registro Civil, puede conllevar el cambio de la ley aplicable a la sucesión y, si de ello resultare un cambio en cuanto a legitimarios, causas de desheredación, etc. Distinto de la ley aplicable a la sucesión desde la óptica civil está la normativa fiscal, para la cual se exige la permanencia en el territorio de una Comunidad Autónoma el mayor número de días durante los cinco años anteriores al fallecimiento.

1.4. Satisfacción de la legítima en vida: donaciones y pactos de «non succedendo»

Un problema añadido a la cuestión sucesoria es la imposibilidad teórica de «solucionar» la cuestión sucesoria en vida del causante. Si el empresario tiene clara la distribución que pretende hacer de su patrimonio a su falleci-

---

[31] Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

miento y pretende evitar cualquier situación conflictiva que éste genere toparà con la prohibición general de los pactos sucesorios a que se refiere el artículo 1271 CC[32], a lo que hay que añadir la prohibición del artículo 816 CC[33]. Los mecanismos para salvar dicha prohibición en derecho común español son limitados. Tan solo cabría que el empresario realizase donaciones colacionables a favor de sus legitimarios que fueren expresamente imputables a su parte en el tercio de legítima. La aceptación de esas donaciones tendría el efecto de reducir la porción legitimaria de los donatarios, «liberando» indirectamente al causante en sus disposiciones *mortis causa* del respeto debido a la legítima de los herederos forzosos, que ya habría sido cubierta en vida de éstos. El problema, obviamente, sería el del momento a que ha de referirse la valoración de los bienes o derechos donados. Por otro lado es difícil saber en vida a cuánto va a ascender exactamente el caudal hereditario neto, por lo que tan solo se dispondrá en la mayoría de los casos de una estimación del importe de la legítima.

Una herramienta no disponible en derecho común, pero sí en casi todos los derechos forales[34] es la figura de los pactos *de non succedendo,* aquellos por los que se acuerda en vida renunciar a la legítima futura a cambio de la atribución en vida de ciertos bienes[35]. Se trata de acuerdos *inter vivos* por los que el futuro causante y el legitimario convienen la atribución en vida de un determinado bien al legitimario a cambio de que éste renuncie a su condición de tal con carácter definitivo (e irrevocable en principio). Y ello generalmente, «cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse»[36]. De esa forma el testador «se deshace» de un legitimario a cambio de adjudicarle bienes en vida, y además dicho acuerdo está blindado frente a posibles reclamaciones futuras, puesto que es independiente del importe total de la futura herencia[37].

---

[32] «*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.*»

[33] «*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél, pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.*»

[34] Se admite de una u otra forma en algunas legislaciones forales. La denominación varía (apartamiento gallego, definición mallorquina, finiquito en Ibiza y Formentera o simplemente pactos de renuncia en derecho aragonés).

[35] Un ejemplo sería el artículo 492 CDFA.

[36] Texto literal del artículo 134 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia.

[37] Por el contrario, en el caso de las donaciones hechas al legitimario en vida, sean colacionables o con dispensa de colación a los efectos del artículo 1035 CC, están sujetas a colación en el sentido del artículo 818 CC, por lo que se tendrán en cuenta a los efectos de determinar el importe de las legítimas.

2. Gestión de la participación del causante en la empresa familiar

2.1. Herencia yacente y comunidad hereditaria

Desde el punto de vista de la sociedad, el fallecimiento del socio, más allá de la existencia en su caso de restricciones a la libre transmisibilidad *mortis causa* de participaciones sociales o acciones, no supone cambio alguno puesto que la sociedad anónima y la limitada no contemplan como causa de disolución en principio el fallecimiento de uno de los socios. A efectos de notificaciones (por ejemplo, convocatoria al socio para celebración de Junta general), éstas se deberán dirigir al nuevo domicilio que se comunique a la sociedad por el heredero adjudicatario o, previamente a la adjudicación, por la comunidad hereditaria o el administrador de la herencia. De no comunicarse ningún cambio de domicilio, la sociedad (su órgano de administración) cumplirá con notificar al domicilio del causante que a estos efectos figurara en el Libro Registro de Socios.

Una de las principales fuentes de conflicto en derecho se produce siempre en los momentos de interinidad entre dos situaciones claramente regladas. Al producirse el fallecimiento del socio titular de acciones o participaciones sociales en la empresa familiar se extingue su personalidad jurídica, generándose una situación de incertidumbre en lo referente al ejercicio de los derechos de socio. El hecho de que los efectos de la aceptación de la herencia una vez realizada se retrotraigan al momento de fallecimiento del causante no soluciona el problema que se produce en el ínterin entre el fallecimiento y la aceptación.

Para evitar problemas es fundamental que el causante haya previsto al ordenar su sucesión una cláusula por la que determine quién ejercitará los derechos de socio mientras dure la situación de herencia yacente, normalmente un albacea o un administrador de la herencia, o al menos un administrador limitado al ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar.

Verificada la aceptación de la herencia y, en tanto no se produzca la adjudicación de las acciones o participaciones sociales a uno u otro heredero, las acciones o participaciones pasan a pertenecer a la comunidad hereditaria y en consecuencia el régimen de administración de los bienes deja de depender tan solo de la voluntad del testador, pudiendo los miembros de la comunidad hereditaria nombrar un administrador distinto del previsto por el causante. Para el ejercicio de los derechos de socio será preciso que los miembros de ésta designen por acuerdo mayoritario un representante frente a la sociedad (lo exige el art. 126 LSC). Dicho representante, que no tiene por qué ser un socio (no resulta aplicable en el caso de sociedad limitada lo dispuesto en el artículo 183 LSC, porque no se trata de un supuesto de representación voluntaria propiamente dicho), será quien pueda ejercitar los derechos del conjunto de las acciones o participaciones

sociales incluidas en el caudal relicto en tanto no se produzca la adjudicación de las mismas.

Otro problema que se plantea al legar las acciones o participaciones sociales es la toma de posesión de las mismas, determinante a efectos de ejercicio de los derechos de socio frente a la sociedad. Es cierto que en el legado de cosa específica el legatario adquiere la propiedad de la misma desde que el causante muere, pero no es menos cierto que, al menos en derecho común, el legatario en principio no puede tomar por sí solo posesión de los bienes de la herencia y, en consecuencia, no podría ejercitar los derechos de socio frente a la sociedad sin previa entrega de las acciones o participaciones sociales efectuada por el heredero.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe I del capítulo XII de esta obra colectiva.

2.2. Administración por persona distinta del heredero, padre o tutor

En muchos casos la gestión de la empresa familiar y en particular el ejercicio de los derechos políticos en su seno exigen unos conocimientos que no son usuales nada más adquirir un joven la mayoría de edad. Es por ello frecuente el excluir la administración de los hijos sobre la participación heredada (o legada) en la empresa familiar hasta que éstos alcanzan una edad (es frecuente los veintitrés años cumplidos) en la que dicho conocimiento se presume alcanzado. El Tribunal Supremo ha admitido este tipo de cláusulas aun imponiéndolas a los legitimarios[38], incluso vetando la rendición de cuentas por parte del administrador hasta alcanzada por el legitimario una cierta edad.

Los problemas relativos a la administración de la participación de los herederos en la empresa familiar se agravan si los herederos llamados son menores de edad y su representación corresponde a persona ajena a la familia[39]. Si al fallecimiento del padre socio de la empresa familiar los menores llamados como herederos o legatarios son legitimarios del causante y sobrevive el cónyuge viudo, la patria potestad se concentra automáticamente en éste (art. 156 CC). La patria potestad se extiende sobre la totalidad del patrimonio de los menores con las salvedades establecidas en la ley, de modo que en principio también se extenderá a las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar del padre premuerto.

---

[38] STS 724/2005, de 6 de octubre.

[39] En el caso más frecuente, el cónyuge del socio fallecido, pero podría quedar la administración de dicha participación en manos de la familia política (suegros o cuñados) o incluso corresponder a un tercero designado tutor por el cónyuge del socio fallecido o por un juez.

El artículo 164.2 CC contempla que se excluyen de la administración paterna «*los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa*». La figura en cuestión sería el administrador testamentario a que se refiere el artículo 227 CC y cuya naturaleza jurídica y régimen aplicable no son todavía claros. El problema es que las acciones o participaciones que el padre deja a los hijos *mortis causa* se atribuyen a título gratuito, pero no como mero acto de liberalidad del padre, o al menos no todas, porque parte de ellas se tienen que dejar *ex legem* con cargo a los tercios de legítima estricta y de mejora. En este asunto existen opiniones en los tres sentidos: 1) los que consideran que como la atribución es por ministerio de la ley (al menos en parte) no es a título gratuito y en consecuencia no cabe excluir dichos bienes de la administración del supérstite que detenta la patria potestad en exclusiva (o del tutor, en su caso); 2) los que distinguen en función de a qué tercio se imputen las acciones o participaciones sociales recibidas *mortis causa;* y 3) los que consideran que cabe imponer la administración ajena de los bienes sobre la totalidad de lo heredado ex art. 164.1 CC, por ser la disposición *mortis causa* a título gratuito (aunque en parte lo reciban los hijos como herederos forzosos).

Nuestro Tribunal Supremo[40] se ha inclinado por la tercera y más radical de las posturas citadas, considerando que cabe imponer un administrador de los bienes sobre la totalidad de lo recibido por herencia, incluyendo lo adjudicado con cargo al tercio de legítima estricta. El argumento esgrimido se basa en el propio artículo 164.2 CC, el cual, al tratar de la legítima estricta correspondiente por derecho de representación a los hijos del desheredado, ex arts. 761 y 859 CC, atribuye preferentemente su administración precisamente «a la persona designada por el causante» y solo en su defecto al otro progenitor. Indirectamente dicho artículo está admitiendo la preponderancia del administrador impuesto por el disponente sobre los padres o el tutor en la administración de los bienes imputables al tercio de legítima.

Como conclusión podemos decir, por tanto, que sería deseable que el empresario disponga en su testamento que la administración de la participación que ostenta en la empresa familiar, en caso de fallecimiento, se atribuya a alguien de su entorno familiar con conocimientos de la empresa. De esa forma se evita la intervención en ésta del cónyuge viudo del socio, suegros, cuñados o demás extraños a la empresa familiar.

Sobre esta cuestión, ver también el epígrafe I.2.2.2.B) del capítulo XII de esta obra colectiva.

---

[40] STS 724/2005, de 6 de octubre.

3. Usufructo y nuda propiedad de acciones y participaciones sociales

Nuestro derecho común y la práctica totalidad de las legislaciones forales reconocen al cónyuge viudo una legítima consistente en el usufructo de la totalidad (Aragón o Navarra) o una parte de la herencia del cónyuge premuerto. Es frecuente en los territorios sujetos al Código Civil que en el testamento se incluya una cláusula por la que dicho usufructo se extiende no solo a la parte alícuota contemplada en la ley, sino a la totalidad de la herencia. Además de lo anterior el usufructo puede originarse *inter vivos,* en los casos cada vez más frecuentes en que los socios fundadores de una empresa familiar, llegado el momento de su jubilación, donan a sus descendientes su participación en la misma aprovechando las importantes bonificaciones fiscales existentes en nuestro ordenamiento, reservándose el derecho de usufructo sobre su participación en la empresa familiar para garantizarse unos ingresos hasta su fallecimiento.

Ante ello cobra mayor relevancia el problema que plantea la articulación de los derechos de socio en los casos de que la titularidad de la acción o participación social corresponda en usufructo a una persona y en nuda propiedad a otra.

Para comprender la articulación del derecho de usufructo en la Ley de Sociedades de Capital hay que partir del hecho de que dicha ley no regula el contenido global del usufructo como tal, ni las relaciones entre usufructuario y nudo propietario (que son estrictamente civiles), sino el ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio enfocado desde una perspectiva exclusivamente mercantil. Los artículos 127, 128 y 129 LSC no aspiran a construir una regulación completa del usufructo de acciones o participaciones sociales, sino tan solo a precisar el modo de ejercicio de los distintos derechos de socio frente a la sociedad. Todo ello se hace con independencia de lo pactado o acordado en el título constitutivo del usufructo (art. 127.2 LSC). De esa forma básicamente se atribuyen al usufructuario los derechos económicos derivados de la condición de socio: 1) El art. 127 LSC le adjudica los dividendos acordados constante el usufructo –no los efectivamente repartidos–; 2) El art. 128 LSC se ocupa de lo que les corresponden en los beneficios no repartidos incorporados a reservas y en la cuota de liquidación en caso de disolución de la sociedad; y 3) El art. 129 LSC faculta al usufructuario para ejercer los derechos que pudieran corresponderle al nudo propietario en caso de aumento de capital si no los ejerciera éste.

Los restantes derechos, fundamentalmente los de contenido político, se reservan al nudo propietario. Ello puede conllevar la tentación para el nudo propietario de restringir la política de reparto de beneficios de la sociedad para de esa forma reducir el importe que percibe el usufructuario. Como además la política de reparto de los resultados positivos es propuesta por el órgano de administración (aunque se apruebe en Junta general) y los derechos de voto para nombrar o cesar a éste corresponden al nudo propietario, éste podría presionar directa o indirectamente a los integrantes del órgano de administración para que lleven a cabo una

política menos generosa a corto plazo con el socio. Es cierto que existe jurisprudencia[41] que considera que tal actitud de no repartir dividendos, sino incorporarlos íntegramente a reservas de modo continuado, supone un abuso de derecho que podría ser sancionado por los tribunales. Los problemas son tres:

1. Por un lado, que el cónyuge viudo, normalmente una persona con cierta edad, tiene poca energía, conocimiento o tiempo para interponer una demanda en los tribunales[42].

2. Por otro lado, es muy difícil probar una actitud claramente dolosa hacia el usufructuario, bastando con generar pérdidas desde el punto de vista contable o reducir de otras formas los beneficios a repartir al mínimo. Es frecuente que, ignorando la existencia de un usufructuario, se aprueben por la mayoría e incluso por el propio nudo propietario con derecho a voto decisiones empresariales tendentes bien sea a amortizar deuda más rápidamente, o bien a reforzar las inversiones de la empresa. En esos casos se está optando por una política contraria a la que beneficiaría al usufructuario, que sería aquella tendente a lograr la reversión a favor de los socios de los beneficios obtenidos por la sociedad.

3. Por último, no se observa abuso de derecho si el nudo propietario carece de capacidad real para aprobar por sí el reparto de dividendos. En mi opinión, con la actual redacción del artículo 204 LSC, no parece que quepa impugnar la actuación del nudo propietario por abuso de derecho si su voto no hubiera sido decisivo para la negativa al reparto de dividendos.

En cuanto al porcentaje de beneficios que habría que repartir para no entender vulnerado el contenido económico del usufructo, aunque no hay todavía jurisprudencia al respecto, bien podría utilizarse el porcentaje indicado en el artículo 348. bis LSC: «*un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior*».

La manera más sencilla de evitar estos problemas es introducir en los estatutos de la sociedad una cláusula por la que se altera el contenido legal supletoriamente aplicable del artículo 127 LSC, de modo que los derechos políticos correspondan al usufructuario. En ese caso el riesgo sería el contrario, que el usufructuario realizase una gestión tendente al vaciado de la sociedad en perjuicio de los herederos. Desde una perspectiva de planificación del fenómeno sucesorio corresponde al causante determinar quién ha de ejercer los derechos políticos en caso de usufructo (previa modificación, en su caso, de los estatutos de la empresa familiar). Las posibles soluciones son dos:

---

[41] STS 125/2012, de 20 de marzo.

[42] En muchos casos, para cuando llega la sentencia firme, ya se ha producido el fallecimiento del cónyuge viudo que, mientras tanto, ha sufrido en vida un vía crucis judicial.

1. Si optamos por atribuir al usufructuario exclusivamente el derecho al dividendo debería imponerse a los nudo propietarios en el título constitutivo del usufructo que, en ejercicio de sus derechos políticos, deberán siempre apoyar una cifra mínima de reparto de beneficios. Para asegurar el cumplimiento podría imponerse la firma de un pacto parasocial que obligue a ello, una modificación estatutaria a tal fin, cláusulas penales o incluso sujetar la constitución del usufructo, condición resolutoria, de modo que el voto en contra del reparto del dividendo acordado conllevara la adquisición del pleno dominio por parte del usufructuario.

2. Si optamos por alterar el régimen supletoriamente previsto en la Ley de Sociedades de Capital y atribuimos al usufructuario el ejercicio de los derechos políticos, la solución deberá ser la contraria, imponiendo en el título constitutivo del usufructo garantías que eviten el vaciamiento de la sociedad en contra del interés de los nudo propietarios.

4. Reversión de donaciones, reserva vidual y reserva troncal

Unos apuntes para recordar una serie de instituciones basadas en el principio de troncalidad y que pueden alterar el destino esperado y «normal» de unas acciones o participaciones sociales en caso de sucesión *mortis causa,* originando conflictos por la ignorancia generalizada acerca de su existencia:

4.1. Reversión de donaciones

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 812 CC[43] «*los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión*»; ello supone que, en caso de que un ascendiente disponga *mortis causa* de acciones o participaciones sociales de la empresa familiar en favor de un descendiente y éste muriere sin posteridad, sobreviviendo el donante al donatario, tendrá derecho éste a que lo donado le revierta con carácter preferente a la aplicación del régimen estatutariamente previsto para la transmisión *mortis causas* de esas acciones o participaciones. Para la doctrina administrativa más reciente[44] no se trata de un supuesto de sucesión legal, sino de una reversión de la donación, previa al fenómeno sucesorio. Por eso, los bienes donados que ahora revierten no están afectos al pago de las deudas de la herencia del donatario fallecido, porque nunca llegan a formar parte de su herencia.

---

[43] Las legislaciones forales de Aragón, Navarra o el País Vasco contienen su propia normativa en esta materia. El punto de conexión a efectos de derecho interregional es la ley personal del donante ex art. 10.7 CC.

[44] RDGRN de 13 de junio de 2016.

En caso de premoriencia de uno de los donantes, si las acciones o participaciones sociales eran gananciales, el criterio más reciente adoptado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución antes citada es aceptar que el donante supérstite pueda imponer la reversión, considerando que al operar ésta el bien donado revertirá a la sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada integrada por el donante supérstite por un lado y los herederos del premuerto por el otro.

4.2. Reserva vidual y troncal

Con arreglo a la regla general del artículo 968 CC, en los casos en que el cónyuge viudo del socio de la empresa familiar heredare de éste sus acciones o participaciones sociales, si llegara a contraer nuevo matrimonio o incurriera en los supuestos del artículo 980 CC, la participación heredada por el viudo reservatario estaría sujeta al régimen de los artículos 968 y ss. del Código Civil. Conforme a ese régimen el reservatario deberá reservar dicha participación en la empresa familiar en favor de los descendientes del primer matrimonio, y ello sin perjuicio de la facultad de mejorar a unos u otros conforme al artículo 972 CC.

Por su parte, el artículo 811 CC dispone que: «*El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*». El caso más sencillo es el del hijo que hereda del padre la participación privativa de éste en la empresa de la familia paterna, y que posteriormente fallece sin descendencia dejando dichas acciones o participaciones a su madre[45] por ministerio de la ley (bien sea por sucesión testamentaria o *ab intestato)*. La madre estaría obligada a reservar dicha participación en la empresa familiar en favor de los parientes de la rama familiar de donde ésta procede.

La aplicación práctica de estos preceptos genera importantes problemas que exceden de este estudio. Simplemente apuntamos tres:

1. Si el artículo 968 CC, previsto para el cónyuge viudo que contrae nuevo matrimonio, es aplicable a los casos en que el primer matrimonio se disuelve por divorcio (lo más seguro es optar la respuesta negativa).

[45] Esto plantea un problema, puesto que la madre recibe *ex legem* del hijo, en su condición de legitimaria, es tan solo la mitad de la herencia (una tercera parte si concurre con el cónyuge viudo del hijo). Se refiere el 811 CC a la sucesión forzosa o a la intestada. Una interpretación finalista del precepto nos lleva a optar por la primera de las interpretaciones.

2. Si cabría aplicar por analogía al reservista y los reservatarios la previsión del artículo 129 LSC en relación con usufructuario y nudo propietarios.

   O dicho de otro modo, ¿está obligado el reservista a acudir a los aumentos de capital dinerarios que se aprueben vigente la reserva con la finalidad de evitar el aguamiento o dilución de la participación proporcional del causante de la reserva en la empresa familiar? Y de acudir, ¿debe concurrir con recursos propios o de los reservatarios? ¿Sería aquí aplicable por analogía en sede de reservas el principio de subrogación real del artículo 1352 CC y por tanto lo adquirido por el reservista, aun con sus propios recursos, estaría también sujeto a la obligación de reservar? Los asuntos enumerados son complejos, exceden la extensión del presente estudio y por ello simplemente nos limitamos a dejarlos apuntados.

3. Régimen jurídico de las acciones o participaciones sociales sujetas a reserva. Si bien la reserva nace en los supuestos antes citados, la propiedad (con matices) de las acciones o participaciones corresponde al reservista, que podría ejercer frente a la sociedad todos los derechos de socio sin límite alguno, incluso, en su caso, podría enajenar la participación que ostenta en la empresa familiar, puesto que el régimen previsto por el Código Civil es el de libre disposición (art. 976 CC), sin perjuicio de indemnizar en su caso a los reservatarios con el precio obtenido de dicha enajenación (art. 978 CC), al contrario que en el caso de los inmuebles, en los que se puede hacer constar la condición de reservables de los bienes en el Registro de la Propiedad para hacer así oponible la condición de reservables a eventuales terceros, evitando así que los adquirentes gozaran de la protección de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, produciéndose la resolución de la venta al producirse el fallecimiento del reservista con reservatarios vivos (art. 975 CC). No es por tanto la reserva una institución que vaya a proteger adecuadamente los derechos de los reservatarios manteniendo su posición en la empresa familiar, pudiendo el reservista enajenar su participación o diluirla sin que los reservatarios puedan poco más que tener en cuenta dicho perjuicio al reclamar la oportuna indemnización llegado el caso.

5. Disociación de derechos políticos *mortis causa*

Es frecuente que en la empresa familiar los problemas aparezcan al producirse el relevo generacional. En el ejemplo prototípico, dos hermanos con idéntica participación en la empresa familiar constituyen una sociedad que tras años de éxitos empresariales entra en un período de turbulencias cuando el hermano subsistente ha de lidiar con los herederos del hermano premuerto. Normalmente el hermano premuerto en sus disposiciones *mortis causa* habrá

instituido a uno o varios de sus descendientes como sus sucesores en la empresa familiar, y ahí viene el problema. La nueva generación, más joven y con menos experiencia, toma el poder de la participación del padre en la empresa familiar y comienza a incomodar al hermano supérstite, bien sea abiertamente votando en contra de su gestión o proponiendo cambios en la composición del órgano de administración, o incluso de modo involuntario, exigiendo excesivas explicaciones o un cambio más o menos brusco en el modo de gestionar la empresa familiar. Pese a todo el amor que un padre siente por sus hijos es probable que el hermano premuerto no hubiera deseado poner en semejantes dificultades al supérstite.

Existe una buena manera de evitarlo, y es la que parte de desgajar del contenido de la condición de socio los derechos políticos, atribuyéndolos a persona distinta del que ostentará la condición de socio (por ejemplo, otro familiar en quien se confíe más, o un gerente o persona de confianza que haya trabajado codo con codo con el ahora transmitente/causante). Al privar a los que heredan la participación del saliente de los derechos políticos, se asegura la continuidad de la empresa familiar desde el punto de vista de la gestión, puesto que el papel de los instituidos socios se limitará al cobro de dividendos y a la vigilancia de que la gestión social no perjudica sus intereses económicos. De esa forma se aseguran de que ésta cubre las expectativas económicas de los herederos del premuerto.

Sobre la sucesión contractual, ver el epígrafe V del capítulo XI de esta obra colectiva.

El medio ideal para dicha disociación sería, en los derechos sucesorios en que se admite[46], la sucesión paccionada. Sería posible que ambos hermanos pactaran en vida (y por tanto con carácter irrevocable por uno sin consentimiento del otro) que en caso de fallecimiento de uno de ellos la participación del premuerto en la empresa familiar y los derechos económicos pasen a los herederos de éste, pero reservándose al hermano supérstite los derechos políticos en tanto éste no fallezca o sea judicialmente incapacitado.

Desde el punto de vista civil es claro que cabría esta posibilidad, incluso si la disposición afecta a los hijos y legitimarios al amparo del artículo 164.1 CC conforme ya hemos visto. Si bien como solución civilmente es perfecta, logrando el equilibrio entre las posiciones de causante y beneficiarios, existen sin embargo importantes objeciones desde el punto de vista societario a las que más tarde nos referiremos.

[46] Derechos forales aragonés, navarro, vasco y gallego, cada uno con sus particularidades y, en el caso gallego, limitado a los pactos de mejora y apartación.

IV. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA MERCANTIL

Si bien hemos estudiado previamente los conflictos que pueden producirse en la empresa familiar en la esfera del matrimonio y la sucesión *mortis causa*, sin lugar a dudas el ámbito en el que con más frecuencia se producen los conflictos societarios es en el seno de la propia sociedad.

A tal fin vamos a pasar a estudiar las principales esferas de fricción y las posibles soluciones o previsiones que pudieran mitigar ésta.

1. Derechos y deberes del socio

1.1. Derechos económicos, derecho al dividendo

En muchos casos la empresa familiar es la principal fuente de ingresos de sus socios. Si bien es competencia del órgano de administración la propuesta de aplicación de los resultados del ejercicio, la decisión al respecto es competencia exclusiva de la Junta general (artículos 160.a) y 164.1 LSC). En esa situación que el socio o socios mayoritarios impongan a los minoritarios una política económica restrictiva supondría un importante perjuicio económico (y una importante baza negociadora para que el minoritario presionado votara a favor en un eventual acuerdo deseado por los socios mayoritarios que exija una mayoría cualificada y el concurso del minoritario agradecido).

El artículo 348.bis LSC. La manera de evitar dichas presiones parte de la ley, puesto que el artículo 348.bis LSC impone ahora como obligación legal (que no puede ser soslayada mediante modificaciones estatutarias al respecto) lo siguiente: «*A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la Junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles*».

Este artículo, cuya entrada en vigor fue reiteradamente aplazada, supone una importante garantía para el socio interesado en el rendimiento económico de su participación, si bien con las limitaciones en él establecidas (sólo ejercitable desde el quinto ejercicio de vida de la sociedad, con que se reparta una tercera parte de los beneficios propios de la explotación se evitan ulteriores reclamaciones y que además se puede soslayar con cierta facilidad endeudando a la sociedad a voluntad del órgano de administración para evitar los beneficios), o simplemente abonando al socio que ejercite el derecho de separación el valor razonable de su participación en la empresa familiar.

Participaciones sociales con derecho a un dividendo preferente. La Ley de Sociedades de Capital prescribe con carácter general la alteración de la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el de suscripción preferente (art. 96.2 LSC), pero nada dice de la posibilidad de atribuir a determinadas acciones o participaciones sociales el derecho a cobrar un dividendo superior al de las demás clases de acciones o al de las restantes participaciones sociales. En una empresa familiar puede ser razonable que los socios fundadores se reserven esa clase de privilegios, de modo que ante la entrada de capital ajeno a la familia o procedente de generaciones posteriores de miembros de la misma, se sobrepondere su participación en el capital social a los efectos de cobro del dividendo.

La alteración de los derechos de dichas acciones o participaciones privilegiadas estaría «blindada», puesto que exigiría en la sociedad limitada el consentimiento particular e individualmente prestado de los socios afectados, esto es, la unanimidad (art. 292 LSC). En el caso de la sociedad anónima bastaría el acuerdo mayoritario de los socios con esa clase de acciones en Junta particular de la misma, sin llegar a la unanimidad (art. 293 LSC).

Las ventajas del fundador. Quizá por la vía de las ventajas del fundador a que se refiere el artículo 27 LSC en sede de sociedades anónimas, escasamente utilizadas en la práctica, podría disponerse que los socios fundadores tendrán un derecho al cobro de un dividendo superior proporcionalmente a su participación en el capital social, de modo que, conforme transcurra el plazo máximo de diez años o vayan falleciendo o pasando a otras manos sus acciones, se irá normalizando el derecho al cobro del dividendo. Al contrario que en el caso anterior, dichas ventajas deben desaparecer necesariamente a los diez años y tan solo son aplicables a las sociedades anónimas. Por todo ello, y dado que generalmente una sociedad no comienza a repartir beneficios a partir de su constitución y el inicio de su actividad, la forma de que dichas ventajas sean operativas tiene que ver con su utilización en sociedades que al tiempo de su constitución ya controlen una explotación económica en funcionamiento. Sería el caso, por ejemplo, de una *joint venture* con otro socio para explotar un determinado negocio o contrato que les hubiera sido adjudicado[47], o mediante la reserva de dichos derechos en sociedades anónimas creadas *ex novo* mediante los mecanismos existentes en la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (creadas en virtud de fusión, escisión o cesión global), o constituidas mediante la aportación de rama de actividad.

[47] Una sociedad adjudicataria de un contrato público crea un vehículo instrumental con una segunda sociedad que aporta los medios necesarios para su explotación; por acuerdo entre ambas, al tiempo de su constitución, la sociedad que aporta el contrato o licencia se reserva el derecho a cobrar un dividendo privilegiado cierto número de años para poner en valor lo esencial de su aportación.

Todos esos mecanismos estatutarios para reforzar el contenido económico de la posición de socio adquieren una relevancia aún mayor si el incumplimiento por parte de la sociedad de dichos mínimos se contemplara como causa de separación de los socios descontentos que así lo hicieren constar.

En sociedades familiares es frecuente la adopción de acuerdos en pactos parasociales que determinen las condiciones del derecho al dividendo, a veces imponiendo a los firmantes la modificación de los estatutos en tal sentido, y en otros sin reflejarlo en ellos. Así es frecuente acordar el importe mínimo de dividendos a repartir, o su fórmula de cálculo, o condicionar el reparto a la previa formación de una reserva voluntaria.

Como luego veremos al estudiar las transmisiones indirectas, una vía para proscribirlas sin autorización de la sociedad participada es precisamente privar de derechos económicos a la sociedad partícipe afectada (si bien es más frecuente la privación de derechos políticos).

1.2. Derechos políticos

Independientemente de en qué ámbito se origine un conflicto en una sociedad de capital, éste siempre acaba reflejándose en el órgano soberano de la misma, la Junta general de socios. Como toda institución de naturaleza asociativa en nuestro derecho, las sociedades de capital basan su funcionamiento último en el principio democrático, por ello compete a la reunión de todos los partícipes la toma de decisiones soberanas.

1. Acciones y participaciones sin voto.

Si los socios están especialmente interesados en el aspecto de la rentabilidad económica y son poco dados a la intervención en la gestión social, así como en aquellos casos en que se desea obtener financiación por parte de la sociedad, pero no perder o alterar el régimen de mayorías que determina la actual composición del capital social, puede acudirse a la figura de las acciones o participaciones sin voto (que según el artículo 99 LSC tienen derecho a cobrar el dividendo obligadamente y en primer lugar)[48].

De hecho, es relativamente frecuente la donación por parte del empresario de acciones o participaciones sin voto a favor de sus descendientes para asegurarles

[48] En sociedades limitadas, las participaciones sin voto no pueden superar el cincuenta por ciento del capital social. En las anónimas, el límite es el mismo, pero sobre el capital social desembolsado (art. 98 LSC).

en vida de éste unos ingresos procedentes de la empresa, pero, al mismo tiempo, asegurarse el control de la gestión de la misma por su parte (o por parte de técnicos de confianza ajenos a la familia).

2. Alteración en estatutos del régimen de mayorías supletoriamente aplicable.

El funcionamiento del órgano soberano de las sociedades de capital es democrático, de manera que en su seno los acuerdos se adoptan conforme al principio mayoritario[49].

Dejando a un lado las figuras de las acciones o participaciones sin voto y las participaciones sociales[50] con un derecho de voto preferente[51], como regla general

---

[49] Dicho principio mayoritario no tiene el mismo funcionamiento en todos los órganos; siendo su aplicación distinta en la Junta general y en el Consejo de Administración. La RDGRN de 7 de octubre de 2013, con relación al principio mayoritario, declara: «el principio denominado de la mayoría, o principio mayoritario, si bien juega un papel capital en el ámbito de las sociedades de capital, no se proyecta con igual intensidad en todos los casos, dependiendo del tipo de órgano, incluso si se trata del órgano de administración, varía según la modalidad que adopte, y de la clase de quórum (votación o asistencia) o tipo social de que se trate. No es lo mismo exigir que todas las cuotas sociales se conduzcan unánimemente, en relación al voto en una Junta general, que imponer la unanimidad en las decisiones de los administradores, ya como ocurre en el caso de los administradores mancomunados (…). En la esfera de la administración social (…) la efectividad del principio mayoritario es bien distinta. La propia Ley, dentro de los sistemas plurales de gestión que ampara, admite un tipo de administración que requiere incluso algo más, si cabe, que la unanimidad, como es la actuación conjunta de todos los administradores. Por tanto, la exigencia de unanimidad en la actuación administrativa de la sociedad no es extraña a la esencia tipológica de las sociedades de capital. Por definición, la decisión colegiada es la adoptada en el marco de la pluralidad de los miembros de un órgano. Es una decisión colectiva, pero acordada mayoritariamente, sin que sea precisa la unanimidad, pues en ese caso la estructura del órgano se desnaturalizaría: dejaría de ser colegiado y pasaría a ser mancomunado. Sin embargo, la exigencia de que participen en el debate decisorio todos los miembros, de que se requiera el concurso de todos para la válida constitución del «collegium», no solo no contradice la idea de colegialidad, sino que se cohonesta bien con la misma, pues no pretende sino conseguir la mayor colaboración, participación e implicación de todos sus miembros en los debates sobre la determinación de la gestión social, fomentando su asistencia a las reuniones. Mas, de esta manera, no se rompe ni se desvirtúa el carácter esencialmente colegial del Consejo de administración, pues, constituido éste, no se requiere que la decisión colegial sea adoptada de forma unánime».

[50] El artículo 96.2 LSC prohíbe la emisión de acciones con derecho de voto privilegiado. No obstante, se pueden lograr iguales resultados mediante la emisión de acciones pertenecientes a otra clase que tengan derechos de voto privilegiado. Es posible, por ejemplo, que el socio fundador, antes de transmitir las acciones o dar entrada en la sociedad familiar a sus descendientes, cree acciones de clase privilegiada con voto plural y así controlar el devenir de la sociedad, aunque ello no afecte a los derechos económicos. Incluso puede estipularse que tales acciones devendrán ordinarias transcurridos unos años desde su emisión.

[51] La posibilidad de alterar dicha proporcionalidad no es ilimitada. La RDGRN de 17 de enero de 2009 niega la posibilidad de que se inscriba una cláusula que, independientemente de la participación en el capital social, confería un voto a cada socio y fijaba el umbral para la adopción de acuerdos en la mayoría de votos en Junta general.

a cada acción o participación le corresponde un voto, y la determinación del sentido del voto es libre para cada socio en cada uno de los diferentes puntos del orden del día, debiendo adoptarse los acuerdos en votaciones separadas (art. 197 bis LSC).

A la hora de estudiar el régimen de mayorías de una sociedad es esencial partir de la composición del capital social, tanto la actual como la previsible en un futuro. En toda toma de participación en una sociedad los nuevos socios deben analizar con detenimiento los estatutos de la misma, para así saber los derechos que les otorga la participación que proyectan adquirir a la hora de la toma de decisiones y lo cerca o lejos que estarán de influir en las mismas. Solo si se conocen esas disposiciones estatutarias y ese régimen de mayorías se podrá pactar con los antiguos socios una modificación estatutaria «a la carta» para que la participación adquirida dote a los socios entrantes de la posición deseada. Pese a su importancia, en muchas tomas de posición y adquisiciones de pymes españolas no se analizan con suficiente detalle las cifras que arroja el régimen de mayorías previsto en los estatutos de la sociedad afectada.

Visto desde la perspectiva de los socios actuales, si se ha planeado dar entrada a socios externos con la idea de que ostenten una participación minoritaria en la sociedad, es fundamental con carácter previo a permitir dicha adquisición que los socios preexistentes adapten los estatutos a la realidad esperada, de manera que los nuevos socios no puedan conformar minorías de bloqueo en los asuntos más decisivos.

La problemática es inabarcable en el presente estudio por su amplitud, y es que las mayorías son distintas en función del tipo de acuerdo que haya de adoptarse, y las variables en juego no solo son los votos, sino también el quórum de participación o incluso el número de socios que votan a favor del acuerdo en cuestión.

Con carácter general, el régimen supletorio legal para las sociedades limitadas tan solo exige, con Junta convocada al efecto, una mayoría de los votos válidamente emitidos (art. 198 LSC) siempre que éstos representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social (art. 198 LSC). No se exige en principio para los acuerdos «ordinarios» quórum alguno. Ello significa que un acuerdo que no exija según la ley o los estatutos una mayoría cualificada podría adoptarse por tan solo una tercera parte de los socios.

En el caso de las sociedades anónimas, la mayoría también es simple (más votos a favor que en contra sin tener en cuenta abstenciones, blancos y nulos), variando el quórum mínimo exigido para la válida constitución de la Junta en función de si ésta se celebra en primera o en segunda convocatoria.

Si se quiere, es posible aumentar dichas mayorías estatutariamente (tanto en lo relativo al quórum como en lo referente a la mayoría en sí), pero nunca

reducirlas[52]. Es quizá interesante de cara a una sociedad integrada por varias ramas familiares el exigir vía estatutos una mayoría ordinaria o al menos un quórum algo superiores. De esa forma se garantiza que cualquier acuerdo válidamente adoptado por la Junta requiera al menos la avenencia de varias ramas familiares.

En cualquier caso es conveniente ser prudente: la introducción de mayorías cualificadas incrementa la posibilidad de que surjan situaciones de bloqueo.

Las mayorías cualificadas se regulan en el artículo 199 LSC para las sociedades limitadas y los artículos 194 LSC (quórum reforzado) y 200.2 LSC (mayoría exigida). La alteración del régimen legal puede hacerse en virtud de previsión estatutaria (por ejemplo, blindando la mayoría cualificada exigida para nombrar administradores se puede, *de facto,* exigir la unanimidad de los socios a tal efecto, reforzando así indirectamente la importancia y la posición de los minoritarios).

En cualquier caso existen mayorías que no pueden reforzarse más allá de lo dispuesto por la ley. Es el caso de la necesaria para cesar (que no nombrar) administradores en la sociedad limitada, ex art. 223.2 LSC. Desde el punto de vista de evitar las situaciones de bloqueo a las que luego nos referiremos, que son aquellas que pueden poner fin a una aventura empresarial pese a la buena marcha del negocio, conviene reducir los supuestos en que uno o más socios van a disponer de derecho de veto (minorías de bloqueo) tan solo a aquellos casos que se consideren imprescindibles.

Otra forma de exigir una mayoría cualificada, en el caso de las sociedades limitadas, es exigir no solo una mayoría de votos, sino también una mayoría de socios, esto es, adoptar el acuerdo también «por cabezas», lo que dificultará la imposición de un acuerdo por un único socio con una participación mayoritaria[53]. No obstante, esta última barrera puede burlarse con cierta facilidad por parte del socio mayoritario transfiriendo parte de su participación en la empresa familiar a otras personas afines cuyas circunstancias personales o de parentesco hagan inoperativas las normas de adquisición preferente previstas en los estatutos (por ejemplo, al cónyuge o descendientes si la transmisión a éstos es libre).

En general, es recomendable sopesar mucho los asuntos en los que se va a exigir mayoría cualificada, centrándose en los más relevantes: por ejemplo, en la aprobación por la Junta de acuerdos relativos a activos esenciales (160. f. LSC).

---

[52] Sentencia 166/2005, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, de 1 de noviembre de 2005.

[53] La RDGRN de 17 de enero de 2009 consideró que no puede sustituirse la mayoría de votos por la mayoría de «cabezas», sino que se trata de un sistema complementario («además de») o adicional al de mayoría de votos.

3. Sometimiento del órgano de administración a instrucciones o autorizaciones por parte de la Junta general

El artículo 161 LSC prevé que excepcionalmente la Junta general intervenga en materia de gestión, invadiendo la competencia exclusiva del órgano de administración en esta materia. Dicho artículo[54] puede tener un importante papel en el seno de empresas familiares, permitiendo que determinados asuntos de carácter relevante queden sujetos a una previa autorización o a las instrucciones impartidas por la Junta general. La competencia exclusiva de la Junta general para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (art. 160.f LSC), a la que luego nos referiremos, unida a un uso equilibrado del recurso al artículo 161 LSC en aquellos asuntos especialmente sensibles determinados en los estatutos, son los instrumentos más adecuados para permitir a la Junta general intervenir en asuntos de gestión, facilitando así un control más directo por las minorías de la gestión social.

La exigencia por vía estatutaria de que el administrador requiera una previa autorización de la Junta en un asunto, incluso reforzando la mayoría exigible en Junta general para la aprobación de dicha autorización, supondrá indirectamente estimular la importancia del acuerdo con la minoría en esa materia.

Esa atribución a la Junta general de esta competencia tiene como desventaja la falta de agilidad y los retrasos propios de su funcionamiento (convocatoria, plazos, etc.). Es por ello que hay que ponderar y ser muy restrictivos en el uso del artículo 161 LSC. La redacción del artículo, facultando a la Junta general para impartir instrucciones o someter a autorización la actuación del órgano de administración sobre «determinados asuntos de gestión» es excesivamente genérica y su abuso podría justificar injerencias indeseadas de la Junta general en la labor del administrador. Para evitarlo será siempre conveniente que los estatutos de la sociedad acoten con claridad los asuntos concretos en que la Junta general podrá hacer uso de dichas facultades, así como los plazos, mayorías y el procedimiento a seguir en tales casos.

Distinto del supuesto del artículo 161 LSC será el caso de los actos de adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales, los cuales serán competencia exclusiva[55] de la Junta general, conforme al artículo 160.f LSC, que es imperativo. Este artículo, a nuestros efectos, exigirá acuerdo de la Junta general de una sociedad partícipe en la sociedad familiar para que dicha sociedad partícipe pueda, a su vez, aportar la participación que ostenta sobre la

[54] Recordemos que con la legislación vigente no ofrece dudas la aplicación de este artículo tanto a sociedades limitadas como a anónimas.

[55] La competencia exclusiva es la relativa a la adopción del acuerdo. Obviamente, la celebración del mismo, en cuanto acto de representación, será competencia del órgano de administración.

empresa familiar a otra sociedad siempre que dicha participación tenga la consideración de activo esencial. Se trata de un mecanismo para evitar que los socios pierdan el control de los activos estratégicos de la sociedad en favor de sus administradores. La mayoría exigida será la simple, si bien se puede incrementar estatutariamente, lo que puede resultar adecuado en ciertos casos, como hemos visto en el apartado anterior.

1.3. Pactos parasociales

1.3.1. Concepto y tipos

El Tribunal Supremo[56] define los pactos parasociales como aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos. Las razones para su adopción pueden muy diversas. Por poner varios ejemplos: el hecho de que el acuerdo que se pretende adoptar no tenga cabida en los estatutos por no ser inscribible, que no se desee que dicho acuerdo goce de publicidad, sino que tan solo sea conocido por los firmantes[57], o que el acuerdo abarque sujetos ajenos a la sociedad que carecen de legitimidad para intervenir en el ámbito de ésta.

Para sistematizar los pactos parasociales se han elaborado diversas clasificaciones. Siguiendo un criterio objetivo, por la materia o contenido del acuerdo adoptado, se diferencian:

— Pactos de relación. Regulan las relaciones recíprocas de los firmantes en lo que atañe a la sociedad, pero sin afectar directamente a ésta. Frente a la sociedad tienen un carácter neutro. Son de este tipo los acuerdos de no vender en cierto tiempo toda o parte de la participación que se ostenta en la sociedad («lock up»), los pactos por los que se confiere preferencia a unos socios sobre otros en caso de que hubiera voluntad de enajenar la participación en la sociedad[58], o los pactos de no agresión, por los que varios socios se obligan a no aumentar su participación en la sociedad familiar por encima de un determinado porcentaje.

---

[56] STS 306/2014, de 16 de junio, que defiende la validez de los mismos siempre que no superen los límites generales impuestos al principio de autonomía de la voluntad en el artículo 1255 CC.

[57] De ahí el énfasis del artículo 531 LSC, aplicable a las cotizadas, en la publicidad de determinados pactos parasociales de acuerdo con el principio general de transparencia.

[58] Salvo previsión estatutaria distinta, en el régimen supletorio legal no existen límites a la libre transmisión de participaciones o acciones entre socios. El pacto por el que se acuerda extraestatutariamente que en caso de transmisión exista un derecho de preferencia en favor de alguno o todos los firmantes supone, por tanto, una alteración del régimen legal y, posiblemente, del previsto en los estatutos.

— Pactos de atribución. Son aquellos que atribuyen derechos a favor de la sociedad de la que son socios. Tienen pues un contenido positivo para ésta. Estos pactos de atribución pueden llegar a tener una intervención directa de la propia sociedad. Pese a no haber intervenido, la sociedad podría exigir su cumplimiento con arreglo al régimen del artículo 1257.2 CC, que regula los contratos que contuvieran estipulación a favor de tercero. De cara a la empresa familiar, los dos ejemplos más claros de esta clase de pactos serían aquellos por los que uno o varios socios se obligan a no realizar una actividad competitiva con la sociedad[59] y los que conllevan la obligación de prestar a la sociedad un servicio o suministro en exclusiva o en condiciones ventajosas respecto al mercado (por ejemplo, ofrecerle al socio que sea proveedor un importante descuento en su suministro de material).

— Pactos de organización. Al contrario que las dos clases anteriores, los pactos de organización inciden o pretenden influir directamente en la sociedad, bien sea en su estructura (acuerdos tendentes a modificar la estructura del órgano de administración), su composición (los relativos a las personas que van a integrar el órgano de administración) o, en general, sus estatutos (aquellos que pretendan, por ejemplo, la alteración del régimen de mayorías previsto en la ley o los estatutos para la adopción de determinados acuerdos). En su mayoría, la ejecución de este tipo de pactos parasociales de organización requiere que todos los firmantes apoyen unánimemente en la Junta general el acuerdo parasocial previamente adoptado por ellos, en lo que se denomina sindicación de voto.

Para el Tribunal Supremo[60], «la titularidad de las acciones permite al accionista disponer de los derechos inherentes a tal titularidad, y en concreto permite la cesión del derecho de voto, articulada mediante el otorgamiento de la representación. Por tanto, tal cesión del derecho de voto, sea onerosa o gratuita, no es contraria al ordenamiento jurídico». La idea de que se puede atribuir la titularidad de unas acciones o participaciones sociales a una persona con sus correspondientes derechos económicos, pero cediendo los derechos políticos (asistencia y voto) a favor de otra, máxime si esta segunda ya ostentaba también con carácter previo a la cesión la condición de socio, es todavía objeto de debate doctrinal[61] y motivo de oscilaciones en la jurisprudencia[62].

---

[59] Recordemos que la Ley de Sociedades de Capital tan solo contempla la prohibición de competencia orientada a los administradores, pero no a los socios (aunque se les puede imponer vía prestaciones accesorias, como se estudia más adelante).

[60] STS 608/2014, de 12 de noviembre.

[61] La RDGRN de 9 de diciembre de 1997 argumenta que los intereses del cesionario en esos casos serán egoístas y ajenos a los de la sociedad, aunque es algo ingenuo pensar que los socios actúen siempre conforme a un vago interés social ajeno a los propios.

[62] La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 477/2009, de 14 de septiembre, admite expresamente dicha disociación «al no estar vedada por la ley». La misma instancia un año des-

Otra forma de clasificar los pactos parasociales, que tiene especial relevancia a la hora de estudiar su eficacia y la exigibilidad de su cumplimiento, es la que atiende a un criterio subjetivo. Según dicha clasificación podrían distinguirse:

— Pactos en los que solo intervienen los socios. Son los más frecuentes, por cuanto son los propios socios los principalmente interesados en el devenir de la sociedad. Los adoptados por parte de algunos socios en ausencia de los demás suelen tener dos clases de objetivos: a) la formación de sindicatos de voto, o b) la concesión de preferencias entre ellos a los efectos de transmitir la participación de cada cual en el capital social con el objeto de obtener o consolidar una mayoría de control o una minoría de bloqueo.

Cuando en un pacto parasocial intervienen los socios que ostentan la totalidad de las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital social, dicho pacto se denomina omnilateral y tiene una eficacia reforzada a los efectos de su exigibilidad, como luego veremos.

— Pactos en que intervienen los socios y la sociedad. Normalmente se tratará de pactos de atribución. Al tiempo de la celebración de los mismos será decisivo estudiar las situaciones de conflicto de interés que pueden darse, tanto por parte de los administradores o apoderados intervinientes en representación de la sociedad como en relación al socio. Y ello aunque en principio los pactos de atribución son de contenido beneficioso para la sociedad. En muchos casos se exigirá que la sociedad salve el conflicto que de dichos contratos pudiera derivarse[63].

La intervención directa de la sociedad en esta clase de pactos facilita la exigibilidad de su cumplimiento, no siendo en esos casos preciso recurrir al artículo 1257.2 CC, que siempre deja la puerta abierta a la revocación de la disposición a favor del tercero, generando por tanto una cierta incertidumbre.

— Pactos en que intervienen los socios y un tercero. Estos pactos en ocasiones se utilizan como caballos de Troya por los que terceros ajenos a la sociedad pretenden influir en las decisiones de la misma. Fríamente considerado[64], en algunas ocasiones un tercero puede tener interés en que la sociedad adopte un determinado acuerdo, siéndole más económico a

---

pués, en su sentencia 394/2010, de 17 de noviembre, afirma en cambio que en la cesión a un tercero en interés propio no hay en realidad disociación de los derechos políticos, sino tan solo atribución de legitimación a un tercero para su ejercicio.

[63] Nos remitimos aquí al régimen previsto en los artículos 227 y ss. LSC, referentes al deber de lealtad.

[64] Algunos autores hablan de la interdicción de esta clase de operaciones en interés de tercero alegando que el voto emitido en interés del mismo estaría en cierta manera quebrantando el interés superior de la sociedad, que es el que debería regir el sentido del voto de los socios. Dichos plantea-

dicho tercero pactar, a cambio de un precio, el sentido puntual del voto de determinados socios en dicho asunto (por ejemplo, los suficientes para que el acuerdo se adopte, o al contrario, los suficientes para constituir una minoría de bloqueo) que comprar la participación de los mismos en una sociedad en la que, por otra parte, al margen de dicho acuerdo, puede no tener interés alguno[65]. Ese interés del tercero puede estar más o menos justificado (pensemos en una entidad acreedora condicionando el voto de parte de los socios de la entidad deudora en una operación relativa a activos esenciales).

— Protocolo familiar. Por último habría que hacer referencia al protocolo familiar, que no deja de ser un pacto parasocial firmado por socios integrantes de una familia. Los protocolos familiares suelen obligar a que los acuerdos se adopten en el Consejo de Familia u órgano análogo extrasocietario de modo que, llegada la Junta general, tan solo se ejecutan los acuerdos previamente adoptados fuera de ésta.

Para el estudio del protocolo familiar nos remitimos al capítulo VI de esta obra. Como idea general baste decir que suelen imponer una disciplina de voto en el sentido antes expuesto; de modo que los acuerdos se adoptan previamente a cada Junta general en el seno de un órgano *ad hoc* al que solo tienen acceso los socios que pertenecen a la familia. En dicho órgano se adoptan por mayoría (a veces cualificada) las decisiones convenientes que, una vez tomadas, vinculan el sentido del voto de todos los socios familiares (incluso pueden llegar a imponer una única representación). De esa manera toda la participación de la familia en la sociedad votará en el mismo sentido en la Junta general, a modo de «rodillo» mayoritario, para imponer su voluntad a los posibles socios minoritarios ajenos a la familia.

Al igual que en el caso de los pactos parasociales, la firma del protocolo familiar obliga a los firmantes, pero no prevalece sobre las normas de la Ley de Sociedades de Capital ni sobre los Estatutos Sociales, que determinan el principio de libertad de voto y la norma imperativa de que la presencia del socio en la Junta general implica la revocación tácita de la representación conferida por éste a tal fin (art. 185 LSC). Protegido por esos principios generales, el socio perteneciente a la familia podría ignorar en una hipotética Junta general sobre un asunto de importancia (por ejemplo, un eventual aumento de capital que altere decisivamente la composición del accionariado de la sociedad) las decisiones adoptadas con carácter vinculante inter partes en el seno de los órganos familiares. Su voto sería válido, si

---

mientos, correctos quizá desde el punto de vista teórico, son ajenos en muchos casos a la realidad del mercado.

[65] El interés del tercero en la sociedad puede ceñirse exclusivamente a la adjudicación por ésta de un contrato a largo plazo, por ejemplo, de suministro de materiales o de prestación de un servicio continuado.

bien se expondría después a las consecuencias de ese incumplimiento (que podrían ser desde una fuerte indemnización a los restantes socios familiares hasta la exclusión forzosa de la sociedad, si así se hubiere previsto en los estatutos). Para el estudio en profundidad de esta cuestión nos remitimos a la pregunta siguiente.

1.3.2. Exigibilidad

Conforme a la teoría general de los contratos, una vez celebrado uno, lo acordado tiene fuerza de ley entre los contratantes (artículo 1091 CC), de modo que debería cumplirse por los mismos. Existen diversos medios para asegurarse dicho cumplimiento, que van desde exigir una indemnización por los daños y perjuicios que ese incumplimiento hubiera podido causar, hasta imponer cláusulas penales que desincentiven vulnerar lo pactado. Evidentemente, el pacto parasocial que tenga su reflejo en los estatutos será de obligado cumplimiento para todos los socios, incluyendo los entrantes, y para la propia sociedad, no ya solo conforme al régimen general de los contratos, sino con arreglo a la propia normativa de la ley de sociedades de capital. La ventaja más evidente en esos casos será que el acto realizado por algún órgano social vulnerando los estatutos será susceptible de impugnación conforme al régimen general de los artículos 204 y ss. LSC.

El problema es que la posibilidad de resolver lo hecho incumpliendo los pactos alcanzados, teóricamente posible desde el punto de vista civil[66], es en principio inadmisible desde el punto de vista societario si no existe tal reflejo del pacto en los estatutos. Por ejemplo, el acuerdo válidamente adoptado en Junta general no puede impugnarse por infracción de un convenio de voto ajeno a la sociedad y que, como externo a ésta, le resulta inoponible (art. 29 LSC). Al concebirse los pactos parasociales como un contrato que genera obligaciones exclusivamente entre los firmantes, dichos pactos a su vez son inoponibles a los terceros ajenos al mismo, conforme a la teoría general de los contratos (art. 1257.1 CC).

Esa regla general, consecuencia de la aplicación pura de las reglas generales de teoría de los contratos del Código Civil, comienza a presentar fisuras que están teniendo eco en la incipiente literatura jurídica al respecto y que reflejan la dificultad de concebir los pactos parasociales como compartimentos estancos ajenos a la sociedad y al derecho mercantil.

Ya hemos tratado antes el caso de los pactos de atribución y de la exigibilidad de su cumplimiento por la sociedad por la vía del artículo 1257.2 CC. Otro supuesto de quiebra de esa regla son los pactos omnilaterales, aquellos en que concurren a la firma del pacto parasocial todos los socios de la sociedad, que posteriormente han de adoptar en sede de Junta general o particular un deter-

[66] El art. 1098,2 CC dice: «*Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*».

minado acuerdo. Si en la adopción del acuerdo en Junta uno o varios socios incumplieren lo pactado cabría plantearse la posible impugnación del acuerdo adoptado por haberse aprobado en contra de lo pactado por todos ellos. El Tribunal Supremo[67] en un pronunciamiento rechazó dicha impugnabilidad, si bien posteriormente ha habido un cambio apreciable en nuestros tribunales[68], que, a contrario, nos lleva a pensar que la interpretación está cambiando.

Pese a todo y a nuestros efectos, para garantizar el cumplimiento y la eficacia de los pactos parasociales no reflejados en los estatutos que afecten a la empresa familiar, sería prudente adoptar medidas específicas a tal fin. Entre ellas destacan las siguientes:

— Apoderamiento por parte de los firmantes del pacto parasocial (normalmente un sindicato de voto) a uno de los socios o un tercero para que ejerza en nombre de éstos el derecho de voto en el sentido acordado. Este mecanismo, muy frecuente, tiene dos puntos débiles.

  El primero es la esencial revocabilidad de la representación a que se refiere el artículo 185 LSC. Bastaría la asistencia de uno de los poderdantes a la Junta general en cuestión para tener por revocada la representación conferida. Frente a ello se podría utilizar la figura del mandato irrevocable, que es aquel conferido, no solo en interés y por cuenta del mandante (el socio poderdante), sino en interés de un tercero (los demás firmantes del sindicato de voto), de modo que no cabría la revocación unilateral de la representación conferida, ni siquiera alegando el 185 LSC. La figura del mandato irrevocable está admitida en nuestra jurisprudencia[69], y se fundamenta en que se confiere no solo en interés del que lo confiere, sino del mandatario o del cumplimiento de un contrato para cuyo cumplimiento es instrumental, confluyendo así intereses que impiden la revocación unilateral del mismo. La irrevocabilidad en estos casos existiría incluso aunque no se conviniera así expresamente si resultara claramente de los intereses en juego.

  La segunda cuestión que debilita el uso de esa representación como medio para asegurar el cumplimiento de lo pactado es el hecho de que en sede de sociedades anónimas deba ser especialmente conferida para cada Junta (art. 184 LSC), aunque dicha limitación no será aplicable a la representación conferida a familiares (art. 187 LSC), lo que en sede de empresa familiar podrá en muchos casos eliminar ese problema. En sede de limi-

[67] STS 138/2009, de 6 de marzo.

[68] SAP M 357/2012, de 16 de noviembre, que alegó abuso de derecho para impedir impugnar un acuerdo de Junta general por un socio que en dicha Junta general incumplió lo pactado en acuerdo parasocial. En el mismo sentido STS 659/2016, de 25 de febrero.

[69] SAP B 421/2010, de 5 de octubre, o STS 799/2007, de 10 de julio.

tadas también se exige que sea especial para cada Junta, si bien dicha limitación desaparecerá si se confiere en documento público.

Para evitar los problemas derivados de una posible revocación del mandato conferido por los firmantes del sindicato de voto, en algún caso se han aportado los títulos mediante endoso al representante para así privar de derecho de asistencia a los socios (artículo 179.3 LSC) e impedir indirectamente la revocación. Dicha artimaña, sin embargo, no ha recibido una acogida muy favorable por parte de nuestros tribunales[70].

— Aportación de las acciones o participaciones sindicadas a una nueva sociedad instrumental. Si dicha sociedad se configura con un administrador único, el sentido del voto del mismo está asegurado, así como la falta de legitimidad de los antiguos socios, puesto que ahora habrá pasado a serlo la sociedad partícipe a la que se han aportado las acciones o participaciones de los firmantes del acuerdo. Es el mecanismo más seguro desde el punto de vista de asegurarse el cumplimiento, si bien dicha irrevocabilidad será una importante desventaja para los socios que utilicen este mecanismo. Quizá una solución sería la constitución de una sociedad *holding* constituida tan solo por plazo determinado, lo que zanjaría los problemas derivados de una cesión irrevocable e indefinida del ejercicio de los derechos de voto en la sociedad participada.

— Pignoración de las acciones o participaciones sociales de los firmantes del sindicato de voto**,** precisamente en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas al concertarlo. Si los estatutos de la sociedad familiar disponen que el derecho de voto corresponderá en caso de pignoración al acreedor, los socios ahora pignorantes carecerán de posibilidad de ejercer su derecho de voto, que estará efectivamente cedido al acreedor. La pignoración es, junto con el usufructo, uno de los escasos supuestos en los que la ley[71] permite disociar los derechos políticos de la titularidad de las acciones o participaciones sociales, con lo que esta fórmula resultaría inatacable jurídicamente.

La desventaja sería precisamente, y al igual que en el caso anterior, el excesivamente férreo control que el acreedor ejercería sobre los derechos políticos del socio, lo que podría producir el problema inverso; que sea el sindicato el que incumpla los acuerdos adoptados, perjudicando los intereses del socio firmante, que estaría indefenso al estar privado del ejercicio del voto correspondiente a sus acciones o participaciones.

---

[70] SAP B 245/2015, de 21 de diciembre.
[71] Art. 132.1 LSC.

Para un análisis más amplio de los pactos parasociales, ver el capítulo V de esta obra colectiva.

1.4. Prestaciones accesorias

Las prestaciones accesorias, que podríamos definir como toda obligación, sea de dar, sea de hacer e incluso de no hacer, impuesta para alguno o para todos los socios, vinculadas o no a acciones o participaciones concretas, que tenga contenido económico, pero no forme parte del capital social. Pueden ir aparejadas a un determinado socio en concreto, o a la titularidad de determinadas acciones o participaciones sociales. En lo que ahora nos interesa, las prestaciones accesorias conllevan dos importantes efectos:

— El primero es que la transmisión de las acciones o participaciones sociales que llevan aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias exige acuerdo previo de la sociedad (art. 88 LSC), lo que supone indirectamente un medio de control previo de las personas que van a adquirir la condición de socios[72]. La ley atribuye la competencia para autorizar o denegar la transmisión, en defecto de pacto estatutario, a la Junta general de la sociedad limitada y al órgano de administración en el caso de la anónima. Si la competente es la Junta, el socio que desee transmitir estará siempre privado del derecho de voto por imperativo del artículo 190.1.a LSC en el caso de la limitada y en el caso de la anónima solo si así se hubiera previsto en estatutos (art. 190.1. LSC *in fine*). Si la competencia corresponde al órgano de administración, los administradores designados a propuesta del socio transmitente deberán comunicar a la Junta general su situación de conflicto para cumplir con el artículo 229.3 LSC.

— En segundo lugar, como veremos más adelante, el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias puede suponer en el caso de la sociedad anónima (art. 351 LSC), y es necesariamente en el caso de la sociedad limitada (art. 350 LSC), causa de exclusión de la sociedad. Por esa vía se puede controlar el efectivo cumplimiento del protocolo familiar o de determinadas obligaciones impuestas a los socios familiares.

Dada la extensión de los protocolos familiares y su formulación excesivamente genérica de obligaciones mezcladas con meros principios, no sería suficiente para cumplir con el principio de determinación de las causas de exclusión (art. 351 LSC) que se incluya como tal «el incumplimiento de las obligaciones

[72] Y ello aunque la transmisión se realice en favor de otros socios, caso para el que el régimen supletoriamente aplicable, en cambio, no prevé restricciones a la libre transmisión de participaciones sociales.

derivadas del protocolo familiar» o alguna fórmula similar, sino que será necesario transcribir en los estatutos aquellas obligaciones concretas cuyo incumplimiento acarree la exclusión.

Bien pudiera ocurrir que se imponga a los socios como prestación accesoria la de haber firmado previamente el protocolo familiar como requisito *sine qua non* para adquirir determinadas acciones o participaciones sociales. Desde esa óptica, la firma del protocolo familiar sería un requisito de entrada para adquirir la condición de socio, y no tanto su no firma o incumplimiento un requisito de salida por la vía de la exclusión. El problema es cómo forzar la aplicación del protocolo («enforcement»), y es que la manera de exigir al firmante su cumplimiento quedará al albur de las medidas previstas en el protocolo familiar, puesto que desde el punto de vista de la sociedad con la mera firma ya se ha cumplido, y no se le puede excluir por su incumplimiento si no está expresamente previsto en la forma antes vista.

2. Situaciones de bloqueo y su prevención

Se atribuye a SALUSTIO la frase «la paz hace crecer las cosas pequeñas; la discordia destruye a las grandes». Evidentemente, las sociedades pequeñas no están a salvo de los conflictos entre socios, pero al ser su tamaño reducido no es tanta la frustración por lo perdido que cuando lo que se ve afectado es una sociedad de un tamaño más respetable.

Las situaciones de bloqueo en la sociedad se producen cuando la falta de acuerdo de los integrantes de los órganos sociales ocasionan su paralización en relación con un asunto concreto. En sociedades familiares resulta conveniente para evitar estas situaciones que, en la medida de lo posible, se evite la existencia de estructuras o cuotas paritarias en los distintos órganos sociales. Las situaciones de bloqueo se suelen producir en el seno de la Junta de socios, que es el órgano en el que con más frecuencia se exteriorizan los enfrentamientos entre éstos. La naturaleza democrática de la Junta está orientada precisamente a facilitar la adopción de acuerdos, no obstante la existencia de una variedad de opiniones en su seno. Las discrepancias pueden generar incomodidades en la vida de la sociedad, pero solo cuando reiterados empates en la adopción de acuerdos provoquen una parálisis de la vida de la sociedad que haga imposible su funcionamiento, se considerará un problema irresoluble que necesariamente desencadenará la disolución de la sociedad[73]. Esa paralización se puede producir tanto en el órgano de administración como en el seno de la Junta.

Es difícil que la parálisis por bloqueo se produzca en un órgano de administración con administrador único o administradores solidarios, casos en los que la

[73] Art. 363.d LSC.

actuación de cualquiera de los nombrados es bastante para obligar a la sociedad tanto a efectos internos como frente a terceros. Es más fácil que el problema se produzca en el caso de administradores mancomunados, porque su actuación requiere no solo el acuerdo de los administradores designados, sino también su asistencia conjunta. Es posible que alguno de estos requisitos no pudiera darse; bien porque hay desacuerdos entre ellos, o porque uno de ellos físicamente no puede actuar. En esos casos, la solución a la situación de bloqueo pasará necesariamente por la convocatoria de nueva Junta (que puede convocar un administrador mancomunado por muerte del otro[74]) y por el cese del que origina el bloqueo, nombrándose por la mayoría social un nuevo administrador mancomunado u optándose por un órgano de administración con estructura distinta.

Las soluciones para evitar los bloqueos pasan por:

1. Nombramiento de consejeros independientes. Los consejeros independientes ayudan a separar la propiedad de la empresa de su gestión, ayudando a que ésta se rija por unos criterios objetivos prefijados por la Junta general sin intervención de vicisitudes o intereses personales que puedan poner en peligro la independencia de criterio de los miembros del órgano de administración. Los Consejos de administración con mayor número de consejeros independientes son los que más frecuentemente tienden a renovar sus órganos ejecutivos si la marcha del negocio no cumple los objetivos previstos.

   La independencia de un consejero es una cualidad personal que depende no solo de reunirse una serie de requisitos objetivos que pueden preverse en los estatutos (como no tener vínculos de parentesco con ninguno de los socios o directivos, no detentar participación significativa alguna en el capital social o reunir una serie de años de experiencia), sino también subjetivos (gozar de prestigio profesional y una independencia de criterio a prueba de conflictos de interés respecto de socios, directivos de la empresa o posibles competidores).

   De producirse un enfrentamiento en el seno del Consejo de administración entre diversas ramas familiares con representación más o menos similar, la existencia de uno o varios consejeros externos (dominicales o, sobre todo, verdaderamente independientes) puede permitir decantar la balanza conforme a criterios objetivos.

2. Voto de calidad del presidente del Consejo de administración. La doctrina administrativa[75] ha prohibido que en caso de empate en una votación en

[74] Art. 171 LSC.
[75] RDGRN de 26 de octubre de 2005.

junta general se reconozca por los estatutos el voto dirimente o de calidad en favor de quien haga de presidente de la misma, puesto que ello supondría alterar la proporcionalidad existente en cuanto a la atribución del derecho de voto (art. 96 LSC). Por el contrario, en el seno del Consejo sí que es admisible dicho voto de calidad atribuido al presidente, que puede usarse, y así debe reconocerse en los estatutos, exclusivamente a los efectos de resolver los posibles empates que se produzcan en el proceso de adopción de acuerdos en el seno del Consejo de administración.

3. Cláusulas de liquidación preacordadas. No evita que las situaciones de bloqueo se produzcan, pero soluciona los problemas relativos a la liquidación de la sociedad entre los socios que éstos hayan acordado previamente, en un acuerdo privado, el reparto y los criterios de valoración de los principales activos de la sociedad en caso de disolución de la misma[76].

4. Cláusulas de arrastre *(drag along)*. Esta clase de cláusulas pueden utilizarse como remedio a una situación de parálisis de la sociedad por parte de aquel de los socios que ante la parálisis esté interesado en vender su participación en la sociedad. El bloqueo de la sociedad es una causa de deterioro del valor de la misma, por lo que vender tan solo una participación a un tercero en esa situación de bloqueo se antoja complicado. La solución es localizar a un comprador dispuesto a comprar la totalidad y mediante la cláusula de arrastre obligar a los demás socios a que, o bien adquieren la parte que se transmite por su valor razonable, o bien, si no están dispuestos a ello, se verán obligados a vender su propia participación a ese tercero.

   Estas cláusulas también son útiles como instrumento de presión contra aquel de los socios que esté causando conscientemente el bloqueo de la sociedad, pero que por un lado desee permanecer en la sociedad y, por otra parte, carezca de la liquidez necesaria para utilizar su derecho de adquisición preferente. Ante la amenaza por parte del otro socio, perjudicado por el bloqueo, de que buscará un tercer adquirente para que adquiera la totalidad de la sociedad el que está causando el bloqueo y carece de fortaleza financiera suficiente para adquirir a su vez la participación del otro, se verá obligado a desbloquear la situación si no quiere verse abocado a vender.

   Sobre este tipo de clausulado, ver el capítulo X de esta obra colectiva.

5. Sumisión a mediadores o arbitraje. Es muy frecuente que en los estatutos los socios se obliguen a acudir en primer lugar a un arbitraje (normalmen-

[76] Por ejemplo, adjudicándose unos u otros determinados inmuebles o divisiones o ramas de negocio.

te de equidad) con carácter previo a judicializar cualquier desacuerdo que hubiera entre ellos o de cualquiera de ellos con la sociedad. También podría pactarse que las situaciones de conflicto que originen una parálisis de la sociedad se someterán a un determinado órgano de mediación.

6. Cláusulas de compra-venta forzosa. Los llamados en derecho anglosajón «*buy/sell agreements*» son acuerdos alcanzados por socios con una participación equivalente en una sociedad, en los que se determina el mecanismo por el que uno u otro se quedará con la totalidad de la participación que ambos tienen en la sociedad.

   Existen diversas variantes, pero por lo general suelen partir de la asunción por parte de ambos de la obligación de comprar o vender si se produce un determinado supuesto de hecho. Es decisiva la perfecta redacción de las mismas para evitar conflictos futuros, y en particular fijar claramente qué clase de desacuerdos pueden dar lugar a la adopción de estas medidas[77] y cuánto han de durar los procedimientos y formalidades a seguir, los domicilios a efectos de notificaciones, los precios mínimos si los hubiera, y los plazos de pago (si se establece un plazo relativamente largo, la propia empresa recién adquirida puede contribuir a financiar el coste de la compra).

   1. Texas *shoot-out*.– En ese caso, el socio que ha tomado la iniciativa (llamémosle A) efectúa una valoración de la participación equivalente que ambos tienen en la sociedad que comunica de modo fehaciente a la otra parte. Al socio que no ha asumido la iniciativa (B) se le plantean en el plazo que previamente se hubiera prefijado dos opciones: 1) adquirir la participación del socio A por el precio en que éste la ha valorado; o 2) vender su propia participación al socio A por el mismo precio.

      En algunos casos, para desalentar el recurso fácil a este tipo de soluciones, se adoptan medidas como establecer que desde que se activa el proceso tiene que pasar un plazo predeterminado para poder recurrir a la cláusula, que previamente se acuda a un tercero para intentar lograr una solución en equidad (mediadores o árbitros), o incluso dar prioridad para elegir al que no activa la cláusula.

   2. Ruleta rusa.– Ambos socios, que tienen participaciones equivalentes, comparecen ante un tercero neutral con el precio que están dispuestos a pagar por la participación del otro metido en un sobre cerrado. Ante el tercero se produce la apertura de ambos sobres. El que haya ofre-

[77] Debe tratarse de desacuerdos en la gestión de la sociedad, no de aquellos derivados de conductas contrarias a la ley o los estatutos, para cuya solución solo cabría acudir a los tribunales.

cido el precio más alto está obligado a comprar la participación del otro en el plazo y condiciones de pago prefijadas. En España se pueden reforzar realizándose la apertura de los sobres ante notario.

3. Cláusulas que desincentiven el conflicto. «Deterrence aproach». Son cláusulas en las que el socio que inicie el procedimiento acuerda someterse a la valoración que de su participación dé un tercero ajeno a la sociedad y los socios. De esta forma se evita uno de los principales problemas de los dos tipos anteriormente reseñados: que el socio con mayor liquidez o capacidad de endeudamiento sea siempre el que acabe adquiriendo la participación del otro si ese resulta ser su interés, dada su mayor fortaleza económica.

Para penalizar el recurso a estas cláusulas se puede incluir que, sobre la valoración efectuada por el tercero, el socio actuante deberá abonar (si compra) o sufrir una rebaja (si vende) de un determinado porcentaje sobre el valor razonable fijado por el tercero.

3. El órgano de administración

Sin perjuicio del carácter soberano de la Junta general y de que las decisiones adoptadas por ésta tengan repercusiones decisivas en el resto de órganos de cualquier sociedad de capital, el control del órgano de administración, en cuanto que órgano encargado de la gestión y representación frente a terceros de la empresa familiar es de una importancia capital.

La competencia para nombrar y cesar a los miembros del órgano de administración corresponde en principio a la Junta general, y son precisamente los acuerdos relativos a la estructura y composición del órgano de administración los que más conflictos suelen generar a lo largo de la vida de una sociedad.

3.1. Estructura del órgano de administración

Tanto las sociedades anónimas como las limitadas pueden tener un órgano de administración integrado por un administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores mancomunados (en el caso de la limitada no existe límite máximo) o un Consejo de administración integrado por tres o más miembros (en el caso de la sociedad limitada un máximo de doce consejeros[78]). La evolución lógica en la empresa familiar es que no se apueste de inicio por un Consejo de administración, sino que se opte por un sistema más ágil integrado por

[78] Art. 242.21 LSC.

uno o varios de los socios fundadores. La opción por un Consejo de administración tiene sentido más adelante, y en particular con la incorporación de la siguiente generación a la empresa familiar por muerte o jubilación de uno de los socios fundadores. En muchos casos los nuevos socios no tienen tanto un interés en la gestión social como en estar presentes en el órgano de toma de decisiones para evitar actitudes personalistas del administrador más antiguo. Esas situaciones suelen ir acompañadas del nombramiento de consejeros independientes, ajenos a la familia, para que controlen la gestión sin intervenir en ella directamente (a veces, incluso, no se les confiere derecho de voto).

La estructura del órgano de administración debe acordarse por los socios en el momento fundacional o posteriormente teniendo en cuenta las necesidades objetivas de gestión de la empresa familiar y las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas u opciones posibles. En cualquier caso hay que partir de varias ideas. La primera es que en toda sociedad de capital, salvo que se opte en una sociedad anónima por un Consejo de administración como modo de organizar el órgano de administración, y se recurra al sistema de representación porporcional, la mayoría puede imponer su voluntad en el nombramiento de todos los administradores, sin dar cabida a administradores designados por la minoría. Ello supone un evidente perjuicio para ésta, que solo podrá solucionarse mediante la adopción de acuerdos en pactos parasociales en los que se acuerde el modo de organizarse la administración y en los que la mayoría acceda a consentir el nombramiento de uno o varios administradores a propuesta de los socios minoritarios. En sociedades familiares dichos acuerdos suelen adoptarse conforme al número de ramas familiares para asegurarse la intervención paritaria de todas ellas en el órgano de administración.

1. Administrador único. En una sociedad con un administrador único será evidentemente la mayoría de los socios reunidos en Junta general debidamente celebrada la que designe a éste. Este modo de organizarse garantiza el control del órgano de administración por parte de la mayoría social, sin que la minoría tenga control alguno en la designación de éste.

   Para intentar evitar una imposición de la persona del administrador por parte de la mayoría sería adecuado que en los estatutos de la empresa familiar se incluya, ya sea al tiempo de la constitución o, posteriormente, que la mayoría necesaria para designar administrador sea una mayoría cualificada que requiera el acuerdo de, al menos, un porcentaje importante de socios o de ramas familiares. En una sociedad paritaria entre tres hermanos exigir un 70% de los votos para nombrar o cesar administrador conllevaría en la práctica la unanimidad, pero en los estatutos no se exigiría ésta[79].

[79] La RDGRN de 19 de enero de 2017 considera que el hecho de que por la composición fáctica del capital social la mayoría cualificada exigida implique unanimidad de los socios no convierte dicha exigencia de mayoría en unanimidad y, por tanto, la cláusula es válida.

Nombrada administrador único una persona física de consenso, a fin de evitar dilaciones en el caso de renuncia o cese de éste por cualquier causa, es conveniente que el acuerdo de nombramiento del titular conlleve también el nombramiento de un administrador suplente que pueda gestionar la sociedad durante la transición hasta el nombramiento del nuevo titular (puesto que la búsqueda de otra persona de consenso puede llevar más tiempo del deseable para el buen funcionamiento de la empresa familiar con un cierto volumen). No solo no conviene prohibir la práctica de nombrar administrador suplente en los estatutos, sino que es recomendable imponer estatutariamente a la Junta general que cada nombramiento de nuevo administrador deberá ir acompañado de la designación de un suplente conforme al régimen del artículo 216 LSC, y ello tanto en el caso de sociedades anónimas como limitadas.

Otra fórmula para evitar situaciones de vacío en la gestión de la empresa familiar, especialmente aquellas con un administrador único, es el nombramiento por éste de un apoderado con amplias facultades. De ese modo, salvo los asuntos de gestión puramente internos como convocar la Junta general o proponer el orden del día (para los cuales no cabe apoderamiento general alguno), dicho gerente podría mantener en funcionamiento la sociedad. Para evitar recelos en la designación de estos apoderados con facultades generales podría someterse la designación de los mismos a la previa aprobación de la Junta general al amparo del artículo 161 LSC, para lo que será recomendable una cláusula específica en los estatutos sociales.

2. Varios administradores solidarios. La designación de varios administradores solidarios faculta a cualquiera de ellos individualmente considerado para desarrollar las funciones propias del órgano de administración, tanto en la esfera interna de la sociedad como en la esfera externa, en las relaciones de la sociedad con los terceros.

   Es relativamente frecuente en sociedades de pequeño tamaño que los dos socios con mayor participación designen cada uno a uno de los administradores solidarios, repartiéndose de ese modo el control efectivo de la sociedad. El problema está en que los acuerdos para la designación de dichos administradores han de adoptarse en Junta general con las mayorías exigidas por la ley y los estatutos, por lo que en la práctica la vigencia del cargo del administrador solidario designado por el socio minoritario depende de la buena voluntad del mayoritario. Bastaría que el administrador solidario designado a propuesta de la mayoría convocase una Junta general cuyo único punto del orden del día fuera el cese del administrador solidario designado por la minoría y el nombramiento de un nuevo administrador solidario en su sustitución, para que el ficticio control ejercido por el administrador designado a propuesta de la minoría desapareciera.

En puridad ni siquiera sería necesario incluirlo en el orden del día de la convocatoria (art. 223.1 LSC) por lo que cualquier Junta general convocada con otra pretensión podría constituir en realidad un pretexto para cesar al administrador propuesto o apoyado por la minoría. El problema es que el hecho de que el socio mayoritario vote a favor del nombramiento de un determinado administrador solidario no le excluye de la votación del nombramiento del segundo. O lo que es lo mismo, la mayoría puede imponer su candidato a ambos puestos de administrador solidario, sin que exista en la ley nada que lo impida (algo que en sede de sociedades anónimas con Consejo de administración sí prevé el artículo 243 LSC al tratar el sistema de representación proporcional).

Sería posible acordar extraestatutariamente (pacto de socios) que un determinado socio designará (por ejemplo) dos de los tres administradores solidarios, reservándose la designación del tercero al socio minoritario. Ello obligaría a los socios firmantes de dicho pacto a votar conjuntamente las tres candidaturas, si bien con los efectos obligacionales derivados de los pactos de socios a que luego nos referiremos.

3. Administradores mancomunados. En la sociedad anónima (art. 210.2 LSC) tan solo cabe la existencia de dos administradores mancomunados, puesto que en caso de más administradores mancomunados que actúen de forma conjunta será preciso acudir a un órgano de administración.

   Es característica de la administración mancomunada la actuación conjunta de los nombrados, en principio de todos ellos. Esa exigencia de un acuerdo unánime, conjunto, propia del sistema de administración mancomunada hace tremendamente conflictivo dicho modo de organización. Si pretendiendo facilitar la participación del minoritario en la vida social se establece como órgano de administración dos administradores mancomunados, designándose uno por el socio mayoritario y otro apoyado y permitido por la minoría, lo que se está haciendo es trasladar los posibles conflictos de la esfera de la Junta general a la esfera del órgano de administración. La paralización de la Junta general es grave, pero sus efectos siempre pueden paliarse por una gestión social realizada con ánimo de evitar perjuicios a la sociedad (de ahí la actuación admisible por el administrador con cargo vencido, pero no caducado, o incluso con cargo caducado, o la figura del administrador de hecho). La paralización del órgano de administración, aquel que ha de lidiar con el día a día de la sociedad, se antoja en cambio decisiva y determinante en cuanto causa de disolución si no cabe el recurso a la Junta general para desatascarlo (sociedades paritarias).

   La vía más fácil para desatascar un conflicto entre los administradores mancomunados pasa necesariamente por un cese de ambos o de alguno de

ellos, o incluso por un cambio en la estructura del órgano de administración. Pensemos que en un caso en que todos los administradores mancomunados hayan de actuar de consumo, basta la oposición de uno de ellos o su inacción para que no se pueda realizar por la vía ordinaria una convocatoria de Junta general que desatasque la situación, debiendo acudirse a los mecanismos excepcionales (y mucho menos ágiles) previstos en los artículos 168 y 169 LSC. Cabe siempre que la mayoría, si existe y no hay un bloqueo en la Junta, imponga para desbloquear la situación el cese del administrador mancomunado propuesta por la minoría (con el imprescindible apoyo de la mayoría).

Para facilitar la adopción de acuerdos y evitar imponer unanimidades se admite la posibilidad de que los estatutos sociales permitan que valga lo acordado por un número determinado de administradores (por ejemplo, aunque haya tres administradores mancomunados valdrá lo acordado por dos de ellos). Esto, que antes se restringió a la esfera externa o representativa, es admisible hoy en día también en la esfera interna o de gestión (si bien solo si así se ha acordado expresamente en los estatutos)[80].

Especialmente en los casos en que se haya designado al menos uno de los administradores mancomunados respondiendo a los intereses de socios diferentes[81], la exigencia de unanimidad y de actuación conjunta por parte de todos (o algunos de) los administradores mancomunados puede originar importantes bloqueos del órgano de administración, bien sean voluntarios (uno de los designados se niega u opone a adoptar una determinada decisión, como puede ser firmar una financiación en ciertas condiciones) o involuntarios (imposibilidad de concurrir en un momento determinado[82]). Pese a todo será la opción correcta si lo que se pretende por encima de otras vicisitudes es evitar que la gestión efectiva de la empresa familiar esté encomendada a una única persona o asegurarse de la participación de varias ramas familiares en dicha gestión, designando cada una de ellas uno de los administradores mancomunados.

4. Consejo de administración. La opción por un Consejo de administración, que en las sociedades anónimas es obligatoria cuando la administración se encomiende conjuntamente a más de dos administradores, y que en las sociedades limitadas tiene necesariamente que tener entre 3 y 12 conseje-

[80] RDGRN de 4 de mayo de 2016.

[81] Bien sea porque los socios tienen idéntica participación en la empresa y acuerdan designar uno cada uno o porque teniendo uno de los socios mayoría suficiente acepta que uno de los mancomunados sea designado por la minoría.

[82] El artículo 171 LSC solo contempla que se supla la ausencia de un administrador por causa de muerte o cese, no por incapacidad –aunque sería defendible su aplicación por analogía– o por ausencia.

ros (art. 242.2 LSC), permite que las decisiones se adopten por los administradores conforme al principio democrático[83]. En los demás casos (administrador único, solidario o mancomunado), la gestión y representación corresponde a un individuo o a varios de consuno, mientras que a través del Consejo de administración se permite la toma de decisiones conforme al criterio de la mayoría aun cuando existieran opiniones discrepantes o abiertamente contrarias en su seno. Ello supone una innegable ventaja desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad porque permite una pluralidad de opiniones en su seno sin que dicha diversidad genere *per se* situaciones de bloqueo. Si en una empresa familiar existen varias ramas familiares y se pretende reflejar ese pluralismo en el órgano de administración, pero evitando que éste se torne ingobernable, sin duda la opción más adecuada es el órgano de administración. Como en muchos casos, las mayorías pueden ser fluctuantes en función del asunto a tratar, será la propia dinámica de la sociedad la que exija de los consejeros alianzas cambiantes por razón del asunto a debatir.

El aspecto más negativo del Consejo de administración es su menor agilidad operativa en comparación con cualquiera de los otros sistemas. Para paliar dicha rigidez existen fórmulas, la principal de las cuales es la delegación de todas o parte de las facultades delegables del órgano de administración[84] en uno o varios consejeros delegados o en una comisión ejecutiva. El primero de los mecanismos es muy recomendable por cuanto permite conjugar la agilidad de la gestión unipersonal con el hecho de que la persona designada deba responder frente al Consejo de su actuación en cualquier momento. Una facultad que resulta indelegable en el consejero-delegado o la comisión-ejecutiva, pese a que supondría un acicate importante a la agilidad de funcionamiento de las sociedades, es la de convocar Junta general. Para el Tribunal Supremo[85] cabe delegar el anuncio de convocatoria, pero no ésta.

Por el contrario, la comisión ejecutiva es un órgano colegiado en el que se pueden concentrar gran parte de las competencias del Consejo de administración. La comisión ejecutiva sirve fundamentalmente para que la mayoría del Consejo «elimine» a los consejeros minoritarios delegando la gestión en un órgano controlado íntegramente por los socios mayoritarios. Evidentemente, la comisión ejecutiva, al igual que los consejeros delegados, siempre responde frente al Consejo, pero al estar ésta designada por la mayoría del Consejo es difícil que de éste surja una crítica a su labor.

---

[83] Y no por unanimidad, como se exige en el caso de los administradores mancomunados, sea de todos o de algunos de éstos.

[84] Existe un listado de competencias indelegables *ex legem* en el artículo 249.bis LSC.

[85] STS 688/2009, de 30 de octubre.

Otra forma de agilizar estatutariamente el Consejo es reducir el número de consejeros necesario para convocar el Consejo, desde el tercio como mínimo previsto en el artículo 246.2 LSC, pudiendo admitirse que un número inferior de consejeros esté legitimado para convocar el Consejo cuando fuere conveniente[86]. Dicha medida facilita el seguimiento de la labor del Consejo por los minoritarios, sobre todo cuando los convocantes sean minoritarios y el órgano de administración opere normalmente mediante consejeros-delegados o comisión ejecutiva[87]. El problema es que, pese a ello, los mayoritarios podrán obviar dicha convocatoria sin grandes consecuencias, puesto que, si no se reúne el quórum mínimo para la adopción de acuerdos, el o los consejeros convocantes no obtendrán lo deseado (más allá de intentar justificar que la ausencia de los restantes consejeros incumple su deber de diligencia o que se hace conscientemente vulnerando los derechos de los consejeros convocantes).

En relación con todo lo anterior es destacable que la facultad de autorregulación del Consejo de administración, reconocida en el artículo 245.2 LSC con carácter general para las sociedades anónimas, en defecto de acuerdo estatutario en contrario, no se da innatamente en relación con las sociedades limitadas, sino que para que se dé en estas últimas ha de estar expresamente prevista en estatutos. Ello supone que los estatutos de una sociedad limitada deben establecer necesariamente las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría. Por el contrario, los estatutos de una sociedad anónima bien podrían prescindir de dicha regulación, en cuyo caso se aplicaría subsidiariamente el régimen legal.

Por lo demás, los estatutos sociales pueden prever el número concreto de miembros del órgano de administración o fijar un número máximo y un número mínimo de consejeros, puesto que así lo permite el artículo 23.e) LSC. No resulta recomendable a los efectos de evitar conflictos en la empresa familiar que los estatutos dejen la cifra de consejeros indeterminada, puesto que quedará al albur de la mayoría de los socios con derecho a voto la determinación en Junta general (242.1 LSC) del número concreto de consejeros dentro de los márgenes admitidos por los estatutos. En la práctica, eso supone conferir a la mayoría la capacidad de seleccionar el número de consejeros en atención exclusivamente a sus propios intereses. Pensemos, por ejemplo, en que los estatutos de la sociedad exigen una mayoría cualificada para la adopción de determinados acuerdos por el Consejo de administración y disminuyendo el número de consejeros se favorece la consecución de dicha mayoría por parte de los socios que ostentan la posición de control. O al contrario, puede convenir a éstos el aumento del número de consejeros para facilitar la presencia en el órgano de administración de

[86] RDGRN de 14 de noviembre de 2016.

[87] El Consejo de administración está obligado a reunirse como mínimo una vez al trimestre, ex art. 245 LSC.

consejeros designados por un socio minoritario con el que se comparte el enfoque de un asunto relevante.

Por lo demás, para la DGRN[88] el acuerdo de nombramiento por la Junta general de uno o varios consejeros, dejando no obstante puestos vacantes en el órgano de administración y estando el número de miembros del Consejo fijado estatutariamente, es inválido. Para el centro directivo, si los estatutos fijan un número determinado de consejeros, la Junta general carece de potestad para nombrar un número distinto (en el caso concreto inferior, pues dejaba vacante un asiento en el Consejo).

3.2. Composición del órgano de administración

Una vez determinada la estructura del órgano de administración, el interés por designar a las personas (físicas o jurídicas) que lo integran es evidente por lo visto anteriormente.

En principio, el órgano de administración puede estar integrado por cualesquiera personas, salvo que se imponga en los estatutos que éstas deban reunir determinadas circunstancias. En empresas familiares se puede imponer estatutariamente que solo puedan ser nombrados administradores los socios, o lo contrario, que no puedan ser administradores los socios (para de esa forma encomendarse a profesionales ajenos a los conflictos familiares y la titularidad de las acciones o participaciones). Para asegurarse también que los socios familiares no nombran como administradores con cargo a su participación a parientes sin formación suele ser frecuente el imponer[89] determinados requisitos (tener una licenciatura universitaria, haber concluido con éxito un máster en una escuela de negocios determinada, llevar trabajando un cierto número de años como empleado en la propia empresa familiar o en otras ajenas a ésta, haber cumplido una edad, etc.). La finalidad es dibujar un perfil concreto del administrador de la sociedad para que quepa esperar de él una gestión profesional y diligente, evitando que las sucesivas generaciones acaben con lo construido con tanto esfuerzo por sus predecesoras.

Si la designada administradora es una persona jurídica sería conveniente que los estatutos prevean expresamente que la designación de la persona física representante de la persona jurídica nombrada administradora quede sometida a la aprobación de la Junta general. De esa forma se evita que la sociedad pierda el control sobre la persona concreta que va a desempeñar el rol de administrador en la sociedad familiar.

---

[88] RDGRN de 23 de septiembre de 2013.

[89] Dichas imposiciones a veces no se hacen constar en los estatutos, sino tan solo en el protocolo familiar.

En la designación de las personas que van a integrar el órgano de administración resultan importantes las normas sobre incompatibilidades y competencia relacionadas con el deber de lealtad de los administradores (arts. 227 y ss. LSC). Con el actual régimen, derivado del artículo 230 LSC, la dispensa del deber de lealtad no puede realizarse con carácter genérico en los estatutos, sino que ha de hacerse, o bien, en ciertos casos, por los restantes miembros del órgano de administración o bien por la propia Junta general, pero con carácter específico y no indeterminado.

3.2.1. El sistema de representación proporcional y su no aplicación a las sociedades limitadas

En las sociedades limitadas, la mayoría social puede imponer a la minoría el nombramiento de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración, sea cual fuere la manera de organizarse éste. Incluso si en una sociedad limitada se opta por un Consejo de administración, los socios minoritarios carecen de mecanismo alguno para designar al menos uno de los consejeros, más allá de encomendarse a la buena fe de los mayoritarios o a acuerdos parasociales.

La decisión adoptada por el legislador no es inocente, sino que tiene una finalidad muy concreta, cual es precisamente, por razones de eficiencia, la de evitar conflictos en el órgano de administración, incluyendo en el mismo a personas designadas al margen de la voluntad de la mayoría social. Se pretende así impedir el traslado al órgano de administración de las disensiones que puedan existir entre los socios, reservando dichos enfrentamientos al órgano soberano de la sociedad.

En el esquema de la ley de sociedades de capital los socios minoritarios carecen de posibilidad alguna de nombrar a ningún administrador si el tipo social es la sociedad limitada, y tan solo podrán participar efectivamente en el nombramiento de alguno en la sociedad anónima si ésta opta por un Consejo de administración.

El artículo clave en dicha arquitectura es el 243 LSC[90], que comienza aclarando que es exclusivamente aplicable a la sociedad anónima. Ello supone que ni siquiera cuando una sociedad limitada opte por un órgano de administración en forma de Consejo de administración se admite legalmente la participación en el mismo de representantes de la minoría.

---

[90] Dicho artículo 243 LSC dice: «*En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo*». Se desarrolla en el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo.

En numerosas ocasiones se ha pretendido salvar la rigidez de la ley configurando el artículo 243 LSC (y sus predecesores en la legislación precedente) como un artículo disponible a voluntad de los socios, conforme al principio general de autonomía de la voluntad del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital. El problema es que cierta doctrina y jurisprudencia han defendido que uno de los principios configuradores del tipo social de la sociedad limitada es precisamente la prohibición de que la minoría intervenga en la administración social.

Desde mi punto de vista dicha interpretación debería ser superada. En un sistema mercantil como el nuestro, en el que los tipos sociales son limitados (artículo 122 del Código de comercio) y en el que quienes deseen constituir una sociedad capitalista deben ceñirse a las predeterminadas por el legislador, cualquier restricción al principio de autonomía de la voluntad y a la libertad de pacto consagrada incluso a nivel constitucional[91] debe tener un fundamento sólido, pétreo, basado en argumentos inamovibles. Las diferencias establecidas por el legislador entre la sociedad limitada y la anónima se fundamentan en la conceptuación de la primera como una sociedad cerrada y la segunda como una sociedad de tipo abierto. Ni siquiera esa distinción justifica la inadmisible restricción de que hablamos, puesto que no se entiende en qué se vulnera el carácter cerrado de la sociedad limitada por el hecho de permitir a los socios minoritarios participar en la administración social. Precisamente el hecho de que en la sociedad limitada la adquisición de la condición de socio no sea libre, sino que esté sujeta al cumplimiento de las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales, garantiza que solo adquieran dicha condición las personas admitidas por los socios preexistentes y, en consecuencia, se considere a dichas personas como integrantes del círculo de confianza que podría justificar la restricción del artículo 243 LSC.

Frente a esas consideraciones, los argumentos a contrario, y en particular la cita del artículo 191 RRM[92], no tienen entidad suficiente. Así lo consideró el Tribunal Supremo en la STS 138/2009, de 6 de marzo[93], que no solo admitió el pacto parasocial[94] determinante de la aplicación a una sociedad limitada del

---

[91] Art. 38 CE, que consagra la libertad de empresa y que es un artículo transversal a todo nuestro ordenamiento mercantil, pilar de nuestra «constitución económica».

[92] No olvidemos que los trabajos de redacción del Reglamento del Registro Mercantil se hicieron en su mayor parte sin tener en cuenta las sociedades limitadas, estando orientados a las sociedades anónimas hegemónicas entonces.

[93] Tristemente, al tiempo de redacción de este trabajo, no existe una segunda sentencia en esta línea que conforme una línea jurisprudencial al respecto.

[94] Se define el pacto parasocial como «*aquel por el que los socios pretenden regular con la fuerza de vínculo obligatorio aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos*». El artículo 530.1 LSC restringe el concepto a *«aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las Juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas».*

sistema de representación proporcional, sino que defendió su aplicabilidad incluso por vía estatutaria, demoliendo los argumentos contrarios a ésta. Refuerza los argumentos a favor de aplicar la representación proporcional también a la sociedad limitada el hecho de que la propia Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, disponga en su artículo 13.2 su aplicación indistintamente a las sociedades laborales de todo tipo, sean anónimas o limitadas.

Al carecer de cobertura legal es necesaria la búsqueda de soluciones que, por otras vías, garanticen la participación de representantes de los minoritarios en la administración de la sociedad. Una vía propuesta al respecto es la diversidad de derechos admisible tanto en sociedades anónimas como en limitadas conforme al artículo 94 LSC. En sede de anónimas sería relativamente sencillo imponer estatutariamente varias clases de acciones, de modo que cada clase de acciones, mediante acuerdo mayoritario, estuviera facultada para designar un miembro del órgano de administración. Evidentemente ello presupondría un órgano de administración pluripersonal, normalmente un Consejo de administración, y la previsión de una mayoría muy reforzada para alterar dicho modo de administración (de no ser así bastaría para burlarlo que la mayoría cambiase el modo de organizarse el órgano de administración). En sede de limitadas, y aunque no está reconocida legalmente la existencia de clases, la solución práctica sería la misma; admitir en estatutos agrupaciones de participaciones sociales según su numeración, que tendrían derecho, por acuerdo mayoritario de las agrupadas, a nombrar un integrante del Consejo. Es cierto que podría interpretarse como fraude de ley, pero es una manera de salvar una prohibición legal escasamente consistente, por lo que hemos comentado.

Otra forma es acudir a los pactos parasociales. Si es voluntad de los socios de la empresa familiar facilitar la participación de los minoritarios en el Consejo de administración, se puede firmar por todos los socios un pacto parasocial que garantice extraestatutariamente la aplicación del sistema de representación proporcional al tiempo de nombrarse en Junta general los integrantes del Consejo de administración. Es más, aunque no se admita de ninguna manera por vía estatutaria, no parece que hubiera impedimento alguno[95] en cualquier acuerdo escrito entre todos o algunos de los socios de una sociedad por la que éstos acuerden el sentido de su voto de cara al nombramiento de administradores de ésta, cualquiera que sea la estructura del órgano de administración[96].

---

[95] Para la STS 616/2012, de 23 de octubre, los pactos parasociales, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, no están sujetos a los límites impuestos a los acuerdos sociales por la ley y los estatutos.

[96] Pensemos, por ejemplo, en el acuerdo entre dos de los tres socios igualitarios de una sociedad capitalista para votar conjuntamente el nombramiento de los administradores único, mancomunados o solidarios de la misma.

Esta clase de pactos de sindicación de voto son obligatorios para los firmantes, pero su incumplimiento lleva tan solo a la posible exigencia de una indemnización por parte del incumplidor, sin que ello pueda conllevar la anulación del voto emitido por éste en la Junta general en sentido contrario al pactado. La razón de ello es que, conforme al artículo 29 LSC, los pactos que se mantengan reservados entre los socios no son oponibles a la sociedad (ni a los demás socios o terceros ajenos al acuerdo de sindicación de voto)[97]. No cabe en consecuencia impugnar por la vía del artículo 204 LSC el acuerdo social adoptado con el voto a favor del socio firmante del pacto parasocial que traicionó el pacto de sindicación cambiando el sentido de su voto.

La excepción, defendida por cierta doctrina y hoy mayoritaria en la jurisprudencia, son aquellos acuerdos que hubieran sido adoptados por la totalidad de los socios (los llamados pactos parasociales omnilaterales). En ese caso, el hecho de que el acuerdo no se haya adoptado en el seno del órgano previsto para ello (la Junta general) y no constituye un obstáculo a su total oponibilidad a ésta[98]. Los argumentos utilizados a tal fin son variados y actualmente es la postura mayoritaria en la jurisprudencia reciente[99] (levantamiento del velo, buena fe, actos propios, abuso de derecho, reconocimiento de la validez de dicho acuerdo a efectos societarios, como un acuerdo adoptado en Junta general y universal). A mi juicio, la idea decisiva se basa en el propio artículo 29 LSC a contrario; si todos los socios son partes del acuerdo parasocial, la sociedad está vinculada por el mismo, porque no es tercero ni el pacto es parasocial (ajeno a la sociedad y adoptado al margen de los procedimientos legal y estatutariamente previstos a tal fin). En definitiva, se defiende (aunque nadie se atreve a ponerlo por escrito) que dicho pacto tiene el carácter de acuerdo adoptado en Junta general y universal (levantamiento del velo de la personalidad jurídica mediante).

3.2.2. Sindicación de voto y Consejo de administración

Al contrario de lo que ocurre en los pactos de sindicación de voto firmados por los socios de cara a una eventual Junta general, los pactos de sindicación de voto en el seno del Consejo de administración son nulos, por cuanto restringen la libertad de voto de que el consejero siempre ha de disponer para cumplir con sus deberes de lealtad y diligencia[100]. El argumento mayoritario en la doctrina es que dicha restricción a la libertad del consejero es contraria a los principios

---

[97] Para la referida STS 138/2009, de 6 de marzo,

[98] El artículo 1257 CC dispone que: «*Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada».*

[99] STS 103/2016, de 25 de febrero.

[100] Tan es así que en el artículo 213-21.2 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 31 de julio de 2014 se dice expresamente: *«Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o*

configuradores del tipo social, que son comunes a todas las sociedades de capital[101].

El consejero no se debe a nadie, excepto a la sociedad, y ese interés debe considerarse superior al del propio socio que le designó. Es por ello que no puede eximirse de responder de su gestión alegando haber actuado conforme a lo acordado por los socios en la Junta general[102] y que la Ley de Sociedades de Capital no regule los pactos parasociales más que con relación a la Junta general (art. 530 LSC) y no respecto del Consejo de administración. No se puede alegar que dicha nulidad quebranta el principio de autonomía de la voluntad de los firmantes que recoge el artículo 1255 CC, porque dicho artículo recoge como límite precisamente la ley, y es claramente contrario a la ley que un administrador adopte en interés particular de uno o varios socios un acuerdo perjudicial para el interés de la sociedad a la que se debe[103].

Ello no excluye la representación en el seno del Consejo de administración, esto es, la posibilidad de que un consejero apodere a otra persona para ejercer en su nombre los derechos políticos que le corresponden en el seno del Consejo. La admisión con carácter general de la representación en el seno del Consejo, tanto para anónimas como para limitadas, se basa en el artículo 247 LSC, que al tratar del quórum habla de consejeros «presentes o representados» en ambos casos. El problema está en si dicha representación solo se puede conferir a otro consejero o si está abierta a terceros ajenos al Consejo. Del artículo 97.1.4. RRM se deduce que solo cabe que la representación se encomiende a «otro miembro» del Consejo, lo que ha sido fuente de polémicas por considerarse en algunos casos que el Reglamento del Registro Mercantil se extralimita introduciendo una restricción que no aparece en la ley.

Con carácter general es bastante claro que la representación se debe conferir con carácter específico para cada sesión del Consejo, puesto que no sería razonable que el consejero designado vulnerase la voluntad de los socios que le han propuesto delegando de modo general o permanente dicha responsabilidad en otra persona.

Respecto a si se admite o no que el consejero delegue en un tercero no consejero hay opiniones discordantes y demasiados intereses en juego. Es evidente que en el seno del órgano de administración se debaten las interioridades de la sociedad, con lo cual no parece conforme con el deber de diligencia y lealtad para con

---

varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de los accionistas o de terceros en el ejercicio de su cargo».

[101] Recientemente se han impulsado doctrinalmente teorías de corte contractualista, desarrolladas más bien en torno a la figura del mandato.

[102] Art. 236.2 LSC.

[103] STS 616/2012, de 23 de octubre.

ésta que el consejero delegue en un extraño. La idoneidad de las personas de los consejeros ha pasado una serie de filtros que garantizan su aceptación en mayor o menor medida por la sociedad y los socios. Permitir que un consejero pueda libremente saltarse esos controles delegando su representación en otra persona parece una forma de burlar los controles previstos por la ley y los estatutos a la persona del consejero[104]. Desde ese punto de vista ceñir la representación a otros consejeros garantiza que no se aumenta el círculo de personas con información privilegiada sobre la situación de la empresa familiar. Frente a ello también es cierto que los consejeros designados a propuesta de un grupo de socios no tienen por qué verse forzados a delegar exclusivamente en otros consejeros que pueden representar intereses contrarios a los defendidos por el consejero que ahora ha de delegar. Esto es especialmente evidente en los casos en que el Consejo de administración tiene una composición reducida (tres miembros)[105].

A mi juicio, la solución para evitar conflictos pasa por arbitrar estatutariamente una solución, que bien podría ser admitir la delegación en cualesquiera socios (para adquirir dicha condición habrán pasado ya un previo control de idoneidad por parte de la sociedad tratándose de sociedades más o menos cerradas) o en el administrador suplente que ya se hubiere designado (no es que intervenga como suplente, porque el titular sigue siendo el primeramente nombrado, solo que ante la imposibilidad de su asistencia se admite la delegación en otra persona ya juzgada idónea al aceptarse por la Junta general su nombramiento como suplente).

4. Cláusulas restrictivas de la transmisión de la condición de socio

La empresa familiar es, por su propia naturaleza, de carácter cerrado, siendo su elemento definitorio la tenencia del capital social por personas pertenecientes, al menos originariamente, a una misma familia. Para evitar perder ese carácter familiar es propio de estas sociedades la restricción a la libre transmisibilidad de la condición de socio. El contenido de dichas restricciones puede imponerse por vía estatutaria o extraestatutaria y constituye el objeto de estudio de este apartado.

Como hemos visto al analizar las capitulaciones matrimoniales o la estructura y composición del órgano de administración de la empresa familiar, no existe una solución o cláusula ideal en esta materia, sino que la diversidad de soluciones posi-

---

[104] Pensemos en la premura con que en muchas ocasiones se celebran las sesiones del Consejo de Administración. Que los miembros de éste deban entrar a evaluar «en caliente», sin tiempo ni información previa (no existe ninguna norma que imponga al consejero que delega la obligación de anunciar la delegación con carácter previo a la celebración del Consejo), si la persona propuesta es o no idónea para asistir y participar en la toma de decisiones coloca a los demás miembros del Consejo en una situación de práctica indefensión.

[105] ¿Por qué ante una imposibilidad de acudir ha de delegar el minoritario forzosamente en los mayoritarios, privándose así de voz y voto en una sesión del Consejo que podría ser clave?

bles obedecen o responden en mayor o menor medida a cuáles sean las necesidades u objetivos planteados por los miembros de la empresa familiar en esta materia.

El régimen legal de los artículos 107.2 LSC y 123 LSC es claramente supletorio, en defecto de acuerdo en estatutos, lo que da libertad a los socios para configurarlo de modo distinto al previsto dentro de los genéricos límites legales. Ello facilitaría, a nuestro modo de ver, ampliar o restringir los supuestos en que se activan las restricciones a la libre transmisibilidad con los límites propios del tipo social (en la sociedad limitada no podría ser totalmente libre —art. 108 LSC— y en la anónima no podría ser totalmente intransmisible —art. 123.2 LSC—). También sería posible en sociedades anónimas o limitadas ampliar el número de eventuales adquirentes que activarían las restricciones (por ejemplo, restringiendo las transmisiones en favor de cónyuge del socio) o, en mi opinión, flexibilizarlo (haciendo libres, por ejemplo, las transmisiones en favor de colaterales en segundo grado de los socios —hermanos—). No considero que se vulneren los amplios límites legales en ninguno de los dos supuestos. Ni limitar la transmisión al cónyuge hace intransmisible la participación social ni permitirla al hermano la hace libre con carácter general. El enfoque no debe ser que se amplía o restringe el régimen previsto por la ley. El legislador tan solo dibuja un marco de máximos, dentro del cual cabe cualquier tipo de régimen. Solo en defecto de previsión estatutaria se aplicará la solución supletoria prevista por la ley. Por ello considero se deben superar interpretaciones restrictivas y admitir lo pactado por los socios dentro de los límites del tipo social (art. 28 LSC).

4.1 Importancia de la elección del tipo social

Aunque es susceptible de numerosos matices, como regla general, la Ley de Sociedades de Capital conceptúa la sociedad anónima como una sociedad de naturaleza abierta y la limitada como una sociedad cerrada. La elección del tipo social (o la posible transformación en uno u otro) supone un primer indicativo de la clase de sociedad en que la empresa familiar pretende convertirse.

En la sociedad anónima el margen de actuación que el legislador concede para la introducción de limitaciones a la libre transmisión de la condición de socio es más estrecho que en la sociedad limitada, puesto que en la anónima se parte de la idea de la libre transmisibilidad de las acciones[106], considerando las restricciones a dicha libre transmisión como excepciones a la regla general.

En la sociedad limitada, frente a ello, el legislador parte del carácter cerrado de la sociedad. De hecho considera nulos los estatutos de una sociedad limitada

[106] Art. 123 LSC.

que hagan prácticamente libre la transmisión de participaciones sociales por los socios en su art. 108.1 LSC, y presume la existencia en ésta de restricciones a la libre transmisión de las participaciones sociales[107].

Pese a todo, la sociedad limitada totalmente cerrada, en que se prohíba terminantemente la transmisión *inter vivos* de la condición de socio solo es admisible en nuestro ordenamiento en dos casos: 1) si paralelamente se ofrece al socio con voluntad de transmitir ejercer el derecho de separación para así poder romper su vínculo con la sociedad[108]; y 2) incluso en el supuesto anterior, se puede prohibir en los estatutos sociales toda transmisión *inter vivos,* así como el ejercicio del derecho de separación anteriormente referido si dicha restricción no supera el umbral temporal del artículo 108.4 LSC (cinco años desde la constitución de la sociedad o desde el aumento de capital correspondiente en el caso de la sociedad limitada, dos años en el caso de las anónimas, ex art. 123.4 LSC)[109].

Se observa llegado a este punto la íntima relación entre la posibilidad estatutaria de prohibir o limitar decisivamente la capacidad de disponer *inter vivos* de las participaciones sociales y el ejercicio del derecho de separación, al que nos referiremos posteriormente. Para el legislador, lo decisivo es que el socio pueda liberarse de una u otra forma del vínculo social recuperando lo aportado a ésta; que no pueda ser obligado a permanecer en la sociedad, y ello independientemente de que se determine que sus participaciones se adquieran por un tercero o por la propia sociedad.

Otro elemento a tener en cuenta es la exigencia que impone el legislador de que las empresas cotizadas sean sociedades anónimas con sus acciones representadas mediante anotaciones en cuenta[110], algo imposible para las sociedades limitadas cuyas participaciones sociales «*no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores*»[111]. Antiguamente las sociedades limitadas también tenían vetado el acceso a otra fuente de financiación, la emisión de obligaciones, pero dicha diferencia ha sido soslayada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, tras la cual se permite a las sociedades limitadas emitir obligaciones con la única salvedad de que en ningún caso ésta podrá emitir ni garantizar obligaciones convertibles en participaciones sociales[112].

---

[107] Art. 107.1 LSC cuando dice «*salvo disposición contraria de los estatutos*».

[108] Art. 108.3 LSC.

[109] Estas cláusulas de indisponibilidad temporal de las acciones o participaciones sociales, ni siquiera vía ejercicio del derecho de separación, pueden ayudar a que los familiares embarcados en una aventura empresarial gocen de una cierta estabilidad económica y societaria en los primeros años de vida de la misma.

[110] Art. 6.2 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

[111] Art. 92.2 LSC.

[112] Art. 401.2 LSC.

Siguiendo a uno de los autores que más y mejor han estudiado la materia, PERDICES HUETOS, dentro de la esfera de cláusulas estatutarias inscribibles en el Registro Mercantil podemos diferenciar los tres grandes grupos que pasamos a analizar en los siguientes subepígrafes.

4.2. Cláusulas de autorización

Son aquellas que restringen al socio el poder de disposición sobre sus acciones o participaciones sociales, exigiéndole una previa autorización por parte del sujeto designado en la cláusula.

Estas cláusulas estatutarias exigen determinación en dos sentidos:

a) Determinación del sujeto beneficiario de la cláusula. El beneficiario es el sujeto a quien los estatutos atribuyen la facultad de autorizar o no la transmisión. En el plano teórico el beneficiario puede ser la propia sociedad mediante su órgano de administración, uno o varios socios (por ejemplo, los socios fundadores), la totalidad de los restantes socios mediante acuerdo adoptado en Junta general o un tercero ajeno a la sociedad. Esta última posibilidad teórica debe descartarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 123.2 LSC, que excluye que se confiera a un tercero extraño la facultad de autorizar o no la transmisión de acciones. ¿Resulta aplicable una prohibición análoga a las sociedades limitadas? En principio no existe fundamento alguno a pensarlo, por lo que tratándose de sociedades limitadas sería válida la disposición estatutaria que sometiera toda decisión de transmitir a la autorización de un tercero ajeno a la sociedad; por ejemplo, a la decisión que adopte el antiguo socio único fundador de la empresa, o al acuerdo mayoritario que tome un órgano extrasocietario descrito en el protocolo familiar y compuesto por un representante de cada rama familiar.

   Si el beneficiario es la propia sociedad, por acuerdo de los socios en Junta general, el eventual conflicto de intereses en que incurriría el socio con voluntad de transmitir está previsto en el artículo 190.1.a LSC, indisponible para las sociedades limitadas y solo aplicable a las anónimas si así lo prevén los estatutos. Dicho artículo priva al socio de su derecho de voto cuando el punto del orden del día que se vote sea precisamente autorizarle a transmitir todas o parte de sus participaciones sociales o acciones. La mayoría necesaria en el texto supletorio legal para aprobar la transmisión es la ordinaria, pero sería posible reforzarla estatutariamente exigiendo un porcentaje tal que, sin llegar literalmente a la unanimidad, exigiese en la práctica el acuerdo unánime de los restantes socios.

Cuando la autorización ha de concederse, por así haberlo previsto los estatutos, por el órgano de administración no existe ninguna previsión expresa semejante en la Ley de Sociedades de Capital. ¿Es competente el administrador para adoptar decisiones relativas a autorizar o no la transmisión de sus propias acciones o participaciones sociales? No parece legítimo, pese a no estar excluida dicha posibilidad expresamente en la ley. Para evitar dicho evidente conflicto de intereses es conveniente incluir una disposición específica en los estatutos ante el vacío legal. En defecto de una cláusula semejante deberemos acudir para justificar su abstención a las obligaciones básicas del deber de lealtad del artículo 228, en particular la de evitar situaciones de conflicto de interés (apartado e) y la obligación de comunicación el conflicto del artículo 229.3 LSC.

Si, por el contrario, quien pretende transmitir es el socio mayoritario no tendrá problema para lograr la autorización para la transmisión, habida cuenta de que los integrantes del órgano de administración dependen de él. Recordemos, llegado este punto, que si se somete la transmisión a autorización ésta puede denegarse por ciertas causas, pero la concurrencia de la causa no implica necesariamente que se deniega la autorización (bien podría permitirse la venta por voluntad de los socios o administradores, pese a incurrir el adquirente en alguna causa que justificaría denegarla si esa es la voluntad del beneficiario).

b) Determinación de las causas que permiten al beneficiario denegar la autorización. En relación con las sociedades anónimas, el artículo 123.2 RRM se refiere expresamente a la cláusula de autorización en el caso de sociedades anónimas al disponer que: «*Cuando la transmisibilidad de las acciones se condicione al previo consentimiento o autorización de la sociedad, se expresarán de forma precisa las causas que permitan denegarla. Los estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión*». Dicho artículo rechaza la posibilidad de que en sociedades anónimas el beneficiario sea un tercero ajeno a la sociedad, y dispone que la autorización o la negativa de la sociedad a la transmisión ha de ser fundada, expresando «las causas que permitan denegarla». Esa determinación de las causas conlleva que no sería válida la cláusula que se limite a dejar al arbitrio de la sociedad la decisión de permitir o no una transmisión, sino que la decisión ha de fundarse en un número determinado de causas que han de estar descritas específicamente en los estatutos y de forma objetiva (recordemos que, tratándose de una sociedad anónima, es difícilmente admisible la invocación de motivos puramente subjetivos para denegar la autorización). Sería, por ejemplo, perfectamente admisible una causa de denegación basada en que el adquirente está desarrollando actividades competitivas con la sociedad.

> En sociedades limitadas, por el contrario, no es necesario que se fundamente la negativa a autorizar la transmisión, que además ha de adoptarse sin la participación del socio transmitente (art. 190.1.a LSC), sino que basta la simple negativa de los socios a la transmisión. El fundamento de esa distinción es el carácter eminentemente cerrado de la sociedad limitada frente al carácter abierto de la anónima (lo que explica que en esta segunda sí se exijan causas tasadas para denegar la transmisión[113]).

El problema está más en la propia configuración estatutaria y en los fines pretendidos con la cláusula. Si quien pretende transmitir es el socio minoritario, el someter la transmisión a autorización del órgano de administración puede suponer en la práctica un bloqueo de la posibilidad de transmitir (siempre se tiene que fundamentar la decisión adoptada, pero los motivos pueden ser muy amplios). Recordemos que el órgano de administración estará monopolizado por el socio mayoritario en la sociedad limitada cualquiera que sea su estructura, y prácticamente lo mismo si la sociedad es anónima, salvo que se adopte como órgano de administración el Consejo.

4.3. Cláusulas de adquisición preferente

Confieren a la propia sociedad, a todos o ciertos socios[114], o a un tercero el derecho a adquirir la participación del socio con voluntad de transmitir con preferencia sobre el adquirente designado primeramente por el transmitente. La finalidad de las mismas no solo es preservar la sociedad en manos de la familia, ajena a la intervención de extraños, sino también evitar transmisiones que alteren decisivamente la composición del capital social y los equilibrios familiares preexistentes. Para ello hay que tener en cuenta las posibilidades siguientes:

1. Establecer un sistema de valoración lo más objetivo posible. La fijación del precio para ejercer el derecho de adquisición preferente es uno de los motivos más frecuentes por los que se deniega la inscripción en los Registros Mercantiles de este tipo de cláusulas. Vaya por delante, una vez más, nuestra opinión favorable a la libertad de contratación y el principio de

---

[113] En la sociedad anónima, lo importante no es la persona del socio, como en la limitada, sino el capital aportado. La idea general es que en la sociedad limitada es más importante la persona del socio que la aportación, mientras que en la anónima en principio es al contrario.

[114] La Resolución de la DGRN de 9 de enero de 1995 admitió la concesión de un derecho de adquisición preferente a favor de quienes ostenten en ese momento el cargo de consejeros o miembros del órgano de administración. Se trataba de una sociedad anónima, pero responde a un caso previo a la publicación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Hoy en día esa cláusula sería correcta para una sociedad limitada, pero sería muy dudosa su admisibilidad en el caso de una sociedad anónima.

autonomía de la voluntad. Toda norma relativa a restricciones a la libre transmisión de participaciones o acciones exige un acuerdo por mayoría cualificada[115] de los socios adoptado en Junta general, y en la sociedad limitada los socios que no estuvieren conformes tienen garantizado por ley el ejercicio del derecho de separación[116] (en la sociedad anónima será conveniente incluirlo estatutariamente para evitar que la mayoría imponga un cambio en la empresa familiar que genere indefensión en los socios familiares minoritarios).

Todo ello justifica nuestra postura favorable a que los criterios de valoración previa adoptados en los estatutos deban ser respetados por los tribunales o por el Registro Mercantil, salvo cuando éstos fueren claramente contrarios a los principios de igualdad y proporcionalidad. La Ley de Sociedades de Capital fija como criterio en defecto de acuerdo «*el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir*». Al establecerse dicho criterio en defecto de acuerdo se aleja técnicamente la figura mercantil del derecho de preferencia del derecho de adquisición preferente puro contemplado en el Código Civil. El beneficiario de la cláusula, bien sea la propia sociedad o sus socios, no se subroga en la situación contractual del adquirente originario, no cumple pagando lo mismo que éste ofertó, sino un valor distinto, independiente de éste en defecto de acuerdo, lo cual genera incontables conflictos. Por un lado, si la oferta del tercero adquirente era firme e irrevocable, ¿hasta qué punto se puede considerar como valor razonable el fijado en caso de conflicto por un experto independiente cuando el mercado ofrece en firme mejores posibilidades al transmitente? Por otro lado, en cambio, la determinación del precio objetivamente, ajena a la oferta original, evita la presentación de ofertas ficticias, fabricadas *ad hoc* para conseguir forzar a la sociedad a adquirir la participación del socio, conocedor de la voluntad de ésta de evitar la entrada como socio de alguien no deseado por los preexistentes.

2. Anteponer la sociedad a los socios en el ejercicio del derecho de adquisición preferente. La designación de la propia sociedad como beneficiaria inicial del derecho de preferencia, antes que los socios, en orden inverso al previsto supletoriamente por el artículo 107 LSC, es deseable en tanto que mantiene los equilibrios preexistentes entre los socios o grupos familiares que componen el capital social. Atribuir directamente el derecho de preferencia a los socios con carácter previo a la sociedad puede conllevar que por motivos diversos, pero fundamentalmente debido a una mayor

[115] Art. 199, para sociedades limitadas, y art. 194 LSC para anónimas.
[116] Art. 346.2 LSC para sociedades limitadas.

liquidez o capacidad de financiación de unos u otros, el ejercicio desigual de éste altere decisivamente la composición del capital a favor del socio o socios más potentes económicamente. Incluso en el caso de que los socios tengan una economía semejante el régimen supletorio de la ley, dispone que cada uno adquirirá en proporción a su respectiva participación, con lo que se fuerza a los socios a hacer un esfuerzo económico si quieren mantener la actual composición del capital social.

3. Determinar en estatutos el órgano societario competente para decidir ejercer o no el derecho de adquisición preferente. El derecho de adquisición preferente, como hemos visto, no evita o impide la transmisión, sino que tan solo altera la persona del adquirente, por lo cual es de importancia la disponibilidad de capital para así poder hacer frente al precio llegado el caso. Si el beneficiario de la cláusula es la propia sociedad ésta, a través del órgano referido en la cláusula estatutaria (para el 107 LSC, supletoriamente aplicable, la Junta general), deberá expresar si es o no su voluntad hacer efectivo su derecho de preferencia.

   Para disponer de libertad al respecto es decisivo que la sociedad cuente con medios económicos a tal efecto, ya sea mediante el recurso a fondos propios u obteniendo financiación ajena al respecto. Para facilitar la financiación de dichas adquisiciones es recomendable que toda sociedad, pero especialmente las familiares, constituya una reserva voluntaria a tales efectos. Nos referiremos posteriormente a este punto al tratar el derecho de rescate.

4. Beneficiarios en cascada. En muchos casos, la solución ideal pasa por establecer derechos de adquisición preferente en cascada, primeramente a favor de la sociedad (el acuerdo de adquisición se adoptará con exclusión del afectado, sea en el consejo o en Junta general), si ésta opta por no ejercerlo a favor de los restantes socios pertenecientes a la misma rama familiar, y solo en su defecto a los ajenos a la misma. A tal efecto habrá que aclarar en estatutos cómo se define dicha rama. Por ejemplo, en primer lugar gozarían de preferencia los parientes en línea recta respecto del socio transmitente (descendente, ascendente o ambas), en su defecto colaterales más próximos en segundo, tercero e incluso hasta el cuarto grado (hermanos, tíos, primos).

5. Procedimiento de ejercicio. Determinados con claridad los beneficiarios, la cláusula de los estatutos que regule el derecho de preferencia debe prever con nitidez el procedimiento de ejercicio del mismo.

El régimen supletorio del artículo 107 LSC, aplicable exclusivamente a las sociedades limitadas, enlaza el sistema de autorización con el de preferencia,

disponiendo que el ejercicio del derecho de preferencia solo procederá si la Junta general[117] acordare no autorizar la transmisión a la persona primeramente designada como adquirente por el transmitente. En ese caso resulta obligatorio, según la doctrina administrativa[118], la determinación por la sociedad de un adquirente alternativo, no siendo admisible para la Dirección General de los Registros y del Notariado una cláusula estatutaria que simplemente establezca un sistema de autorización puro de modo que una negativa condene al socio con voluntad de transmitir a permanecer en la sociedad. En esos casos ha de conjugarse la cláusula de autorización con un derecho de separación que faculte al socio a quien se haya denegado la transmisión a ejercerlo, obteniendo a través de éste de la sociedad un importe por su participación.

Una forma de evitar ciertos fraudes es que para que el mecanismo de la cláusula de autorización o del derecho de preferencia se activen sea necesario por parte del socio transmitente no solo comunicar su vaga voluntad de transmitir[119], sino presentar a la sociedad una oferta vinculante, en firme, quizá incluso un precontrato, que permita a los restantes socios y a la sociedad conocer con certeza la participación que se transmite, el precio y, sobre todo tratándose de empresa familiar, la identidad del adquirente. Si, por el contrario, los estatutos se redactan de forma laxa, de modo que valga el mero propósito de transmitir para solicitar la autorización de la sociedad para transmitir (sin tener ni siquiera identificado al tercero o el precio de venta), bien puede ocurrir que la autorización previa concedida inicialmente por la sociedad se vuelva en su contra si, posteriormente a su obtención, el socio accede a transmitir su participación a alguien no deseado por los socios preexistentes. Al haberse autorizado la transmisión «a ciegas», los restantes socios no tendrán ningún mecanismo de protección frente al adquirente que ahora se les impone. En principio, el texto legal supletoriamente aplicable exige identificar plenamente al adquirente (pero siempre caben terceros interpuestos...).

4.4. Derechos de arrastre (drag along) *y acompañamiento* (tag along)

Se trata de un mecanismo o cláusula, estatutaria o no, que permite:

1. Arrastre *(drag along)*. También conocida como cláusula de venta conjunta. Permite a un socio exigir a todos los demás la transmisión de su participación respectiva en una sociedad cuando se reciba una oferta que reúna una serie de condiciones mínimas previamente pactadas. Su finalidad práctica es facilitar la transmisión completa de una sociedad, de modo que

[117] Recordemos, con exclusión del transmitente obligatoriamente, tratándose de una sociedad limitada, en el caso de anónima solo si así lo disponen los estatutos.

[118] RDGRN de 20 de mayo de 2016.

[119] El artículo 107.2.a LSC habla del socio que «*se proponga transmitir*», lo que resulta demasiado incierto y susceptible de ser mejorado estatutariamente.

el tercero que haya acordado la compra con el socio o socios mayoritarios no deba enfrentarse a la obstinación de uno o más minoritarios que se opongan a la venta (normalmente con la finalidad de renegociar al alza el precio de venta).

2. Acompañamiento *(tag along)*. Es el mismo mecanismo, pero a la inversa, son los minoritarios los que pueden exigir del mayoritario que la venta se condicione a que se adquiera su participación en las mismas condiciones que las acordadas por el socio mayoritario[120].

Para su adecuado funcionamiento ha de preverse el precio mínimo de venta (bien sea directamente fijando una cifra o indirectamente con relación a variables relativas a la contabilidad de la sociedad), normalmente se incluye un derecho de adquisición preferente de los demás socios y en ocasiones se suele acompañar de una prohibición de disponer durante un período mínimo de tiempo (sobre todo si se trata de una *start up* para evitar problemas de financiación en su fase inicial).

La constancia de este tipo de cláusulas en empresas familiares evita que un futuro adquirente interesado en la totalidad de la empresa familiar deba negociar individualmente con cada rama de la familia o que la negativa injustificada de una rama a la venta ponga en peligro la totalidad de la operación.

En cuanto a la admisibilidad de la constancia de este tipo de cláusulas no solo en pactos parasociales, sino en los propios estatutos, ello está hoy en gran medida[121] fuera de toda duda[122], puesto que no se trata en la práctica más que de una autorización de venta, si bien condicionada a que la oferta se extienda a la participación de todos los socios que deseen vender, y que será perfectamente admisible si va acompañada de un derecho de separación para el caso de negativa[123].

Existen dos tipos de estas cláusulas: aquellas que tienen un contenido ilimitado, de modo que se obliga al tercero *(tag along)* a adquirir la totalidad de las acciones o participaciones sociales; y las de contenido limitado, en las que dicha obligación se reduce a la cuantía de la oferta inicial de lo que se pretendía adqui-

---

[120] Pensemos que en muchas ocasiones lo que interesa al adquirente es la participación de control, careciendo de interés para él las participaciones minoritarias que originariamente en defecto de esta cláusula no tendría voluntad de adquirir.

[121] Con el matiz que luego se dirá al estudiar las cláusulas de *tag along* limitadas.

[122] Incluso se prevén literalmente en los artículos 232.11.2 (sociedades limitadas) y 233.20.4 (sociedades anónimas) del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014.

[123] La RDGRN de 20 de mayo de 2016 admitió la inscripción de una cláusula estatutaria relativa a la transmisión de participaciones sociales que rezaba como sigue: «*La sociedad podrá bien denegar la autorización para transmitir; bien autorizar la transmisión de forma incondicional; o bien autorizarla condicionada a que el comprador ofrecido por el socio que proponga transmitir las participaciones acepte comprar también las del resto de los socios que también se ofrezcan a transmitirlas*».

rir o enajenar, solo que se efectuará procedente no de uno solo, sino de varios transmitentes. En el ilimitado es evidente que no se puede obligar o forzar al tercero a efectuar la adquisición por una cuantía distinta de la inicialmente pretendida, de modo que el tercero adquirente podrá retirar su oferta libremente. No se le puede compeler a aumentarla para así cumplir con lo previsto en estas cláusulas.

En el *tag-along* limitado, en cambio, la oferta realizada por el tercero se debe mantener, puesto que va a adquirir un número de acciones o participaciones sociales idénticos[124], solo que procedentes de diversos transmitentes y a prorrata de la participación de cada cual en el capital social. No puede retirar la oferta alegando que solo se la hizo a ese transmitente.

El problema del acceso de este tipo de cláusulas a los estatutos, o más bien, de la inscripción de dicha cláusula estatutaria en el Registro Mercantil, es el artículo 123.5 RRM, que expresamente prevé que: «*No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las restricciones estatutarias por las que el accionista o accionistas que las ofrecieren de modo conjunto queden obligados a transmitir un número de acciones distinto a aquél para el que solicitan la autorización*». Es por ello que tradicionalmente esta cláusula ha sido recluida a pactos parasociales y no a los estatutos.

En algunos casos será interesante que el derecho de adquisición preferente redactado con cláusulas de *tag along* y *drag along* se reconozca tan solo en favor de determinadas clases de acciones o números de participaciones sociales. De esa forma sería posible que estos derechos tan solo se reconozcan en los estatutos en favor de los socios pertenecientes a la familia, pero no en relación con socios extraños a ésta.

4.5. Tipología de actos traslativos a los que se aplican las cláusulas restrictivas

Los estatutos pueden prever los tipos concretos de actos traslativos en que habrá lugar al derecho de preferencia o en que deberá exigirse la autorización. En defecto de acuerdo estatutario, el régimen supletorio de la Ley de Sociedades de

---

[124] En el caso de que haya distintas clases de acciones o participaciones que reconozcan derechos y obligaciones diversos, la pretendida obligación de mantenimiento de la oferta con carácter vinculante por parte del tercero en aplicación de esta cláusula es dudosa. Si el tercero hace una oferta por un número de acciones de una clase determinada o por un número de participaciones con una serie de derechos especialmente reconocidos estatutariamente, imponerle adquirirlas de tipo distinto es inaceptable, puesto que estaríamos compeliéndole a alterar la naturaleza del objeto del contrato. En esos casos, salvo previsión estatutaria que haya previsto estas vicisitudes, solo cabrá el ejercicio del *tag along* limitado sobre acciones o participaciones equivalentes a aquellas sobre las que inicialmente se hizo la oferta.

Capital en sede de anónimas no contiene restricciones a la libre transmisión, lo que es poco deseable en una sociedad familiar en la que por su propia naturaleza se desea que la familia mantenga el control de la misma. Ello justifica la introducción de este tipo de cláusulas en empresas familiares.

En sede de limitadas, a falta de regulación estatutaria, el artículo 107 LSC prevé la aplicación del régimen supletorio (mezcla de autorización y derecho de adquisición preferente) en los casos de «transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto *inter vivos*». El régimen supletorio legal prevé que el ejercicio del derecho de preferencia implique abonar al transmitente, en defecto de acuerdo, el valor razonable de las participaciones sociales, lo que permite su aplicación no solo a la compraventa, sino también a los actos a título oneroso distintos de la compraventa (permuta o dación en pago) y a los actos a título gratuito (donación).

Existen supuestos dudosos o más complejos:

— Usufructo. Las restricciones no son en cambio aplicables a los casos en que no se transmite la titularidad de las participaciones sociales, sino tan solo un derecho real sobre ellas. No afectarían por tanto a la transmisión del usufructo. Pese a ello, si en los estatutos se ha configurado que el ejercicio de los derechos políticos corresponderá al usufructuario y no al nudo propietario sería conveniente incluir la constitución (y posterior transmisión) del usufructo sobre las participaciones sociales como un supuesto de ejercicio del derecho de adquisición preferente.

— Adjudicación al cónyuge no socio en liquidación de sociedad de gananciales. Técnicamente hablando, la liquidación de la sociedad de gananciales[125] no es, desde el punto de vista patrimonial, un acto traslativo, sino especificativo o de concreción de un derecho previo al modo de la disolución de condominio. Las participaciones sociales que forman parte del patrimonio ganancial, al liquidarse éste, han de adjudicarse a uno u otro cónyuge, en principio de modo indistinto (sin perjuicio de la preferencia del empresario amparada en el artículo 1.406.2 CC, a la que ya nos hemos referido).

El Tribunal Supremo en alguna ocasión[126] ha determinado que, en el caso de sociedades sujetas a un régimen estatutario similar al previsto supletoriamente por la ley, no cabía el ejercicio del derecho de preferencia por parte de la sociedad en caso de adjudicación al cónyuge no socio de las participaciones sociales en el seno de la liquidación del patrimonio ganancial, al no observar en dicha adjudicación un acto traslativo.

---

[125] O de cualquier otro régimen de comunidad matrimonial análogo, como el régimen de consorciales aragonés, el navarro de conquistas o el vasco de comunicación foral.

[126] STS 561/1988, de 4 de julio.

En nuestra opinión, en cambio, la solución es la inversa. Si bien desde el punto de vista puramente patrimonial, en la esfera interna de los cónyuges, es cierto que no existe acto traslativo alguno, sí que la hay desde el punto de vista de la sociedad, en la esfera externa, estudiando la condición de socio. Antes ostentaba la condición de socio solo uno de los cónyuges, independientemente de su régimen económico matrimonial; no obstante, la naturaleza ganancial de su participación en el capital social. El hecho de atribuir al otro la condición de socio, aunque en la esfera patrimonial no suponga transmisión, sí que lo es desde el punto de vista externo, de cara a la sociedad, que verá legitimado para el ejercicio de los derechos de socio a persona distinta de la que adquirió la participación social y que aparecía como socio en el Libro-Registro de Socios.

En la esfera mercantil, de la sociedad, lo relevante es la transmisión de la condición de socio, por eso no habrá lugar a restricción alguna si el cónyuge socio con carácter privativo aporta su participación a la sociedad de gananciales, porque en ese caso la persona del socio no varía (aunque sí varíe la naturaleza patrimonial de la participación, que pasa de privativa a ganancial). Por todo lo visto, también en estos casos será necesario especificar en los estatutos la extensión a estos supuestos de las restricciones a la libre transmisibilidad «de la condición de socio», para así evitar equívocos interpretativos y que, por esta vía, se pierda el control de parte de la empresa familiar.

— Adjudicaciones de participaciones sociales o acciones con motivo de la liquidación de la sociedad titular de las mismas. En la línea antes vista para la adjudicación de participaciones con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales hay que plantearse la aplicación de las restricciones a la libre transmisibilidad a los supuestos en que el socio resulta ser una sociedad en vías de liquidación. El legislador ha previsto la solución al disponer el artículo 188.4 RRM que: *«Las adquisiciones de participaciones sociales que tengan lugar como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas a los socios en la liquidación de la sociedad titular de aquéllas, se sujetarán al régimen estatutario previsto para la transmisión "mortis causa" de dichas participaciones».* La solución es clara y entronca con lo que vamos a ver a continuación.

— Aportación a otra sociedad de la participación en la empresa familiar. Si un socio aporta a otra sociedad su participación en la empresa familiar, se plantea la aplicabilidad o no a este acto de las restricciones a la libre transmisibilidad. La respuesta depende de la naturaleza que se atribuya al acto de aportación. Técnicamente, la aportación a una sociedad constituye un acto traslativo puesto que cambia la persona del socio, la participación en la empresa familiar pasa a estar en poder de una sociedad con personalidad jurídica distinta del anterior socio, por lo cual dicha aportación estará sujeta a las restricciones. No obstante sería conveniente prever estatu-

tariamente la aplicación de éstas a todo caso de aportación a otra sociedad de la participación en la empresa familiar.

4.6. Transmisiones indirectas

Son transmisiones indirectas aquellas cuyo objeto no es la participación del socio en la empresa familiar, sino las acciones o participaciones de la sociedad titular de dicha participación. Las protecciones estatutarias de segundo nivel buscan evitar que sujetos no deseados pasen a formar parte del capital de una sociedad base, en nuestro caso de la empresa familiar, a través de mecanismos indirectos. Dichas vías indirectas pueden afectar directamente a las participaciones o acciones de la propiedad sociedad familiar objeto de nuestro estudio (sociedad base), o bien afectar a la sociedad patrimonial titular de la participación en la empresa familiar (sociedad *holding*).

La complejidad derivada de que el socio titular de la participación en la empresa familiar no sea una persona física, sino una persona jurídica, justifica un importante ajuste de las cláusulas estatutarias para evitar transmisiones indeseadas. A nuestros efectos, la composición subjetiva del capital de la sociedad *holding* es esencial, puesto que de la misma, y en particular de su órgano de administración[127], depende la participación en la empresa familiar. En las sociedades familiares la composición subjetiva, las personas titulares del capital, de la sociedad *holding* es determinante, y por ello se han de establecer mecanismos para controlar dicha composición. Dichos mecanismos deberán ser preferentemente estatutarios para asegurar así su oponibilidad a terceros, como hemos ido reiterando a lo largo de este estudio.

Los mecanismos de protección del carácter cerrado de una sociedad mercantil, como son la sumisión a autorización o el derecho de preferencia, no se aplican con carácter general a los cambios en la titularidad de las acciones o participaciones sociales que se verifiquen indirectamente y que suelen tener como objetivo, precisamente, burlar dichos mecanismos eludiendo la consideración de dichas transmisiones como actos realizados en fraude de ley o susceptibles de ser impedidos mediante la aplicación de la teoría del levantamiento del velo. Hablamos no solo de la clásica aportación de las acciones o participaciones sociales a otra sociedad (a la que se aplican las restricciones según hemos visto), sino de los cambios en la composición y titularidad del capital de la sociedad tenedora de las acciones o participaciones.

[127] Que en cuanto órgano de representación será el que ejercite los derechos políticos en el órgano de gobierno en la empresa familiar.

4.6.1. Supuestos más frecuentes

1) Transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad *holding*. Basta con que un tercero adquiera una participación mayoritaria en la sociedad patrimonial *holding* para que dependa de éste la designación de administrador de dicha sociedad y, en consecuencia, el voto que corresponderá a dicha sociedad patrimonial en la Junta general de la sociedad familiar. En vez de comprar la totalidad de la participación de la sociedad *holding* en la sociedad familiar puede ser más económico comprar tan solo una participación mayoritaria en dicha sociedad *holding* para controlar por esa vía la totalidad de la participación de ésta en la sociedad familiar. Dichas transmisiones no están sujetas a las restricciones previstas en los estatutos de la sociedad familiar, sino a las previstas en la sociedad patrimonial, por lo que cabría la entrada por esa vía de socios no deseados.

2) Aumento de capital en la sociedad *holding* con entrada de terceros o dilución de los antiguos socios mayoritarios en favor de una nueva mayoría social[128]. Se trata de otro caso típico de cambio en la composición subjetiva de la sociedad patrimonial que tiene la misma consecuencia prevista anteriormente.

3) Modificaciones estructurales de la sociedad *holding* que afecten directamente a las acciones o participaciones de la sociedad familiar (por ejemplo, la absorción de la sociedad patrimonial tenedora de la participación de uno o varios socios en la empresa familiar por una sociedad tercera extraña a ésta, o la escisión parcial de dicha sociedad patrimonial del socio a favor de una sociedad extraña).

Con carácter general resulta decisivo el momento inicial en que la sociedad familiar y sus socios aceptan que uno de ellos sea o pase a ser una persona jurídica. Esa decisión, que puede ser determinante del futuro de la sociedad, debe adoptarse en base a las características subjetivas (composición del capital de la sociedad *holding* y socios de control en la misma) y objetivas (estatutos, especialmente limitaciones a la libre transmisión de participaciones) de la sociedad *holding*. Es importante asegurarse de que el consentimiento a ese nuevo socio perso-

[128] El cambio en la posición de control se puede producir bien porque los mayoritarios no acudan al aumento y los minoritarios sí, bien por enajenación y adquisición por los minoritarios o incluso por terceros de derechos de suscripción o asunción preferente. Hay que tener en cuenta que los aumentos de capital, individualmente considerados o en el seno de una operación acordeón, pueden dar lugar a cambios no deseados por todos los socios en la composición del capital, puesto que el derecho de suscripción o asunción preferente, creado para evitar dichas alteraciones, tan solo se da en los aumentos dinerarios (e incluso en éstos se puede suprimir justificadamente por el órgano de administración con ciertos requisitos).

na jurídica se presta por la sociedad familiar en atención y teniendo en cuenta dichas circunstancias. Ello es determinante, porque una vez se ha permitido a la sociedad *holding* ser socio de la empresa familiar, el devenir de ésta desde el punto de vista subjetivo (socios de control) y objetivo (estatutos) puede variar a voluntad de los socios de la misma. En última instancia, como vemos, es un problema de confianza.

En el artículo 107.1 LSC, en el régimen aplicable a las sociedades limitadas con carácter supletorio, se prevé precisamente que será libre la transmisión en favor de sociedades del mismo grupo[129] que la transmitente. Ello supone que cuando se autoriza la entrada como socio de una sociedad no solo hay que tener en cuenta la composición subjetiva y características de la sociedad en cuestión, sino de todas las pertenecientes al grupo. Bastaría que en los estatutos de alguna de las sociedades del grupo existiera algún resquicio a la entrada de terceros no deseados, para que fuera posible la adquisición o el control por dichos terceros no deseados de la participación en la empresa familiar base. Para ello, la sociedad *holding* tan solo necesitaría trasladar la participación que tiene en la empresa familiar a la sociedad del grupo con los estatutos más «abiertos». En ese recorrido no cabría oposición por parte de la sociedad familiar, puesto que intra-grupo, como hemos visto en el artículo 107.1 LSC, la transmisión se ha configurado (estatutariamente o según el régimen legal supletoriamente aplicable) como libre.

El hecho de asegurarse de que la sociedad que pasa a ser titular de la participación en la empresa familiar tiene una composición subjetiva y unos estatutos que restringen adecuadamente (a ojos de la empresa familiar) la transmisión de sus acciones o participaciones no es suficiente. Bastaría con que la persona (física o jurídica) que controla la sociedad *holding* incumpliera sus acuerdos y transmitiese las acciones o participaciones de la *holding* (o las aportase a una tercera sociedad) para que un tercero pasara a controlar su participación en la empresa familiar. Ni siquiera unos estatutos de la sociedad *holding* restrictivos a tal transmisión podrían evitarlo, puesto que dichos estatutos siempre serán modificables a voluntad de la mayoría. Por todo lo anterior es preciso que la sociedad familiar, en ese momento inicial a que antes nos hemos referido, incluya en sus estatutos mecanismos para asegurarse de que no se produce esa alteración subjetiva sin su consentimiento.

Lo ideal a tal efecto sería dotar a la sociedad familiar de instrumentos que sean eficaces ex ante, impidiendo así que la transmisión tenga lugar. El problema es que incluso existiendo dichos mecanismos en los estatutos de la sociedad familiar, éstos en ningún caso pueden interferir en la validez ni eficacia de la transmisión de las participaciones o acciones de la sociedad *holding*, puesto que la misma

[129] La problemática asociada a la consideración de grupo, que es muy compleja, excede a los objetivos de este estudio.

es independiente de las previsiones de la empresa familiar base, que no le son directamente oponibles a la *holding* ni a los terceros adquirentes de ésta.

4.6.2. Mecanismos defensivos de la empresa familiar

Las soluciones a adoptar en los estatutos de la sociedad familiar son las siguientes:

i. Libro-Registro de Beneficiarios Indirectos. Una herramienta de utilidad en esta materia es el denominado Libro-Registro de Beneficiarios Indirectos. Se trata de un registro titularidad de la sociedad familiar participada en el que las sociedades partícipes (*holding*) quedan obligadas (mediante pactos parasociales o mediante prestaciones accesorias) a comunicar los cambios relevantes en el control de las mismas. De esa forma, si se verifica un cambio no comunicado en tiempo y forma, la sociedad familiar podrá adoptar los mecanismos de protección que estatutariamente se hubieran previsto a tal fin.

ii. Causa de exclusión. La más segura es establecer como causa de exclusión del socio partícipe de la sociedad familiar (bien sea el adquirente de la sociedad *holding*, o la propia sociedad *holding* si el cambio en el control de la misma se verifica sin transmisión de acciones o participaciones sociales) todo cambio en el control[130] de la sociedad *holding* que no haya sido previamente aprobado por la Junta general de la sociedad familiar[131]. No ofrece duda la posibilidad de establecer el incumplimiento de esta cláusula como causa de exclusión en el caso de la sociedad limitada.

   Más dudoso es el caso de la sociedad anónima, pero la redacción abierta del artículo 351 LSC a todas las sociedades de capital, no solo a las limitadas, así como la lógica relación entre la posibilidad de incluir restricciones estatutarias a la libre transmisión de acciones, por un lado, y la sanción de exclusión del incumplidor, por el otro, nos inclinan por aceptarlo. En consecuencia cabrá imponer en sociedades anónimas «cerradas» la exclusión del socio que incumpla las obligaciones impuestas en caso de cambio del control de la sociedad *holding* titular de acciones o participaciones de la misma. En alguna ocasión, el Tribunal Supremo[132] ha considerado no aplicable a una sociedad anónima este tipo de cláusulas que

---

[130] Una vez más requerirá mucha precisión para evitar futuros problemas la definición que se dé en la cláusula estatutaria del concepto «control».

[131] En dicho acuerdo no intervendrá el representante de la sociedad *holding* como ya hemos visto –art. 190.1 y 190.2 LSC–. Recordemos en el caso de la sociedad anónima la necesidad de prever estatutariamente la privación del voto a estos efectos.

[132] STS 708/2011, de 10 de enero.

prevén la exclusión de la sociedad *holding* que altere sus socios de control sin la previa autorización de la sociedad participada, pero no existe una línea jurisprudencial a tal efecto (tan solo una sentencia aislada) y la evolución de la materia nos inclina a defender la postura del voto particular favorable a su admisión.

iii. Prestaciones accesorias. Podría asignarse a las acciones o participaciones de la empresa familiar correspondientes a la sociedad *holding* una prestación accesoria de no hacer, consistente en la prohibición de alterar los socios de control de la sociedad *holding* sin previa autorización de la Junta general de la sociedad familiar. En ese caso, la prohibición al estar incorporada a las propias acciones o participaciones sociales sería oponible *erga omnes,* también al tercero. Es más, como resultado del artículo 88 LSC sería necesaria la autorización de la sociedad familiar para la válida transmisión de las acciones o participaciones sociales. En defecto de pacto estatutario, la ley atribuye la competencia para autorizar dichas transmisiones a la Junta general en el caso de sociedades limitadas y al órgano de administración en el caso de las anónimas. Evidentemente, la atribución de la competencia al órgano de administración facilita el control de dicha decisión por la mayoría, que será la que controle el mismo.

iv. Privación derechos políticos y/o económicos. Como hemos dicho, los estatutos de la sociedad familiar no pueden impedir la validez de los cambios que se produzcan en la sociedad *holding*, pero en caso de que se verifique su incumplimiento sí que pueden imponer sanciones importantes a la participación de la sociedad *holding* en la empresa familiar. Desde esa perspectiva sería posible privar de derechos políticos (no solo voto, sino también asistencia) a las acciones o participaciones sociales afectadas, lo que indudablemente restaría atractivo a la adquisición indirecta realizada sin el consentimiento de la empresa familiar. Incluso podría estudiarse la posibilidad de privar de derechos económicos a esa participación durante un período de tiempo en concepto de indemnización por el incumplimiento.

v. Pactos parasociales. Evidentemente, todo lo visto no excluye la posibilidad de pactar extraestatutariamente sanciones para los cambios en la sociedad *holding* verificados en contra de lo acordado. El problema será una vez más la inoponibilidad de dichos acuerdos a terceras partes[133].

[133] Por mucha indemnización que se ponga, si el tercero adquirente tiene un interés genuino y hay mucho en juego, es perfectamente posible que forma parte del precio a pagar al transmitente la indemnización que éste deba abonar por incumplir lo acordado.

4.7. Cláusulas de rescate

Técnicamente las cláusulas de rescate son aquellas que permiten a la sociedad recuperar la participación de un socio mediante un mecanismo previamente pactado en la ley o los estatutos. Los supuestos legalmente previstos son fundamentalmente los de transmisiones forzosas (109 LSC y 125 LSC), por causa de muerte (110 LSC y 124 LSC), por liquidación de la sociedad tenedora de las acciones o participaciones sociales (188.4 RRM, al que ya nos hemos referido) y los derivados de la separación o exclusión de un socio (arts. 346 y ss. y arts. 350 y ss. LSC).

Las acciones o participaciones sociales adquiridas derivativamente como consecuencia del ejercicio del derecho de rescate estarán sujetas al régimen previsto en los artículos 140 y ss. LSC. Si como consecuencia de la adquisición de acciones propias el patrimonio neto resultara inferior al capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles, la adquisición sería impracticable (art. 146.1.b LSC). Por su parte, en sociedades limitadas, la adquisición ha de hacerse con cargo a beneficios o reservas de libre disposición (art. 140.1.d LSC). En ambos casos la solución para permitir la adquisición es que la sociedad esté dotada de reservas voluntarias disponibles suficientes para financiar la adquisición.

4.7.1 Instrumentos para dotar de fondos a la sociedad

En numerosas ocasiones, la piedra angular para el efectivo funcionamiento de las cláusulas legales o estatutarias de adquisición preferente o rescate en favor de la sociedad es la disponibilidad de efectivo por los socios beneficiarios de dichos derechos o por la propia sociedad. Como en cuanto a la disponibilidad de liquidez y capacidad de endeudamiento de los socios hay poco que se pueda decir desde una óptica societaria, vamos a centrarnos en la sociedad, y en concreto en mecanismos para dotar a ésta de recursos para ejercitar el derecho de rescate alternativos a los ordinarios (aumento de capital, solicitud de financiación externa, bien sea procedente de los propios socios, de entidades de crédito o recurrir a reservas voluntarias o beneficios obtenidos por la propia actividad ordinaria de la sociedad).

i. Entity purchase plan. Es relativamente frecuente el caso en que, existiendo la posibilidad de que la sociedad familiar evite la entrada de terceros extraños a ésta en el capital social, dicha opción no se pueda verificar por falta de recursos por parte de la sociedad para abonar a esos terceros lo que en derecho les corresponda. Para evitarlo es recomendable que toda sociedad familiar disponga de lo que en derecho anglosajón se denomina «Entity Purchase Plan», o en español plan de adquisición por la sociedad. Se trata de un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad y sus socios

previendo una futura adquisición de la participación de uno o varios de los socios por parte de la sociedad y/o de los restantes socios que entonces quedaran en la misma.

Uno de los pilares centrales del mismo suele ser la contratación por parte de los socios miembros de la empresa familiar de un seguro de vida cuyo primer beneficiario sea la propia sociedad familiar. De ese modo, al fallecimiento del socio asegurado, la aseguradora desembolsará una cantidad de dinero que aumentará la posición de liquidez de la empresa familiar, permitiendo así a ésta el rescate de la participación del socio fallecido de manos de aquellos herederos o legatarios que no sean admisibles según los criterios estatutarios de transmisión *mortis causa* (o incluso de aquellos que siéndolo no deseen continuar formando parte de la empresa familiar). El coste para el socio asegurado es nulo porque, al ser la beneficiaria la propia sociedad, es ésta la que como tomadora del seguro corre con los pagos de las primas, pudiendo deducírselos como gasto (al menos en parte, y siempre en función del devenir legislativo).

ii. Reserva voluntaria *ad hoc* y prestaciones accesorias. Otra medida frecuente para facilitar a la sociedad liquidez suficiente, llegado el caso indicado, es la constitución de una reserva voluntaria específica a tal fin.

Se ha admitido[134] la posibilidad de configurar la obligación de aportar una cantidad periódica de dinero por parte de todos o algunos de los socios mediante la creación de una prestación accesoria a tal fin. Incluso el incumplimiento de dicha obligación de aportar podría considerarse como una causa de exclusión del socio.

iii. Pactos parasociales de atribución de financiación. Por último, también cabría que por medio de pactos parasociales, y en particular un pacto de atribución, los socios convengan entre sí o con un tercero que éste financiará la realización por la sociedad de operaciones en ejercicio del derecho de rescate en un determinado plazo y hasta una determinada cuantía, normalmente para la adquisición de la participación de otros socios ajenos al pacto.

Si en dicho pacto parasocial toma parte la propia sociedad por medio de sus administradores, entonces será exigible por ésta llegado el caso. El problema es que muchas veces no se hace tomar parte en dichos acuerdos a la sociedad para evitar que el órgano de administración, en cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con el derecho a la información, ponga en conocimiento de los demás socios ajenos al pacto la existencia de éste. Llegado el caso serían los firmantes

[134] RRDGRN de 27 de julio de 2001 y 18 de junio de 2012.

los que podrían compeler al que se obligó a dar la financiación a prestarla en las condiciones pactadas.

Si bien, conforme al régimen legal, la adquisición en ejercicio del derecho de rescate se debe financiar con fondos propios, no habría problema en salvar dicho impedimento recurriendo para el rescate a las reservas y financiando en cambio los gastos corrientes con cargo a recursos ajenos.

4.7.2. Transmisiones forzosas (art. 110 LSC y art. 125 LSC)

Resulta ciertamente inconveniente que en una sociedad cerrada, y especialmente en una sociedad familiar, que la participación de alguno de los socios en la misma resulte embargada por deudas y, llegado el caso, se proceda a la ejecución de la misma.

Es frecuente, para disminuir la probabilidad de que ocurra, que se configure la pignoración de las acciones o participaciones de la sociedad por parte de uno de los socios como causa de exclusión de éste. Pero incluso, aunque el socio no lo hubiere realizado, si por deudas personales ajenas a la sociedad los acreedores llegaran a embargar su parte y fueran a proceder a su ejecución es decisivo que en defecto de los demás socios la propia sociedad pueda adquirir su participación mediante el rescate de la misma. Dicha posibilidad ha de estar expresamente prevista en los estatutos en el caso de la sociedad anónima, puesto que en defecto de la misma no podrá adoptarse válidamente dicho acuerdo por el órgano de administración (art. 109.3 LSC).

4.7.3. Transmisiones *mortis causa* (art. 110 LSC y art. 124 LSC)

El régimen previsto por la ley, en defecto de pacto estatutario, es que la transmisión *mortis causa* es libre, y ello tanto en sociedades limitadas como en anónimas. Ello, evidentemente, no resulta conveniente en el seno de la empresa familiar, puesto que de esa forma podría deshacerse fácilmente la permanencia de la empresa en la familia, pudiendo cada socio disponer *mortis causa* de su participación en la forma que tuviere por conveniente. Es por ello necesario introducir expresamente en los estatutos el derecho de preferencia. En cualquier caso del texto legal parece resultar claramente[135] que existen dos transmisiones, del patrimonio del causante al del heredero o legatario, y del de éste al de los demás socios o al de la propia sociedad (lo que no resulta precisamente beneficioso para ninguno desde un punto de vista fiscal).

---

[135] RDGRN de 18 de abril de 2000.

No resulta admisible el establecer en estatutos una cláusula de preferencia en caso de adquisición *mortis causa* que opere por vía de tanteo, esto es, con carácter previo a la adquisición por el heredero o legatario, impidiendo la misma, puesto que los derechos se transmiten a éstos desde el fallecimiento del causante y en el momento previo a éste no había sucesión[136]. En consecuencia, dicho derecho de preferencia ha de operar necesariamente por la vía del retracto.

Al establecerse la cláusula de preferencia en los estatutos será conveniente precisar en qué casos habrá lugar a dicho derecho. En principio, la transmisión es libre, pero si se pacta un derecho de preferencia se puede modular en qué casos habrá lugar al mismo y en qué casos no, pudiéndose considerar, por ejemplo, libre la transmisión en favor de ascendientes, descendientes o colaterales hasta el segundo o tercer grado. Excluimos al cónyuge porque, al tratarse de empresa familiar, se debe primar la transmisión en favor de parientes consanguíneos, de modo que en caso de transmisión *mortis causa* a su favor sí que nacería el derecho de preferencia.

Es importante precisar que el plazo máximo para decidir acerca del ejercicio del derecho de preferencia es de tres meses «*a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria*». Dicho plazo podrá acortarse estatutariamente, pero no alargarse (puesto que se estarían perjudicando los derechos de los adquirentes *mortis causa*). Recordemos en este punto que la adquisición hereditaria no se verifica hasta la aceptación (aunque luego sus efectos se retrotraigan ex art. 988 CC), por lo que podría existir una situación de interinidad (herencia yacente) que obligue a recurrir al mecanismo del artículo 1005 CC. La aceptación puede, por otra parte, realizarse sin producirse la adjudicación de la participación del causante en la empresa familiar, en cuyo caso habrá de procederse al ejercitar el derecho de preferencia contra la comunidad hereditaria.

Podría plantearse un problema en el caso de que, habiéndose previsto estatutariamente el ejercicio del derecho de preferencia, solo en caso de adquisición de determinados llamados, pero no por otros[137], nos encontremos con que la herencia ha sido aceptada estando en situación de comunidad hereditaria, pero todavía no se haya producido la partición ni efectuado las adjudicaciones. Hasta que eso no se verifique resultará imposible saber si ha lugar o no al ejercicio de preferencia. En esos casos es evidente que el plazo de tres meses solo contará desde que se verifiquen las adjudicaciones. Como ese plazo puede diferirse largamente, en

---

[136] Sentencia dictada en el juicio ordinario 322/05 el día 13 de abril de 2007 por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid.

[137] Imaginemos una situación de comunidad hereditaria en la que las participaciones sociales de la empresa familiar formen parte del caudal relicto al que están llamado tanto cónyuge como hijos, estando contemplado en estatutos el derecho de preferencia solo en caso de adquisición por el cónyuge. Es evidente que en tanto no se haga la partición no se podrá saber si cabe o no ejercitar el derecho de preferencia.

caso de acuerdo cobra importancia una vez más el nombramiento de administrador de la herencia y, posteriormente, de representante de la comunidad hereditaria a los que nos hemos referido en este trabajo.

La naturaleza *mortis causa* de determinadas transmisiones nos puede plantear problemas, fundamentalmente en dos casos: los pactos sucesorios cuando implican trasferencia actual de bienes en vida del disponente y la figura de la donación *mortis causa*, siempre a medio camino entre ambos mundos[138].

Es discutible el supuesto de los pactos sucesorios, especialmente cuando impliquen una transferencia actual, en vida del disponente, de la titularidad de las participaciones o acciones[139]. ¿El derecho de preferencia que nacería en tal transmisión sería el previsto en los estatutos para las transmisiones *inter vivos* o para las *mortis causa*? Sin perjuicio de la conveniencia de una cláusula estatutaria que solucione estos problemas, conveniente sobre todo en sociedades con domicilio social o socios mayoritarios en territorios de derecho foral, parece que habrá que estar a la naturaleza *mortis causa* de dichas instituciones, que será la que determine el derecho de preferencia aplicable. Ello podría significar, por ejemplo, que el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 110 LSC debería contarse desde la comunicación de la adquisición de la participación del transmitente aún viviendo éste (no obstante haber sido prevista dicha cláusula para el caso de su fallecimiento).

Respecto de la donación *mortis causa* es en principio una transmisión equiparada a los legados, no produce efecto traslativo alguno *inter vivos* ni restringe tampoco la capacidad dispositiva sobre lo donado *inter vivos* por parte del donante, es también libremente revocable por el donante y por tanto será de aplicación el régimen de las transmisiones por causa de muerte. A tal fin aclara la doctrina administrativa[140] que se trata de una figura distinta de las donaciones *inter vivos* con eficacia *post mortem*, siendo estas segundas irrevocables por el donante y susceptibles de inscripción en los registros públicos. Así pues, en una donación *inter vivos* con eficacia *post mortem* de acciones o participaciones sociales hay un auténtico negocio traslativo *inter vivos*[141], válido, perfecto e irrevocable, si bien estando los efectos traslativos sujetos al fallecimiento del donante, por lo que en

---

[138] Para la STS 473/2011, de 17 de junio, «la donación *mortis causa* es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante. Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla *inter vivos* a otro o revocar simplemente aquella donación».

[139] Por ejemplo, el heredamiento cumulativo del artículo 439.19 CCC, para el que el propio Código Civil de Cataluña considera conveniente que se incluyan disposiciones estatutarias *ad hoc* (art. 431-25.2 CCC).

[140] RDGRN de 20 de febrero de 2017.

[141] Y por tanto su régimen será el previsto para las restricciones a la libre transmisibilidad *inter vivos,* no *mortis causa*.

vida de éste le corresponderá a él, y no al donatario, el ejercicio de los derechos de socio (salvando la capacidad de disponer, ya restringida).

5. Separación y exclusión de socios

5.1. Separación

La separación del socio le faculta en casos tasados para abandonar la sociedad a cambio de la obtención del valor razonable de su participación en la misma. El derecho de separación solo puede tener lugar en los supuestos previstos por la ley (art. 346 LSC) y los estatutos (347 LSC). Es importante tener en cuenta que dichos supuestos son de gran relevancia en la vida de la sociedad y que la creación, modificación o supresión de causas de separación exige el consentimiento unánime de todos los socios (art. 347.2 LSC), por lo que a efectos prácticos conviene haber adoptado las causas de separación que estatutariamente convengan a la sociedad familiar con carácter previo a la incorporación como socios de terceros ajenos a ésta o que puedan dificultar posteriormente la redacción en el sentido deseado de los estatutos.

El derecho de separación tiene un papel decisivo en relación con los derechos de preferencia y rescate, como hemos visto a lo largo de este estudio, constituyendo en la práctica la piedra de toque en un régimen estructurado en tres grandes planos: primeramente una cláusula de autorización; en segundo lugar, aunque no es exigible su existencia, un derecho de adquisición preferente en favor de los demás socios o terceros a propuesta de la sociedad; y en último término, siempre como cierre, la posibilidad del socio de ejercer el derecho de separación para no ser obligado a permanecer en la sociedad si no habiéndose autorizado la transmisión propuesta no han surgido socios o terceros adquirentes interesados en adquirir su participación en la sociedad.

Uno de los debates más vivos que se está produciendo ahora en nuestro derecho es sobre la admisibilidad o no de las cláusulas de separación «ad nutum». Consiste en reconocer en los propios estatutos como causa de separación la mera voluntad del socio manifestada claramente de abandonar la sociedad, sin alegar causa adicional alguna. Reciente jurisprudencia[142] parece inclinarse por su aceptación, sobre todo en sociedades cerradas, en las que el único límite que operaría a las mismas sería el principio de la buena fe y el abuso de derecho. No obstante la licitud, admitida por nuestra jurisprudencia, de dichas cláusulas, son muy peligrosas desde el punto de vista práctico, puesto que podrían provocar la «desbandada» de los socios a costa de los recursos de la sociedad familiar, algo que además no suele producirse en el mejor momento. Por todo ello, si bien dichas

[142] SSTS 796/2011, de 15 de noviembre y 1050/2013, de 14 de marzo.

cláusulas son admisibles, es recomendable manejarlas con cuidado puesto que pueden causar más perjuicios del beneficio que pretenden procurar.

Recordar por último que en la sociedad limitada la alteración del régimen de restricciones a la libre transmisibilidad de participaciones sociales es causa de separación de los socios que no votaron a favor, mientras que en la sociedad anónima será preciso especificar dicha causa de separación en los estatutos sociales para su reconocimiento (art. 346.2 LSC).

5.2. Causas de exclusión

Desde la óptica que hemos estado estudiando, y a los efectos de la empresa familiar, la exclusión del socio es una herramienta un tanto drástica para compeler a los socios a respetar los estatutos de la sociedad.

La exclusión de un socio requiere siempre previo acuerdo de la Junta general de la sociedad (art. 352 LSC), y en dicho acuerdo no ha de tenerse en cuenta el socio afectado (art. 190.1.b LSC, aplicable a sociedades anónimas solo en caso de que así se haya previsto expresamente en estatutos). Al no participar el afectado en la decisión en la práctica ésta queda en manos de los restantes socios, lo que podría implicar con frecuencia el secuestro de la mayoría por los socios minoritarios[143]. Por lo demás, el estar incurso en causa legal o estatutaria de exclusión no presupone automáticamente ésta. Al existir un procedimiento reglado que exige un acuerdo en Junta general bastará que ésta no acuerde la exclusión para que ésta no pueda llevarse a buen término.

Las causas de exclusión previstas en defecto de previsión estatutaria por la ley son solo aplicables a las sociedades limitadas. En relación con las anónimas es precisa su regulación concreta (art. 351 LSC), puesto que en defecto de ésta no hay causas de exclusión. En la empresa familiar será por tanto muy conveniente incluir como causas de exclusión al menos las que estudiamos a continuación:

i. Infracción de la prohibición de competencia. En la sociedad limitada el artículo 350 LSC contempla como causa legal de exclusión de un socio la infracción de la prohibición de competencia por parte del socio administrador. Evidentemente, el administrador no socio que la incumpla será cesado como tal, sin perjuicio de su posible responsabilidad por incumplir el deber de lealtad para con la sociedad (art. 229.1.f LSC), pero al no ser

[143] Sin perjuicio de que, cuando el excluido es un socio con una participación igual o superior al 25% del capital social, si no está de acuerdo se exija, conforme al 352.2 LSC, no solo acuerdo de la Junta general, sino también resolución judicial firme (mientras ésta no recaiga, la exclusión no es perfecta y el pretendidamente excluido sigue siendo socio a todos los efectos legales).

socio es obvio que no cabrá exclusión alguna. En cuanto al socio en la empresa familiar que desarrolle una actividad competitiva con ésta, en principio no cabe la exclusión del mismo, puesto que las obligaciones relativas al deber de lealtad de los artículos 228 y ss. LSC son predicables tan solo de los administradores y no respecto de los socios.

¿Sería posible contemplar en los estatutos como causa de exclusión de un socio el hecho de que éste desarrolle una actividad en competencia con la sociedad? Es seguro que dicha causa de exclusión sería distinta de la prevista en el artículo antes citado, puesto que ésta se ciñe a los administradores. También es cierto que, dada la naturaleza abierta de la sociedad anónima y el hecho de que a efectos de ésta lo relevante sea la aportación del socio y no tanto su persona o actividad, no cabrá contemplar en los estatutos una causa de exclusión como la propuesta. Como excepción sí que parece que será admisible si se hubiera impuesto como prestación accesoria a los socios la prohibición de competencia, en cuyo caso su incumplimiento daría lugar a causa de exclusión si así se hubiera previsto en los estatutos. Con respecto a la sociedad limitada y dado el carácter cerrado de ésta y la importancia que se da al elemento subjetivo es seguro que cabría imponer tal prohibición de competencia como prestación accesoria y su incumplimiento como causa de exclusión.

ii. Infracción del cumplimiento de las prestaciones accesorias. Al igual que la anterior, se trata de una causa que en la sociedad limitada es supletoriamente aplicable, y que permite excluir (se entiende contra su voluntad) al socio que incumpliera su deber de realizar prestaciones accesorias, bien sea una prohibición de competencia como hemos visto antes, la obligación de aportar metálico a la sociedad, la obligación de firmar el protocolo familiar o la de cumplir alguna de las obligaciones que en éste vienen impuestas.

En relación con las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones o participaciones, dichas prestaciones accesorias podrían consistir en la obligación de someter a autorización de la sociedad participada cualquier cambio en el control de la sociedad *holding*. El incumplimiento supondría automáticamente que la sociedad *holding* habría incurrido en causa estatutaria de exclusión (si así se hubiera previsto en los estatutos de la sociedad participada).

iii. Pignorar o dar en garantía acciones o participaciones sociales. Si bien la responsabilidad patrimonial universal es ineludible, tanto para personas físicas como jurídicas, es posible para evitar *a priori* cambios en la composición del capital social el establecer como causa de exclusión del socio la pignoración de su participación en la sociedad. Dicha prohibición no

evita que la pignoración se lleve a cabo, pero al tomarse razón de ésta en el libro-registro de socios o tener esta noticia de ésta por cualquier otro medio la Junta general podrá acordar la exclusión del pignorante.

Imponer la pignoración como causa de exclusión no evita que la participación del socio responda de sus deudas personales, pero sí que al menos dificulta que sobre dicha participación pese la condición de primera garantía del pago. En caso de deuda vencida, líquida y exigible, los acreedores podrán solicitar del juez el embargo de dicha participación, pero al menos ésta no habrá sido utilizada al contraerse la deuda como garantía, ni se habrá librado título ejecutivo sobre dicha participación en la empresa familiar.

iv. Cesión de derechos políticos a título oneroso. Sin perjuicio de que dichas cesiones tengan los limitados efectos a que nos hemos venido refiriendo para evitar que en la Junta de la empresa familiar intervengan intereses ajenos a los de los socios, se puede contemplar como causa de exclusión de los socios el haber cedido a título oneroso el ejercicio de los derechos políticos, bien sea a terceros, o incluso a favor de otros socios.

(Trabajo recibido el 24/11/2017
y aceptado para su publicación el 15/12/2017)

CAPÍTULO XV: EL CONFLICTO Y LOS «ADR» EN LA EMPRESA FAMILIAR

CRISTINA FERNÁNDEZ CÁMARA
Notaria de Barrax

RESUMEN

Las empresas familiares tienen una importancia decisiva en la economía española, con unas fortalezas indiscutibles, derivadas de la intersección entre la esfera empresarial y la esfera familiar. Sin embargo, esta intersección es también la causa principal de su extinción. ¿Cómo conseguir un adecuado entendimiento entre ambas esferas? Existen diversos medios, destacando entre todos ellos, como medio autónomo, pero también omnicomprensivo, la mediación.

Palabras clave: empresa familiar, familia empresaria, mediación, ADR, conflicto, responsabilidad social corporativa, protocolo familiar.

CHAPTER XV: CONFLICT AND ADR IN FAMILY BUSINESS

CRISTINA FERNÁNDEZ CÁMARA
Notary Public in Barrax

ABSTRACT

Family business have a decisive importance in the Spanish economy, with indubitable strengths that come from the intersection between the business circle and the family circle. However, this intersection is also the main cause of its extinction. How can we achieve an optimal understanding between both circles? There are several ways of reaching the goal, but mediation outstands among them, as an autonomous but also as an all-embracing way to solve conflicts.

Keywords: family business, business family, mediation, ADR, conflict, corporate social responsibility, family protocol.

SUMARIO: I.—LA SUBSISTENCIA DE LAS EMPRESAS FAMILIARES. 1.—¿Nos importa que subsista la empresa familiar? 2.—¿Fracasan las empresas familiares más que otras? II.—LOS ESPECÍFICOS PROBLEMAS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES. 1.—Modelos de análisis de la empresa familiar. 2.—Los conflictos más frecuentes en las empresas familiares. III.—PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES. 1.—Mecanismos de tipo «convencional»: disposiciones estatutarias y protocolo familiar. 2.—Mecanismos de tipo «orgánico»: Asamblea Familiar y Consejo de Familia. 3.—Mecanismos de resolución de conflictos. IV.—LOS «ADR» EN LA EMPRESA FAMILIAR, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN. 1.—Ventajas de los «ADR». 2.—Especial referencia a la mediación: un instrumento idóneo para la pervivencia y la armonía de la empresa (familiar)... y de la familia (empresaria). 2.1.—Concepto de mediación. 2.2.—Los principios informadores de la mediación en la empresa familiar y sus ventajas. 2.3.—¿En qué ámbitos o momentos puede ser especialmente útil la mediación en la empresa familiar? 2.4.—Procedimiento. V.—CONCLUSIÓN. VI.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA SUBSISTENCIA DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

Lladró, Gullón, Eulen, Llongueras, Rumasa, Cuétara, Rubiralta, Jesmar... no son pocos los casos de empresas familiares que, desgraciadamente, han ocupado titulares de prensa cuando se han ido a pique o han sido compradas por algún grupo ajeno a la familia fundadora. ¿Nos importa que subsista la empresa familiar? ¿Es suficiente que subsista la empresa, aunque fracase en su condición de empresa «familiar»? ¿Fracasan las empresas familiares más que otras? ¿Por qué se han hundido las empresas familiares cuando lo han hecho? ¿Cómo prevenirlo y evitarlo?

1. ¿Nos importa que subsista la empresa familiar?

En primer lugar, a quien seguro le interesa —por constituir el sustento de sus miembros— la subsistencia de la empresa familiar es a la propia familia empresaria que de ella se ocupa, y ello sería suficiente para merecer nuestra atención y atender a las causas que hacen permanecer en el tiempo a una empresa familiar o que, por el contrario, hacen que ésta se extinga.

No obstante, ya desde una perspectiva social, ¿interesa que persistan las empresas familiares? Por razones innegables es socialmente deseable que existan unidades de producción o de prestación de servicios que sean viables económicamente —sean o no familiares— debido a su evidente importancia en la generación de riqueza, innovación, creación de puestos de trabajo y satisfacción de necesidades sociales. Pero ¿es deseable que subsistan estas empresas como «familiares»? En principio, como señala GOMÁ LANZÓN, a esta pregunta podría dársele una respuesta negativa, «o al menos un ambiguo "no necesariamente"»[1].

[1] GOMÁ LANZÓN, I.: «El protocolo familiar», en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M., *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, Bosch, 2010, p. 452.

Así, estas empresas podrían, en teoría, subsistir como «no familiares» y ser igual o más convenientes socialmente, si su impacto en la sociedad fuese igual o más positivo. En España, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), el 82,8 % de las empresas son familiares[2]. Para nosotros el carácter «familiar» de una empresa sí tiene un valor social añadido, por los siguientes motivos:

1. Según el Instituto de Empresa Familiar (IEF) este tipo de empresas proporciona el 70 % de los puestos de trabajo correspondientes al sector privado y genera el 60 % del valor añadido bruto en nuestro país.[3]

2. Las empresas familiares tienen un altísimo grado de reinversión de beneficios. Así, según el antedicho IEF, las empresas familiares reparten únicamente el 3,6 % de beneficios y el 86,2 % no ha distribuido beneficios en los dos últimos años, lo que tiene un impacto muy positivo en el crecimiento de estas empresas y en la inversión en I + D + i.

3. Esta clase de empresas se caracteriza por su elevada tasa de inversión en innovación: el 72,8 % de las empresas familiares ha puesto en práctica alguna innovación (de producto o proceso) en los últimos tres años, lo cual, según el citado IEF, representa un porcentaje muy superior al promedio de la empresa española.

4. Uno de los rasgos más característicos de la empresa familiar es el mayor compromiso que, tanto trabajadores como directivos, presentan con la misma, que se ve como algo más que un simple «negocio», para ser más una verdadera «empresa», en el sentido que esta palabra tiene de «proyecto» común.

5. Derivado de lo anterior, la empresa familiar no es «cortoplacista», sabe que en el «buen hacer» constante y en el prestigio sostenido le va su éxito y su estabilidad a lo largo de los años. El fundador pretende que éste sea su medio de vida y seguramente también el de su familia, por lo que no pretende únicamente aprovechar la coyuntura o, como vulgarmente se dice, «pegar el pelotazo». Los clientes y proveedores de la empresa familiar tienen conocimiento del mayor compromiso de las empresas familiares, por lo que son más fieles a la empresa familiar que a otros tipos de empresas, consolidándose relaciones comerciales y generándose redes y sinergias positivas.

---

[2] Instituto Nacional de Estadística (2016): «Estudio piloto sobre las empresas familiares», http://www.ine.es/daco/daco42/ice/estudio_piloto_2015.pdf, julio.

[3] CORONA, J. (Dir.), (2015): *La empresa familiar en España*, Instituto de la Empresa Familiar, p. 45.

6. Quizá en relación con lo último —y en algunos casos sin siquiera tener un plan específico al respecto o aún sin saber su nombre—, las empresas familiares tienen un alto grado de lo que se conoce como «responsabilidad social corporativa». En ellas está más presente una dimensión ética de la empresa y suelen tener en cuenta, no sólo los intereses de los *shareholders* —propietarios, accionistas o titulares de participaciones sociales— que básicamente consisten en obtener rendimiento económico de su participación, sino también los de los *stakeholders* —clientes, proveedores, trabajadores, ciudad, pueblo o comunidad en la que la empresa desempeña su labor, sociedad—, que son de variada índole y comprenden desde condiciones estables de empleo y conciliación laboral-familiar a la protección del medio ambiente.

7. Derivado de lo anterior, y desde una óptica más amplia, las empresas familiares, principalmente las de tamaño pequeño y mediano, al estar fijadas en el lugar donde la familia se asienta y ser menos proclives a traslados y deslocalizaciones, contribuyen al desarrollo rural y a fijar población en los pueblos de España, ayudando de ese modo a paliar la triste situación que SERGIO DEL MOLINO describe en su extraordinario libro *La España vacía.*

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que, incluso aunque no fuese socialmente deseable la subsistencia de la empresa familiar, sí es socialmente deseable la subsistencia de la familia —sea o no empresaria—, por lo que, como veremos a lo largo de este trabajo, ante los problemas de la empresa familiar, siempre será preferible encontrar una salida que preserve, si no la empresa, al menos sí la relación familiar.

1.2. ¿Fracasan las empresas familiares más que otras?

Aunque, en promedio, las empresas familiares son más longevas que las que no lo son (33 frente a 12 años), según el IEF, la tasa de mortalidad durante el período 2007-2013 fue muy superior entre las empresas familiares que entre las no familiares. Así, la tasa de mortalidad de las empresas familiares en estos años de crisis ascendió a 18,3 %, mientras que la de las no familiares fue del 6,6 %[4].

Podría alegarse que la mayor mortandad de las empresas familiares en estos últimos años es debida a su menor tamaño, por imaginar que puedan sortear de peor manera los embates de las crisis económicas, pero esto no parece ser muy exacto, ya que, si bien esta afirmación es cierta para las empresas no familiares (las empresas no familiares de menor tamaño tienen mayor mortandad que las de

[4] CORONA, J. (Dir.): *Op. cit*., p. 45.

gran tamaño), no lo es para el conjunto de las familiares, puesto que las empresas familiares de menor tamaño tienen menos mortandad que las de gran tamaño[5].

Ello nos hace sospechar que la mortalidad de las empresas familiares proviene de otras causas, como pueden ser la prevalencia de consideraciones de tipo familiar en la toma de decisiones, con relegación de criterios empresariales centrados en la eficiencia, o los problemas sucesorios, que no se plantean como tales en las empresas no familiares. Es un tópico decir de la empresa familiar que «el abuelo la funda, los hijos la debilitan y los nietos la liquidan»[6], pero, por desgracia, los tópicos a veces no van desencaminados, ya que el paso de la primera a la segunda generación sólo lo supera el 70 % de las empresas familiares y únicamente el 15 % llega a la tercera. ¿Cuáles son las concretas razones que dificultan la subsistencia de las empresas familiares a lo largo del tiempo?

II. LOS ESPECÍFICOS PROBLEMAS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

Como se expone en otros capítulos de esta obra, no existe un concepto unívoco de empresa familiar[7] pero, como señala GOMÁ LANZÓN[8], puede decirse que una empresa es familiar cuando cumple tres requisitos: «1.º Un parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, 2.º Sus miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio, y 3.º Hay una vocación de continuidad, en cuanto que los miembros de la familia desean que la empresa continúe en manos de la misma mediante la incorporación de las sucesivas generaciones familiares».

1. Modelos de análisis de la empresa familiar

Ya desde su misma denominación como «empresa familiar» o «familia empresaria», se observa en estas instituciones, según RODRÍGUEZ PRIETO[9] y VIO-

---

[5] CORONA, J. (Dir.): *Op. cit.,* p. 46.

[6] GALLO, M. A.: *La sucesión en la empresa familiar*, Estudios y Ediciones IESE, Barcelona, 2004, p. 14; RODRÍGUEZ PRIETO, F.: «La mediación como instrumento para resolver las disputas internas en la empresa familiar (I)», Blog *Hay Derecho*, 29 de noviembre de 2012.

[7] La doctrina suele tomar como referencia la definición que de «empresa familiar» ofrece el Grupo Europeo de Empresas Familiares: «Una compañía sin importar su tamaño es considerada familiar si cumple las siguientes condiciones: a) La mayoría de los votos son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo/s o herederos directos del hijo/s. b) La mayoría de los votos puede ser directa o indirecta. c) Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía. d) A las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25 % de los derechos de voto a los que da derecho el capital social.

[8] GOMÁ LANZÓN, I.: *Op. cit.,* p. 449.

[9] RODRÍGUEZ PRIETO, F.: «La mediación como instrumento para resolver las disputas internas en la empresa familiar (I)», Blog *Hay Derecho*, 29 de noviembre 2012.

LA DEMESTRE[10], la intersección de dos sistemas relacionales distintos —el de la empresa y el de la familia—, con lógica, valores y discursos diferentes e incluso de algún modo opuestos:

— La esfera empresarial, que se centra en la racionalidad: sus parámetros son la eficiencia, el análisis coste-beneficio con reglas predominantemente objetivas. Su finalidad primordial sería la obtención de beneficios, para lo cual puede ser preciso que sobreviva el más fuerte, «caiga quien caiga».

— La esfera familiar, que se centra en la afectividad: sus parámetros son la estabilidad, la confianza, y la lealtad. Las reglas son por lo general subjetivas, teniendo en cuenta sentimientos, estimación, afectos y obligaciones familiares. Su finalidad primordial y última es que exista y perdure una red de confianza inquebrantable, fundada en la igualdad y la mutua solidaridad.

La confluencia o choque de estos dos sistemas puede dar lugar a numerosos conflictos, que en breve tendremos ocasión de examinar, pero, si se mira detenidamente, podremos observar que esta confluencia es también la raíz de las numerosas ventajas que, como hemos visto, presentan las empresas familiares.

Asimismo, desde TAGIURI y DAVIS[11], en su obra *Bivalent Attributes of the Family Firm*, se suele analizar la empresa familiar a través del «modelo de los tres círculos» —familia, propiedad y empresa (o gestión y dirección)— que, como señala SÁNCHEZ-CRESPO, «se ha convertido en un clásico a la hora de estructurar la problemática específica de la empresa familiar».[12]

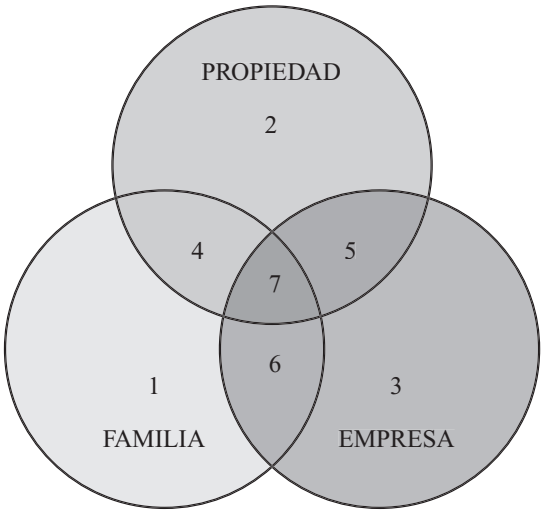
En este modelo cada uno de los círculos que conforman la empresa familiar tiene sus propios valores e intereses (tan importantes estos últimos, como veremos, para la mediación). Así, los intereses de la familia son la estabilidad, la cohesión y el afecto; los de la propiedad son la rentabilidad, el beneficio y la liquidez; mientras que los de la empresa, entendida ésta como gestión o dirección, serían el poder, la reputación personal y la retribución.

---

[10] VIOLA DEMESTRE, I.: «La gestión de los conflictos de la familia con negocio (o de la empresa familiar)», en SOLETO, E. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3.ª ed. 2017.

[11] TAGIURI, R. y DAVIS, J.: «Bivalent Attributes of the Family Firm», *Working paper*, Harvard Business School, Cambridge, MA. Reprinted 1996, *Family Business Review*, vol. IX, núm. 2, 1982, p. 199 y ss.

[12] SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y CALERO ARTERO, J. F.: *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil —matrimonial y sucesorio—, societario y fiscal*, Comares, Granada, 2001, p. 8.



Como resultado de la intersección de los distintos círculos, se dan combinaciones de intereses diferentes. Las distintas personas que conforman la empresa familiar pueden estar situadas en alguno de los lugares señalados con números en el diagrama, dando lugar a las siete situaciones descritas en 1997 por GERSICK, DAVIS, HAMPTON y LANSBERG[13]:

1. Miembros de la familia que no son propietarios ni trabajadores de la empresa.

2. Propietarios de la empresa que no son ni miembros de la familia ni trabajadores de la empresa.

3. Trabajadores, administradores y directivos de la empresa que no son miembros de la familia ni propietarios.

4. Miembros de la familia que son propietarios, pero no trabajan en la empresa.

5. Propietarios de la empresa que trabajan en ésta, pero no son miembros de la familia.

6. Miembros de la familia que trabajan en ésta, pero no son propietarios.

7. Miembros de la familia que son propietarios de ésta y trabajan en ella.

[13] GERSICK, K. F.; DAVIS, J. A., MCCOLLON HAMPTON, M. y LANSBERG, I.: *Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business*, Harvard Business School Press, 1996.

Nosotros consideramos que este modelo puede ser muy útil a la hora de detectar los intereses de las distintas partes que pueden existir en una empresa familiar, sirviendo como orientación o como primera aproximación, pero de ningún modo ha de utilizarse de forma excluyente, ya que la empresa familiar es una institución poliédrica, y en el modelo de los tres círculos no se contemplan todas sus facetas. Por ejemplo, se nos ocurre pensar que en el círculo «empresa» se hallan fusionadas dos esferas completamente distintas, como son la de los directivos y la de los empleados, cuyos intereses pueden ser muy distintos entre sí.

Pero, en definitiva, lo que TAGIURI y DAVIS pretenden demostrar es que la empresa familiar, como resultado de la interacción de los tres círculos, tiene unos rasgos o atributos característicos y únicos, de los que resultan tanto unas fortalezas como unas debilidades específicas (de ahí lo de «*bivalent attributes*» o «características ambivalentes»). Estas características ambivalentes derivan de la pertenencia solapada a estos tres círculos y están relacionadas con roles simultáneos, una identidad compartida, una historia común de vida, la implicación emocional, el lenguaje privado de los parientes, el conocimiento mutuo y la confidencialidad, así como el significado de la empresa familiar.

Por tanto, si queremos garantizar el éxito de la empresa familiar y de la familia empresaria, el desafío estribará en conseguir potenciar el efecto positivo de estas características ambivalentes y en lograr encontrar mecanismos para reducir al máximo los efectos perniciosos de las mismas.

2. Los conflictos más frecuentes en las empresas familiares

Los conflictos más habituales —ya sea manifiestos, ya latentes— en las empresas familiares o en las familias empresarias resultan de las dificultades de encaje que entre sí tienen los distintos intereses mencionados.

Asimismo, otro rasgo de las empresas familiares, cual es la convivencia intergeneracional, se constituye en raíz de numerosos conflictos. Como señala el IEF, «el 53,6 % de las empresas son propiedad de la primera generación (1G), un 37,3 % de la segunda generación (2G) y 9,2 % de la tercera o ulteriores generaciones. Respecto a la relación entre generación que tiene la propiedad y la que ejerce la dirección, lo más habitual es la coincidencia de ambas (...) Los datos revelan que previo a la transmisión de la propiedad se produce la entrada de la siguiente generación en la dirección de la empresa».[14]

Así, resulta evidente que la convivencia entre distintas generaciones, con sus distintas dinámicas, formas de trabajar y de concebir la empresa y la familia,

[14] CORONA, J. (Dir.): *Op. cit*., p. 62.

puede dar origen a disputas y rencillas, que, aunque es posible que no salgan a la luz hasta el momento sucesorio, lastran el avance de la empresa y de la familia.

A modo de ejemplo exponemos algunos de los conflictos que más frecuentemente suelen darse en las empresas familiares, siendo éstos —claro está— *numerus apertus*[15]:

1. El fenómeno de la denominada «triple coincidencia»: la maduración del negocio, el declive de las capacidades directivas del fundador y la modificación de las necesidades de seguridad y reconocimiento del propietario y su familia[16].

2. Reticencias del fundador a abandonar la gestión, al verse como indispensable.

3. Falta de legitimación de los hijos ante su padre (fundador), que los considera unos niños, aunque disten mucho de serlo.

4. A la inversa, falta de legitimación del padre frente a los hijos, que lo ven como anticuado, conservador y obsoleto en sus planteamientos empresariales.

5. Situaciones que pueden percibirse como «agravios comparativos» derivados de la distinta o igual retribución que pueden tener unos hermanos o parientes con años de experiencia en la empresa, pero sin estudios, frente a otros sin experiencia en el negocio familiar, pero con estudios.

6. Exigencia del padre a los hijos de continuar el negocio familiar o de continuarlo en el mismo estilo que él en cuanto a dedicación, inversión, forma de trabajo, etc.

7. Deseo de los miembros de la familia de tomar parte en la dirección o de tener parte en la propiedad de la empresa, sin tener en cuenta sus méritos y capacidades o sin valorar si es o no lo mejor para la empresa.

8. Deseo de una retribución «igualitaria» entre hermanos o primos, que, como señala RODRÍGUEZ PRIETO[17], «genera perversos efectos desincenti-

---

[15] *Vid*. al respecto RODRÍGUEZ PRIETO, F.: *Op. cit.;* VIOLA DEMESTRE, I.: *Op. cit.* pp. 475 y ss.; FERNÁNDEZ CORTÉS, M. J.: «Una aproximación a la mediación en la empresa familiar», *La Trama,* núm. 52, febrero, 2017.

[16] BIOSCA, D. (1995): «Empresa y familia. Problemas y soluciones», en *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Seminario organizado por el CGN en la UIMP, Ed. Civitas, pp. 53 y ss.

[17] RODRÍGUEZ PRIETO, F.: *Op. cit*.

vadores: un socio sobrepagado desincentiva a otros más cualificados, mientras el infrapagado tiende a querer dejar la empresa, que pierde así sus mejores talentos».

9. Incorporación a la empresa (por ejemplo, por el fallecimiento de alguno de sus miembros) del cónyuge del fallecido, que puede ser visto como un intruso que entorpece la marcha del negocio familiar o, peor aún, que sólo pretende aprovecharse de su rendimiento económico.

10. Falta de legitimación de algún familiar para ser socio, empleado o directivo, o para obtener una mayor retribución, por no haber tenido un comportamiento adecuado en el ámbito familiar (*v. gr*., no haber asistido al fundador en su enfermedad). Esta situación puede incluso darse ante situaciones o comportamientos que, objetivamente, no son en absoluto reprobables, pero pueden serlo en función de los específicos códigos morales y de conducta de una determinada familia (*v. gr*., haber tenido un hijo sin previo matrimonio, haber decidido no contraer matrimonio, tener una u otra orientación sexual).

11. Retribución no adecuada por el hecho de pertenecer a la familia. Así, puede suceder que, por pertenecer a la familia, se perciba una retribución mayor, sea «porque sí» o, como apuntan Milán Morales y Alarcón Borges[18], para compensar sentimientos de culpa del padre, que, por su dedicación al negocio familiar, estuvo ausente durante la infancia de los hijos, que ahora trabajan en la empresa. Pero también puede suceder que, por pertenecer a la familia, se perciba una retribución inferior a la de mercado, sea para aumentar la reinversión y la autofinanciación de la empresa, sea para que los hijos «aprendan lo dura que es la vida». Algunas de estas afirmaciones pueden parecer (y en algunos casos lo serán) visiones estereotipadas de los protagonistas de la empresa familiar, pero, según el IEF, el CEO de las empresas familiares se caracteriza por ser hombre (63,1 %) y pertenecer a la familia propietaria (73 %) con una antigüedad media en el cargo de 15,1 años[19], por lo que normalmente son personas que han tenido que trabajar muy duro, empezando de la nada, lo que ha forjado su carácter, y a las que no se les escapa la situación vital acomodada de la que disfrutan sus hijos, que por otra parte han tenido que lidiar, en muchos casos, con un padre ausente.

De todo lo anterior puede inferirse que gran parte de los conflictos en las empresas familiares proviene de la existencia de consideraciones de tipo familiar

---

[18] Milán Morales, N. y Alarcón Borges, R.: «La mediación en la empresa familiar cubana: necesarias aproximaciones sin matices de cruzada», en Plaza Penadés (Dir.), *Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y Cuba*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

[19] Corona, J. (Dir.): *Op. cit*., p. 62.

en decisiones que deberían, aparentemente, ser tomadas con criterios exclusivamente empresariales.

No obstante, aunque la monografía en la que se encuadra el presente artículo verse sobre la empresa familiar, no podemos dejar de tomar en consideración a la familia empresaria, que, en muchas ocasiones, también se habrá visto afectada en su esfera de afecto, igualdad y solidaridad, por las distorsiones procedentes de la filosofía empresarial. Y ello, no sólo por la importancia que la familia tiene en el ecosistema social, sino también porque los recelos y sentimientos de desvalorización surgidos por estas distorsiones que causa la empresa en el ámbito familiar, pueden dar origen a su vez a reacciones en el ámbito empresarial.

III. PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

Como hemos visto, el talón de Aquiles de la empresa familiar es la familia y el talón de Aquiles de la familia empresaria es la empresa. ¿Se puede revertir este hecho? Según un estudio realizado en España por la consultora KPMG[20], al ser preguntadas por qué factores consideran clave para el éxito el 95 % de las empresas entienden que son claves las buenas estructuras de gobierno corporativo y procesos, el 93 % considera que es crucial la comunicación entre generaciones, y el 90 % considera también clave equilibrar las preocupaciones familiares y los intereses del negocio.

Los siguientes mecanismos pueden ayudar a prevenir o resolver los conflictos familiares:

1. De tipo «convencional»: disposiciones estatutarias y protocolo familiar.

2. De tipo «orgánico»: Asamblea Familiar y Consejo de Familia.

3. De resolución de conflictos: vía judicial y arbitraje.

4. Mediación que, aun estando tradicionalmente encuadrada dentro de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR), a nuestro juicio merece mención aparte, ya que no sólo sirve para resolver el conflicto una vez éste se ha manifestado, sino que puede ser muy útil para prevenirlo, para ayudar a configurar los mecanismos de tipo convencional u orgánico aludidos e incluso para ayudar a la familia empresaria a descubrir herramientas de diálogo y espacios de escucha que redundarán en una mejor marcha empresarial y familiar.

[20] KPMG: «VI barómetro de la empresa familiar. Principales conclusiones», 2017, p. 12.

En nuestro trabajo nos referiremos fundamentalmente a los dos últimos tipos de mecanismos enunciados, ya que los estatutos, el protocolo familiar y los órganos familiares son objeto de estudio detallado en otros capítulos de la presente obra a los que nos remitimos.

1. Mecanismos de tipo «convencional»: disposiciones estatutarias y protocolo familiar

Como señala GOMÁ LANZÓN[21], puede utilizarse la autonomía de la voluntad para introducir disposiciones estatutarias que permitan ajustar la forma societaria a las necesidades de la familia empresaria, por ejemplo, mediante: prestaciones accesorias, acciones privilegiadas, quórum y mayorías reforzadas, creación de acciones sin voto, normas sobre transmisión de acciones o participaciones sociales, introducción de causas de separación y exclusión de socios, etc. *Para un estudio más extenso de esta materia nos remitimos al capítulo IV de esta obra colectiva*.

Un mecanismo especialmente adecuado es el establecimiento de un protocolo familiar, ya que, como apunta VICENT CHULIÁ[22], es «un instrumento de Buen Gobierno de las sociedades familiares para hacer viable la armonización entre los valores y las funciones de dos instituciones básicas de la sociedad, como son la empresa y la familia». Únicamente destacar aquí que en él pueden incluirse, entre muchas otras:

— Disposiciones relativas a los valores que presiden la empresa o a la ética empresarial.

— Disposiciones que regulan los órganos familiares, a que luego aludiremos.

— Requisitos para el acceso de los miembros de la familia a la empresa: cualificación o experiencia necesaria, condiciones de contratación, criterios de remuneración, causas de despido, becas para estudiantes, etc.

— Requisitos para el acceso a los puestos directivos.

— Pactos relativos a la transmisión de acciones y participaciones.

— Pactos que contemplan el régimen matrimonial de los socios, exigiendo normalmente que adopten el sistema de separación de bienes.

---

[21] GOMÁ LANZÓN, I.: *Op. cit*., p. 453.
[22] Cit. por GOMÁ LANZÓN, I.: *Op. cit*., p. 456.

— Pactos que contemplan la sucesión de la empresa, imponiendo una determinada forma de testar, que se topan con lo dispuesto en los artículos 1.271 y 816 de nuestro Código Civil.

— Disposiciones que establecen el recurso al arbitraje.

— Disposiciones que establecen el recurso a la mediación.

Según el IEF[23], el 72,7 % de los protocolos familiares incluyen restricciones de transmisión de acciones o participaciones a terceros; el 57,6 %, normas de incorporación y salida de familiares en la empresa; el 24,2 %, pactos testamentarios y el 18,2 % normas sobre regímenes matrimoniales.

Sin embargo, se trata de un instrumento escasamente utilizado, y no precisamente porque se desconozca su existencia. Así, según el IEF, tan sólo el 8,9 % de las empresas españolas cuenta con un protocolo familiar por escrito, únicamente un 3,7 % no sabe lo que es éste y un 77,8 % no lo tiene porque considera que no es necesario.[24]

Pero ¿por qué consideran mayoritariamente las empresas familiares que no es necesario contar con un protocolo familiar? A nuestro juicio, ello puede deberse a tres razones:

1. Saben que, por desgracia, en muchas ocasiones, el protocolo familiar no es precisamente un «traje a medida», sino un protocolo *cuasi* genérico, cuando en realidad, como señala GARRIDO DE PALMA, «no existen dos familias empresarias idénticas; de ahí que los protocolos "de encargo" no son fiables; requieren estudio, repasos y reposo».[25]

2. La existencia de secretos y de defectos en la comunicación: muchas veces se piensa que «es mejor no hablar» o que «mejor no abrir la caja de Pandora».

3. Débil eficacia jurídica o fuerza coercitiva de muchos de los pactos contenidos en los protocolos familiares.

A nuestro parecer, como después tendremos ocasión de examinar, la mediación permite sortear de manera muy satisfactoria estos tres escollos al éxito del protocolo familiar.

---

[23] CORONA, J. (Dir.): *Op. cit*., p. 66.
[24] CORONA, J. (Dir.): *Op. cit*., p. 65.
[25] GARRIDO DE PALMA, V. M.: *La familia y su empresa ante el Derecho. Homenaje a don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Civitas, 2007, p. 374.

Para un estudio más detallado del protocolo familiar nos remitimos al capítulo VI de esta obra colectiva.

2. Mecanismos de tipo «orgánico»: Asamblea Familiar y Consejo de Familia

En el sistema de los tres círculos, el círculo de la propiedad tiene la Junta general, el círculo de la empresa tiene al órgano de administrador (sea único, solidarios, mancomunados o Consejo de Administración) y la familia ¿a quién tiene? Pues, hasta hace no mucho tiempo, a nadie. Actualmente es posible configurar dos órganos de representación o defensa de los intereses familiares, que muy frecuentemente se unen en uno solo:

— La Asamblea Familiar o Junta Familiar, que suele incluir a todos los miembros de la familia y cuyo objetivo es la unidad y la comunicación entre éstos, sin entrar en cuestiones empresariales.

— El Consejo de Familia, más frecuente en la práctica que la anterior, que se ocupa de las relaciones entre la familia y la empresa, aplica el protocolo familiar y aclara las dudas que pueda suscitar su interpretación.

3. Mecanismos de resolución de conflictos

Podemos distinguir tres clases de mecanismos de resolución de conflictos:

1. El empleo de la fuerza: la autotutela, ya sea a través de fuerza física o coerción psicológica o moral.

2. El consenso: los métodos autocompositivos. Aquí encontraríamos la negociación, la mediación y la conciliación.

3. La intervención decisoria de un tercero: los métodos heterocompositivos. Aquí encontraríamos la jurisdicción y el arbitraje.

Desde otro punto de vista, los sistemas de resolución de conflictos se clasifican en tradicionales —recurso a la vía judicial— y alternativos, MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos) o, en expresión que ha hecho fortuna también en nuestro país, ADR (*Alternative Dispute Resolution*) —arbitraje, negociación, mediación y conciliación—. Mencionar también, finalmente, que estos sistemas no son en ningún caso excluyentes entre sí. De hecho, como sostiene BARONA, citado por MORENO CATENA, «hay en la actualidad un nuevo concepto de *Access to Justice* en el siglo XXI, que se ha venido considerando como *The*

Multi-rooms Justice System, un modelo que permite trabajar con un diagnóstico para determinar qué tipo de conflicto existe y cuál es el mejor de los medios para tratarlo [...]. Y es en ese modelo en el que las ADR y la Jurisdicción coexisten como mecanismos complementarios de tutela de los ciudadanos en ese concepto de *Access to Justice*, acudiendo en ocasiones a mecanismos que se consideran *out of Court* [...] o, por el contrario, a medios *in Court*. Ambos modelos coexisten y han permitido un enorme enriquecimiento de la tutela exigida por los ciudadanos, si bien desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental no se corresponde exactamente con esa noción anglosajona del *Access to Justice*».[26]

IV. LOS «ADR» EN LA EMPRESA FAMILIAR, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN

El recurso a la vía judicial no parece el más adecuado en el caso de la empresa familiar, ni tomando su condición de empresa —la jurisdicción no se compadece precisamente con la necesaria celeridad del tráfico mercantil— ni con su condición de familiar, ya que, tras un proceso judicial, difícilmente van a poder mantenerse o más bien restaurarse los lazos familiares. Ya desde los inicios del derecho mercantil, los comerciantes buscaron fórmulas autónomas de solución de conflictos. Para muestra un botón: el Código de Comercio de 1829, en su artículo 323 disponía que «toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad».

1. Ventajas de los ADR

Los ADR presentan tres grupos de ventajas:

1. Reducción de costes: los ADR suponen un menor coste en tiempo y dinero. Además, y esto es especialmente interesante en el caso de la empresa familiar, los costes emocionales y de reputación (por la posibilidad de que el conflicto salga a la luz) son mucho menores que los que resultarían de un proceso judicial.

2. Mayor adaptación al caso concreto: los ADR permiten un mejor ajuste a las circunstancias del caso en concreto, permitiendo una mayor flexibilidad en cuanto al proceso, a las partes que se tienen en consideración, una mayor creatividad de las soluciones, que no han de obedecer necesaria o exclusivamente a criterios jurídicos.

---

[26] MORENO CATENA, V.: «La resolución jurídica de conflictos», en SOLETO, E. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3.ª ed., 2017, p. 65.

3. Aumento de eficacia: las resoluciones o los acuerdos emanados de los ADR tienen un grado mucho mayor de cumplimiento que las resoluciones judiciales e incluso, al menos en el caso de la mediación, tienen *per se* un efecto de reducción de futuras controversias, por las herramientas y dinámicas de diálogo que los mediados adquieren durante su transcurso.

2. Especial referencia a la mediación: un instrumento idóneo para la pervivencia y la armonía de la empresa (familiar) ...y de la familia (empresaria)

Frente al arbitraje, la mediación presenta las ventajas de ser un medio autocompositivo. Así, como señala BARRIO DEL OLMO, es un sistema en el que «las partes no se muestran como adversarios, lo cual favorece la continuación de las relaciones entre ellos, y en algunos casos las mejoran, mientras que en el arbitraje subyace la confrontación, aunque de un modo menos acusado que en el proceso judicial».[27]

Según el barómetro del CIS, seis de cada 10 españoles prefieren resolver sus conflictos por medio de un acuerdo, aunque supusiese alguna pérdida para ellos, y sólo dos de cada 10 llevarían el asunto a los Tribunales[28] y, aunque en España todavía no esté tan implantada la mediación, en EEUU, el 85,5 % de las empresas situadas en el ránking de las 1.000 primeras reconoce el haber acudido a mediación para resolver conflictos laborales en los últimos tres años[29]. ¿Por qué esto es así? ¿Qué es exactamente la mediación y cuáles son sus ventajas (e inconvenientes)?

2.1. Concepto de mediación

El artículo 1 de la Ley 5/2012 señala que «*Se entiende por mediación aquél medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*». Así el rasgo más característico de la mediación y el que hace posible el alto grado de cumplimiento de los acuerdos en ella alcanzados es que son los propios sujetos mediados los que alcanzan el acuerdo de forma voluntaria. ¿No bastaría entonces una negociación entre ellas? Pues muy

---

[27] BARRIO DEL OLMO, C. P.: «El arbitraje», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, 2.ª ed., 2016, p. 975.

[28] Barómetro del CIS de 2011, citado por NAVARRO MATAMOROS, L.: «Mediación y responsabilidad social corporativa», en BOLDÓ RODA, C., *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 378.

[29] Encuesta «Fortune 1000 Corporations» de 2011, según cita de NAVARRO MATAMOROS, L.: *Op. cit*., 2015, p. 379.

frecuentemente no, ya que cuando existen conflictos, y especialmente conflictos familiares, existen bloqueos al diálogo, sesgos, posiciones encontradas y mantenidas a lo largo de muchos años, que hacen que las partes se anclen en ellas y terminen muy frecuentemente con ataques y reproches personales, sin forma alguna de encauzar su diálogo de forma productiva en búsqueda de una solución común, aunque ésta pueda existir y satisfacer a todos. Por ello resulta crucial la intervención de un tercero imparcial que tenga formación y experiencia suficiente en materia de mediación para lograr encauzar el diálogo y conseguir así la comunicación *inter partes* y, con ella, en palabras de RODRÍGUEZ PRIETO, «la magia de la mediación».

2.2. Los principios informadores de la mediación en la empresa familiar y sus ventajas

Los principios que presiden la mediación[30], plasmados en nuestra legislación, implican algunas de las especiales ventajas que la mediación presenta para la empresa familiar, así como la raíz de sus inconvenientes, si bien, éstos no logran en modo alguno eclipsar aquéllas.

1. Voluntariedad y libre disposición: en nada perjudica a los miembros de la empresa familiar acudir a mediación, ya que no pierden la posibilidad de acudir a arbitraje o a la vía judicial.

2. Igualdad de las partes e imparcialidad del mediador: se trata, en primer lugar, de que todos los mediados tengan idénticas oportunidades para expresarse en el procedimiento de mediación, para lo cual el mediador ha de estar especialmente formado y tener la suficiente experiencia como para detectar los distintos «sesgos» de las partes y poder contrarrestar la utilización de técnicas «duras» de negociación[31] por alguno de ellos. En segundo lugar, el mediador ha de ser imparcial, o más bien, como nos dice THELMA BUTTS, «multiparcial», en el sentido de que no ha de ser una figura estoica, que ni siente ni padece, sino que ha de ser una persona que consiga que cada una de las partes se sienta escuchada, reconocida en sus emociones y sentimientos y legitimada ante las demás partes.

3. Confidencialidad: tanto en su condición de «empresa», como en su condición de «familiar», la confidencialidad es uno de los aspectos más interesantes que para las empresas familiares tiene la mediación. Como

---

[30] MARQUÉS MOSQUERA, C.: «La mediación», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, 2.ª ed., pp. 1.196 y ss. 2016.

[31] *Vid*. al respecto FISHER, R.; URY, W. y PATON, B.: «*Getting to Yes. Negotiating Agreement Without giving in*», Penguin Books, 1983.

empresa, la confidencialidad es crucial para mantener la reputación; como familia, quizá baste el dicho de «los trapos sucios se lavan en casa» para poner de relieve la importancia de este principio. Esta confidencialidad vincula tanto al propio mediador como a los mediados, para impedir ulteriores utilizaciones de la información vertida por la contraparte en el proceso de mediación. Aquí debemos señalar que uno de los principales motivos por los que las empresas familiares no acuden a mediación es, precisamente, porque consideran que un tercero no tiene por qué inmiscuirse en sus problemas internos, ya que consideran los problemas de la empresa como problemas en cierto modo familiares. No obstante, debe calar poco a poco la idea de que, cuando las partes por sí solas no pueden resolver el conflicto, el obviarlo no va a hacer que desaparezca, sino más bien al contrario, ya que conseguirá que se enquiste y permanezca latente, lastrando la evolución de la empresa, hasta llegar a manifestarse cuando su solución, de seguro, será más difícil. Por ello, muchas veces la mediación será el medio útil más próximo a «lavar los trapos sucios en casa».

4. En cuanto a los riesgos de la mediación, entre los que MARQUÉS MOSQUERA destaca tres: «que se utilice con fines dilatorios, que no sirva para mejorar la relación entre las partes, sino para deteriorarla, o que se acuda a ella para obtener información de la parte contraria»[32]; entendemos que un verdadero mediador, específica y debidamente formado y con la suficiente experiencia, puede detectarlos y sortearlos sin excesiva dificultad.

2.3. ¿En qué ámbitos o momentos puede ser especialmente útil la mediación en la empresa familiar?

La mediación puede ser empleada:

— Con carácter preventivo, a la hora de confeccionar el protocolo familiar o las modificaciones estatutarias, para tener en cuenta en su elaboración las distintas propuestas y concepciones y llegar a una entente en cada uno de sus pactos, lo que redundará en un protocolo familiar dotado de una mayor fuerza y estabilidad. Como señalan ALONSO DAL MONTE y NARANJO HERNÁNDEZ, «la principal ventaja de la mediación... es que toma en cuenta los sentimientos, emociones, intereses y necesidades de todos los miembros de la familia que participan en la mediación, fomenta el diálogo en el ámbito familiar y empresarial, lo que deriva en un mayor grado de interiorización y legitimación de los acuerdos alcanzados. Por ello, proba-

[32] MARQUÉS MOSQUERA, C.: *Op. cit*., p. 1.127.

blemente se produzca un mayor grado de cumplimiento respecto de aquéllos elaborados mediante procedimientos puramente jurídicos».[33]

Así, como apunta RODRÍGUEZ PRIETO, la mediación puede resultar muy útil para combatir la débil eficacia juridicidad de algunos de los pactos del protocolo familiar, fomentando su cumplimiento voluntario.

Si el protocolo familiar es escasamente utilizado, a nuestro juicio, debido a los tres factores que enunciamos en el punto 3.1, la mediación puede ser un instrumento más que adecuado para que las empresas familiares comiencen a ver el protocolo familiar como una caja de herramientas, en palabras de GOMÁ LANZÓN, a la que pueden acudir.

— Una vez surgido el conflicto: para intentar dar solución a un conflicto puntual (exista o no protocolo familiar) o para resolver las disputas que puedan aflorar en el cumplimiento del protocolo familiar.

— Con carácter constante: como una figura externa a la empresa familiar, contemplada de modo «natural» por ésta, del mismo modo que de forma natural acude a su gestor o asesor fiscal, pudiendo así reclamar su asistencia en los momentos más iniciales del conflicto.

Además, como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, la mediación por sí misma, incluso en el caso de que las partes no lleguen finalmente a un acuerdo, consigue dotar a éstas de herramientas de escucha, diálogo y autoconocimiento, que pueden mejorar su relación y resultar muy útiles para que, en otras ocasiones, ellas mismas, por sí solas y sin ayuda del mediador, consigan lograr soluciones satisfactorias a los retos que se les vayan planteando.

En esta línea defendemos que la mediación sea reconocida como una política de «buen gobierno» o, yendo más allá, junto con FERNÁNDEZ MANZANO y RODRÍGUEZ PRIETO[34], como una política de responsabilidad social corporativa.

Finalmente, destacar la utilidad que pueden tener figuras híbridas como la MED-ARB, es decir, el proceso por el cual las partes se comprometen a intentar la mediación y, si de ella no resulta un acuerdo, someterse a arbitraje. Entre otras ventajas, este sistema es un poderoso acicate para que las partes pongan todo su esfuerzo en el proceso de mediación.

---

[33] ALONSO DAL MONTE, C. y NARANJO HERNÁNDEZ, M. J.: «Mediación en empresas familiares», *Revista de Mediación,* núm. 10, segundo semestre, 2012.

[34] FERNÁNDEZ MANZANO, L. y RODRÍGUEZ PRIETO, F.: «La mediación en el seno de la empresa. Competitividad y responsabilidad social corporativa.», en *El notario del siglo XXI*, núm. 53, enero-febrero, 2014.

2.4. Procedimiento

En cuanto al procedimiento, preferimos no dar reglas generales, ya que éste dependerá en gran medida de las circunstancias particulares de cada caso. Sí nos interesa destacar los siguientes aspectos:

— Algo aparentemente tan sencillo como identificar las partes en la mediación puede que no lo sea tanto: así, no es extraño que la esposa del fundador, aun no participando en la propiedad ni en la gestión de la empresa, tenga un papel importante en los conflictos de la empresa familiar y haya de ser, por tanto, uno de los sujetos que participen en el proceso.

— El mediador debe estar especialmente atento para poder captar, mediante preguntas abiertas, los verdaderos intereses de las partes, ya que, muy frecuentemente, las posiciones parecerán típicamente empresariales (continuar como administrador, tener un sueldo más elevado), pero los intereses no lo serán tanto (necesidad de reconocimiento, tener un sentimiento de ser tratado justamente).

— A diferencia de la mediación en empresas ordinarias, en las empresas familiares existe una fuerte carga emocional en las partes, que no puede de ningún modo obviarse, sino que debe ser recibida con escucha activa, recogida, y devuelta al interlocutor, mediante paráfrasis y resúmenes empáticos, hasta que la persona sienta que ha sido comprendida en sus emociones y sentimientos, porque, de lo contrario, a lo mejor, no podrá ir más allá de expresar sus emociones y sentimientos, estancándose la mediación y, a lo peor, se sentirá incomprendida por el mediador y desconfiará de todo el proceso.

— Aunque la forma preferible de desarrollo de las sesiones ha de ser a través de sesiones conjuntas, en la mediación en la empresa familiar existen sólidos argumentos que aconsejan que se combine con sesiones individuales, denominadas «caucus». Así, por ejemplo, la carga emocional a la que aludíamos; el pudor que puede existir a tratar temas familiares; o la existencia de partes que, para evitar empeorar la relación familiar, tienden a ceder en exceso en la negociación[35] (como sucede, en muchas ocasiones en el caso de las madres, respecto de sus hijos).

— En el caso de la mediación que culmina en el establecimiento de un protocolo familiar, dada la distinta eficacia jurídica que pueden tener los pactos en él contenidos, es crucial que las partes estén debidamente ase-

[35] BUTTS, T.: «¡Cuidado, calla!...: El dilema del negociador en la mediación.», en SOLETO, E. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3.ª ed., 2017.

soradas en materia jurídica, para así garantizar que tienen conocimiento del grado de exigibilidad que tienen sus compromisos (*v. gr.,* pactos relativos a la transmisión de participaciones sociales *vs*. pactos que obligan a testar en determinada forma).

— En cuanto a las escuelas de mediación existentes, entendemos que siempre es mejor huir de la mediación «evaluativa», por dos razones principales: 1) aun cuando se haga con la mejor intención, el aconsejar soluciones concretas implica situarse en una posición de «superioridad moral» respecto de las partes, que, si bien nunca es recomendable, todavía lo es menos en cuestiones familiares, ya que «más sabe el loco en su casa que el cuerdo en la ajena», y 2) el hecho de que el mediador proponga una solución concreta hará sospechar al menos a una de las partes —si no a las dos— que el mediador ha sido manipulado o convencido por la otra parte y que realmente se podría haber llegado a un acuerdo mejor. Aunque este segundo argumento parezca retorcido, no lo es tanto, es simplemente una variante de la lógica o ilógica del pensamiento humano, que tiende a no apreciar o desconfiar de lo que se consigue fácilmente o viene dado.

El mediador debe asegurarse de que las partes conocen su BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*), o MAAN (mejor alternativa al acuerdo negociado), teniendo en cuenta no sólo el punto de vista empresarial, sino también el familiar, ya que, en cuestiones familiares, el BATNA suele ser muy poco atractivo, porque puede implicar un deterioro irreparable de la familia, lo cual es un coste que pocos están dispuestos a asumir.

De lo anterior resulta que la mediación no puede ser desempeñada por cualquier persona, hace falta vocación, paciencia, formación, experiencia y un cierto don. Si no, por más que se la llame mediación, no será tal: en el mejor de los casos será inútil, en el peor perjudicial, y en cualquier caso, sin un mediador adecuado, la mediación nunca podrá mostrar su «magia», logrando el acuerdo que al inicio parecía imposible.

V. CONCLUSIÓN

La empresa familiar, como resultado de su propia idiosincrasia, derivada de la confluencia de dos sistemas de filosofías muy distintas —familia y empresa— tiene sus específicas fortalezas y problemas. Estos problemas —y no otros— son la causa fundamental de mortandad de estas empresas. Si se consigue atajar esas dificultades y potenciar las fortalezas, la empresa familiar será una institución sólida y de muy difícil destrucción, ya que la familia será su raíz y sustento y no su plaga. Existen distintas formas de lograr que el engranaje familia-empresa

funcione, destacando entre ellas y con extraordinaria importancia, la mediación, útil por sí sola, y como instrumento para la creación, revisión, cumplimiento y funcionamiento del protocolo familiar, de la Asamblea Familiar o del Consejo de Familia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DAL MONTE, C. y NARANJO HERNÁNDEZ, M. J.: «Mediación en empresas familiares», en *Revista de Mediación,* núm. 10, segundo semestre, 2012.

BARRIO DEL OLMO, C. P.: «El Arbitraje», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, 2.ª ed. 2016.

BIOSCA, D.: «Empresa y familia. Problemas y soluciones», en *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Seminario organizado por el CGN en la UIMP, Ed. Cívitas, 1995.

BUTTS, T.: «¡Cuidado, calla!...: El dilema del negociador en la mediación.», en SOLETO, E. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3.ª ed. 2017.

CORONA, J. (Dir.): «La empresa familiar en España», Instituto de la Empresa Familiar, 2015, p. 45.

FERNÁNDEZ CORTÉS, M. J.: «Una aproximación a la mediación en la empresa familiar», *La Trama,* núm. 52, febrero 2017.

FERNÁNDEZ MANZANO, L. y RODRÍGUEZ PRIETO, F.: «La mediación en el seno de la empresa. Competitividad y responsabilidad social corporativa», en *El notario del siglo XXI*, núm. 53, enero-febrero 2014.

FISHER, R., URY, W., y PATON, B.: «*Getting to Yes. Negotiating Agreement Without giving in*», Penguin Books, 1983.

FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, Bosch, p. 452.

GALLO, M. A.: *La sucesión en la empresa familiar*, Estudios y Ediciones IESE, Barcelona, 2004.

GARRIDO DE PALMA, V. M.: «La familia y su empresa ante el Derecho. Homenaje a don Juan Francisco Delgado de Miguel», Civitas, 2007.

GERSICK, K. F.; DAVIS, J. A.; MCCOLLON HAMPTON, M., y LANSBERG, I.: «Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business», Harvard Business School Press, 1996.

GOMÁ LANZÓN, I. (2010): «El protocolo familiar», en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, Bosch, 2010.

GUILLÉN CATALÁN, R.: «La gestión del conflicto en la empresa familiar», en PLAZA PENADÉS (Dir.), *Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y Cuba*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: «Estudio piloto sobre las empresas familiares», http://www.ine.es/daco/daco42/ice/estudio_piloto_2015.pdf, julio 2016.

KPMG: «VI Barómetro de la empresa familiar. Principales conclusiones», 2017, p.12.

MARQUÉS MOSQUERA, C.: «La Mediación», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, 2.ª ed., 2016, pp. 1.196 y ss.

MILÁN MORALES, N. y ALARCÓN BORGES, R. (2016): «La mediación en la empresa familiar cubana: necesarias aproximaciones sin matices de cruzada», en PLAZA PENADÉS (Dir.), *Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y Cuba*, Thomson Reuters Aranzadi.

NAVARRO MATAMOROS, L.: «Mediación y responsabilidad social corporativa», en BOLDÓ RODA, C.: *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2015.

MORENO CATENA, V.: «La resolución jurídica de conflictos», en SOLETO, E. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3.ª ed., 2017, p. 65.

RODRÍGUEZ PRIETO, F. (2012):

— «La mediación como instrumento para resolver las disputas internas en la empresa familiar (I)», Blog *Hay Derecho*, 29 de noviembre de 2012.

— «La mediación en las disputas internas de la empresa familiar (II). Su función en la elaboración y desarrollo de los protocolos familiares.», *Blog Hay Derecho*, 11 de diciembre 2012.

RODRÍGUEZ PRIETO, F.: *La mediación como instrumento para resolver las disputas internas en la empresa familiar (I)*, Blog Hay Derecho, 29 de noviembre de 2012.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y CALERO ARTERO, J. F.: «La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil —matrimonial y sucesorio—, societario y fiscal», Comares, Granada, 2001, p. 8.

TAGIURI, R., y DAVIS, J.: «Bivalent Attributes of the Family Firm», *Working paper*, Harvard Business School, Cambridge, MA. Reprinted 1996, *Family Business Review*, vol. IX, núm. 2, 1982, p. 199 y ss.

VIOLA DEMESTRE, I.: «La gestión de los conflictos de la familia con negocio (o de la empresa familiar)», en SOLETO, E. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3.ª ed. 2017.

(Trabajo recibido el 30/10/2017
y aceptado para su publicación el 30/11/2017)

EXTINCIÓN

CAPÍTULO XVI: INSOLVENCIA DE LA EMPRESA FAMILIAR

RICARDO CABANAS TREJO
LETICIA BALLESTER AZPITARTE
Notarios

RESUMEN

Si bien no existe un régimen propio de insolvencia para la empresa familiar, en este trabajo se examinan las diferentes alternativas de actuación ante ella. En particular, en una primera fase, la reducción de capital para evitar estar incursa en causa de disolución y las especialidades de la reducción y aumento simultáneos. Después se realiza un examen sucinto de todas las figuras que han surgido en el ámbito preconcursal desde el acuerdo de refinanciación y, por último, se recogen algunas de las especialidades del concurso de acreedores en este tipo de empresas, siempre con una breve referencia a la responsabilidad de los administradores.

Palabras clave: empresa familiar, concurso de acreedores, administrador, responsabilidad, insolvencia.

CHAPTER XVI: INSOLVENCY OF THE FAMILY BUSINESS

RICARDO CABANAS TREJO
LETICIA BALLESTER AZPITARTE
Notaries

ABSTRACT

Although there is not a special regime for bankruptcy in family-run businesses, this paper analyses different alternatives when confronted with this situation. In particular, during a first stage, it examines capital reduction, in order to avoid mandatory winding up of the company, as well as the special procedure for reduction and simultaneous capital increase. Afterwards, it goes through all the different institutions that have been flourishing in the phase immediately prior to declared insolvency since the introduction

of the refinancing agreements. Finally, it goes over some of the particularities of the arrangement with creditors in this type of companies, always with a brief reference to the liability of administrators.

Keywords: family business, arrangement with creditors, administrator, liability, insolvency.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PÉRDIDAS. 1. Reducción de capital para enjugar pérdidas. 2. Aumento para excluir la causa de disolución. Operación acordeón.—III. SITUACIÓN PRECONCURSAL. 1. Acuerdos de refinanciación. 2. Acuerdo extrajudicial de pagos. 3. Capitalización de deuda. 4. Concurso *exprés*.—IV. CONCURSO: RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. CONCURSOS CONEXOS. RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL. CRÉDITOS SUBORDINADOS.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo hace frente a una duda casi existencial sobre su propia utilidad, por no tener demasiado claro qué se puede presentar como singular en la insolvencia de la empresa familiar. En 2009 se adopta la siguiente descripción (más que concepto) de empresa familiar en el ámbito común europeo: a) la mayoría de derechos de voto debe estar en posesión de la persona o personas físicas que crearon la empresa, o que haya(n) adquirido su capital social, o en posesión de sus cónyuges, padres, hijos o herederos directos de éstos, b) la mayoría de los derechos de voto puede ser directa o indirecta, c) al menos un miembro de la familia o la parentela se dedica a la dirección o administración de la empresa, d) las empresas cotizadas se ajustarán a la definición de «empresa familiar» si la persona que creó o adquirió la empresa (capital social) o sus familiares o sus descendientes poseen más del 25 % de los derechos de voto en razón de su participación en el capital social.

Así las cosas, las empresas familiares constituyen más del 60 % de las empresas europeas, tanto pequeñas como grandes, y emplean a entre el 40 y el 50 % de los trabajadores, según un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2015[1]. Se trata de un concepto, por tanto, que hace abstracción tanto del tamaño como de la forma societaria, pudiendo revestir carácter individual o estructurarse mediante un grupo. No debemos olvidar que, si bien muchas son pequeñas y medianas empresas, también pueden incluirse en esta categoría grandes corporaciones como Walmart, Samsung, el grupo Tata o Porsche, constituyendo a nivel mundial, según el análisis del Boston Consulting Group, más del 30% de las compañías con facturación superior a los mil millones de dólares[2].

---

[1] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: «La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo». 17 de septiembre de 2015.

[2] KACHANER, Nicolas; STALK, George y BLOCH, Alain: «What You Can Learn from Family Business*», Harvard Business Review*, noviembre 2012.

Centrándonos ya en la insolvencia, el art. 2.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), obliga al deudor a solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses tanto en casos de insolvencia actual como de insolvencia inminente, entendiendo por esta última la previsión de que el deudor no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Tratándose de una persona jurídica, y a la vista de lo dispuesto en los arts. 365 y 367 de la LSC para las sociedades de capital, dicha solicitud debe proceder del órgano de administración o liquidación. Autores como MARTÍNEZ GARCÍA, a la vista de que la declaración de concurso no es de las materias reservadas por el art. 161 de la LSC a la competencia exclusiva de la Junta general, y de la modificación introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que introduce la posibilidad de que un mediador concursal solicite la declaración de concurso, abogan por distinguir entre la insolvencia actual y la inminente: si la sociedad ya se encuentra en situación de insolvencia (particularmente porque se ha dado alguna de las situaciones del artículo 2.4 de la LC), los administradores son competentes y están obligados a presentar la solicitud de concurso voluntario; si lo que ocurre es que hay una situación de pérdidas patrimoniales que puedan sugerir la situación de insolvencia inminente, los administradores han de convocar la Junta general, y ésta es la que ha de decidir, a la vista de la situación, si acuerda la disolución, la solicitud de concurso u otra medida alternativa[3].

El presente trabajo pretende brindar una visión general no sólo de la situación concursal —única posible llegados al punto de la insolvencia—, sino también de todas las figuras preconcursales que sean aplicables a la empresa familiar, remontándose también a una fase todavía anterior, de pérdidas que no conlleven insolvencia, a la que puede hacerse frente mediante aumentos y/o reducciones de capital, teniendo siempre en cuenta la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e) de la LSC, por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

II. PÉRDIDAS

1. Reducción de capital para enjugar pérdidas

En una primera fase, cuando la sociedad sufre pérdidas en su patrimonio, pero puede seguir cumpliendo regularmente sus obligaciones exigibles, puede optar por reducir el capital social para evitar estar incursa en la causa de disolución del art. 363.1.e) de la LSC, sin pasar a incurrir en la de la letra f) del mismo artículo (reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley). Téngase en cuenta que en las anónimas dicha

[3] MARTINEZ GARCÍA, Manuel Ángel: «Comentario al artículo 361 de la Ley de Sociedades de Capital: liquidación societaria y liquidación concursal», *Boletín Jurídico Mensual*, marzo 2017.

reducción tendrá carácter obligatorio cuando el patrimonio neto esté por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado (art. 327 de la LSC). Si tras esta reducción de capital por debajo del mínimo legal —en cifra irrisoria, siempre que no sea cero, según doctrina de la DGRN— hubiera transcurrido un año y no se hubiera inscrito la transformación, disolución o aumento, el registrador mercantil hará constar de oficio la disolución (art. 238 RRM). En las sociedades limitadas no existe la figura de la reducción obligatoria por pérdidas, sin perjuicio de la disolución automática del mismo precepto reglamentario en caso de reducción por debajo de la cifra obligatoria de capital.

Igualmente, la reducción por pérdidas excluye el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad anónima (arts. 334 y 335 LSC). En todo caso, esta modalidad de reducción debe venir presidida por el principio de paridad de trato y sujetarse a las especialidades de los arts. 320 a 327 de la LSC. Como principal especialidad, la escritura de reducción debe venir acompañada de un balance aprobado por la Junta en los seis meses anteriores y un informe del auditor de cuentas de la sociedad o del nombrado por el administrador a estos efectos.

2. Aumento para excluir la causa de disolución. Operación acordeón

Ante la misma situación, el aumento de capital como operación aislada solamente podría tener cabida como juego para que, a consecuencia de las nuevas aportaciones, el patrimonio neto dejase de estar por debajo de la mitad de la cifra de capital social. Preferimos por ello detenernos en la reducción y aumento simultáneos, conocido como operación acordeón, caracterizado por ser un todo unitario, con ejecución e inscripción recíprocamente condicionadas y siendo necesario respetar el régimen jurídico de cada una de las operaciones de aumento y reducción. Hoy la doctrina de la DGRN es firme al entender que si la garantía de los acreedores queda incólume (aumento hasta una cifra igual o superior a la de la reducción, mediante nuevas aportaciones), no deben ostentar derecho de oposición alguno, toda vez que, si el acuerdo se adopta por unanimidad de los socios, pueda prescindirse igualmente de la auditoría del balance que sirva de base a una reducción por pérdidas.

Sobre la inexistencia del derecho de oposición de los acreedores cuando se iguala o aumenta la cifra final de capital social, pueden verse, entre otras, las resoluciones de la DGRN de 16 de enero de 1995 (siendo un caso singular, pues la reducción se hacía mediante devolución de las aportaciones a los socios, pero con aumento simultáneo por la misma cifra y desembolso en metálico), 30 de mayo de 2007, 2 de marzo de 2011 y 3 de febrero de 2014 (*a sensu contrario)*. Para excluir el derecho de oposición, por tanto, es imprescindible que la situación resultante del conjunto de las operaciones cuya inscripción se solicita sea neutra

para los intereses de los acreedores, algo que sólo se produce si la reducción por pérdidas viene acompañada de un sucesivo e inmediato aumento de capital a cargo de nuevas aportaciones o por compensación de créditos que iguale o supere la cifra de capital inicial.

En cuanto a la posibilidad de prescindir, mediante acuerdo unánime de la Junta, del balance auditado que igualmente exige el art. 201.4 del RRM, resulta especialmente interesante la resolución de 2 de marzo de 2011, relativa a una reducción del capital social a cero, para restablecer el equilibrio entre el mismo y el patrimonio disminuido como consecuencia de pérdidas, con acuerdo simultáneo de aumento del capital por compensación de créditos hasta una cifra superior a la existente con anterioridad. Como señala dicha resolución, atendiendo a la finalidad del balance auditado, centrada en el interés de los socios y relacionada con el derecho de información de los mismos, debe entenderse que es una medida tuitiva renunciable por todos los socios, pues no se entendería que en los supuestos de separación o exclusión el socio saliente pueda llegar a un acuerdo con la sociedad respecto de la valoración de sus participaciones sociales (art. 353 LSC), o que en caso de fusión pueda prescindirse del informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios (art. 34.5 de la LMESM) y, por el contrario, no se pudiera prescindir del informe de auditores en la operación acordeón a pesar de haber sido adoptado el acuerdo por unanimidad.

Dicho lo anterior, existen otros requisitos que no admiten excepción alguna ni pueden ser objeto de interpretación flexible en el caso de la operación acordeón, como son, respectivamente, la necesidad de respetar el derecho de suscripción o asunción preferente (art. 343.3 LSC), y el anuncio de la convocatoria para la Junta. El segundo cobra especial relevancia en casos de reducción de capital a cero, siendo imprescindible, según doctrina constante de la DGRN, destacar en el anuncio o comunicación de la convocatoria el dato de la reducción a cero, y sin que pueda mitigarse en consideración al hecho de haber mencionado el precepto legal que regula la operación acordeón (antiguos arts. 169 de la LSA y 83 de la LSRL), pues no sólo contemplan la reducción a cero, y «todo ello al margen de que los accionistas no tienen por qué tener los conocimientos jurídicos necesarios para interpretar el alcance de las normas legales al punto de que la referencia a los mismos en los anuncios de convocatoria de la Junta puedan suplir la información básica y comprensible a que tienen derecho» (Resolución DGRN de 14 de marzo de 2005 y 18 de mayo de 2001). La STS de 16 de septiembre de 2000 sigue análogo criterio, en el entendimiento de que la reducción a cero supuso la expulsión del socio disidente.

Creemos, no obstante, que se han de mantener claramente separados los ámbitos registral y judicial. En este último, la valoración íntegra de las circunstancias del caso dentro de un procedimiento contradictorio permitirá apreciar si, efectiva-

mente, la no indicación de aquella magnitud supuso un déficit informativo insuperable para el impugnante. Otra cosa es que, dentro del procedimiento registral, se deba prescindir de la apariencia de normalidad que ofrece una convocatoria indicativa de la doble operación proyectada, aunque no cuantifique la primera. En caso del socio amenazado de expulsión, que siempre habrá de acudir al aumento para seguir en la sociedad, no resulta tan obvia la diferencia entre tener que anunciarle expresamente que el capital va a ser cero, o dejar que el socio ya deba intuir por la falta de dicha indicación que —quizá— quede reducida su participación a un céntimo de euro, que vale tanto como nada, sobre todo cuando la única alternativa viable pasa por efectuar un nuevo desembolso en el aumento. Lo procedente, creemos, sería que se inscribiera, dejando que el perjudicado —si lo hay— impugne[4]. Para terminar con las especialidades de la convocatoria en la operación acordeón, véase las Resoluciones de 3 de septiembre de 1998, 18 de mayo de 2001, 14 de marzo de 2005 y 3 de septiembre de 2013 y la STS de 16 de septiembre de 2000, sobre la necesidad de que en la convocatoria quede claro el sentido unitario de la operación[5].

Pasando ya a la intangibilidad del derecho de preferencia, el art. 343.2 de la LSC trata de evitar que la operación acordeón sea un mecanismo para forzar la salida de un socio (o, igualmente, para diluir su participación en el capital, manteniendo invariada su cuota de participación en el nuevo capital reconstruido). La Resolución de la DGRN de 20 de noviembre de 2013 señala que «existiendo en el Derecho de sociedades mecanismos de salida del socio disidente, no podrá utilizarse la operación acordeón para conseguir este objetivo», y con independencia de que dicho socio se hubiera opuesto reiteradamente al saneamiento de la sociedad, no acudiendo a anteriores aumentos.

Ahora bien, el respeto al derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios no debe llevarse al extremo. La sentencia del 191/2016, de 27 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián contempla el caso en que, habiéndose respetado todas las garantías legales para que la operación acordeón no pueda emplearse para alterar la composición personal de la sociedad, el socio disidente no pueda, por razones económicas, concurrir al aumento. Siendo así, dice la sentencia, se trata de una decisión del socio, que bien puede estar motivada por una deficiente situación económica o no, de acudir o no a la ampliación y en el porcentaje que se estime (cabía el aumento incompleto). Sólo en el caso de que la operación acordeón no respondiera a una necesidad real justificada y tuviera la última intención de excluir al socio, se podría considerar que incurre en abuso de derecho y ello determinaría su nulidad.

---

[4] Bonardell Lenzano, Rafael, y Cabanas Trejo, Ricardo: *Operación Acordeón, Pérdidas y Concurso en la Sociedad de Responsabilidad Limitada,* Tirant Monografías, 2008, pág. 54.

[5] De Miguel Roses, María y Sánchez-Arjona Bonilla, Fernando: «Las Modificaciones Estatutarias» *Cuadernos de derecho y comercio, Las Sociedades de Capital, Cuestiones Teóricas y Prácticas*, número especial 2015, tomo I, pág. 302.

Por otro lado, la doctrina más autorizada[6] entiende que nada se opone a que la sociedad lleve a cabo un primer aumento simultáneo con la reducción, sólo para recuperar el nivel básico del capital y con escrupuloso respeto al derecho de preferencia, e inmediatamente después otro en cuantía superior pero con eliminación del mismo. Aunque el segundo acuerdo es posible durante la pendencia del primero, y a decidir con las mayorías anteriores a la reducción, para ejecutarlo tampoco sería preciso esperar a que el primero se inscriba en el Registro mercantil (sin perjuicio de las exigencias de tracto), pero sí a que haya completado su ejecución, ya que ésta sería necesaria para determinar los titulares del derecho de preferencia en el segundo. Incluso, siempre que se guarde la debida separación en el orden del día y en la votación, ambos acuerdos podrían tomarse en la misma Junta, pero como aumentos distintos y de ejecución sucesiva.

Cuestión distinta sería la configuración del aumento con emisión de nuevas participaciones, por contravalor mixto: en parte con dinero y en parte con aportaciones *in natura,* en el cual estas últimas ya tendrían unos aportantes determinados. Es lo ocurrido en la STS de 9 de junio de 2006 donde, en una reducción a cero y simultáneo aumento, el informe de los administradores señalaba que se haría respetando el derecho de suscripción preferente, mediante la compensación de aquellos créditos que los socios pudieran ostentar contra la sociedad y en proporción a la participación que tuvieran en el capital, con la precisión de que, de existir algún socio que no ostentase crédito alguno líquido, vencido y exigible, con cuya compensación suscribir el aumento, podría participar en el aumento mediante aportaciones dinerarias. En el caso, el conflicto se propició por la falta de reconocimiento de los demandantes como titulares de créditos compensables contra la sociedad.

En cuanto a la interdependencia de las dos medidas de aumento y reducción que predican los arts. 343 a 345 de la LSC, podemos decir que no hay disminución sin aumento definitivamente completado y ejecutado. Lo que es lo mismo, pero a la inversa: si el aumento fracasa, volveremos a la situación anterior a la reducción. Por eso puede decirse que en ningún momento la sociedad llega a tener un capital cero; al contrario, durante el proceso de aumento subsiste la cifra de capital anterior a la adopción del doble acuerdo, lo que hace posible convocar nueva Junta general si es preciso[7]. Así, en la RDGRN de 26 de noviembre de 1999, en reducción a cero con simultáneo aumento que no llegó a asumirse por ninguno de los socios, quedando íntegramente sin ejecutar transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia, se convoca una nueva Junta en la que los socios asistentes proceden a asumir y desembolsar todas las participaciones,

---

[6] MENÉNDEZ, Aurelio; LOJENDIO OSBORNE, Ignacio y ROJO, Ángel, entre otros.

[7] CABANAS TREJO, Ricardo: «La reducción y ampliación simultáneas del capital de las Sociedades Anónimas (Estudio de la denominada operación acordeón y perspectiva establecida por el Proyecto de reforma y adaptación de 1988)», *RDM* núms. 187-188, 1988, pág. 129.

lo que rechaza la DG por entender que, habiendo quedado sin efecto las dos medidas anteriores, se trataba de un nuevo aumento que había de respetar el derecho de preferencia de la totalidad de los socios. Por último, no debe perderse de vista la facultad resolutoria que otorga el art. 316 de la LSC a los suscriptores en caso de falta de presentación en el Registro mercantil de los documentos acreditativos de la ejecución del aumento.

III. SITUACIÓN PRECONCURSAL

Siendo la disolución objeto de tratamiento independiente en esta obra, y habiéndose examinado ya la alternativa del aumento y reducción de capital (si bien no es tal, puesto que difícilmente una reducción nominal del capital social sirva para superar una situación de insolvencia, por más que desactive la causa legal de disolución), pasamos a examinar el concurso, que pueden instar directamente los administradores, sin la autorización de la Junta (art. 3.1.II LC), acreditando el estado de insolvencia ante el juez (art. 14 LC). Previamente, sin embargo, debemos analizar diferentes figuras del ámbito preconcursal que han ido aflorando en los últimos años, advirtiendo de antemano que no existe un estatuto independiente para la empresa familiar.

1. Acuerdos de refinanciación

En primer lugar, debemos contraponer el acuerdo de refinanciación (en adelante, AR) [en sus tres variantes (individual, plural —del art.71.bis.1 LC, que exige que lo suscriban acreedores que representen 3/5 partes del pasivo— y el colectivo/homologado —ACR— de la DA 4.ª de la LC)] al acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, AEP). El primero tiene carácter negocial, por su contenido y por el procedimiento para su adopción, con la excepción de la fase de homologación en la tercera variante del mismo; mientras que el segundo tiene un carácter procedimental más acusado y existe menor libertad de contenido, puesto que intervienen el mediador concursal y el registrador mercantil o notario. Este carácter negocial, sin embargo, exige una concreción indubitada de su fecha, del contenido y de las condiciones básicas, y por ello se convierte en un negocio formal.

Todos los negocios, actos y pagos que pueden integrar un AR son susceptibles de acuerdos privados del deudor con cada uno de los acreedores con sujeción a su régimen propio de forma: la cuestión está en que al integrarse en un AR pasan a responder a un propósito unitario con un nexo causal común, que es facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar el concurso. Así lo define la DGRN en su Resolución de 8 de junio de 2011, admitiendo la constitución de una hipoteca flotante o de máximo, de forma unitaria y sin división de cuotas, en garantía de los créditos sindicados integrados en el plan de viabilidad.

Esta conexión causal provoca una externalización graduable de efectos. Por un lado, resulta indudable en los casos de expansión del contenido a los no adheridos, aunque la expansión descanse en la intervención judicial directa (ACR) o indirecta, por la posible impugnación (AEP).También se da en los demás supuestos, por la protección frente a la rescisoria concursal (art. 71 bis LC) y la posible prededucibilidad (el art. 84.2.11 LC considera crédito contra la masa el 50% de los concedidos en el marco de un AR y que supongan nuevos ingresos de tesorería y el 91.6 del mismo texto les otorga privilegio general), pero son efectos singulares que se dan en el concurso.

Según el art. 71.bis de la LC, el acuerdo debe ser formalizado en instrumento público (escritura o póliza, según los criterios generales de delimitación del Reglamento Notarial), al que se deberán unir todos los documentos que justifiquen su contenido. En el que llamábamos plural (art. 71.bis.1 LC), por ejemplo, deberá acompañarse la certificación del auditor de cuentas ceñida a la verificación de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción. El RDL 4/2014, de 7 de marzo, suprimió la exigencia del informe de experto independiente sobre la viabilidad del plan, aunque sigue siendo posible aportarlo con carácter voluntario, y resulte muy recomendable frente a la rescisoria concursal. En caso de haber varios informes —pues pueden solicitarlo tanto el deudor como los acreedores (art. 71.bis.4 LC)—, se tendrían que incorporar todos, manifestando los otorgantes no existir ningún otro. El plan de viabilidad no es necesario en el AR individual, donde las razones justificadoras se vierten directamente en el instrumento público (art. 71.bis.2 LC). A diferencia del AEP, que atiende al domicilio del deudor, rige plenamente en el AR el principio de libre elección del notario.

Por lo que respecta a los otorgantes, surge la duda de si deben serlo todos los afectados (lo que les concedería individualmente una posibilidad desmedida de entorpecimiento) o tratarse de un mero acto unilateral del deudor. Sólo en relación con el AR individual se exige de forma expresa un instrumento público «*otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo*» (art. 71.bis.2 LC). En los otros dos tipos de AR, entendemos, han de firmar todos los adheridos que voluntariamente se obligan en el mismo, puesto que no hay una reunión como tal convocada por un mediador (como ocurre en el AEP), sino que la reunión es la propia firma del instrumento como tal.

En particular, el instrumento sirve para determinar de forma fehaciente la fecha del AR, dando eficacia al mismo en todas sus modalidades, lo que también ocurre en el AEP, aunque se cuente con la fecha previa del acuerdo en reunión de acreedores. Puede haber efectos que se aplacen, como ocurre con los propios de la homologación en el ACR, e incluso quedar sometido a un desenvolvimiento posterior, como la formalización de negocios singulares (cesión bienes, nuevas garantías, novación), o los acuerdos necesarios de la sociedad (capitalización): pero, con independencia de ese desarrollo posterior, el acreedor ya está vinculado

por el AR. Como la naturaleza del AR es negocial, la LC no entra en estas cuestiones, sino que atiende a la fecha de comunicación al Juzgado de lo mercantil para desactivar temporalmente el deber de declaración del concurso y paralizar ejecuciones (art. 5.bis.4 LC). A partir de entonces, podemos deducir la duración máxima de la fase de negociaciones, con el límite general de tres meses que resulta del art. 5.bis.5 LC.

Al margen de la publicidad que puedan recibir las negociaciones por su comunicación al Juzgado de lo mercantil, no existe una publicidad específica para el AR que carezca de efecto expansivo, sin perjuicio del eventual nombramiento de experto independiente por el Registro mercantil del domicilio del deudor. Sí que goza de publicidad el AR colectivo, tanto del procedimiento de homologación como de la resolución judicial aprobatoria en el Registro público concursal. No así en el Registro mercantil o de la propiedad, fuera de la que corresponda a los singulares actos de ejecución.

Por su carácter de acuerdo marco y la ausencia de una publicidad registral específica, no se puede decir que el AR como tal tenga objeto o cosa valuable a efectos del impuesto de AJD. En particular, no lo sería la quita o rebaja de la deuda, puesto que no responde a propósito de liberalidad alguno. Cuestión distinta sería la tributación de actos singulares de ejecución, como la transmisión de un inmueble, una nueva hipoteca o una novación de la existente. Las cuestiones arancelarias siguen regulándose en la DA 5.ª de la LC, a pesar de que sigue remitiéndose al antiguo art. 71.6 (ahora 71.bis LC): se trata de un documento sin cuantía y sin honorarios a partir del décimo folio, con independencia nuevamente de los actos singulares de ejecución que exijan un documento separado.

2. Acuerdo extrajudicial de pagos

Pasamos a continuación a la figura del AEP, introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en un nuevo Título X de la LC. El procedimiento descansa en dos protagonistas: de un lado, la figura central es la del mediador concursal —MC—, a quien corresponde gestionar en sentido estricto el acuerdo del deudor con la mayoría de sus acreedores, y de otro está el sujeto a quien la ley encarga las cuestiones relacionadas estrictamente con la tramitación del expediente. En la regulación inicial este director tenía que ser un registrador mercantil o un notario: tras el RDL 1/2015, de 27 de febrero, la solicitud también puede dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica, y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España (art. 232.3.II LC y la DA 1.ª RDL 1/2015), al tiempo que se crea una variante especial de AEP de competencia notarial exclusiva, donde es posible prescindir

del nombramiento específico de un MC (art. 242.bis LC). En todo caso, tras las resoluciones de la DGRN de 4 y 9 de marzo de 2016 y la Orden del Ministerio de Justicia (JUS/2831/2015) de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un AEP, la intervención de los notarios queda limitada a los de persona natural no empresario, pues distingue únicamente la orden publicada entre deudor empresario o no empresario, sustrayendo injustificadamente de la competencia notarial la designación de mediador concursal cuando se trate de empresarios civiles (artesanos, ganaderos, profesionales), no inscribibles en el Registro mercantil.

En todo caso, el notario competente es el del domicilio del deudor, pudiendo surgir un problema cuando de la documentación aportada —o la propia declaración del deudor— resulte que el domicilio de la persona física no coincide exactamente con el centro de sus intereses principales, que es el criterio determinante de la competencia del Juzgado de lo mercantil para conocer de un eventual concurso, órgano al que debe comunicar el expediente el notario. Aquél también será el competente para conocer de la impugnación (art. 239 LC), en su caso, o de otras incidencias (p. ej., resolver sobre el carácter necesario del bien en la paralización de ejecuciones, arts. 5.bis.4.II LC).El expediente de AEP necesariamente es individual (uno por cada deudor solicitante), como ocurre también con el concurso de acreedores. Sin embargo, en este segundo son posibles los concursos conexos, ya sea por la declaración conjunta de concurso de varios deudores o por la acumulación de concursos, como veremos.

Pues bien, a pesar de esta conexión que podrá darse en el concurso posterior, en el AEP no hay vinculación entre expedientes, y por consiguiente, se habrá de estar al carácter mancomunado o solidario de una deuda con pluralidad de deudores, o de los bienes en situación de comunidad (gananciales), con la posibilidad de que un mismo bien o deuda aparezca en el inventario o en la lista de ambos solicitantes. En cambio, no habría inconveniente en que la propuesta de AEP de uno se condicionara expresamente por el deudor a la aceptación de la propuesta del otro y así se comunique a los acreedores.

No obstante, el art. 232.2.V LC incorpora una curiosa regla para el caso de ser los cónyuges (no menciona la pareja de hecho inscrita, a pesar del relieve concursal de la figura, así art. 25.3 LC) propietarios de la vivienda familiar que pueda verse afectada por el AEP, pues la solicitud deberá realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro. No creemos que esta simple mención a la suscripción conjunta de la solicitud por ambos cónyuges pueda verse como una excepción a la regla del carácter individual del expediente, que no tendría mucho sentido sólo por razón de la vivienda familiar, sin perjuicio de que en los casos indicados de posible coincidencia entre el director del expediente y el MC realmente se pueda presentar la instancia por ambos y recaer el nombramiento en un mismo MC, o equivalente. Pero, incluso en estos casos, el MC

deberá presentar dos propuestas de AEP, una para cada deudor, aunque coordine su tramitación.

La norma puede ser en previsión de una eventual cesión en pago o para pago de la vivienda habitual (o el gravamen de la misma), en cuyo caso la cláusula tiene pleno sentido cuando la vivienda fuera propiedad de uno solo de los cónyuges, pues, siendo común, los dos habrán de formalizar necesariamente la cesión, viniendo a ser una traslación al procedimiento del art. 1.320 CC, para evitar que la ejecución del acuerdo mediante la cesión del bien no fuera posible por faltar el consentimiento del cónyuge no propietario. De este modo queda comprometido su asentimiento y colaboración en lo que fuere menester. Pero en este momento inicial el solicitante no hace una propuesta de acuerdo, cuya confección corresponde al MC, de ahí que la intervención del otro cónyuge —o pareja, según lo dicho— sólo revela una disposición a la cesión. De todos modos, al constituir el único indicio de posible tramitación conjunta del expediente, no excluimos que en la práctica se utilice para forzar el nombramiento de un mismo MC para los dos cónyuges.

En cuanto al presupuesto objetivo, aunque el art. 232.3.III LC remite ahora de forma genérica a los requisitos previstos en el art. 231 LC, no corresponde al notario constatar por la documentación aportada la existencia de una situación de insolvencia —que bien podría ser sólo inminente— a diferencia del JM en el concurso voluntario (art. 14 LC). Habrá de bastar con la declaración del solicitante, sin que el notario deba comprobar la concurrencia efectiva de esta situación mediante el examen de la documentación aportada. Tampoco debe deducir consecuencia alguna de un eventual incumplimiento de la obligación de declarar el concurso, cuando resulte de dicha documentación que han transcurrido más de dos meses desde que el deudor había conocido su situación de insolvencia (art. 5 LC).

Lo que sí ha de comprobar el notario por la documentación aportada (normalmente la lista de acreedores, pero, en su caso, también el balance) es que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; en esta estimación deben incluirse todas las deudas, también las que no se ven afectadas por el AEP (créditos de derecho público). El hecho de que después el MC tenga conocimiento por cualquier otro medio de un pasivo superior no ha de suponer la interrupción del expediente, sin perjuicio de que el JM lo pueda considerar relevante en la impugnación (aunque no entra en los supuestos tasados del art. 239 LC), o en un concurso futuro para negar el carácter de concurso consecutivo. Igualmente, debe controlar el notario el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 231 LC: que el deudor no incurra en alguna de las prohibiciones legales que en dicho precepto se detallan, como la condena por determinados delitos, que dentro de los cinco años —antes tres— anteriores el mismo deudor hubiera alcanzado otro AEP, un AR o hubiera sido declarado en concurso, o bien se encuentre negociando con sus acreedores un AR o se hubiera admitido a trámite su declaración de concurso.

Para hacer viable la rápida tramitación prevista, la documentación necesaria debe entregarse desde el comienzo al notario, y sin ella no es posible empezar el expediente. El notario se la habrá de ceder después al MC, verdadero y último destinatario de la misma, sin perjuicio de que el notario también la deba examinar someramente para comprobar alguno de los presupuestos del expediente (los cinco millones de pasivo estimado). Esta documentación básica y esencial está formada por la solicitud de nombramiento de un MC mediante formulario normalizado suscrito por el deudor (excepcionalmente, también por su cónyuge) que incluirá un inventario, y al que se acompañará también una lista de acreedores, cuyo contenido lo determina Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un AEP.

Si los requisitos examinados previamente se han cumplido, el notario deberá admitir la solicitud de nombramiento de un MC (que no ofrece discrecionalidad alguna, ya que habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el Portal correspondiente del BOE) y ponerse en contacto con el MC para solicitar su aceptación. Una vez realizada ésta, también habrá de comunicarla al citado Portal, a los registros de bienes, al Registro civil, al Juzgado mercantil competente para la declaración del concurso (comunicación que se repite al cierre), al Registro público concursal, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria/Tesorería General de la Seguridad Social y, en su caso, a la representación de los trabajadores. Con carácter general, debe acudirse a la Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 2016 para los criterios de minutación de los actos de nombramiento de MC, pudiendo cobrar el notario impulsor del expediente el requerimiento inicial, pero no las diligencias de nombramiento y aceptación o las que recogen las citadas comunicaciones.

A partir de este momento, el papel del notario queda muy limitado, siendo el mediador el auténtico protagonista del expediente y el encargado de gestionar el logro de un AEP. Para ello, no sólo ha de redactar una propuesta, sino que también ha de acometer bajo su responsabilidad otras tareas complementarias, como comprobar los datos y la documentación aportados por el deudor, completar la lista de acreedores presentada por éste, y establecer el valor real de las garantías, para lo cual deberá obtener los oportunos informes (arts. 94.5 y 232.2.III LC). El MC no ha de dar cuenta de estas actuaciones al notario durante el curso de las negociaciones, sin perjuicio de reseñarlas en la escritura final del AEP, y de entregar la nueva documentación al notario para su incorporación al expediente y darle así publicidad.

Si se alcanzase un AEP, para su elevación a público deberán comparecer el deudor y el MC, sin que sea necesaria la comparecencia de todos los acreedores adheridos, aunque esto suponga apartarse del criterio propio de la mediación, donde son las partes las que elevan el acuerdo a escritura pública, sin que sea

necesaria la presencia del mediador (art. 25.1 Ley 5/2012). En la mediación concursal prevalecen los aspectos procedimentales de un acuerdo adoptado por mayoría sobre la voluntariedad propia del arreglo negociado, aunque sea con la mediación de un tercero. La intervención del deudor garantiza así su consentimiento al plan finalmente aprobado, ya que en la reunión pueden introducirse modificaciones sobre el texto aceptado antes (art. 237.2 LC). En cambio, la de los acreedores viene suplida por haberse gestado el AEP con arreglo a los requisitos legales y por la intervención del MC.

La presencia de este último marca una diferencia esencial con el AR, donde no hay alternativa al otorgamiento del instrumento público por todos los interesados, pero no debemos olvidar que en el AR prepondera la consideración como negocio voluntario, al menos hasta que se inicia el procedimiento para conseguir su homologación judicial, que es la que permite fundar la extensión de los efectos a los no adheridos, mientras que el AEP constituye un procedimiento con eficacia expansiva desde el principio. Por eso el AEP no se formaliza directamente en escritura (cfr. AR art. 71.bis.1.b).3.º LC), sino que se eleva a escritura pública el AEP previamente adoptado por la mayoría de los interesados, con el consentimiento del deudor. Consecuentemente, aunque el art. 242.2.5.ª LC aluda a los acreedores firmantes, no ha de entenderse en el sentido de «firmantes» de la escritura, ni siquiera del acta de la reunión, sino como adheridos al acuerdo (quizá, antes de la reunión). No obstante, excepcionalmente puede ser necesario el consentimiento expreso de algunos de los acreedores, fuera de los actos de ejecución singular que después se indican. En concreto, el art. 236.1.III LC, después de señalar que el AEP no puede consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor, ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, deja a salvo esta última opción, siempre que los acreedores postergados consientan expresamente, en cuyo caso parecería conveniente que estos acreedores también firmasen la escritura.

Respecto al acuerdo alcanzado, el art. 236.1.d de la LC, introducido por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, vino a flexibilizar el contenido y efectos del AEP, asimilando su regulación a la de los AR. Por ello, y aunque no corresponde al AEP que puede tramitar el notario, contempla expresamente, como ya estaba previsto primero para los AR (apdo. 3.3.º DA 4.º LC, a la que se remite el art. 236.1.d citado) y después para el convenio (art. 100.2 LC), la capitalización de deudas. De acuerdo con el apartado introducido, la propuesta de AEP que remite el MC a los acreedores y con el consentimiento del deudor puede incluir, además de quitas, esperas no superiores a los diez años, o cesiones de bienes a los acreedores para el pago de la totalidad o parte de sus créditos, la conversión de deuda en préstamos participativos o, en lo que aquí nos interesa, la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, remitiéndose en tal caso al régimen de la DA4 en materia de AR. Se trata de la posibilidad de ofrecer a los acreedores que se queden con la empresa, si no hay

activo suficiente para hacer frente a sus créditos, comprometiéndolos al futuro de la sociedad, ya que en definitiva supone convertir al acreedor con plazo en un acreedor indefinido.

En cuanto a la asimilación al régimen del AR, la DA4, en lo que resulta también aplicable al AEP, declara que a los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real (o por la parte que exceda de la misma), se les extenderán sus efectos, teniendo dicha extensión subjetiva distinto alcance. En particular, si el acuerdo se suscribe por los acreedores que representen el 75% del pasivo, les será también aplicable al 25% restante la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, pudiendo esta minoría optar entre la conversión o una quita equivalente al importe nominal de las acciones o participaciones que les correspondería asumir o suscribir, incluyendo en su caso la prima de emisión o asunción. Además, a falta de indicación expresa, se entenderá que los acreedores no suscriptores del acuerdo o disconformes con el mismo optan por la quita. Por tanto, y aunque en ningún caso la capitalización puede ser obligatoria para el acreedor (resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2012), éste habrá de escoger entre algo o nada.

Para dar entrada a estos acreedores en la sociedad, la LC establece que el aumento de capital que lo instrumentalice se adopte por mayoría de los votos válidamente emitidos en la SRL, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social; y en la SA por mayoría simple (más votos a favor que en contra). Por tanto, no se exigen las mayorías que de ordinario establece la LSC para esta clase de acuerdos y, además, se prescinde de las mayorías estatutarias reforzadas que pudieran existir. También, para encajar la capitalización de créditos en el marco legal, se considerará que en la SRL y en la SA, la totalidad y el 25%, respectivamente, de los créditos, se encuentran líquidos, vencidos y exigibles.

Además, puesto que el inicio del expediente de AEP produce por sí solo ciertos efectos (art. 235 LC), una de las cuestiones de mayor repercusión social que introdujo la Ley 25/2015 —como es la exoneración de deudas para el deudor de buena fe— está también subordinada a éste. Así, tras la conclusión de un concurso por liquidación o por insuficiencia de masa, cabe la exoneración de deudas siempre que se paguen los créditos privilegiados, los créditos contra la masa y, si no se ha intentado un AEP, el 25% de los créditos ordinarios (art. 178 bis.3.4.ª LC). *A sensu contrario*, habiendo intentado el AEC, bastará para acceder a la exoneración con haber satisfecho los créditos privilegiados y contra la masa. En cuanto a la expresión «*haber intentado un AEP*», pueden suscitarse ciertos problemas en caso de que el deudor solicite que se inicie el expediente, que efectivamente se compruebe por el RM o notario que concurren todos los presupuestos subjetivos, pero que después el deudor niegue su consentimiento reiteradamente

para la presentación a los acreedores de las propuestas que elabore el MC. En todo caso, entendemos que la comprobación de que se haya intentado el acuerdo va ligada a la obligación que tiene el MC, en caso de que haya concurso consecutivo, de informar sobre la buena fe negocial del deudor.

3. Capitalización de deuda

En todo caso, en el momento actual sigue existiendo cierta asimetría en cuanto a las medidas de presión de que disponen los acreedores contra los socios en la negociación, ya que aunque la capitalización de deuda está prevista tanto para el AR, como para el convenio o el AEP, lo cierto es que los socios sólo soportan el riesgo de verse afectados por la sección de calificación, cuando su acuerdo negativo haya hecho imposible el aumento de capital sin causa que lo justifique en los AR o en los AEP, y no en el convenio (art. 165.2 LC, tras la Ley 9/2015, de 25 de mayo). La cuestión es grave, ya que dicha amenaza supone la pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada, respondiendo de las deudas sociales mediante la cobertura del déficit concursal. Dicha asimetría puede tener su sentido, sin embargo, ya que, respecto del convenio, la negativa a instrumentalizar la capitalización de los créditos se produce ya una vez declarado el concurso, y por tanto no incide en puridad en la generación o agravación de la insolvencia (y aunque algunas conductas posteriores sean tenidas en cuenta por la ley para la calificación culpable).

Igualmente, existen una serie de incentivos para los acreedores que se conviertan en socios de la deudora, ya que aunque superen el umbral del 5/10% del capital social (según la sociedad declarada en concurso tuviera o no valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial) no verán postergados sus créditos como persona especialmente vinculada con el después concursado persona jurídica, si se diera el caso, ya que dicha calificación ha de darse en el momento del nacimiento del crédito (93.2.1 LC). Si ya era socio con anterioridad, no se tendrá en cuenta su incremento en la participación del capital por efecto de la capitalización.

En un sentido más amplio, pues no se refiere a la capitalización, pero a idénticos efectos de su consideración como persona especialmente relacionada, incluye el artículo 93.2.2.º LC a «*los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*», pero señalando que «*los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un AR adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la DA4, de un AEP o de un convenio concursal, y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización*» no tendrán dicha condición

de persona especialmente relacionada con el concursado. «*Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho*», sigue diciendo el artículo 93.2.2.º de la Ley, «*los acreedores que hayan suscrito un AR, convenio concursal o AEP por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición*». Por este motivo, el precepto no puede suponer una exención general por razón de la efectiva participación en la gestión y administración mediante actos de dirección, caso de producirse en el futuro, amparados en su condición de socio, que vayan más lejos de lo previsto en el plan, razón por la que cual se admite justificación al respecto.

En cuanto al procedimiento societario para instrumentalizar la conversión, siempre es necesario el acuerdo de la Junta general, con la posibilidad de que sea anterior o posterior al instrumento público que recoja el acuerdo en cuestión. En el primer caso, estaríamos ante un acuerdo pendiente de ejecución: en el segundo, los acreedores ya habrían prestado el consentimiento, de ahí que la ejecución hasta cierto punto ya esté asegurada (en su caso, con el plazo de espera para la opción de los no adheridos), pues el administrador no ha de recabar nuevamente el consentimiento de los acreedores aportantes. En todo caso, han de cumplirse los requisitos propios de esta modalidad de aumento, que exigen siempre un informe del administrador sobre los créditos a compensar, y en el caso de la SA, además, una certificación del auditor de cuentas. Incluso en caso de homologación judicial del AR, no se exime del otorgamiento de la correspondiente escritura de aumento del capital por parte de los administradores, según las reglas generales.

4. Concurso *exprés*

Terminamos el repaso a la fase preconcursal de la insolvencia de la empresa familiar con una mención al concurso *exprés*. La causa de conclusión del concurso consistente en la finalización de la fase de liquidación (art. 176.1.2.º LC) se distingue de aquella otra que tiene lugar por la comprobación, en cualquier estado del procedimiento, de la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 176.1.3.º LC). Esta última procede cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el JM considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente (art. 176 bis LC). La AC deberá pagar entonces los créditos contra la masa conforme a un orden específico y, en su caso, a prorrata dentro de cada grupo, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Pero se trata de una liquidación en sentido amplio, pues el concurso pudo no haber entrado todavía en esa fase.

Desde la reforma de la LC de 2011 también podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso, cuando el JM aprecie de manera evidente esa insuficiencia del patrimonio del concursado y la escasa prosperabilidad de acciones reconstructoras del patrimonio o de responsabilidad de cualquier tipo. Esta declaración/conclusión simultánea no ofrece la posibilidad de nombrar un administrador concursal, o de llevar a cabo una mínima actuación encaminada a la realización del patrimonio social en el seno del concurso, de tal modo que la sociedad insolvente sale del JM de la misma forma que entró: de ahí el nombre que recibe de «concurso *exprés*».

En todos estos casos de conclusión por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica, la resolución judicial acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción (art. 178.3 LC). No existe remisión de deudas (sólo está prevista para la persona física en el art. 178.bis LC) ni sucesión *ope legis* de los bienes a los socios, por lo que se podrán iniciar nuevas ejecuciones singulares. En todo caso, sobre el alcance de los efectos extintivos de la cancelación de la inscripción en el Registro mercantil y el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada como garantía para los acreedores, nos remitimos al artículo «Registro de la Propiedad y cierre en falso del concurso: un *thriller* en tres episodios… que ya veremos cómo acaba» publicado en esta misma revista en junio de este año.

IV. CONCURSO: RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. CONCURSOS CONEXOS. RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL. CRÉDITOS SUBORDINADOS

El art. 5 LC concede un plazo de dos meses al deudor desde que conoce su insolvencia para solicitar la declaración de concurso. Este plazo coincide con el que otorga el art. 365 de la LSC al administrador para que convoque Junta general (con mayorías y quórums ordinarios, según el art. 364 LSC) con el fin de que adopte el acuerdo de disolución cuando concurra causa legal o estatutaria (muy especialmente la de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a la mitad del capital) o, si la sociedad fuera insolvente, para que inste el concurso. Igualmente, cualquier socio podrá instar a los administradores la convocatoria de la Junta, a estos solos efectos de deliberar sobre la disolución o el concurso. El art. 3.1.2.º de la LC señala además que si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación, pudiendo instar el concurso directamente los administradores.

Por todo lo anterior, puede ocurrir que, de acuerdo con la opción que brinda el art. 365 LSC a los administradores, si convocan la Junta para que se pronuncie sobre la disolución en el plazo que les brinda la LSC, sigan expuestos al incumplimiento previsto en la LC si en el plazo de dos meses desde la insolvencia actual

no instan directamente el concurso. Por mucho que ajusten su conducta la primera, puesto que apurando los plazos puede demorarse la celebración de la Junta hasta tres meses (dos para la convocatoria y otro de antelación para la reunión —en la SA, o una quincena en las SSLL—), aunque lo soliciten inmediatamente después del acuerdo, habrán evitado la sanción societaria, pero no la concursal.

Los administradores, sin embargo, no sólo deben convocar la Junta si concurre alguna causa de disolución o de solicitud de concurso, sino que, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria por las obligaciones acaecidas con posterioridad (y teniendo que soportar la carga de la prueba, ex art. 367 LSC), deben solicitar la disolución judicial o el concurso en otro plazo idéntico de dos meses si no se llegase a constituir la Junta o si el acuerdo adoptado por ésta hubiera sido negativo (art. 366.2 LSC). Igualmente, el socio, como interesado, podrá instar por idénticos motivos la disolución judicial (art. 366.1 LSC), si bien no el concurso, fuera de los casos en los que, por la razón de la forma jurídica que adopte la empresa familiar, responda personalmente de las deudas sociales (art. 3.3 LC). En todo caso, la doctrina discute si la iniciación del procedimiento concursal por cualquier causa exime a los administradores de solicitar la disolución por cualquier otra, puesto que la apertura de la fase de liquidación produce dicha disolución (art. 145.3 LC), sin perjuicio de que pueda solicitarse de todos modos, ya que la declaración de concurso puede producirse también respecto de una sociedad ya disuelta y en liquidación.

En todo caso, puede decirse que no hay concurso de la empresa familiar como tal, sino de su titular o titulares, sean una o varias personas físicas o jurídicas, habiendo en consecuencia tantos concursos como deudores o personas (art. 1.1 LC). Ahora bien, puesto que en las empresas familiares es frecuente la presencia de muchos sujetos (pensemos en una empresa gestionada individualmente por varios familiares, o en la estructurada como un grupo de sociedades), la LC prevé que el acreedor pueda solicitar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades (art. 25.2 LC).

Si bien inicialmente sólo estaba prevista la declaración conjunta (a diferencia de la acumulación sucesiva) en el concurso necesario, tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC, el art. 25.1 de ésta también lo permite a instancias de los deudores cuando sean cónyuges o administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades. Igualmente, y tanto en el concurso necesario como en el voluntario, cabe declaración conjunta cuando se trate de una pareja de hecho inscrita y se aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (art. 25.3 LC). En todo caso, aunque no se formulase solicitud de declaración conjunta por

el deudor, en el concurso voluntario necesariamente se habrá de incluir información sobre el grupo de empresas de que forme parte (art. 6.3.4.º LC), la cual puede ser relevante a efectos de calificación posterior de los créditos (art. 92.5 LC) o para eventuales acciones de reintegración (art. 71.3.1.º LC). El art. 25 bis LC regula igualmente la acumulación de concursos como supuesto distinto del anterior, puesto que no es inicial sino sobrevenida, y sólo puede ser solicitado por el deudor (ya concursado) o por cualquiera de las administraciones concursales y, únicamente en defecto de los anteriores, por el acreedor, mediante escrito razonado (apartado 3.º).

Las consecuencias de la declaración conjunta, al igual que las de la acumulación, son fundamentalmente de tipo procesal, tramitándose el concurso ante un mismo juez, que será el que corresponda al deudor con mayor pasivo o a la sociedad dominante del grupo (art. 25.4 LC). El art. 25 ter LC señala que se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas, y que excepcionalmente se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados. Tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, el art. 27.8 LC permite además nombrar una administración concursal única en concursos conexos, designando el juez auxiliares delegados; o bien, en caso de acumulación, permite que el nombramiento recaiga en la administración concursal ya existente. Lo que no cabe es una propuesta de convenio unitaria: el art. 101.2 LC se refiere a las propuestas de convenio de cada concursado, admitiendo que se condicionen entre sí a la aprobación judicial del convenio de otro u otros, y por tanto existiendo tantas sentencias de aprobación judicial como concursados[8].

Pasamos a continuación al tratamiento que reciben en la LC las personas especialmente relacionadas con el concursado, dada su frecuente presencia en el ámbito de la empresa familiar. Además de su relevancia para la calificación de los créditos, este concepto se utiliza por la LC para muchos otros efectos, siempre negativos, como la prohibición de nombramiento como administrador concursal (art. 28 LC), la presunción de perjuicio en las acciones de reintegración (art. 71.3 LC), o la imposibilidad de representar a otros acreedores en la Junta, independientemente de que también lo sean, con la misma prohibición que soporta el concursado (art. 118.2 LC). Nótese que el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, suprimió el supuesto de disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de alguna de estas personas como impedimento para presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 105 LC).

---

[8] Cabanas Trejo, Ricardo: «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos*, Bosch, 2005.

Dentro ya de los créditos subordinados, postergados a los ordinarios y que deben pagarse por su orden y a prorrata dentro de cada grupo (art. 158.2 LC), encontramos —tras los créditos tardíos, los convencionalmente subordinados, los intereses, las multas y sanciones— los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, exceptuando los créditos salariales con privilegio general (art. 91.1 LC) cuando el concursado sea persona natural. La ley no recoge ninguna otra excepción: por tanto, si el crédito estaba garantizado y el acreedor especialmente relacionado con el deudor no impugna la calificación —o la impugnación no prospera—, el juez dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a su favor (art. 97.2 LC).

El art. 93 LC recoge la lista de personas especialmente relacionadas con el concursado, distinguiendo cuando se trate de una persona natural (cónyuge o conviviente con análoga relación de afectividad —en los dos años anteriores al concurso—, ascendientes, descendientes o hermanos del concursado o del cónyuge o conviviente, o cónyuges de aquéllos) o de persona jurídica (socios que respondan personalmente de las deudas sociales —como los de la colectiva, la comanditaria, la sociedad civil o AIE— o en función de su participación en el capital social —5 ó 10%, según sea o no cotizada—, los administradores, de hecho o de derecho, los liquidadores, y los apoderados generales —en los dos años anteriores— y las sociedades del mismo grupo que la concursada y sus socios, sin exigir participación alguna relevante en el capital social). Quedan fuera de la segunda categoría, por tanto, los créditos de los administradores de otras sociedades del grupo, salvo que, tratándose de los de la dominante, éstos puedan ser considerados administradores de hecho de la dominada. Con carácter general, y admitiendo esta vez prueba en contrario, el art. 93.3 LC también incluye en esta categoría a los cesionarios y adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas, siempre que la adquisición se hubiese producido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Debe señalarse que la LC no aclara un extremo tan importante como el de si la relación especial ya debía existir en el momento de nacer el crédito, si bien la doctrina entiende que sí: por ejemplo, no estando subordinado el crédito si el matrimonio fue posterior, o si el crédito se contrajo después de la ruptura matrimonial, aunque se produjera dentro de los dos años anteriores al concurso. En todo caso, faltaría para los cónyuges un precepto semejante al art. 78.8 LC, que deja sin efecto las presunciones de donaciones o con pacto de sobrevivencia entre los cónyuges cuando éstos estuvieran separados judicialmente o de hecho: y es que, en puridad, sólo la sentencia de divorcio disuelve el vínculo matrimonial.

En todo caso, los créditos subordinados no sólo soportan esa postergación en el orden de pago, sino que su situación a lo largo de todo el procedimiento está disminuida. De entrada, no pueden ser nombradas administrador concursal, según el art. 28.1 LC, las personas especialmente relacionadas con el concursado en los

últimos tres años (que serían, en su caso, acreedores subordinados) o quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años. Por otro lado, en aquellos casos en que los acreedores pueden instar de la administración concursal el ejercicio de determinadas acciones (arts. 54.4 y 72.1 de la LC), no hay razón para excluir a los titulares de estos créditos, incluso con la facultad de reembolso que regula la LC. Igualmente, si se diera el supuesto de imposibilidad de separación del art. 81 LC, aun tratándose el perjudicado de una persona especialmente relacionada con el concursado, parece que deberá prevalecer la calificación legal como crédito concursal ordinario. Estos acreedores se equiparán también a los demás para la condena a los administradores o liquidadores al pago de los créditos insatisfechos (art. 172.3 LC, que alude sin más a los créditos concursales) o para la conclusión del concurso por pago o desistimiento (art. 176.1.3.º y 5.º LC), que incluye a todos los acreedores reconocidos.

Es en relación al convenio, por tanto, donde la subordinación se produce con más fuerza en detrimento de estos acreedores. Así, no se contemplan los máximos en las proposiciones de quita (la mitad) o espera (5 años) que regula el art. 100.1 LC para los créditos ordinarios. Nuevamente con relación al supuesto especial de propuesta anticipada de convenio por el deudor, que se tramita durante la fase común del concurso y mediante adhesiones de los acreedores, el art. 106.1 LC tiene en cuenta en la actualidad, para el cómputo de las mayorías necesarias para entenderlo aceptado (una quinta parte del pasivo, o una décima si se presenta con la solicitud de concurso), a los acreedores de cualquier clase, incluyendo a los subordinados. Igualmente, hacen número a efectos de la admisión a trámite de la propuesta de convenio de los acreedores (art. 113 LC), aunque después resulten irrelevantes en su aceptación, al estar privados de derecho de voto en la Junta (art. 122.1.1.º LC), y no computarse para el quórum de constitución de ésta (art. 116.4 LC, que se refiere a la mitad del pasivo ordinario).

En cuanto a la eficacia del convenio, éste vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados (art. 134.1 LC): éstos quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. En todo caso, el precepto deja a salvo la facultad de optar del art. 102 LC cuando existan propuestas alternativas de capitalización de su deuda. En última instancia, también los acreedores subordinados pueden solicitar del juez la declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.1 LC), o la apertura de la fase de liquidación cuando acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso (art. 142.4 LC).

Todo lo anterior es sin perjuicio de los efectos de la calificación del concurso como culpable, que todavía empeora la situación de las personas afectadas o

declaradas cómplices, entre las cuales estarán algunas de las especialmente relacionadas con el concursado. La sección de calificación, cuya formación se produce cuando concurran las circunstancias del art. 163.1 LC, determina que el concurso se califique como fortuito o como culpable, predicándose el dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor o su representante legal o, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho (art. 164.1 LC), incluyendo también a los anteriores, junto con los apoderados generales, como posibles cómplices si hubieran cooperado con el deudor a la realización de cualquier acto que hubiera fundado la calificación del concurso como culpable (art. 166 LC).

Por lo que respecta a la responsabilidad de los administradores, el art. 48 *quáter* LC atribuye en exclusiva a la administración concursal, una vez declarado el concurso, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores. La competencia, en tal caso, corresponderá al juez del concurso, a pesar de que no se dirige contra el patrimonio del deudor, sino de un tercero. Además, si el concurso es calificado como culpable, la LC contempla un supuesto especial de responsabilidad de administradores y liquidadores, siempre que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, en cuyo caso el juez podrá condenar a ciertas personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (art. 172.bis.1 LC). Dichas personas incluyen, además de los administradores, liquidadores y apoderados generales, los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles. Se trata en todo caso de una responsabilidad por daños, que requiere imputación subjetiva a cada uno de los afectados, y con carácter independiente respecto de las acciones societarias de responsabilidad, sin perjuicio de que el supuesto de hecho pueda ser el mismo.

Para terminar, una cuestión estricta de procedimiento. Aunque, como veíamos al principio del presente trabajo, existen grandes empresas familiares, la mayoría suelen ser pequeñas o medianas. Puede el juez, en tal caso, aplicar el procedimiento abreviado al concursado persona natural o jurídica, siempre que se cumplan los requisitos del art. 190 de la LC. Además, en cualquier momento del procedimiento, y la vista de la modificación de las circunstancias, podrá transformar el procedimiento ordinario en abreviado, o viceversa.

(Trabajo recibido el 21/08/2017
y aceptado para su publicación el 17/10/2017)

CAPÍTULO XVII: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

IGNACIO PÉREZ-OLIVARES DELGADO
Notario

RESUMEN

En este artículo va a tratar de darse una visión general de la disolución y liquidación de las empresas y sociedades de carácter familiar; centrándonos especialmente en las causas de disolución, pues es donde concurren las principales especialidades. Las sociedades que tengan carácter familiar se disuelven siempre por las causas tasadas en la ley, las acordadas estatutariamente o sin duda por el mero acuerdo de sus socios. Aunque es cierto que, en el ámbito de la empresa familiar, pueden cobrar especial relevancia unas determinadas causas sobre las restantes, especialmente por la vinculación por parentesco que presentan sus socios.

Palabras clave: disolución y liquidación, empresa familiar, relevo generacional, protocolo familiar.

CHAPTER XVII: WINDING-UP AND LIQUIDATION OFFAMILY-OWNED BUSINESSES

IGNACIO PÉREZ-OLIVARES DELGADO
Notary Public

ABSTRACT

This article attempts to give an overview of the winding up and liquidation of family-owned companies and businesses; focusing particularly on the grounds for winding up since this is where the main special issues arise. Family-owned companies are always wound up for the limited reasons stipulated in legislation or in the articles of association, or else a resolution adopted by its members, of course. Although it is true that, within the scope of family-owned businesses, particular relevance may be given to certain causes over others, particularly due to the relationships between family members.

Keywords: winding-up and liquidation, family-owned business, generational changeover, family protocol.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. II.—DISOLUCIÓN. 1. Causas. 1.1. Concepto 1.2. Causas. 1.2.1. Causas de disolución de pleno derecho. A) Disolución por el transcurso del término de duración fijado. B) La disolución por reducción del capital social por debajo del mínimo legal. 1.2.2. Causas de disolución legales o estatutarias. 1.2.3. Disolución por acuerdo de la Junta general. 1.2.4. Causas de disolución en otros tipos sociales. A) Sociedad comanditaria por acciones. B) Sociedad limitada de nueva empresa. C) Causas de disolución en la sociedad civil. III.—PROCEDIMIENTO. 1. Introducción 2. La convocatoria de la Junta general. 3. Junta general. Acuerdo de disolución. 4. La disolución judicial. 5. Publicidad de la disolución. 6. Reactivación de la sociedad disuelta. IV.—LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD. 1. Introducción. 2. Los liquidadores. 3. Las operaciones de liquidación. 4. La división del patrimonio social. V.—LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD. VI.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La disolución y liquidación de sociedades mercantiles parte de un concepto alejado de la crisis empresarial, entendida como la situación de insolvencia, donde la sociedad, al no poder afrontar sus pagos, acaba desembocando en el concurso de acreedores; donde, como es sabido, uno de los principios básicos es la continuidad de la empresa. Es reiterado que, en toda situación de crisis, la última posibilidad es la liquidación. No obstante, la estructura empresarial, sobre la que se sustenta una gran parte de actividad económica, está enfocada a la pequeña y mediana empresa, en sus diferentes formas, ya sea una sociedad mercantil o anónima, o sobre una sociedad colectiva civil, donde, prescindiendo de las situaciones de insolvencia, la disolución de sociedades familiares sobreviene por una mala financiación o por causas circunscritas al ámbito de las relaciones familiares derivadas de la forma en que se estructura la empresa, o el siempre difícil relevo generacional.

No toda disolución y liquidación se produce, por tanto, a causa de una situación de insolvencia. En el presente artículo, centrado en las sociedades de carácter familiar, las cuales son números y constituyen una parte importante del tejido empresarial español, van a intentar plantearse junto con las principales causas que llevan a la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles aquellas que tienen principal incidencia en las empresas familiares.

A modo de introducción cabe destacar que la disolución de una sociedad no siempre lleva aparejada la liquidación, al igual que la liquidación societaria no siempre implica la liquidación de la empresa, puesto que ésta puede subsistir bajo otra forma social. Debe diferenciarse entre lo jurídico y lo material. En virtud de lo expuesto puede afirmarse que el ámbito de aplicación, de la disolución de sociedades, se ubica en aquellos supuestos donde el patrimonio empresarial es suficiente para atender a las obligaciones de ésta, sin obviar que la situación de insolvencia puede producir igualmente la disolución y liquidación de una sociedad, pero entrando ya en juego el derecho concursal.

Como señala Juan BATALLER[1], las sociedades presentan cuatro procedimientos extintivos, los cuales son: la nulidad de la sociedad, las modificaciones estructurales, la disolución y, desde el punto de vista de este autor, por la apertura de la fase de liquidación concursal.

Entrando en la regulación específica, y prescindiendo de los supuestos de insolvencia, la ley de sociedades de capital se divide en cuatro secciones relativas a la disolución de pleno derecho la primera, la disolución por causas legales o estatutarias la segunda, la disolución por acuerdo de la Junta general la tercera y finalmente la publicidad de la liquidación y la reactivación de la sociedad disuelta.

En el ámbito de la empresa familiar, la crisis empresarial surge fundamentalmente por los conflictos internos derivados de la difícil gestión de las relaciones entre miembros de una misma familia, la crisis también surge por la falta de conocimientos en el campo de la gestión de las empresas donde, conociendo la rama de actividad específica de la empresa, no sucede lo mismo con los conocimientos necesarios para una adecuada gestión de la empresa, especialmente cuando éstas van creciendo; esa falta de conocimientos muchas veces supone errores en la financiación, un sobreendeudamiento, errores en la inversión de los recursos que se van generando, entre otros supuestos.

En este artículo se va a tratar la disolución de las sociedades, junto con las principales particularidades que presentan las empresas de carácter familiar, que en su mayoría surgen de la difícil gestión de las relaciones entre miembros de una misma familia. Donde sin duda cobran una especial relevancia los pactos estatutarios y el protocolo familiar. Teniendo en cuenta la pluralidad de empresas, cada una con sus propias particularidades y relaciones internas entre los socios y miembros de una misma familia, producen una gran heterogeneidad de especialidades y supuestos imposibles de individualizar; pues en su mayoría depende de las circunstancias de caso concreto.

II. LA DISOLUCIÓN

1. Causas de disolución

1.1. Concepto

La disolución, se entiende como aquel mecanismo societario, en virtud del cual, concurriendo cualquiera de las causas previstas en la ley o por acuerdo de la Junta general u órgano de gobierno, se produce el cese de la actividad empresarial

[1] BATALLER, Juan: «La disolución», en *La liquidación de las sociedades mercantiles*, ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (directores), diciembre 2016, ed. Tirant lo Blanch.

y la apertura del proceso de liquidación; no obstante, como ya se ha puesto de manifiesto, la disolución no siempre lleva aparejada la liquidación, son innumerables las empresas especialmente de ámbito familiar que, tras disolverse y cesar la actividad, no se ha concluido el proceso de disolución y nos encontramos ante sociedades donde se ha producido una disolución de hecho.

1.2. Causas

Las causas de disolución, siguiendo la ley de sociedades de capital, y sin perjuicio de otros tipos societarios que se suelen dar en pequeñas empresas de ámbito familiar, se dividen en tres grandes grupos: las que producen la disolución de pleno derecho, las de tipo legal o estatutario y finalmente por acuerdo de la Junta general.

Prescindimos en todo caso de las causas de nulidad; éstas, aunque conllevan en algunos casos un proceso liquidatorio, no suponen una disolución, pues la nulidad deriva del incumplimiento de algún presupuesto esencial para que la sociedad pueda constituirse válidamente. Sin embargo, no podemos obviar que durante el período en que la sociedad, aquejada de una causa de nulidad, ha existido y desarrollado las operaciones tendentes a la consecución del objeto social; siendo innegable que dichas actuaciones producen una serie de efectos jurídicos con terceros que nos llevan inevitablemente a la necesidad de aplicar supletoriamente las reglas de la liquidación, como resulta del artículo 56 y siguientes de LSC.

1.2.1. Disolución de la sociedad de pleno derecho

Las causas de disolución de pleno derecho se regulan en el artículo 360 de la LSC, se contemplan específicamente dos causas: a) el transcurso del término de duración fijado en los estatutos, salvo que se hubiese acordado con anterioridad una prórroga, y b) el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.

Estas causas de disolución no necesitan del correspondiente acuerdo de la Junta general, sino que la concurrencia de una de estas causas, salvo que pueda producirse la remoción de la causa, obliga a los administradores a iniciar la disolución de la sociedad.

A) Disolución por el transcurso del término de duración fijado

El cumplimiento del término no es una causa exclusiva de las sociedades de capital, sino que, además del artículo 360 LSC, esta causa es contemplada en el

artículo 221 del Código de Comercio, respecto de las sociedades colectivas y comanditarias, al igual que lo hace el artículo 1700.1.º del Código Civil para las sociedades civiles.

En la actualidad, la mayoría de las empresas optan por adoptar como forma social la de sociedad anónima o limitada, donde la fijación de un término de duración para la sociedad no parece ser requisito esencial, puesto que, como resulta de una interpretación conjunta de los artículos 125 de la Ley de Sociedades Capital y el artículo 179 del Reglamento del Registro Mercantil, no es un requisito de carácter constitutivo que deba constar en la escritura de constitución.

En el ámbito de la empresa familiar, esta causa sí adquiere relevancia, puesto que son númerosas las empresas, sobre todo en sus inicios, que optan por tipos sociales que hoy en día han perdido importancia, como son las sociedades colectivas y las sociedades civiles. Este tipo de sociedades, especialmente las civiles, se caracterizan por su simplicidad a la hora de constituirlas y desarrollo del objeto social, ello omitiendo sus inconvenientes, como la falta de limitación de responsabilidad de sus socios y, en general, una regulación escasa y necesitada de una revisión; lo que lleva a los empresarios familiares a adoptar estos tipos en sus inicios cuando la figura del empresario individual se torna insuficiente por ir adquiriendo su negocio un mayor volumen o fundamentalmente por ir dando entrada en la empresa a los hijos o familiares.

Por último, como resulta de la dicción de artículo 360 LSC, nada obsta para que los socios acuerden la prórroga de la sociedad y, por tanto, la continuidad de la misma, independientemente de que en el momento fundacional se hubiera fijado un término de duración para la sociedad.

B) La disolución por reducción del capital social por debajo del mínimo legal

Esta causa de disolución no encuentra reflejo en otros tipos sociales y se circunscribe a las sociedades de capital. Dentro de éstas, el artículo 360 LSC adopta, tanto para las sociedades anónimas como limitadas, la regulación que ya existía para las limitadas por ser, en palabras de Juan BATALLER, una regulación técnicamente más perfecta[2]. Esta novedad plantea una serie de cuestiones que deben ser consideradas.

Esta causa de disolución debe interpretarse junto con el artículo 363.e) de la LSC, hace que un sector mayoritario de la doctrina considere que la reducción del capital social por debajo del mínimo legal sea causa de disolución aun en los casos que se adopte el acuerdo de reducción y aumento del capital social simultáneos (artículo 343 a 345 LSC), el cual, según esta corriente doctrinal, era nulo

[2] BATALLER, Juan: op. citada.

y no inscribible. Ya que estos supuestos parecen comprenderse en la dicción del artículo 363.1.e) LSC.

Dentro de esta causa sucede que muchas veces la competencia para decidir la concurrencia de la causa de disolución o ponerle fin, no se halla en manos de la Junta general, sino de los órganos de administración. Aunque en la empresa familiar, especialmente es las de menor tamaño, el órgano de administración viene a estar integrado por los miembros de la familia, cobrando esta causa especial importancia en las empresas familiares de mayor tamaño, que llevan funcionando ya tiempo y han adquirido grandes dimensiones.

Otro supuesto donde cabe plantearse si concurre causa de disolución es en aquellos donde la propia ley obligue a reducir el capital por debajo de mínimo legal; inexcusablemente esto haría que concurriera una causa de disolución de pleno derecho y por, ende, la disolución de la sociedad. Entienden diversos autores que, cuando dicha disolución viene impuesta por la ley, no estamos ante una causa de disolución de pleno derecho, sino que debe enmarcarse dentro de las causas legales o estatutarias.

La ley añade un requisito temporal, al exigir que en el plazo de un año las sociededades se transformen, se disuelvan o aumenten su capital; imponiendo a los administradores, en caso contrario, una responsabilidad personal y solidaria por este hecho.

1.2.2. Disolución de la sociedad por causas legales o estatutarias

Saltándonos el artículo 361 LSC, que se refiere a la disolución de las sociedades en situación de insolvencia, es donde se produce la declaración del concurso; ya que las particularidades circunscritas al ámbito concursal son tratadas en otro artículo de este número. Junto con las causas que producen la disolución de la sociedad de pleno derecho, nos encontramos con aquellas causas, estipuladas por la ley o por los estatutos sociales. La principal diferencia con las anteriores está en que éstas requieren la constatación de la causa de disolución y, en consecuencia, requieren necesariamente la intervención de la Junta general o de los socios, según el tipo social ante el que nos hallemos.

Es el artículo 362 de la LSC, sin especificar estas causas, el que dispone que se disolverán las sociedades por las causas legal o estatutariamente previstas, pero éstas deben ser debidamente constatadas o por los socios o por la autoridad judicial.

Antes de entrar en el estudio pormenorizado de las diferentes causas hay que matizar la distinción entre unas y otras causas, la primera matización es clara y se halla en el origen de unas y otras; sin embargo, la principal diferencia no está en

el origen, sino su tipificación. Mientras las causas legales son determinadas por la ley, es decir, se trata de causas típicas, reguladas por ley; las causas estatutarias son establecidas por los socios en los estatutos, teniendo un carácter atípico al depender exclusivamente de la voluntad de los socios, debidamente reguladas en los estatutos, ya sea en el momento constitutivo o con posterioridad mediante la correspondiente modificación estatutaria.

A continuación pasamos al estudio de las causas legales y las estatutarias.

Dicho estudio parte del artículo 363 LSC, el cual, tras disponer «*La sociedad de capital deberá disolverse (…)*», enumera las siguientes causas:

a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social: en particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.

Dentro de los requisitos de constitución de toda sociedad de capital, el objeto social puede considerarse el más importante, puesto que todo el fenómeno societario surge sobre la base de la consecución del fin social. La capitalización adecuada de la sociedad, la determinación de los órganos que han de regir el funcionamiento de la sociedad y los estatutos que son, entre otros, los principales requisitos del contrato de sociedad o escritura de constitución, se hallan guiados todos por un fin y ese fin no es otro que la realización de la actividad o actividades que constituyan el objeto u objetos sociales. Como conclusión, puede decirse que esta causa de disolución introduce *per se* un deber genérico de realización de objeto social.

Existiendo otras causas de disolución, como la realización del objeto social, o la imposibilidad de realizar el fin social, de esta norma parece desprenderse que la voluntad del legislador al introducirla no es otra que garantizar el ejercicio de la actividad social de manera permanente y continuada, con la finalidad de realización del objeto social. La doctrina mayoritaria afirma que el fundamento de la norma reside en la «tutela del socio», al permitir a cualquier socio recuperar su aportación a la sociedad, al producirse el cese de la actividad social, causa por la cual el socio realizó una aportación determinada a la sociedad generalmente con la finalidad de obtener un lucro.

Destaca por otro lado la reducción del plazo de inactividad que introdujo la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que pasa a ser de un año, frente a los tres que contemplaba la legislación anterior; sin necesidad de que coincida con el ejercicio social, sino que basta con el transcurso de un año natural.

Otro motivo por el que se introdujo esta causa de disolución es para frenar un supuesto que se hizo muy común, especialmente en el ámbito de las empresas

familiares que nacieron y crecieron antes de la crisis originada por la burbuja inmobiliaria; dichas sociedades, tras no poder afrontar sus pagos o perder su rentabilidad, fueron objeto de diferentes ventas con fines diversos, como evitar sanciones por deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social o con la Administración Tributaria. De tal manera que proliferaron un gran número de sociedades que habiendo cesado actividad no se disolvían, se descapitalizaban y continuaban existiendo sin actividad y sin intención de reanudarla; en muchos casos con los cargos de los órganos de administración caducados, sin renovar y, por tanto, paralizados. Pero esto último ya nos lleva a la concurrencia de otra causa de disolución que analizaremos más adelante, la paralización de los órganos sociales. El supuesto más típico se halla ligado a las empresas que desarrollan su actividad en el sector inmobiliario, en concreto dedicadas a la construcción, donde, tras la caída del sector, se vieron en la necesidad de cesar la actividad; en muchos casos, especialmente en el ámbito rural, estas sociedades eran de ámbito familiar; constituidas en su mayoría por padres e hijos, los cuales optaron en muchos casos por la venta de sociedades descapitalizadas, con deudas; y totalmente paralizadas, dejando sin actividad a la sociedad; en vez de instar la disolución por la concurrencia de la causa de disolución, aquí objeto de estudio. En otros casos se produjo el cese de actividad sin realizar ninguna actuación más al respecto.

Cabría plantearse posibles soluciones, la más obvia sería, vistos los medios arbitrados por la ley para que cualquier socio o administrador inste la disolución, una vez que se observa la concurrencia de la causa de disolución. Sin embargo, esta solución, que puede parecer tan clara, quiebra en la empresa familiar, donde existe una buena relación entre los diferentes miembros de la familia y socios, lo cual puede conllevar que el procedimiento arbitrado por la ley se revele insuficiente, dejando a la sociedad sin actividad y sin instar la disolución.

Finalmente, es necesario reseñar que esta causa de disolución no opera por el mero hecho de la apariencia externa de inactividad de la sociedad, sino que es necesario un cese efectivo de la actividad de la sociedad.

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto

El objeto social es uno de los requisitos esenciales de cualquier tipo social; cualquier agrupación de personas para la realización de un fin necesita un objeto, pues ese objeto es el que constituye el fin de la sociedad, el fenómeno societario surge de esa mencionada agrupación de personas, que, junto con unos recursos y una estructura empresarial, se organizan para la consecución de ese fin u objeto social.

Es obvio que la realización del objeto social suponga la disolución de la sociedad. Ahora es difícil la concurrencia de esta causa de disolución, especialmente en las sociedades de capital, donde la tendencia, ya se trate de sociedades familiares o no, es la inclusión de un objeto social principal acompañados de otros

diferentes vinculados con el objeto principal y accesorios del mismo, que dejan abiertas nuevas posibilidades de negocio a estas sociedades y que acaban alcanzando protagonismo en todos aquellos casos en que las empresas de carácter familiar van creciendo y expanden su actividad social a nuevos campos de negocio vinculados con su actividad principal.

La realización del objeto social como causa de disolución concurre respecto de aquellos objetos que, aunque no tengan una fecha fija para su realización, es claro que su cumplimiento llegará antes o después, es decir, se trata, de actividades esencialmente transitorias. Esta indeterminación en el tiempo para la realización del objeto social es lo que diferencia a esta causa de la contemplada en el artículo 360 LSC, que regula como causa de disolución de pleno derecho el transcurso de plazo de duración establecido para la sociedad en su escritura o contrato fundacional.

En el ámbito de la empresa familiar, como con carácter general respecto de toda clase de sociedades, la tendencia es la de fijar una pluralidad de objetos sociales, lo que en la práctica se traduce en que sea casi imposible que concurra esta causa de disolución y, aun teniendo un objeto social concreto, éstos suelen ser objetos de realización indefinida.

Por último, no debe olvidarse que esta causa de disolución siempre puede ser salvada mediante acuerdo estatutario modificando el objeto social, pero en ese caso surgiría un derecho de separación a favor de los socios, conforme al artículo 346 LSC.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social

El objeto social, como se ha puesto de manifiesto, constituye un requisito esencial para la vigencia y existencia de cualquier fenómeno empresarial y especialmente en las sociedades de capital.

La imposibilidad de realizar el fin social poder ser originaria o sobrevenida, según esta imposibilidad exista desde el mismo momento fundacional o concurra con posterioridad en cualquier momento de vigencia de la sociedad.

Aquí la principal cuestión se halla en la interpretación del término fin social. La discusión doctrinal se centra si el término «fin social» debe interpretarse en un sentido amplio o restringido.

Por un lado, algunos autores, como MUÑOZ MARTÍN[3] defienden que debe interpretarse un sentido amplio, entendiendo comprendido en el precepto la impo-

[3] MUÑOZ MARTÍN, Noemí: «Pérdidas y disolución de la sociedad de Responsabilidad Limitada», en *Estudios de derecho mercantil: homenaje a Justino. F. Duque* (AA.VV.), Universidad de Valladolid, 1998.

sibilidad de realizar el objeto social. Por otro lado, hay autores, como URÍA, que consideran que por fin social debe entenderse la obtención de beneficios para la sociedad mediante la realización del objeto social. Concluyendo que la imposibilidad puede sobrevenir u originarse por la imposibilidad de obtener un beneficio para la sociedad o indirectamente por la imposibilidad de realizar el objeto social, que conlleva la imposibilidad de realizar el fin social; al ser la realización del objeto social un cauce necesario para la realización del fin social.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento

La paralización de los órganos sociales como causa de disolución, en opinión de autores como URÍA, MENÉNDEZ Y BELTRAN [4], debe ser definitiva e insuperable, alcanzando un grado tan alto que suponga una imposibilidad absoluta de realizar el fin social. Sin embargo, hay autores que afirman que basta con un conflicto interno de la sociedad que suponga una inmediata puesta en peligro de la economía de la sociedad. Siendo esta última la opción sostenida por una mayoría de la doctrina. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de junio de 2010, donde resuelve que no es necesaria la absoluta paralización de los órganos sociales, sino que basta con un conflicto interno de tal entidad que ponga en riesgo la economía y viabilidad de la empresa. Esta causa de disolución afirma el Alto Tribunal debe tener una rápida solución, de ahí que se arbitre la posibilidad de que los mismos administradores o los socios, mediante una solicitud debidamente documentada en el correspondiente libro de actas, pueda ordenarse la disolución de la sociedad ante la imposibilidad de remover la causa de disolución.

Quizá esta sea una de las causas de disolución que presenta una mayor incidencia en las denominadas empresas familiares; uno de los pilares que más difícil resulta gestionar en este tipo de empresas son las relaciones personales de los socios; la estructura de estas sociedades parte de una mayoría de socios que tienen entre sí vínculos de parentesco, a la vez que algunos de éstos o todos son los que componen el órgano de administración de la sociedad; por tanto, cualquier quiebra en las buenas relaciones en los socios puede conllevar sin remedio alguno la paralización de los órganos sociales.

Son múltiples los factores que deben tenerse en cuenta, y que pueden suponer una paralización de los órganos sociales. Entre ellos destaca fundamentalmente la forma adoptada para el órgano de administración; no es lo mismo un administrador único o varios solidarios que dos o más administradores mancomunados. A

[4] URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN: «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA/ MENÉNDEZ/ OLIVENCIA), tomo XIV, vol. 4.º, Madrid, 2 ed., 2007.

mayor número de administradores especialmente bajo el régimen de mancomunidad, más fácil puede producirse esta paralización de los órganos; sin embargo, esta afirmación no puede llevarnos a la solución de que la mejor forma de administración sea la de un administrador único, sino que cada sociedad, en función de sus circunstancias concretas, le convendrá una forma de administración u otra; todo ello sin olvidar que también la distribución del capital social entre los socios y la quiebra de las buenas relaciones también puede suponer una importante traba al adecuado funcionamiento de los órganos sociales, influyendo directamente en la toma de decisiones sobre asuntos que por su relevancia son competencia exclusiva de la Junta general.

En primer lugar, respecto de la paralización de la Junta general, que impida la renovación del órgano de administración, la aprobación de las cuentas, o cualesquiera otros hechos sobre los que la competencia es exclusiva de la Junta general y que supongan una paralización de la sociedad que imposibilite totalmente su funcionamiento, obliga a los administradores a promover la disolución de la sociedad, pudiendo incurrir en responsabilidad en caso contrario.

En segundo lugar también podemos encontrarnos con que la paralización provenga, no de las malas relaciones entre los socios, sino entre los administradores, que a la vez son socios; aquí va a ser determinante la composición del capital social, en el caso de que la Junta general pueda promover el cese de los administradores y el nombramiento de unos nuevos no plantea problemas; junto a este caso tenemos aquellos donde los mismos administradores sean aquellos socios que por su participación en capital social puedan llevar a una situación de bloqueo total de la sociedad, paralizando tanto la Junta general como el órgano de administración. Pudiendo un tercero con interés legítimo para este caso concreto solicitar judicialmente la disolución de la sociedad.

Ante esta problemática, ¿qué soluciones pueden arbitrarse?, ¿y cómo? La respuesta principalmente se halla en el protocolo familiar, donde pueden establecerse pactos encaminados a solucionar o mitigar la paralización de los órganos sociales. Con esta finalidad puede ser muy útil la concesión de opciones recíprocas de compra y venta de las participaciones sociales, para poner fin a la situación de bloqueo del órgano de administración o poder renovar el mismo; para ello es conveniente establecer un procedimiento objetivo de fijación del precio de las participaciones sociales o acciones de la sociedad en cuestión. Otra posibilidad es la celebración de una subasta a sobre cerrado adquiriendo las participaciones o acciones el socio que realice la mayor oferta. Finalmente, otra posibilidad es el pacto conocido como «a la andorrana», en virtud del cual el socio puede fijar el precio de las acciones o participaciones para que sea el otro socio quien opte por comprar y vender.

Otra posible solución pasa por pactos estatutarios que regulen la separación o exclusión de los socios o la obligación de venta de la participación, ello siempre

respetando los derechos de los socios y especialmente el principio de funcionamiento democrático de la sociedad.

Por último, cuando resulte inevitable la disolución de la sociedad, abriéndose la liquidación de la sociedad, pueden adoptarse tanto estatutariamente como en el protocolo familiar. Entre las reglas de liquidación más comunes que pueden pactarse encontramos aquellas que permiten el pago de la cuota de liquidación de la sociedad en especie. Este tipo de pactos cobran especial sentido en aquellas sociedades familiares estructuradas en un *holding*, permitiendo el pago a los socios familiares su cuota de liquidación en acciones o participaciones de otras sociedades plenamente operativas del *holding*. Siendo el resultado la rápida distribución del patrimonio empresarial entre las partes en conflicto.

Como alternativa a la opción expuesta está la escisión, en partícular, de la denominada «escisión asimétrica», en virtud de la cual los socios de la sociedad escindida no pasan a participar de todas las sociedades beneficiarias de la escisión, sino solo de algunas de ellas[5].

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Esta causa tiene su origen en el principio de integridad del patrimonio social, que obliga a que la cifra del capital social no quede reducida a la mitad del capital social. El capital social es una cifra fija, establecida en los estatutos de la sociedad que no varía, salvo que se lleve a cabo una reducción o aumento del capital social. Junto al capital social se encuentra directamente relacionado con éste el patrimonio social, éste, como consecuencia de la vida de la sociedad, puede verse aumentado o reducido, mediante la realización de las diferentes operaciones encaminadas a la consecución del objeto social. Con la finalidad de que la sociedad no quede descapitalizada, la ley de sociedades de capital obliga a mantener un equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad; y cuando este equilibrio se rompe y no se restablece aparece la causa de disolución objeto de exposición en este epígrafe.

Esta causa de disolución ya se contemplaba en el Código de comercio, al prever la disolución de la sociedad por la pérdida entera del capital social.

Lo primero que debemos plantearnos es qué debemos entender por patrimonio neto; dicho concepto nos lo da el artículo 36.1.c), del cual resulta que es la cifra

[5] CALBACHO LOSADA, Eduardo: *Guía Jurídica sobre la empresa familiar*, noviembre de 2016, Ed. Thomson Reuters Aranzadi.

que resulta de detraer al activo de la sociedad todo el pasivo de la sociedad; especificando este artículo que en todo caso, a efectos de disolución para determinar el patrimonio neto, deben tenerse en cuenta los criterios fijados para la elaboración de los balances de la sociedad que se hallen en fase de disolución y liquidación.

En segundo lugar, no puede pasarse por alto que el propio legislador prevé la posible remoción de la causa de disolución. Permitiendo que la Junta general pueda aumentar o reducir la cifra del capital social para restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio de la sociedad. El principal escollo se halla en que existen muchas sociedades de ámbito familiar que se constituyen con el mínimo legal e impiden una reducción del capital social, porque éste quedaría reducido por debajo del mínimo legal, incurriendo en otra causa de disolución y en muchos casos el aumento resulta inviable por no gozar la empresa en cuestión de una buena salud financiera.

En tercer y último lugar hay que analizar la remisión que el propio precepto realiza al concurso de acreedores. La realiza como una excepción a la regla general, no permitiendo la disolución y liquidación, obligando a la apertura del concurso de acreedores en todos aquellos casos donde las pérdidas cualificadas de la sociedad vayan acompañadas de una situación de insolvencia de la sociedad.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley

Las sociedades de capital tienen como uno de los principios configuradores del tipo el del capital mínimo. Son sociedades que se constituyen sobre la base del capital y no de la persona del socio. Como corolario al reconocimiento de este principio del tipo social es su reconocimiento, como causa de disolución, en todos aquellos casos en que la Junta general acuerde reducir el capital social por debajo del mínimo legal.

Por tanto, si esta reducción del capital social no va acompañada de un aumento de capital social simultáneo o una transformación en otro tipo social, en el que la sociedad sí cumpla los requisitos de constitución que se le exigen para el tipo en cuestión debe producirse la disolución de la sociedad. Por otro lado, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal no puede producirse por un mero acuerdo de reducción del capital social, ya que la propia ley de sociedades de capital prohíbe expresamente este tipo de reducción en los artículos 343 a 345 LSC, donde regula el aumento y reducción del capital social simultáneos. Lo que nos lleva a concluir que parece difícil que esta causa de disolución pueda concurrir fuera de aquellos casos en que la reducción de capital social no venga impuesta por disposición legal.

Finalmente, esta causa opera independientemente de la situación patrimonial de la sociedad, se tiene únicamente en cuenta el capital social como la cifra esta-

tutaria que figura en los estatutos que van incorporados en la escritura de constitución de la sociedad

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años

Esta causa de disolución no es más que un reflejo de la regulación de este tipo de acciones o participaciones; el artículo 98 de la ley de sociedades de capital ya limita este tipo de acciones o participaciones, sin que en ningún caso el valor nominal de éstas pueda superar la mitad de la cifra del capital social. El artículo 363. g) de la Ley de Sociedades de Capital solamente nos recuerda la existencia de este tipo de acciones o participaciones y la importancia de ponerles un límite cuya relevancia pone de manifiesto, puesto que el hecho de superarlo lleva consigo que la sociedad incurra en una causa de disolución.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos

La última causa de disolución del artículo 363 LSC no es otra que todas aquellas causas establecidas estatutariamente. Es decir, finalmente sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad y de que los estatutos son la ley fundamental de la sociedad, a modo de ley superior al ser el documento donde se define y perfila la forma de organización y funcionamiento de la sociedad. En consecuencia, si es el cauce adecuado para regular la forma que debe adoptar el órgano de administración, cualquier tipo de limitación a la transmisibilidad de las acciones o participaciones; entre otras cuestiones no puede ser menos para acordar otras causas de disolución, permitiendo el artículo 363 LSC que estatutariamente los socios puedan otras causas además de las establecidas legalmente.

Esta última causa constituye, desde el punto de vista de la empresa familiar, el medio adecuado para regular otras causas de disolución que se adapten a las particularidades de este tipo de sociedades, que tienen su origen en el vínculo de parentesco que existe entre sus socios, siempre dentro de los límites establecidos en la ley de sociedades de capital.

Este tipo de causas pueden tener su origen en el propio ámbito interno de la sociedad o en el externo. Dentro de la empresa familiar, las causas suelen tener un carácter interno, pudiendo ser causas tales como que la mayoría de los socios dejen de estar ligados por vínculo de parentesco, perdiendo el carácter de familiar, y en general una multitud de supuestos que traen su origen en la complicada gestión de las relaciones familiares en el ámbito del desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto social de la empresa.

El principal problema de la disolución por una causa prevista en los estatutos es determinar dónde se halla el límite de las mismas, siendo éste que no trasgredan los principios configuradores del tipo social adoptado.

Por último señalar que el protocolo familiar constituye también un cauce adecuado para prever los efectos; como señalan diferentes autores, los pactos fijados en el protocolo familiar pueden incluso impedir la disolución de la sociedad por mero acuerdo de los socios, o concurridas determinadas circunstancias relativas a una causa de disolución determinar el sentido del voto de los socios. También pueden pactarse las actuaciones a realizar ante las crisis de la empresa familiar, con la diferencia fundamental del alcance obligacional del protocolo familiar respecto de una causa prevista estatutariamente y recogida en el documento de constitución de la sociedad.

1.2.3. Disolución por acuerdo de la Junta general

La última causa de disolución a la que se hizo referencia en la introducción es el acuerdo de la Junta general, quien, como órgano de representación de la masa social, es al que corresponde la toma de decisiones fundamentales sobre la organización y funcionamiento, y por supuesto sobre la continuidad o disolución de la sociedad. El artículo 368 LSC permite dicho acuerdo, pero exigiendo la misma mayoría cualificada que se exige para cualquier modificación estatutaria. Dicha mayoría es la que resulta de los artículos 194 y 201 LSC, para las sociedades anónimas, o bien lo dispuesto en el artículo 198 LSC para las de responsabilidad limitada.

Esta causa de disolución puede adquirir especial relevancia en el ámbito de las sociedades familiares, donde el vínculo de parentesco existente entre los socios obliga a adoptar especiales cautelas, ante los posibles conflictos que puedan surgir entre los socios. La sucesión de la empresa es uno de los momentos donde pueden surgir dichos problemas, que pudiendo desembocar en el bloqueo de la sociedad, y por ende en la disolución de la sociedad; aconsejan en determinados casos exigir una mayoría cualificada superior a la establecida legalmente, fijada estatuariamente en los artículos 194 y 201 para las sociedades anónimas o del artículo 198 LSC para la ley de sociedades de responsabilidad limitada, siempre que no se llegue a exigir la unanimidad conforme a lo dispuesto en el artículo 200 LSC. En la sucesión de la empresa familiar, a medida que la sociedad va perdurando generación tras generación, al pasar de padres a hijos, después nietos y así sucesivamente; el aumento del número de socios de carácter familiar puede conllevar que la sociedad resulte difícilmente gobernable ante la falta de quórum de los socios familiares a la hora de la toma de decisiones relevantes de la sociedad. Ante esta tesitura, cobra especial relevancia tanto el protocolo familiar como los estatutos, donde los socios iniciales gozan de la posibilidad de fijar medidas que ayuden a superar estas crisis, en aras de evitar una posible disolución. Estos pactos, como siempre, dependerán en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Aun así, entre otros, puede acordarse que, llegado el caso, el voto de los socios deba hacerse en un determinado sentido;

que en el caso de que la disolución, por acuerdo de la Junta general, se deba a un deterioro de las relaciones entre los miembros de la familia; se prevea la posibilidad de una escisión de la sociedad para que cada uno continúe con la actividad independientemente de los otros, o que se fuerce la venta en unas condiciones, con unos criterios de valoración de las acciones o participaciones prestablecidos a favor de los socios que quieran continuar con la actividad de la sociedad.

En conclusión, a través del protocolo familiar, y siempre teniendo en cuenta el supuesto de hecho concreto, son innumerables los pactos que pueden establecerse, por medio del protocolo familiar, en aras de la continuidad de la empresa.

1.2.4. Causas de disolución en otros tipos sociales

A) Sociedad comanditaria por acciones

La relevancia de los socios colectivos en este tipo social, por la mayor responsabilidad que asumen éstos, en este tipo social lleva al legislador a añadir una causa de disolución específica de este tipo social en el artículo 363, número 2, de la LSC, como es la muerte, incapacidad o apertura de la fase de liquidación del socio o de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses se incorpore a la sociedad un nuevo socio colectivo, que asuma la responsabilidad propia de éstos, y restableciendo uno de los pilares de este tipo de sociedades de capital; ya que añaden un plus de seguridad a los acreedores al añadir un patrimonio más como garantía frente a terceros por las deudas de la sociedad. Dando también como alternativa lógica la transformación de la sociedad en otro tipo social.

B) Sociedad limitada de nueva empresa

Se trata de un tipo de sociedad de responsabilidad limitada, creada por la Ley 7/2003, con la finalidad de agilizar la constitución de una sociedad mediante la simplificación de los requisitos de constitución y los plazos para ello; y como sociedad limitada se contemplan en el artículo 453 que se remite a las causas de disolución de cualquier sociedad de capital, reguladas en el artículo 360 y siguiente de la ley de sociedades de capital; añadiendo una causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social por un período superior a seis meses. Exige este artículo la concurrencia de dos requisitos: por un lado, las pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social y el transcurso del plazo de seis meses desde la aparición de las pérdidas, siendo imprescindible que concurran ambos requisitos para que deba convocarse la Junta general para iniciar el proceso de disolución.

C) Causas de disolución en la sociedad civil

La pequeña empresa familiar, constituida adoptando el tipo de sociedad civil, hoy en día sigue teniendo una gran relevancia, porque pese a la falta de limitación de responsabilidad de sus socios, al tener un régimen jurídico que no es tan extenso como en las sociedades de capital, junto con su facilidad de constitución, supone un incentivo para que sigan en uso especialmente en los entornos rurales o pequeñas poblaciones. Esto hace necesario que nos detengamos brevemente en el estudio de las causas de disolución de las sociedades civiles.

El carácter personalísimo de las sociedades civiles, a pesar de la falta de limitación de la responsabilidad, lo convierte en un tipo social atractivo, porque se adapta al perfil de las pequeñas empresas familiares, donde es más importante la persona del socio que el capital de la sociedad. Las causas de disolución del artículo 1700 del Código civil son tres, de las cuales las dos primeras ya han sido objeto de estudio, el transcurso del término y la realización del objeto social; junto a ellas encontramos una tercera que resulta de esta naturaleza personal de las sociedades civiles, como es la muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de alguno de los socios.

Esta causa se circunscribe a la capacidad de los socios; cualquier pérdida de capacidad de los socios, junto con la muerte de alguno de ellos, suponen que la sociedad incurra en causa de disolución. El fundamento de esta causa encuentra su origen, entre otros motivos, en la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios. Esta responsabilidad, unida a la falta de existencia de un capital social mínimo, pues el código civil solo se refiere a la existencia de una caja social; tiene como consecuencia que la persona del socio cobre una relevancia fundamental que obliga al legislador a reconocer esa importancia y contemplar la muerte, incapacidad o declaración de prodigalidad de alguno de los socios como causa de disolución. Es este carácter personalísimo el que justifica esta causa, al mismo tiempo permite a estas pequeñas sociedades controlar quién entra en una sociedad en el caso de que alguno de los socios fallezca, pues pese a ser una causa de disolución es válido el pacto de continuar la sociedad con los que sobrevivan, impidiendo la entrada de los herederos del finado en los términos del artículo 1704 del Código civil. Extrapolada esta posibilidad al ámbito de empresa familiar, pensemos en una sociedad constituida solo por hermanos, donde uno fallece y deben heredar su participación los hijos del finado o la viuda. Muchas veces el éxito de estas pequeñas empresas familiares se basa en las buenas relaciones existentes entre los familiares miembros de la sociedad; la entrada de los herederos puede quebrar esa armonía; por lo que un pacto entre todos los socios y hermanos acordando la continuidad entre los que sobrevivan, abonando a los herederos del socio fallecido lo que corresponda, puede revelarse con un cauce más que adecuado para evitar la disolución y garantizar la continuidad de la empresa.

III. PROCEDIMIENTO

1. Introducción

La ley de sociedades de capital dedica la sección segunda a regular el procedimiento que ha de seguirse una vez que concurre la causa de disolución. Es la propia sociedad a quien corresponde decidir sobre la continuidad de la empresa. El órgano soberano de toda sociedad son sus socios reunidos en Junta general, que serán quienes, previa convocatoria de la Junta, los que deben decidir sobre el futuro de la sociedad. Aquí caben dos opciones: o disolver la sociedad o emplear los medios a su alcance para remover la causa de disolución.

Antes de exponer el procedimiento de disolución cabe hacer una serie de consideraciones. La primera es que la disolución, lógicamente, no opera de manera automática, de ahí la intervención de la Junta general.

La segunda es que la Junta general, una vez reunida, con las mayorías exigidas por el artículo 364 LSC, es quien debe constatar la concurrencia de las causas de disolución. Nos encontramos ante un doble filtro, que el legislador establece en interés de la seguridad jurídica. Por un lado, corresponde a los administradores advertir sobre la existencia de una posible causa de disolución y convocar la Junta general. Por otro lado, una vez que tiene lugar esta convocatoria, son los socios quienes definitivamente deben apreciar si existe o no tal causa. El principal obstáculo es la constatación de la causa, que en algunos casos puede resultar especialmente compleja; por este motivo es importante el sistema de doble control que acaba de exponerse.

Por último, debemos plantear: ¿cuál es la naturaleza del procedimiento de disolución? Se trata de un procedimiento declarativo o constitutivo.

Los defensores del carácter declarativo del procedimiento argumentan que la Junta general se limita a constatar la existencia de la causa de disolución. Mientras los defensores del carácter constitutivo sostienen que, si bien es necesario constatar la existencia de tal causa de disolución, se trata de un hecho que concurre independientemente de la voluntad social.

2. La convocatoria de la Junta general

Una vez los administradores advierten de la existencia de una causa legal o estatutaria de disolución, el artículo 365 LSC les obliga a convocar la Junta general en el plazo de dos meses, para que sea ésta quien adopte el acuerdo de disolución, porque se trata de una competencia propia de la Junta general sobre la base del artículo 160 LSC, salvo que la sociedad sea insolvente, en cuyo caso será necesario

que se inste el concurso de acreedores. No obstante, el legislador no se olvida del socio y permite que cualquiera de ellos pueda convocar la Junta general si a su juicio concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.

Nos encontramos ante dos posibles formas de convocatoria: la ordinaria a instancia de los administradores y una segunda excepcional, para tutelar los intereses de los socios, a instancia de cualquiera de éstos.

La convocatoria por alguno de los socios plantea la duda de si es necesario que un porcentaje mínimo del capital social la solicite. A la luz del precepto puede afirmarse que no se exige mínimo alguno, pudiendo ser convocado por cualquiera de los socios sin más restricción que la de que exista un motivo fundado para sostener la existencia de la causa de disolución; pues en aras del funcionamiento de la sociedad y el adecuado desarrollo del objeto social, no cabe la admisión indiscriminada de solicitudes de convocatoria por cualquiera de los socios. Tratándose sin duda alguna de una forma extraordinaria de convocatoria de la Junta para decidir sobre la disolución de la sociedad.

¿Cómo debe computarse el plazo de dos meses establecido en el artículo 365?

Dicho plazo requiere que el momento en el que concurre la causa ésta haya sida constatada con precisión, porque desde ese momento debe computarse el plazo de dos meses para la convocatoria de la Junta general. En todo caso, este plazo no supone ni obliga a que la Junta se celebre dentro de esos dos meses, sino a que haya sido convocada pudiendo celebrarse con posterioridad.

Por último, el número 2 del artículo 365 LSC plantea dos cuestiones. La primera es si necesario que la causa de disolución conste expresamente en el orden del día; tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que basta con una referencia genérica a la disolución sin aludir a la causa concreta. La segunda es si para remover la causa de disolución es necesario que conste en el orden del día. Aquí el tenor literal del mencionado precepto nos permite no albergar duda alguna de que es necesario que la remoción y los posibles cauces para ello consten de manera expresa en el orden del día.

3. Junta general. Acuerdo de disolución

Constituida la Junta general, debidamente convocada al efecto, serán los socios quienes deben decidir sobre la disolución o continuidad de la empresa.

El artículo 364 LSC se remite a las mayorías ordinarias establecidas en los artículos 194 para las sociedades de responsabilidad limitada y los artículos 193 y 201 LSC para las sociedades anónimas. A diferencia de la disolución por mero

acuerdo de la Junta general, donde se exige una mayoría cualificada, como la establecida para la modificación estatutaria.

Nada obsta para que la sociedad pueda fijar en los estatutos una mayoría superior a la ordinaria, siempre que no quiebre el principio de funcionamiento democrático de la sociedad, y sin olvidar que en todo procedimiento disolutorio, por causas legales o estatutarias, la existencia de la causa debe haber sido claramente constatada y que la sociedad no albergue duda alguna de la existencia de dicha causa que obliga inexcusablemente a poner en marcha el procedimiento de disolución que, salvo remoción de la causa de disolución, supone la apertura de la fase liquidatoria. De otro modo, si se probare que la causa en realidad nunca existió, supone la nulidad del acuerdo de disolución.

4. La disolución judicial

Junto con el procedimiento ordinario de disolución a través del acuerdo de la Junta general, la LSC, en su artículo 366, prevé la posibilidad de que la disolución se acuerde judicialmente.

a) Supuestos en los que cabe solicitar la disolución judicial

Son tres los casos en que procede que están íntimamente relacionados; éstos son: que la Junta no se convoque, que aun habiendo sido convocada nunca llegue a celebrarse y, en último lugar, la falta de adopción por la Junta general del acuerdo de disolución cuando éste debió ser aprobado por existir la causa de disolución y no haber sido prevenida.

b) Competencia

Es competente el Juzgado de lo mercantil del domicilio social. Por domicilio social debe aplicarse los criterios fijados en los artículos 9 y 10 LSC.

c) Legitimación

1. Activa

La disolución judicial puede ser instada por los administradores o los socios o cualquier persona con interés legítimo.

En el primer supuesto, los administradores son obligados por el artículo 365.2 LSC. Tienen el deber de convocar la Junta general para acordar la disolución, gozan del mismo plazo de dos meses para solicitarla, que debe computarse desde

la fecha en la que debió celebrarse la Junta general, o desde el día que, habiéndose celebrado la Junta general, ésta no acordara la disolución cuando inexcusablemente estuvieran obligados a ello.

En conclusión, se impone a los administradores un segundo deber cuando la disolución sea obligatoria, bajo la pena de incurrir en una causa de responsabilidad, de las contempladas en el artículo 367, por falta de cumplimiento de las obligaciones que en este ámbito les impone el legislador.

En segundo lugar, la ley se refiere a cualquier interesado. El término «interesado» no solo debe circunscribirse al socio, el cual, por supuesto, tiene tal consideración; sino también a cualquiera que demuestre tener un interés legítimo en que se produzca la apertura del proceso liquidatorio. ¿Qué debe entenderse por interés legítimo? El interés legítimo sin duda concurre en cualquier socio, en cuanto es dueño de una mayor o menor parte del capital social que compone la sociedad, pero junto a los socios existen otras personas, como los acreedores, que si la sociedad, incurriendo en una causa de disolución, no la acordarse podría ver perjudicados sus intereses, y especialmente en los administradores, que habiendo actuado diligentemente quieren salvar su responsabilidad mediante el ejercicio de acción individual de responsabilidad.

2. Pasiva

No cabe duda alguna de que la legitimación pasiva de este procedimiento recae en la sociedad, pues así resulta tanto del artículo 366 *in fine* de la LSC como de la propia jurisprudencia.

d) El procedimiento de disolución judicial conforme a los artículos 125 a 128 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria

Antes de continuar hay que detenerse brevemente en el procedimiento de solicitud de disolución judicial introducido por la Ley de Jurisdicción Voluntaria en sus artículos 125 a 128. Estos artículos arbitran un procedimiento para instar la disolución judicial. Al igual que el artículo 366 reconoce legitimados activamente a los socios administradores y cualquier otro interesado, declarando como órgano competente al Juzgado de lo mercantil del domicilio de la sociedad. Pero añade la necesaria intervención de abogado y procurador.

La principal novedad de esta regulación es introducir un procedimiento de disolución judicial, más ágil, para todos aquellos supuestos en los que concurriendo causa de disolución no existe contraposición de intereses entre todos los interesados y por no existir necesidad de abrir un proceso contencioso.

5. La responsabilidad de los administradores

El artículo 367 LSC impone la responsabilidad solidaria de los administradores por la obligaciones sociales nacidas desde el acaecimiento de la causa legal de disolución, en aquellos casos en los que éstos incumplan la obligación de convocar la Junta general en el plazo de dos meses, o en el caso de que no soliciten en el mismo plazo la disolución o el concurso de acreedores desde la fecha en que debió celebrarse la Junta general, o que habiéndose celebrado no se hubiera acordado la disolución de la sociedad existiendo una causa de disolución.

Entre los requisitos exigidos por el artículo 367 LSC cabe destacar que es necesario que surja una obligación social, por lo que junto con el deber de convocar en necesario que nazca una obligación social ya sea contractual o extracontractual.

El número segundo del artículo 367 introduce una presunción a favor de los acreedores, presumiendo que todas las obligaciones sociales nacen desde el acaecimiento de la causa de disolución, salvo que acrediten que la obligación nació con anterioridad. Igualmente debemos entender que, en el caso de que estas obligaciones surjan una vez producido el cese de los administradores, éstos tampoco incurrirían en responsabilidad.

Finalmente debe señalarse el carácter ilimitado y solidario de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad ilimitada no es más que una consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil. Respecto de la solidaridad, permite a los administradores reclamar a los restantes las cantidades satisfechas, como por otro lado abre la puerta a que cualquiera de los administradores ejercite una acción individual de responsabilidad para salvar su responsabilidad si puede demostrar que en la responsabilidad en que ha incurrido el órgano de administración no ha ocurrido debido a su negligencia y él ha empleado los medios a su alcance para evitarlo. Sin perjuicio de que, si la sociedad es solvente, puedan repetir las cantidades satisfechas contra la sociedad.

6. Publicidad de la disolución

Una vez acordada la disolución manda el artículo 369 LSC que la misma se inscriba en el Registro mercantil y que al mismo tiempo el registrador mercantil remita de oficio telemáticamente y de forma gratuita, sin coste alguno, la inscripción de la disolución al «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

7. Reactivación de la sociedad disuelta

Por último, en materia de disolución, la ley prevé la posibilidad en el artículo 370 LSC de que la sociedad, una vez acordada la disolución, la sociedad se

reactive. No obstante, impone una serie de requisitos para que la Junta general pueda acordar la reactivación, los cuales son: a) la remoción de la causa de disolución; b) que el patrimonio social no sea inferior al capital social, y c) no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación.

En cuanto al primer requisito plantea la cuestión de qué sucede si la disolución ha sido declarada judicialmente; algunos autores, como MUÑOZ MARTIN[6]; consideran que en este caso será además necesaria una declaración judicial en el sentido contrario a la inicialmente emitida; esto es, reconociendo la remoción de la causa de disolución. Existen otros autores contrarios a esta tesis, quienes consideran que el «pronunciamiento judicial procede sólo en los casos de inacción de la Junta general o en la impugnación exitosa del acuerdo contrario a la disolución cuya causa acontece ya en la realidad del tráfico. Desde este punto de vista, parece —entonces— indudable que la autoridad judicial simplemente emite una declaración que sustituye a la omisión de la Junta o a su manifiesto error —u obstinación— al negar la realidad del supuesto de hecho disolutorio, por lo que no produce ni puede producir un efecto mayor a aquél que tiene el acuerdo de disolución que viene a suplir; esto es, la apertura del proceso de liquidación (art. 371.1 LSC)». Entendiendo, en consecuencia, que bastaría con el acuerdo de la Junta general acordando la reactivación de la sociedad.

El segundo de los requisitos está claramente en consonancia con el principio de capitalización adecuada de la sociedad, y la necesaria concordancia entre el capital y el patrimonio de la sociedad, pues de otra manera la sociedad se encontraría descapitalizada, haciendo difícil que ésta pueda continuar con el adecuado desarrollo del objeto social.

Por último, establece un plazo, el cual fija en que no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación. Este requisito plantea el problema de fijar con certeza cuál es el momento en que no cabe dar marcha atrás y reactivar la sociedad. Según la mayoría de la doctrina, este momento se refiere al momento de aprobación del balance final de liquidación, prescindiendo por tanto de una interpretación literal del precepto.

Analizados los requisitos, veamos una serie de cuestiones:

— Quórum y mayoría de la Junta general para acordar la reactivación: El número segundo del artículo 370 LSC exige los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos. Exigiendo, en consecuencia, un quórum y mayoría reforzadas para que se produzca la reactivación de la sociedad.

---

[6] MUÑOZ MARTÍN, Noemí: *La disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Valladolid, 1991, ed. Lex Nova.

— Derecho de separación de los socios que estén en contra de la reactivación de la sociedad, derecho establecido para la tutela de los socios, aplicando la regulación del artículo 346 a 349 LSC.

— Por último, la ley tutela los intereses de los acreedores, reconociendo su derecho de oposición en los mismos términos establecidos para el caso de reducción del capital.

V. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

1. Introducción

Una vez acordada la disolución y cumpliendo los requisitos de publicidad del artículo 369 LSC, se produce la apertura de la fase de liquidación. Como señala la mayoría de los autores, la liquidación no altera sustancialmente los rasgos característicos de las sociedades de capital, pues, como dispone el artículo 371 LSC, la sociedad en liquidación no pierde su personalidad jurídica, aunque no puede pasarse por alto que su régimen jurídico se vea matizado en cierta medida. Surgen por tanto una serie de particularidades cuya determinación no ha sido pacífica[7]. En este sentido, en primer término, surgen cambios propios de la apertura de la liquidación. Algunos de aspectos meramente formales, como la inserción en la denominación de la coletilla en liquidación. Así como a aspectos fácticos del funcionamiento diario de la sociedad, tales la sustitución de los administradores por los liquidadores; quienes asumen competencias tales como la convocatoria de la Junta general.

Especialmente se produce una progresiva extinción de las relaciones jurídicas establecidas por la sociedad con terceros y el reparto del patrimonio resultante entre los socios para conseguir así la extinción de la sociedad; produciéndose en consecuencia un cambio en el fin social que se aleja de la realización del objeto social, convirtiéndose en el fin primordial de la sociedad llevar a cabo las operaciones necesarias para la realización del patrimonio social y el reparto de la cuota de liquidación entre sus socios.

2. Los liquidadores

a) Nombramiento de los liquidadores.

Con la apertura de la liquidación se produce el cese de los administradores, a los cuales se sustituye por los liquidadores. Como consecuencia de ello cesa el

[7] Morgado Panadero, Purificación y Chamorro y Zarza, José Antonio: *Practicum Empresa Familiar*, 2016, ed. Thomson Reuters.

poder de representación de los administradores, quedando siempre obligados a prestar su colaboración en todo lo que fuera necesario, como se desprende del artículo 374 LSC.

El nombramiento de los liquidadores corresponde a la Junta general, que a falta de disposición estatutaria en contrario, o a la adopción de otro acuerdo por la Junta general, el artículo 376 determina que los administradores se conviertan en liquidadores; salvo que la apertura de la liquidación se produzca por la apertura del concurso de acreedores.

Este precepto abre la posibilidad a que por la vía del protocolo familiar o de una previsión estatutaria, la sociedad familiar pueda regular la posible liquidación de la sociedad. En este sentido cabría la posibilidad, de que, a través del protocolo familiar, se vele por la defensa de los intereses de todos los miembros de la familia, cuidando que, en los liquidadores nombrados, estén representados todos y cada uno de los intereses de las diferentes ramas de la familia, partícipes en el capital social. En consecuencia, esta posibilidad cobra importancia en aquellas sociedades, compuestas por varias generaciones de la familia, donde concurren en la representación y gobierno tíos, sobrinos y por tanto primos. Esto puede conllevar la existencia de diferentes intereses contrapuestos, que es necesario que deban ser tutelados tanto en el funcionamiento ordinario de la sociedad como en el momento de la liquidación

Finalmente señalar que el nombramiento de los liquidadores debe producirse simultáneamente a la adopción del acuerdo de disolución, pues éstos, como resulta del artículo 375 LSC, asumen las competencias de los administradores, aplicándose supletoriamente las reglas establecidas por la ley para éstos.

b) Cobertura de vacantes

El artículo 377 LSC fija el régimen que debe regir la cobertura de cualquier vacante que se produzca durante la disolución de la sociedad. Del cual podemos destacar que, en el caso de que no existan liquidadores sustitutos o cese el liquidador único, la totalidad de los liquidadores, o la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, cualquiera con intereses legítimos, puede solicitar del secretario judicial o registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de Junta general para el nombramiento de los liquidadores. Además, cualquiera de los liquidadores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la Junta general con ese único objeto. Correspondiendo a la Junta general el nombramiento del nuevo o de los nuevos liquidadores.

Cuando la Junta no nombre liquidador sustituto, cualquier interesado podrá solicitar su designación al secretario judicial o registrador mercantil del domicilio social.

c) Duración del cargo

El cargo de liquidador tiene carácter indefinido según dispone el artículo 378 LSC. Esta previsión supone que el cargo del liquidador durará hasta que se concluya la liquidación de la sociedad; salvo que en los estatutos se fije un plazo de duración del cargo. Este carácter indefinido, en opinión de algunos autores, tiene que ser matizado, pues el artículo 389 LSC fija un plazo de tres años para llevar a cabo las operaciones liquidatorias y concluido este plazo y sin existir causa que justifique esta dilación cualquiera puede solicitar al registrador mercantil o al secretario judicial el cese de los liquidadores para el nombramiento de nuevos. En este sentido también se pronuncia la RDGRN de 13 de abril de 2016.[8]

d) Poder de representación

El artículo 379 LSC confiere a cada liquidador el poder de representación individualmente, salvo disposición contraria de los estatutos, extendiéndose la representación a todas aquellas operaciones necesarias para llevar a buen término la liquidación de la sociedad

d) Separación de los liquidadores

El artículo 380 LSC regula la separación de los liquidadores según han sido nombrados por la Junta general, la cual deberá acordar la separación, aun cuando tal separación no conste en el orden del día. De igual modo sucede si los liquidadores hubieran sido designados en los estatutos sociales siempre con los requisitos establecido para la modificación estatuaria.

Los designados por el letrado de la administración de Justicia o por registrador mercantil sólo podrá ser decidida por aquél que los hubiera nombrado, a solicitud fundada de quien acredite interés legítimo.

3. Las operaciones de liquidación

Las operaciones liquidatorias se inician con la formación por los liquidadores de un inventario y un balance de la sociedad, formulados ambos a la fecha en que se hubiera adoptado el acuerdo de disolución. Estas operaciones se regulan en los artículos 384 a 390 de la LSC. Del articulado pueden señalarse las siguientes cuestiones:

---

[8] MACHADO PLAZAS, José: *La liquidación de las sociedades mercantiles* (AA.VV), ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (directores), ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición, diciembre de 2016.

— En primer lugar, corresponde a los liquidadores concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad; percibir los créditos sociales y pagar las deudas sociales.

— En segundo lugar, estos deben llevar la contabilidad de la sociedad con todas las obligaciones derivadas de la llevanza de esta contabilidad.

— En tercer lugar corresponde a los liquidadores la realización del patrimonio social, mediante la enajenación de los bienes, que integran el patrimonio de la sociedad, esto sin perjuicio de que ya sea a través de pactos parasociales como estatutarios, se haya establecido que el pago de la cuota de liquidación de algunos socios se realice mediante la devolución de determinados bienes que en su momento hubieren sido aportados por estos socios a la sociedad.

— En cuarto lugar, se impone a los liquidadores el deber de informar a los socios periódicamente sobre el estado de la liquidación y, si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio estarán obligados a presentar a la Junta general las cuentas anuales de la sociedad y un informe sobre el estado de la liquidación.

— Por último, éstos estarán obligados a presentar un balance final de liquidación, que deberá someterse a la aprobación de la Junta general, a éste le deberá acompañar un informe completo de las operaciones practicadas y un proyecto de división entre los socios para el pago de sus respectivas cuotas de liquidación

4. La división del patrimonio social

Para concluir la exposición, hay que detenerse en la división del patrimonio social, es decir, en la satisfacción de la cuota de liquidación que corresponde a cada socio en la liquidación.

El artículo 391 LSC parece abrir la puerta a la autonomía de la voluntad al remitirse a las posibles previsiones estatutarias establecidas en los estatutos. De nuevo no podemos ignorar aquí la posibilidad de que, a través del protocolo familiar, los miembros de la empresa familiar puedan acordar cualquier regla relativa a la cuota de liquidación a satisfacer a cada socio. Aquí las posibilidades son infinitas, desde establecer el pago en especie, respecto de bienes inmuebles aportados por algún miembro de la familia o fijar una forma específica de determinación de las cuotas. Las posibilidades son tan amplias, que según las circunstancias concretas de cada empresa podrían concretarse en reglas específicas, consecuen-

cia de los vínculos de parentesco y relaciones existentes entre los miembros de la sociedad familiar.

La posibilidad existe porque, si bien el artículo 392 LSC fija como criterio general que la cuota de liquidación de cada socio sea proporcional a su participación en el capital social, deja abierta la puerta a que estatutariamente no se establezca otra cosa; siempre que no se quiebre el principio de funcionamiento democrático de la sociedad, fijando estas reglas la mayoría de los socios en perjuicio de la minoría.

El artículo 393 LSC reconoce el derecho de todos los socios a recibir en dinero su cuota de liquidación, salvo acuerdo unánime de todos los socios. Esta excepción ha sido criticada por la doctrina, la cual considera que debería bastar con la falta de oposición de los socios que no reciban su cuota en dinero.

¿Es eficaz el pacto parasocial que obligue a uno o varios socios a recibir su cuota de liquidación en bienes? A la luz del precepto solo el acuerdo unánime de los socios puede obligar a recibir a un socio su cuota en bienes y no en dinero. Ahora, trayendo de nuevo a colación el protocolo familiar, el cual, con su adecuada publicidad, tiene un carácter obligatorio entre sus socios, podría suponer que estos acuerden en el protocolo la renuncia del derecho a reclamar su cuota de liquidación en dinero

V. LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD

Acordada la disolución y llevada a cabo la liquidación, solo llevar a cabo el trámite final de extinción de la sociedad mediante el otorgamiento de la escritura de extinción de la sociedad a la que se refiere el artículo 365 LSC; esta escritura debe otorgarse por los liquidadores.

En el contenido de esta escritura deberá figurar necesariamente que ha transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo de aprobación del balance final sin que se hayan formulado impugnaciones o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las hubiera resuelto; que los acreedores han sido debidamente satisfechos y que los socios han recibido su cuota de liquidación.

Se acompañará a la escritura de disolución el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno.

Por último, el otorgamiento de la escritura produce la cancelación de los asientos registrales, depositando los liquidadores en el registro mercantil los libros y documentos de la sociedad extinguida.

Siendo los liquidadores responsables de cualquier perjuicio por dolo, por su culpa o negligencia se hubiera causado a los socios o acreedores de la sociedad en el desempeño de su cargo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CALBACHO LOSADA, Fernando: *Guía Jurídica sobre la empresa familiar*, noviembre de 2016, ed. Thomson Reuters Aranzadi.

GARRIDO MELERO, Martín y FURGADO ESTEVILL, Josep María: *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, noviembre de 2010, ed. Bosch.

MUÑOZ MARTÍN, Noemí:

— *La disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Valladolid, 1991, ed. Lex Nova.

— «Pérdidas y disolución de la sociedad de Responsabilidad Limitada», en *Estudios de derecho mercantil: homenaje a Justino. F. Duque* (AA.VV.), Universidad de Valladolid, 1998.

MORGADO PANADERO, Purificación y CHAMORRO Y ZARZA, José Antonio: *Practicum Empresa Familiar*, 2016, ed. Thomson Reuters.

ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (directores): *La liquidación de las sociedades mercantiles*, ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición, diciembre de 2016.

SERRANO CAÑAS, José Manuel: *El cambio generacional en empresas familiares*, 2013, ed. Marcial Pons.

(Trabajo recibido el 1/12/2017
y aceptado para su publicación el 15/12/2017)

FISCALIDAD

CAPÍTULO XVIII: FISCALIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUCESIÓN

JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ
Notario y miembro de la sección de empresa familiar de la AEDAF

RESUMEN

El presente aborda los aspectos más interesantes de la fiscalidad de la empresa familiar, tanto desde el punto de vista del Impuesto de Patrimonio y del Impuesto de la Renta de la Personas Físicas como del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, partiendo el propio concepto de empresa familiar.

Palabras clave: fiscalidad, empresa familiar, exención, bonificación, Impuesto de Sucesiones, Impuesto de Donaciones, Impuesto de Patrimonio.

CHAPTER XVIII: TAXATION OF FAMILY-OWNED BUSINESSES. SPECIAL REFERENCE TO SUCCESSION

JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ
Notary Public and member of the family-owned business section of the AEDAF

ABSTRACT

The present paper deals with the most interesting aspects of the taxation of family-owned businesses, from the perspective of both Wealth Tax and Personal Income Tax as well as Estate Duty and Tax on Donations, starting from the concept of family-owned businesses.

Keywords: taxation, family-owned business, exemptions, tax bonuses, Estate Duty, Taxes on Donations, Wealth Tax.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. 1.—Ausencia de un concepto legal de empresa familiar. 2.—Los beneficios fiscales de la empresa familiar. II.—LA EXENCIÓN EN EL IMPUESTO DE PATRIMONIO. 1.—Planteamiento y normativa. 2.—La exención de empresa individual y negocio profesional. 2.1.—Concepto de empresa individual y negocio profesional: desarrollo de una actividad económica de acuerdo a la normativa del

IRPF. 2.2.—Ejercicio de la actividad habitual, personal y directa y constituya su principal fuente. 2.3.—Magnitud a la que se refiere la exención. 3.—La exención de participaciones en entidades. 3.1.—Entidades respecto de las que se puede aplicar la exención. 3.2.—Participación en la entidad. Cómputo individual o conjunto. Concepto de «grupo familiar». 3.3.—Ejercicio de funciones de dirección. Su aplicación de forma individual o referida al «grupo familiar». 3.4.—Que la retribución que se perciba como consecuencia del ejercicio de funciones de dirección representa más del 50% de la totalidad de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas. 3.5.—Importe sobre el que se aplica la exención. III.—LAS REDUCCIONES DE EMPRESA INDIVIDUAL, NEGOCIO PROFESIONAL Y PARTICIPACIONES EN ENTIDADES EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES. 1.—Planteamiento y normativa. Conexión con el Impuesto de Patrimonio. 2.—Aspectos jurisprudenciales relevantes para la aplicación de las reducciones. 3.—Reducción de empresa individual y negocio profesional en sucesiones. 3.1.—Esquema de la reducción. 3.2.—Requisitos en el causante: ejercicio de la actividad y principal fuente de renta. 3.3.—Parentesco con el causante: sucesores que pueden disfrutar de la reducción. 3.4.—Mantenimiento de la adquisición. Consecuencias del incumplimiento. 3.5.—Importe de la reducción y reglas de aplicación de la misma. 4.—Especialidades de la reducción de empresa individual y negocio profesional en donaciones. 4.1.—Cuadro resumen de la reducción. 4.2.—Especialidades en cuanto a la empresa y donante. 4.3.—Requisitos en el adquirente-donatario: parentesco, mantenimiento de la adquisición y exención en el Impuesto de Patrimonio durante el período de permanencia. 5.—Reducción por participaciones en entidades en sucesiones. 5.1.—Cuadro resumen de la reducción. 5.2.—Participación en la entidad. Cómputo individual o conjunto. Concepto de «grupo familiar». 5.3.—Ejercicio de funciones de dirección y percepción de retribución por dicho ejercicio que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas. Su aplicación de forma individual o referida al «grupo familiar». 5.4.—Parentesco con el causante: sucesores que pueden disfrutar de la reducción. 5.5.—Mantenimiento de la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante. Consecuencias de su incumplimiento. 5.6.—Importe de la reducción y reglas de aplicación de la misma. 6.—Especialidades de la reducción de participación en entidades en donaciones. 6.1.—Cuadro resumen de la reducción. 6.2.—Especialidades en entidad y donante. 6.3.—Requisitos en el donatario: parentesco, mantenimiento de la adquisición y exención en el Impuesto de Patrimonio durante el período de permanencia. IV.—RÉGIMEN EN EL IRPF. 1.—No sujeción de la plusvalía del muerto en las transmisiones por causa de muerte. 2.—No sujeción de la ganancia patrimonial en transmisiones *inter vivos* de las donaciones que cumplan los requisitos del art. 20.6 de la Ley del ISD. 2.1.—No sujeción de las donaciones que cumplan los requisitos del art. 20.6 de la Ley del ISD. 2.2.—Especial referencia a las atribuciones de presente como consecuencia de pactos sucesorios en derechos forales.

I. INTRODUCCIÓN

1. Ausencia de un concepto legal de empresa familiar

La empresa familiar como tal carece de un concepto legal en nuestro ordenamiento jurídico. Y, sin embargo, de manera indirecta encontramos una referencia indirecta a la misma en el ámbito fiscal, en concreto en la Ley del Impuesto de Patrimonio, al establecer el concepto para el cómputo de la participación en entidades de grupo o circular de parentesco.

Pues bien, aunque no exista legalmente como tal empresa familiar, estamos ante una realidad socioeconómica evidente. El binomio empresa-familia integra, sin embargo, dos componentes esenciales para el sistema jurídico-constitucional, ambos dignos de protección: la empresa como núcleo de la economía social de mercado (art. 38 de la Constitución) y la familia como célula social (art. 39 de la Constitución).

La empresa familiar añade al cometido propio de toda empresa, que es desenvolverse en el mercado (ya de por sí complejo), una vocación adicional de permanencia intergeneracional. Es por ello que ya desde hace unos años el legislador ha ido pergeñando, de manera asistemática y puntual, un régimen tributario especial de manera que la fiscalidad no constituya un obstáculo a la titularidad y sucesión de la empresa familiar.

Dicho régimen se proyecta en tres impuestos fundamentales, relativos todos ellos a las personas físicas: el Impuesto de Patrimonio (IP), el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD) y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Todo ello, además, sin perjuicio de que puedan acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VII, del título VII de la Ley del Impuesto de Sociedades, donde —por cierto— una reciente consulta de la DGT de 4/7/2017 (V1730-17) consi-

dere motivo económico válido que justifica la operación de reestructuración empresarial el mantenimiento y aseguramiento de la sucesión de la empresa familiar.

2. Los beneficios fiscales de la empresa familiar

Los beneficios fiscales de empresa familiar se sustentan en tres pilares básicos: la exención en el Impuesto de Patrimonio, las reducciones en el ISD y la no sujeción en el IRPF. Sin ellos muchas empresas no hubieran sobrevivido a avatares tan dispares como la depresión económica, la globalización y el relevo generacional:

1. IMPUESTO DE PATRIMONIO: exención empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades. art. 4.8.LIP, RD 1704/1999.

2. IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES:

   — Reducciones estatales troncales en transmisiones por causa de muerte y entre vivos, art. 20 LISD y Resolución 2/1999 DGT.

   — Reducciones CCAA de mejora de las estatales o propias: normativa CCAA.

3. IRPF:

   — No sujeción «plusvalía del muerto» [art. 33.3. b) LIRPF].

   — No sujeción transmisiones lucrativas entre vivos [art. 33.3.c) LIRPF].

II. LA EXENCIÓN EN EL IMPUESTO DE PATRIMONIO

1. Planteamiento y normativa

En el Impuesto de Patrimonio se establece una exención de manera que los bienes y derechos que participan de la misma, si bien deben ser objeto de declaración, no se computan a efectos de determinar los activos del patrimonio sujeto a tributación.

Su regulación normativa está contenida en el art. 4.8.1 de la Ley 19/1991, del Impuesto de Patrimonio y en el RD 1704/1999, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio.

En realidad se trata de una doble exención:

— De empresa individual y negocio profesional.

— De participaciones en entidades.

2. La exención de empresa individual y negocio profesional

2.1. Concepto de empresa individual y negocio profesional: desarrollo de una actividad económica de acuerdo a la normativa del IRPF.

De acuerdo al RD 1704/1999 los conceptos de empresa individual y negocio profesional deben delimitarse conforme a la normativa del IRPF. La normativa del IRPF unifica los rendimientos de actividades empresariales y profesionales bajo una única rúbrica de rendimientos de actividades económicas, por lo que podemos definir globalmente ambos conceptos como aquella unidad económica por la que el contribuyente ordena por cuenta propia medios de producción y/o recursos humanos para intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios con la finalidad de obtener rendimientos del trabajo personal o del capital conjuntamente o de uno solo de estos factores.

Aspectos a destacar:

1. En el supuesto de que la empresa o negocio tuviera carácter ganancial o equivalente correspondiente a un régimen análogo al de gananciales de Derecho Foral (consorcio aragonés o conquistas navarro), la exención la pueden aplicar ambos.

2. En el caso de ser titular de dos o más empresas o negocios profesionales, en tales casos, en principio, y siempre que cada una de las actividades que integren las respectivas empresas o negocios profesionales fuera ejercida de manera personal, habitual y directa, puede aplicarse la exención respecto de todas ellas.

3. En el supuesto de comunidades de bienes y otros entes sin personalidad, la exención aplicable es la de empresa individual o negocio profesional. Respecto de sociedades civiles, se debe distinguir según sean o no sujetos pasivos en el Impuesto de Sociedades: si no lo son, se deben acoger a ésta; de serlo, procede aplicar la de participación en entidades.

4. Por lo que se refiere a la actividad de arrendamiento de inmuebles, para aplicar la reducción debe constituir el arrendamiento una actividad económica según la normativa del IRPF, lo que exige en todo caso la utiliza-

ción de al menos una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa (art. 27.2 LIRPF).

2.2. Ejercicio de la actividad habitual, personal y directa y constituya su principal fuente

La actividad de la empresa individual o negocio profesional debe ejercitarse de manera habitual, personal y directa. Todos estos términos en definitiva conducen a la idea que se trate de una actividad cuyo ejercicio recaiga sobre el propio sujeto pasivo.

Y, además, los rendimientos que obtenga por dicho ejercicio constituyan su principal fuente de renta. Se entiende por principal fuente de renta aquélla en la que al menos el 50% del importe de la base imponible del IRPF provenga de rendimientos netos de la actividad económica de que se trate, si bien se excluyen del cómputo las remuneraciones por participaciones en entidades que resulten igualmente exentas en el Impuesto de Patrimonio.

Ahora bien, en el cómputo de principal fuente de renta en caso de concurrencia de participaciones en entidades con empresa individual o negocio profesional: en el caso de empresa individual o negocio profesional la percepción por dividendos de una sociedad de la que se disfruta de exención en el Impuesto de Patrimonio puede impedir la aplicación de la exención en el Impuesto de Patrimonio y consiguiente reducción en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones: consulta DGT V0058-17, de 16 de enero de 2017.

Como ya se ha indicado en el apartado anterior, en el caso de que se ejerciten dos o más actividades empresariales o profesionales de manera habitual, personal y directa, la exención en el Impuesto de Patrimonio alcanza a todos los bienes y derechos afectos al conjunto de actividades, considerándose que la principal fuente de renta viene determinada por el conjunto de rendimientos de todas ellas.

2.3. Magnitud a la que se refiere la exención

Para fijar el importe o magnitud exento hay que atender al valor de la empresa individual o negocio profesional, lo que nos lleva a la cuestión de qué se entiende por valor de la empresa individual o negocio profesional y al respecto, de acuerdo con el artículo 2 del RD 1704/1999, entendemos que es el conjunto de elementos patrimoniales (bienes y derechos) afectos a la actividad, minorado por el importe de las deudas derivadas de la misma, valorados tanto los activos como los pasivos de acuerdo a la normativa del Impuesto de

Patrimonio, si bien referida la valoración a la fecha del fallecimiento del causante.

Por tanto, la exención se aplica respecto del valor neto de la empresa o negocio resultante de minorar el valor de los elementos patrimoniales afectos con las deudas derivadas de la actividad, excluyendo en todo caso tanto los elementos patrimoniales no afectos como las deudas que no deriven de la actividad.

3. La exención de participaciones en entidades

3.1. Entidades respecto de las que se puede aplicar la exención

En primer término, se precisa que la entidad sea sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades, pero además debe realizar de manera efectiva una actividad económica, lo que se delimita de acuerdo a la normativa del IS, relativa a las sociedades patrimoniales, de tal forma que su actividad principal no ha de ser la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por tanto, no realiza una actividad económica cuando concurran, durante más de noventa días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

— Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores, o

— Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos, no se computan los siguientes valores o elementos patrimoniales:

1. Los valores poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales.

2. Los valores que incorporen derechos de crédito nacidos de las relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.

3. Los valores poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.

4. Los valores o elementos patrimoniales cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos diez años anteriores. Aunque

esta es la norma vigente en el Impuesto de Patrimonio, debe advertirse que en el Impuesto de Sociedades sólo se computa el período impositivo presente y los dos anteriores (art.5 LIS).

Por tanto:

— Siempre que se cumpla el requisito indicado, son susceptibles de aplicación de la exención, además de las sociedades empresariales, las sociedades profesionales y las que tengan por objeto actividades artísticas y deportivas (estas dos últimas excluidas hasta el 1 de enero de 2003).

— No son susceptibles de aplicación de la exención las entidades sometidas en el Impuesto de Sociedades al régimen de las antiguas sociedades patrimoniales: sociedades de mera tenencia de bienes y sociedades de cartera —excepción de los *holdings*.

Respecto de las sociedades «holdings» tiene especial importancia la redacción vigente desde el 1 de enero de 2007, por la Ley 35/2006 del artículo 4.8.2 de la Ley del Impuesto de Patrimonio, como consecuencia de la desaparición de las sociedades patrimoniales, precisando el propio precepto cuándo una sociedad *holding* no se considera que tiene como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, que serán los valores que otorguen al menos un 5% de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que a estos efectos se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales y la entidad participada no sea a su vez de mera tenencia o gestión de patrimonio.

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos, no se computan los siguientes valores o elementos patrimoniales:

1. Los valores poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales.

2. Los valores que incorporen derechos de crédito nacidos de las relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.

3. Los valores poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.

4. Los valores o elementos patrimoniales cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos diez años anteriores.

3.2. Participación en la entidad. Cómputo individual o conjunto. Concepto de «grupo familiar»

El sujeto pasivo debe tener una participación mínima en la entidad o titularidad en el capital social o patrimonio de una entidad, distinguiéndose según sea de forma individual o de forma conjunta con su grupo familiar:

1. Individual, de al menos el 5%.

2. De forma conjunta con su grupo familiar, de al menos el 20%.

Por grupo familiar se entiende el que forme el sujeto pasivo con su cónyuge, ascendientes, adoptantes, descendientes del mismo o adoptados y colaterales hasta el segundo grado —hermanos—, tanto por consanguinidad como por afinidad. No obstante, debe de puntualizarse que es doctrina reiterada de la DGT (consultas de 20 de abril de 2006 y 28 de abril de 2008) que a efectos de aplicar la exención en el Impuesto de Patrimonio no existe un único sujeto pasivo de referencia para la determinación del conjunto de personas que integran el grupo, pudiendo adoptarse como sujeto pasivo de referencia el que permita delimitar el grupo de la manera más amplia, de forma que el máximo número de personas pueda beneficiarse de la exención.

3.3. Ejercicio de funciones de dirección. Su aplicación de forma individual o referida al «grupo familiar»

El ejercicio de funciones de dirección es una noción fáctica y no jurídica que hace referencia a una efectiva intervención en la gestión de la entidad, lo que precisa de tres matizaciones importantes:

1. Que no es imprescindible que se forme parte del órgano de administración, también pueden ejercer funciones de dirección los vinculados a la entidad por contrato especial de directivos o por contrato laboral ordinario, siempre que realmente intervengan en la gestión o dirección de la entidad y se pueda acreditar.

2. Que en el caso de órgano de administración unipersonal —administrador único— o pluripersonal no colegiado —administradores solidarios o mancomunados—, se establece *de facto* una presunción de ejercicio de funciones de dirección. Igualmente en el caso de pertenencia al órgano de administración colegiado —Consejo de Administración—, mas siempre deben conllevar una efectiva intervención en las decisiones de la empresa. En este sentido, la consulta de la DGT de 15 de marzo de 2011 considera que no se cumple el requisito de ejercicio de funciones de dirección por

la mera pertenencia al Consejo de Administración, máxime cuando las remuneraciones percibidas tienen la naturaleza de rendimientos de capital mobiliario, es decir, en atención a la participación que se tiene en los fondos propios y no como consecuencia de retribuciones derivadas de una relación laboral o estatutaria.

El requisito de ejercicio de funciones de dirección se pondera de manera diferente según la forma individual o conjunta (con el grupo familiar) del requisito de porcentaje de participación en la entidad:

— En el caso de cómputo individual de la participación, el ejercicio de funciones de dirección se debe cumplir necesariamente en el sujeto pasivo o en su cónyuge de estar casados en gananciales..

— En el caso de cómputo conjunto con el «grupo familiar» de la participación, el ejercicio de funciones de dirección se debe cumplir en al menos uno de los integrantes del «grupo familiar».

3.4. Que la retribución que se perciba como consecuencia del ejercicio de funciones de dirección representa más del 50% de la totalidad de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas

Así pues, es necesario que el sujeto pasivo —en el caso de cómputo individual de la participación o alguno de los miembros del grupo familiar—, en el caso de cómputo conjunto de la participación, ejerza funciones de dirección y que por las mismas perciba rendimientos que supongan al menos el 50% de total de sus rendimientos del trabajo o de actividades económicas.

Por tanto:

— Este concepto es distinto del de principal fuente de renta que se aplica en empresa o negocio. El concepto de principal fuente de renta se aplica sobre la total base imponible en el IRPF, mientras que en participaciones en entidades se aplica exclusivamente sobre el conjunto de rendimientos del trabajo y de actividades económicas, excluidos, en consecuencia, los rendimientos del capital inmobiliario, mobiliario, las alteraciones patrimoniales y los regímenes de imputación de rentas. Por otra parte, el concepto de principal fuente de renta basta que sea igual o superior al 50% de la magnitud, en este caso debe ser superior.

— En realidad, este requisito no es sino una parte del requisito de ejercicio de funciones de dirección, se deben ejercer efectivamente funciones de dirección y la retribución de las mismas debe suponer más de la mitad de

sus rendimientos por los conceptos de rendimientos del trabajo y de actividades económicas. En este sentido, la consulta de la DGT de 18 de octubre de 2011 considera que no se cumple dicho requisito cuando quien ejerce funciones directivas percibe la mayoría de sus retribuciones por su condición de empleado de la sociedad, mientras que por sus funciones directivas no percibe regularmente retribución alguna.

La cuestión está vinculada con la polémica creada por la deducibilidad en el IS de las retribuciones que perciben los miembros del órgano de administración no por su condición de tales, cuando el cargo es gratuito, sino por las funciones de gestión y dirección de la entidad. Las sentencias del TSJ de Extremadura de 12 de abril de 2012 y del TS de 18 de abril de 2012 entienden que lo decisivo es que efectivamente se ejerzan funciones de dirección y se perciban retribuciones por la sociedad por dicho ejercicio y ratificando dichos pronunciamientos la sentencia del TS de 31 de marzo de 2014.

Especial importancia tiene la consulta de 19 de abril de 2013 (V1335-13), que citando expresamente la reseñada sentencia de 13 de noviembre de 2008, sin embargo, concluye que «ni de ella ni del precepto reglamentario del RD 1704/1999 se deriva obstáculo alguno para que las funciones directivas, tal y como se entienden desde la perspectiva del impuesto patrimonial, pueden ser desempeñadas tanto por miembros del Consejo de la entidad de que se trate como por personal directivo de alta dirección. Si concurren los requisitos materiales necesarios para el disfrute de la bonificación fiscal, en este caso, el ejercicio de funciones gerenciales y de gestión, es decir, directivas y la percepción del porcentaje de renumeraciones exigido legalmente es irrelevante a tal efecto el modo en que se hagan efectivas».

La cuestión queda definitivamente resuelta a la vista de la sentencia del TS de 18/1/2016, que citando consultas de la DGT, afirma: cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñadas por el sujeto en la entidad mercantil, lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización. Como gráficamente razona la DGT:

(i) «La norma reglamentaria, aunque enumera a título ejemplificativo una serie de cargos que comportan por lo general el desempeño de funciones directivas, vincula el ejercicio de tales funciones a que impliquen una efectiva intervención en el día a día de las decisiones empresariales, sin referencia al tipo de vínculo que tenga el directivo con la entidad de que se trate» (V1155-14).

(ii) «Si concurren los requisitos materiales necesarios para el disfrute de la bonificación fiscal, en este caso el ejercicio de funciones generales y de

gestión, es decir, directivas y la percepción del porcentaje de remuneraciones exigido legalmente es irrelevante a tal efecto el modo en que se hagan efectivas» (V1353-13).

El RD 1704/1999 contiene una serie de reglas que regulan la concurrencia en una misma persona de una pluralidad de supuestos de ejercicio individual de actividades económicas a través de empresa o negocio y de ejercicio de funciones de dirección en entidades, con el fin de evitar que, como consecuencia de la interacción entre las mismas a efectos del cómputo de la renta, queden total o parcialmente excluidas de la exención todas o algunas de ellas:

1. Exclusión para el cómputo de los rendimientos de actividades económicas que se obtengan por empresa individual o negocio profesional igualmente exentos en el Impuesto de Patrimonio.

2. Cómputo individualizado respecto de cada entidad, de tal forma que se excluye para el cómputo de rendimientos que se obtengan por ejercicio de funciones de dirección en una entidad, los rendimientos que se obtengan en otras entidades, cuyas participaciones resulten igualmente exentas (en este sentido, sentencia del TS de 18 de julio de 2013).

3.5. Importe sobre el que se aplica la exención

Conforme al artículo 6 del RD 1704/1999, la exención en el Impuesto de Patrimonio sólo alcanza al valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma y el valor del patrimonio neto de la entidad (en este sentido, Resolución del TEAC de 15 de junio de 2005 y consultas de la DGT de 30 de enero de 2009 y 1 de abril de 2011).

VALOR DE LAS PARTICIPACIONES X (VALOR DE ACTIVOS AFECTOS –DEUDAS DE LA ENTIDAD–), VALOR DEL PATRIMONIO NETO DE LA ENTIDAD.

Por tanto, sólo alcanza a la parte del valor de las mismas que se corresponde con el valor neto resultante de la realización de una actividad económica y excluido, en su caso, la parte del valor que corresponda a bienes, derechos y deudas no afectos a una actividad económica.

Al respecto:

1. No puede aplicarse ni en el IP ni en el ISD el sistema de capitalización de beneficios previsto en el IRPF para transmisiones a título oneroso: no está

previsto en la normativa del ISD ni en la del IP: sentencia TS de 5 de marzo de 2015, resolución TEAC de 11 de febrero de 2016, sentencia del TC de 18 de febrero de 2016: en el ISD corresponde al Estado el establecerlo, de acuerdo al art. 55.1 de la ley 22/2009, de Cesión de Tributos.

2. Debe aplicarse el último balance aprobado siempre que refleje fielmente la contabilidad, y al respecto:

   — Impuesto de Patrimonio: debe atenderse al último balance aprobado a la fecha de vencimiento del plazo de la autoliquidación, aunque sea con posterioridad al devengo: sentencia TS 1272/2013, de 14 de febrero de 2013, y consulta DGT V5434-16, de 23 de diciembre de 2016.

   — Impuesto de Sucesiones y Donaciones: debe atenderse al último balance aprobado al devengo: sentencia del TS de 12 de julio de 2017.

III. LAS REDUCCIONES DE EMPRESA INDIVIDUAL, NEGOCIO PROFESIONAL Y PARTICIPACIONES EN ENTIDADES EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES

1. Planteamiento y normativa. Conexión con el Impuesto de Patrimonio

Los beneficios fiscales en sede del ISD se articulan como reducciones en la base imponible, de manera que, determinada la base imponible de cada sujeto pasivo, el mismo tiene derecho a aplicar las reducciones que procedan, entre las que se encuentran las establecidas en la normativa estatal de empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades en sucesiones [art. 20.2.c) de la LISD] y en donaciones (art. 20.6 de la LISD). Supliendo la parquedad normativa, la Resolución 2/1999 de la DGT, cuyos criterios han sido enmendados parcialmente por la jurisprudencia del TS.

Además es absolutamente decisiva la normativa del Impuesto de Patrimonio en cuanto que, tanto en sucesiones como en donaciones, es presupuesto para la aplicación de la reducción el que la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades tuvieran derecho a la aplicación de la exención en el Impuesto de Patrimonio.

Además de las establecidas en la normativa estatal, las CCAA, en el ejercicio de la capacidad normativa que les atribuye el art., han incidido sobre estas reducciones con una política legislativa dispar:

1. Determinadas CCAA (las más numerosas) han utilizado la vía normativa de mejorar las reducciones estatales incrementando la reducción, ensanchando los sujetos pasivos que pueden disfrutar de la misma o recortando

los requisitos, en especial el período de permanencia. En este caso, para gozar de la reducción basta con cumplir los parámetros resultantes de la normativa autonómica (en teoría menores que los estatales).

2. Otras CCCA (las menos) ha regulado estas reducciones de manera independiente a las reducciones estatales como reducciones propias, estableciendo unos parámetros en unos casos menos exigentes y en otros más exigentes, de tal forma que los sujetos pasivos deben optar por la aplicación de las reducciones estatales o las autonómicas para una misma adquisición. Según el art. 20.1 de la LISD, en primer lugar se aplican las del Estado y, a continuación, las de las CCAA.

En todo caso, se trata de las denominadas reducciones «objetivas», aplicables en función de los bienes incluidos en la sucesión o en la donación y respecto de las que conviene tener presente los siguientes puntos, especialmente aplicables en sucesiones:

1. En sucesiones que se refieran a bienes gananciales, la liquidación de la sociedad conyugal actúa con carácter previo a la determinación de los bienes integrantes del caudal relicto del causante, por lo que sólo se aplicará la reducción respecto de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades que, como resultas de la liquidación de la sociedad conyugal, se incluyan en el caudal relicto.

2. En el caso de desmembramiento de usufructo y nuda propiedad pueden gozar de la reducción tanto el usufructuario como el nudo propietario por el valor que corresponda en los bienes al usufructo y la nuda propiedad, respectivamente.

3. En el caso de pluralidad de sucesores, la individualización de la reducción depende del título sucesorio. En general:

   — Si estamos ante coherederos, todos tienen derecho a aplicar la reducción, aunque sólo alguno o algunos sean adjudicatarios.

   — Si estamos ante legatarios, sólo los legatarios a los que se les asigna a título particular podrán aplicar la reducción.

2. Aspectos jurisprudenciales relevantes para la aplicación de las reducciones

Destacamos los siguientes:

1. Magnitud sobre la que se aplica la reducción: no se puede minorar su importe con el pasivo deducible de toda la herencia: sentencias TS 18 de marzo de 2009 y 6 de febrero de 2014; resoluciones TEAC 8 de julio de 2009, 16 de diciembre de 2009 y 9 de marzo de 2011.

2. A efectos de determinar el requisito de principal fuente de renta en empresa o negocio y de ingresos superiores al 50% de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas en participaciones en entidades son admisibles las declaraciones complementarias presentadas con posterioridad a las actuaciones de comprobación: sentencia TS de 12 de julio de 2017.

3. En los casos de desmembramiento de usufructo y nuda propiedad, en la consolidación ordinaria del usufructo en el nudo propietario, se puede aplicar la reducción correspondiente al valor del usufructo de los bienes objeto de reducción: consultas DGT V3388-14 y V1123-15.

4. La obligación de mantenimiento en las sucesiones es del valor, no de la empresa, negocio o participaciones. En donaciones se debe mantener durante el período de permanencia derecho a la exención en el impuesto de patrimonio.

5. Parentesco por afinidad. Los colaterales por afinidad hasta el tercer grado forman parte del grupo III de parentesco: sentencia TS 14/7/2011. El parentesco por afinidad no se extingue por la muerte del cónyuge que lo determina: sentencias TS 1 de abril de 2014 y 14 de julio de 2016.

3. Reducción de empresa individual y negocio profesional en sucesiones

3.1. Esquema de la reducción

Reducción de empresa individual y negocio profesional. 95% del valor neto: elementos patrimoniales afectos minorados por deudas de la actividad	Empresa o negocio	Generador de rendimientos sujetos a actividades económicas en el IRPF.
	Causante	Ejercicio de la actividad de forma habitual, personal y directa.
		Principal fuente de renta en su IRPF.
	Sucesor	Parentesco: Cónyuge, descendiente o adoptado. De no haber descendientes o adoptados, ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado.
		Mantenimiento de la adquisición durante diez años.

3.2. Requisitos en el causante: ejercicio de la actividad y principal fuente de renta

Debe el causante haber ejercido la actividad derivada de la empresa individual o profesional de manera habitual, personal y directa y que la renta que obtenga como consecuencia de la misma constituya su principal fuente de renta.

1. Tres notas definen el ejercicio de la actividad: habitual, personal y directa:

— Habitual, es decir, continuación de la actividad en un horizonte temporal prolongado, lo que excluye las actividades que se puedan realizar con carácter ocasional o esporádico.

— Personal, lo que exige que el empresario o profesional desempeñe la actividad por sí mismo.

— Directa, lo que parece implicar que sea el propio empresario o profesional el que ejerce el control de la actividad de manera inmediata, correspondiéndole las facultades de gestión y organización.

2. Que los rendimientos que obtenga constituyan su principal fuente de renta. Se entiende por principal fuente de renta aquélla en la que al menos el 50% del importe de la base imponible del IRPF provenga de rendimientos netos de la actividad económica de que se trate, si bien se excluyen del cómputo las remuneraciones por participaciones en entidades que resulten igualmente exentas en el Impuesto de Patrimonio.

Por tanto, a diferencia de participaciones en entidades, donde se atiende exclusivamente a las fuentes de renta de actividades económicas y trabajo personal, en la empresa individual o negocio profesional se atiende a la principal fuente de renta global, es decir, debe suponer al menos el 50% del importe de la base imponible de su IRPF, incluida la base del ahorro. En consecuencia, bastará con que se realice cualquier operación de desinversión de cierta entidad que reporte una ganancia patrimonial para quedar privado de la reducción en el ISD o de la exención en el Impuesto de Patrimonio. Pero además, en la reducción «mortis causa», el azar del momento del fallecimiento puede jugar una mala pasada, puesto que el criterio imperante, reafirmado por el TS en sentencia de 26 de octubre de 2012, es el de atender al IRPF devengado a la fecha de su fallecimiento, por lo que en explotaciones de ingresos irregulares puede perfectamente suceder que cualquier rendimiento de capital mobiliario o pequeña ganancia patrimonial supere los rendimientos obtenidos por la actividad económica hasta la fecha del fallecimiento, con la devastadora consecuencia de privar a sus sucesores de la reducción.

Destacamos los siguientes aspectos:

i. En el caso de que el causante ejercitara dos o más actividades empresariales o profesionales de manera habitual, personal y directa, la exención en

el Impuesto de Patrimonio y, por tanto, la reducción en el Impuesto de Sucesiones, alcanza a todos los bienes y derechos afectos al conjunto de actividades, considerándose que la principal fuente de renta viene determinada por el conjunto de rendimientos de todas ellas.

ii. El cálculo de la principal fuente de renta debe realizarse desde el 1 de enero del año del fallecimiento hasta la fecha del deceso, en este sentido sentencia del TS de 26 de octubre de 2012. Si bien, en el caso de que la empresa o negocio tuviera carácter ganancial y que el causante no fuera el cónyuge que ejerce la actividad, entendemos que el requisito de principal fuente de renta en el empresario o profesional no debe de referirse al período del 1 de enero a la fecha de fallecimiento de su consorte, sino al último ejercicio completo de su IRPF.

iii. Cómputo de principal fuente de renta en caso de concurrencia de participaciones en entidades con empresa individual o negocio profesional: en el caso de empresa individual o negocio profesional la percepción por dividendos de una sociedad de la que se disfruta de exención en el Impuesto de Patrimonio puede impedir la aplicación de la exención en el Impuesto de Patrimonio y consiguiente reducción en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones: consulta DGT V0058-17, de 16 de enero de 2017. Sin embargo, ello parece contradictorio con el final del párrafo primero del subapartado Uno del apartado 8 del art. 4 de la Ley del Impuesto de Patrimonio: «*A efectos del cálculo de la principal fuente de renta, no se computarán ni las remuneraciones de las funciones de dirección que se ejerzan en las entidades a que se refiere el número dos de este apartado, ni cualesquiera otras remuneraciones que traigan su causa de la participación en dichas entidades*».

3.3. Parentesco con el causante: sucesores que pueden disfrutar de la reducción

Para disfrutar de la reducción, el sujeto pasivo, adquirente *mortis causa,* debe ser cónyuge, descendiente o adoptado del causante. De no haber descendientes o adoptados pueden disfrutar de la reducción los ascendientes y adoptantes y colaterales hasta el tercer grado.

De acuerdo con el criterio de la Resolución 2/1999, se debe matizar:

— Adquisiciones derivadas de legado u otras asignaciones particulares o concretas del causante: deben concurrir en el adquirente los requisitos de parentesco indicados.

— Adquisiciones derivadas de institución de heredero o a título universal, la reducción se aplica exclusivamente al heredero o herederos en que concurran las circunstancias de parentesco con el causante y en la proporción

que les corresponda en virtud del título sucesorio, independientemente de quien sea el adjudicatario en la partición.

3.3.4. Mantenimiento de la adquisición. Consecuencias del incumplimiento

Debe conservarse la adquisición durante los diez años siguientes al devengo del ISD, añadiendo el apartado c) del artículo 20.6, aplicable a las transmisiones *mortis causa* que no se podrán realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Ello precisa de una serie de puntualizaciones:

1.ª La DGT ha interpretado de manera flexible este requisito, poniendo el énfasis en que lo decisivo no es el mantenimiento de la forma jurídica de empresa individual o negocio profesional ni de la actividad, ni la conservación estática de los activos que la integran, sino que en ningún caso se disminuya el valor de la unidad económica, aunque sea bajo formas jurídicas distintas. En este sentido, deben destacarse los siguientes supuestos, admitidos por la DGT:

— Cambio de actividad —Consultas de 23 de agosto de 1999 y 15 de junio de 2012 y Resolución 2/1999.

— Operaciones dispositivas de activos siempre que no supongan una minoración del valor (Resolución 2/1999).

— Aportación a una sociedad mercantil (Consultas de 1 de septiembre de 1998, 23 de agosto de 1999, 17 de diciembre de 1999, 23 de diciembre de 1999, 10 de octubre de 2001 y 7 de marzo de 2003).

— Arrendamiento de la explotación (Consultas de 15 de octubre de 1997, 23 de agosto de 1999 y 29 de junio de 2010).

— Constitución de una comunidad de bienes (Consulta de 1 de octubre de 1997).

— En el caso de una explotación agraria, la Consulta de 27 de junio de 2000 admite la permuta de una de las fincas rústicas que integran la explotación por otra de igual o mayor valor y la enajenación de una de las fincas con adquisición de otra finca rústica que se incorpora a la explotación, de mayor valor de la vendida.

— La consulta de la DGT de 21 de marzo de 2015 (V1105-2016) considera que la venta de la empresa de la venta o negocio no implica pérdida de la reducción siempre que el importe obtenido, sin minoración de su valor, se reinvierta en otros activos que permitan mantener el mismo.

— La Consulta de la DGT de 22 de enero de 2003 considera, a propósito de una oficina de farmacia, que no se pierde el derecho a la reducción cuando se procede a la venta por los herederos antes del plazo de diez años, siempre que el importe obtenido se reinvierta en otra actividad económica e incluso aun cuando el dinero se colocase en una entidad financiera hasta la finalización del mencionado plazo, criterio este último que entendemos arriesgado, pero que reiteran las consultas de la DGT de 14 de enero de 2011 y 12 de septiembre de 2014 (V2419-14).

— La Consulta de la DGT de 13 de enero de 2004 considera que no se incumple el deber de permanencia en el caso de ventas y posteriores adquisiciones de inmuebles sin disminución patrimonial, pues no se produce una minoración sustancial de la adquisición. Criterio que reiteran las consultas de 29 de junio de 2010 y 12 de septiembre de 2014 (V2419-14).

2.ª Especial referencia merece la posibilidad de operaciones entre los herederos que no impliquen la pérdida de la reducción. Podemos indicar los siguientes supuestos:

— Transmisiones dentro del grupo de herederos universales del causante, siempre que el negocio o empresa no hubiera sido objeto de una asignación particular por el causante a favor exclusivo de un sucesor (Consultas de 12 de mayo de 2000 y 12 de diciembre de 2001, en contra la Consulta de 7 de marzo de 2001), puesto que el bien no sale del círculo de sucesores que gozan de la reducción.

— La adjudicación a uno de los herederos de la empresa o negocio en la partición, compensando a los restantes coherederos en metálico el exceso de adjudicación.

— La extinción de condominio entre los herederos adjudicatarios de la empresa o negocio en la partición de la herencia. La Consulta de la DGT de 7-6-2002, en el caso de separación por uno de los comuneros de una comunidad de bienes formada por los sucesores *mortis causa* sobre la empresa agrícola sobre la que se había aplicado la reducción, considera que ello no implica la pérdida de la reducción por el comunero que se separa, aunque no continúe la actividad, siempre que mantenga el valor de su adquisición *mortis causa*; caso de que no mantenga el valor de su adquisición, la pérdida de la reducción se limitará a dicho comunero, no extendiéndose a los restantes dado el carácter individual del Impuesto.

El incumplimiento del requisito del mantenimiento de la adquisición obligará a ingresar la cuota correspondiente a la reducción que ha sobrevenido indebidamente aplicada, más los correspondientes intereses de demora.

3.5. Importe de la reducción y reglas de aplicación de la misma

La reducción se fija en el 95% del valor de la empresa individual o negocio profesional, lo que nos lleva a la cuestión de qué se entiende por valor de la empresa individual o negocio profesional y, al respecto, de acuerdo con el artículo 2 del RD 1704/1999, entendemos que es el conjunto de elementos patrimoniales (bienes y derechos) afectos a la actividad, minorado por el importe de las deudas derivadas de la misma, valorados tanto los activos como los pasivos de acuerdo a la normativa del Impuesto de Patrimonio, si bien referida la valoración a la fecha del fallecimiento del causante.

Por tanto, la reducción se aplica respecto del valor neto de la empresa o negocio resultante de minorar el valor de los elementos patrimoniales afectos con las deudas derivadas de la actividad, excluyendo en todo caso tanto los elementos patrimoniales no afectos como las deudas que no deriven de la actividad. En este sentido, la sentencia del TS de 18 de marzo de 2009, que indica asimismo que no se puede minorar el importe de la reducción aplicando conceptos como cargas o deudas extrañas a la empresa.

ELEMENTOS PATRIMONIALES AFECTOS – DEUDAS DE LA ACTIVIDAD = VALOR DE LA EMPRESA O NEGOCIO PROFESIONAL

4. Especialidades de la reducción de empresa individual y negocio profesional en donaciones

4.1. Cuadro resumen de la reducción

Reducción de empresa individual y negocio profesional. 95% del valor neto: Elementos patrimoniales afectos minorados por deudas de la actividad	Empresa o negocio	Generador de rendimientos sujetos a actividades económicas en el IRPF.
	Donante	Ejercicio de la actividad de forma habitual, personal y directa.
		Principal fuente de renta en su IRPF.
		65 o más años o situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
	Adquirente-donatario	Parentesco: Cónyuge, descendiente o adoptado.
		Mantenimiento de la adquisición durante diez años con derecho a la exención en el Impuesto de Patrimonio.

4.2. Especialidades en cuanto a la empresa y donante

La donación queda, al igual que en las transmisiones *mortis causa*, limitada a empresa o negocio profesional que al día de la realización de la donación tenga derecho a la exención en el Impuesto de Patrimonio. Por tanto:

1. La empresa o negocio profesional debe desarrollar una actividad económica de acuerdo con la normativa del IRPF, en los términos que hemos expuesto para la reducción *mortis causa*.

2. El donante debe ejercitar la actividad de manera habitual, personal y directa y los rendimientos que obtenga de la misma deben constituir la principal fuente de renta en los términos que hemos expuesto para la transmisión *mortis causa*. Este último requisito, el de principal fuente de renta, debe cumplirse en el ejercicio de su IRPF inmediatamente anterior al de la realización del acto dispositivo, a diferencia de las transmisiones *mortis causa*.

Además, debe el donante haber cumplido 65 años o hallarse en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez, en los términos que define tales situaciones la normativa laboral o de Seguridad Social.

Finalmente, aunque el artículo 20.6 de la LISD sólo se refiere a las participaciones en entidades en la letra b), entendemos que debe el donante dejar de ejercer la actividad, con lo que desde la donación ésta dejará de ser su principal fuente de renta, lo que no es sino una consecuencia lógica de la transferencia de la titularidad y en tal sentido se pronuncia expresamente la Resolución 2/1999.

En el caso de que la empresa o negocio tuviera carácter ganancial o común al matrimonio en otros regímenes de comunidad de Derecho Foral, los requisitos exigibles al donante de ejercicio, principal fuente de renta, edad o incapacidad, deben cumplirse en uno de ellos. Es obvio que respecto de los requisitos que generan la exención en el Impuesto de Patrimonio, éstos deben cumplirse en el cónyuge que ejercita la actividad; respecto de los requisitos de edad o incapacidad, la Resolución 2/1999 y la Consulta de 12 de enero de 2000 dan a entender que pueden cumplirse en cualquiera de los dos, aunque no sea el cónyuge que ejerce la actividad; sin embargo, la consulta de la DGT de 19 de enero de 2011 rectifica el criterio de la Resolución 2/1999 en cuanto a los requisitos exigidos para el donante en el artículo 20.6 de la LISD. Considera la DGT que a la vista de la nulidad del artículo 38 del Reglamento, en la donación por ambos cónyuges de bienes o derechos de la sociedad conyugal no existe una sola donación, sino que habrán de producirse liquidaciones separadas e independientes, por lo que cada cónyuge habrá de cumplir por sí mismo los requisitos establecidos en el artículo 20.6 de la LISD.

4.3. Requisitos en el adquirente-donatario: parentesco, mantenimiento de la adquisición y exención en el Impuesto de Patrimonio durante el período de permanencia

El donatario debe ser cónyuge, descendiente o adoptado del donante, por tanto, a diferencia de las transmisiones *mortis causa*, en ningún caso pueden aplicar la reducción los ascendientes, adoptantes o colaterales hasta el tercer grado.

En el supuesto de donación de empresa o negocio de carácter ganancial, entendemos que basta que el requisito del parentesco se verifique con alguno de los cónyuges donantes, aunque no sea el que ejerza la actividad.

En el supuesto de que el donante disponga de su empresa o negocio a favor de una pluralidad de donatarios-adquirentes, adquiriendo cada uno de ellos participaciones indivisas del mismo, sólo podrán disfrutar de la reducción el adquirente o adquirentes en los que concurra el parentesco indicado con el donante.

Queda sujeto el donatario-adquirente a mantener su adquisición dentro de los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que fallezca antes de dicho plazo. Ello merece las siguientes puntualizaciones:

i. Aunque el artículo 20.6 se refiere a escritura pública, como matiza la Resolución 2/1999, ello sólo se aplica en el caso de que la normativa civil exija tal forma documental, lo que ocurre cuando entre los elementos patrimoniales de la empresa o negocio se incluye un inmueble; en otro caso, no se precisa tal forma documental, si bien, de formalizarse en documento privado, hasta que no se presente a la oficina liquidadora, el mismo no tendrá fecha fehaciente y no empezará a correr el plazo de diez años.

ii. El deber de mantenimiento no implica, de manera análoga a la expuesta, en la reducción *mortis causa*, que no se puedan realizar determinadas operaciones, siempre que no impliquen una minoración sustancial del valor de adquisición. Así, podemos indicar los siguientes supuestos que, según la DGT, no implican incumplimiento del deber de mantenimiento:

   — Cambio de actividad —Consulta de 23 de agosto de 1999 y Resolución 2/1999.

   — Operaciones dispositivas de activos siempre que no supongan una minoración del valor —Resolución 2/1999.

   — Aportación a una sociedad mercantil —Consultas de 1 de septiembre de 1998, 23 de agosto de 1999, 1 de diciembre de 1999, 23 de diciembre de 1999 y 10 de octubre de 2001.

— Arrendamiento de la explotación —Consultas de 15 de octubre de 1997 y 23 de agosto de 1999.

— Constitución de una comunidad de bienes —Consulta de 1 de octubre de 1997.

— En el caso de una explotación agraria, la Consulta de 27 de junio de 2000 admite la permuta de una de las fincas rústicas que integran la explotación por otra de igual o mayor valor y la enajenación de una de las fincas con adquisición de otra finca rústica que se incorpora a la explotación, de mayor valor de la vendida.

— La Consulta de la DGT de 8 de septiembre de 2010 considera que no hay pérdida sobrevenida de la reducción a propósito de venta de farmacia donada seis años antes con reinversión inmediata del importe obtenido en la adquisición de otra, con mantenimiento del valor y el derecho a la exención en el Impuesto de Patrimonio por el donatario durante el resto del plazo de permanencia.

Finalmente, en su caso, el incumplimiento del requisito del mantenimiento de la adquisición obligará a ingresar la cuota correspondiente a la reducción que ha sobrevenido indebidamente aplicada más los correspondientes intereses de demora.

Debe el adquirente mantener su adquisición con derecho a la exención por la misma en el Impuesto de Patrimonio durante el plazo de permanencia de diez años. Por tanto, ajustarse a los requisitos del artículo 4 de la Ley del Impuesto de Patrimonio, desarrollado por el RD 1704/1999. En consecuencia:

— Si se mantiene en forma de empresa o negocio individual, ejercer la actividad de forma habitual, personal y directa y que los rendimientos que de la misma obtenga suponga su principal fuente de renta.

— Si adopta forma societaria: que la sociedad sea susceptible de aplicar la exención, mantener de forma individual o conjunta con el «grupo familiar» el porcentaje de participación requerida, ejercer de forma personal o un miembro del «grupo familiar» (si se ha realizado el cómputo del porcentaje de participación de forma conjunta, con el «grupo familiar») funciones de dirección y que la remuneración que perciba por ellas sea superior al 50% del conjunto de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas.

Entendemos que la exención en el Impuesto de Patrimonio se tiene que cumplir durante el período de permanencia de diez años desde el devengo, computa-

dos de fecha a fecha, sin que pueda entenderse que comprende los diez años siguientes naturales al del devengo.

5. Reducción por participaciones en entidades en sucesiones

5.1. Cuadro-resumen de la reducción

REDUCCIÓN POR PARTICIPACIONES EN ENTIDADES

Entidad	Sujeto pasivo en el Impuesto de Sociedades y que realice una actividad económica (se incluyen las sociedades *holdings* del art. 75 LIS).
Causante	Participación del 5% individual o del 20% con su «grupo familiar».
	Ejercicio efectivo de funciones de dirección por sí o por el «grupo familiar». Retribución de las funciones de dirección del causante o del miembro del «grupo familiar» que las ejerza sea superior al 50% del conjunto de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas.
Sucesor	Parentesco: cónyuge, descendiente o adoptado. De no haber descendientes o adoptados, ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado.
	Mantenimiento de la adquisición durante diez años.

5.2. Participación en la entidad. Cómputo individual o conjunto. Concepto de «grupo familiar»

El causante debe tener una participación mínima en la entidad o titularidad en el capital social o patrimonio de una entidad, distinguiéndose según sea de forma individual o de forma conjunta con su grupo familiar:

1. Individual, de al menos el 5%.

2. De forma conjunta con su grupo familiar, de al menos el 20%.

Por grupo familiar se entiende el que forme el causante con su cónyuge, ascendientes, adoptantes, descendientes del mismo o adoptados y colaterales hasta el segundo grado —hermanos—, tanto por consanguinidad como por afinidad.

El concepto de grupo familiar es relevante no sólo a los efectos del porcentaje de participación, sino también para los requisitos de ejercicio de funciones de dirección y principal fuente de renta. En todo caso, se debe aplicar a tales requisitos el criterio seguido para el porcentaje de participación en la entidad, de tal forma

que si la participación del grupo familiar no alcanza el 20%, pero el causante de forma individual alcanza el 5%, los requisitos de ejercicio de funciones de dirección y principal fuente de renta deben concurrir necesariamente en el causante.

La sentencia del TS de 27 de septiembre de 2017 precisa que el ámbito del Impuesto de Sucesiones del concepto de grupo de parentesco debe partir como elemento personal de referencia para su determinación del propio causante.

5.3. Ejercicio de funciones de dirección y percepción de retribución por dicho ejercicio que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas. Su aplicación de forma individual o referida al «grupo familiar»

El ejercicio de funciones de dirección es una noción fáctica y no jurídica, que hace referencia a una efectiva intervención en la gestión de la entidad, lo que precisa de tres matizaciones importantes:

1. Que no es imprescindible que se forme parte del órgano de administración, también pueden ejercer funciones de dirección los vinculados a la entidad por contrato especial de directivos o por contrato laboral ordinario, siempre que realmente intervengan en la gestión o dirección de la entidad y se pueda acreditar.

2. Que en el caso de órgano de administración unipersonal —administrador único— o pluripersonal no colegiado —administradores solidarios o mancomunados—, se establece *de facto* una presunción de ejercicio de funciones de dirección. Igualmente en el caso de pertenencia al órgano de administración colegiado —Consejo de Administración—, mas siempre deben conllevar una efectiva intervención en las decisiones de la empresa. En este sentido, la consulta de la DGT de 15 de marzo de 2011 considera que no se cumple el requisito de ejercicio de funciones de dirección por la mera pertenencia al Consejo de Administración, máxime cuando las remuneraciones percibidas tienen la naturaleza de rendimientos de capital mobiliario, es decir, en atención a la participación que se tiene en los fondos propios y no como consecuencia de retribuciones derivadas de una relación laboral o estatutaria.

El requisito de ejercicio de funciones de dirección se pondera de manera diferente según la forma individual o conjunta (con el grupo familiar) del requisito de porcentaje de participación en la entidad:

— En el caso de cómputo individual de la participación, el ejercicio de funciones de dirección se debe cumplir necesariamente en el causante.

— En el caso de cómputo conjunto con el «grupo familiar» de la participación, el ejercicio de funciones de dirección se debe cumplir en al menos uno de los integrantes del «grupo familiar».

Así pues, es necesario que el causante —en el caso de cómputo individual de la participación o alguno de los miembros del grupo familiar—, en el caso de cómputo conjunto de la participación, ejerza funciones de dirección y que por las mismas perciba rendimientos que supongan al menos el 50% de total de sus rendimientos del trabajo o de actividades económicas.

Por tanto, este concepto es distinto del de principal fuente de renta que se aplica en empresa o negocio. El concepto de principal fuente de renta se aplica sobre la total base imponible en el IRPF, mientras que en participaciones en entidades se aplica exclusivamente sobre el conjunto de rendimientos del trabajo y de actividades económicas, excluidos, en consecuencia, los rendimientos del capital inmobiliario, mobiliario, las alteraciones patrimoniales y los regímenes de imputación de rentas. Por otra parte, el concepto de principal fuente de renta basta que sea igual o superior al 50% de la magnitud, en este caso debe ser superior.

El RD 1704/1999 contiene una serie de reglas que regulan la concurrencia en una misma persona de una pluralidad de supuestos de ejercicio individual de actividades económicas a través de empresa o negocio y de ejercicio de funciones de dirección en entidades, con el fin de evitar que como consecuencia de la interacción entre las mismas a efectos del cómputo de la renta queden total o parcialmente excluidas de la exención, todas o algunas de ellas:

1. Exclusión para el cómputo de los rendimientos de actividades económicas que se obtengan por empresa individual o negocio profesional igualmente exentos en el Impuesto de Patrimonio.

2. Cómputo individualizado respecto de cada entidad, de tal forma que se excluye para el cómputo de rendimientos que se obtengan por ejercicio de funciones de dirección en una entidad los rendimientos que se obtengan en otras entidades, cuyas participaciones resulten igualmente exentas (en este sentido, sentencia del TS de 18 de julio de 2013).

Destacar los siguientes aspectos:

i. No transposición en el Impuesto de Patrimonio ni el ISD de las doctrinas del «milímetro» y del «vínculo» (consultas DGT V1335-13 y V1155-14 y sentencias TS de 1 de marzo 2014 y 18 de enero de 2016): cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñadas por el sujeto en la entidad mercantil, lo realmente decisivo es que las funciones impliquen la administración, gestión, dirección y funciona-

miento de la correspondiente organización, sin referencia al tipo de vínculo que se tenga y siendo irrelevante el modo en que se hagan efectivas las remuneraciones.

ii. Ejercicio de funciones de dirección: dicho requisito puede ser cumplido en cualquier miembro del grupo familiar del causante o donante y ello aunque no sea titular de participaciones sociales: sentencias TS de 26 de mayo de 2016 y 14 de julio de 2016.

iii. Ejercicio de funciones de dirección y percepción de una remuneración que represente más del 50% de los rendimientos de actividades económicas y de trabajo: debe atenderse en las sucesiones al período desde el 1 de enero del año del fallecimiento del causante a la fecha de su fallecimiento, y ello con independencia de que se refiera al causante o a uno de los miembros del grupo familiar: sentencia de TS de 16 de diciembre de 2013.

5.4. Parentesco con el causante: sucesores que pueden disfrutar de la reducción

Para disfrutar de la reducción, el sujeto pasivo, adquirente *mortis causa,* debe ser cónyuge, descendiente o adoptado del causante. De no haber descendientes o adoptados pueden disfrutar de la reducción los ascendientes y adoptantes y colaterales hasta el tercer grado.

De acuerdo con el criterio de la Resolución 2/1999, se debe matizar:

— Adquisiciones derivadas de legado u otras asignaciones particulares o concretas del causante: deben concurrir en el adquirente los requisitos de parentesco indicados.

— Adquisiciones derivadas de institución de heredero o a título universal, la reducción se aplica exclusivamente al heredero o herederos en que concurran las circunstancias de parentesco con el causante y en la proporción que les corresponda en virtud del título sucesorio, independientemente de quién sea el adjudicatario en la partición.

5.5. Mantenimiento de la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante. Consecuencias de su incumplimiento

Debe pues conservarse la adquisición durante los diez años siguientes al devengo del IS, añadiendo el apartado c) del artículo 20.6, aplicable a las transmisiones *mortis causa,* que no se podrán realizar actos de disposición y operacio-

nes societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.

La DGT ha interpretado de manera flexible este requisito, poniendo el énfasis en que lo decisivo no es el mantenimiento de la forma jurídica de la participación, sino que en ningún caso se disminuya su valor, aunque varíe la forma jurídica de la titularidad En este sentido, deben destacarse los siguientes supuestos, admitidos por la DGT:

— Operaciones societarias acogidas el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores, siempre que como resultado de las mismas se mantenga el valor de adquisición —Consultas de 30 de septiembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 21 de mayo de 2012.

— Operaciones de canje de las participaciones adquiridas por títulos de una nueva sociedad *holding,* siempre que se mantenga el valor —Consultas de 30 de septiembre de 1999, 30 de enero de 2001, 9 de abril de 2001, 21 de mayo de 2001 y 30 de julio de 2007.

— Reducción de capital con devolución de aportaciones, manteniendo el valor teórico contable superior al valor teórico de las acciones en el momento de la adquisición. Consulta de la DGT de 4 de diciembre de 2008.

— La Consulta de la DGT de 25 de marzo de 2002 considera que no se pierde el derecho a la reducción en el caso de enajenación onerosa de acciones por las que se ha disfrutado de la reducción, reinvirtiendo su importe de manera inmediata en acciones de otra entidad, bien mediante canje, bien mediante suscripción en aumento de capital, criterio reiterado por la Consulta de 8 de marzo de 2005.

Especial referencia merece la posibilidad de operaciones entre los herederos que no impliquen la pérdida de la reducción. Así, se admiten las transmisiones dentro del grupo de herederos universales del causante, siempre que la participación no hubiera sido objeto de una asignación particular por el causante a favor exclusivo de un sucesor (Consultas de 12 de mayo de 2000 y 12 de diciembre de 2001, en contra la Consulta de 7 de marzo de 2001), puesto que el bien no sale del círculo de sucesores que gozan de la reducción. Al respecto es de destacar la Consulta de la DGT de 16 de febrero de 2006, que incluso considera perfectamente admisible, sin pérdida del derecho a la reducción, la donación de la esposa del causante a los hijos comunes, pues también se circunscribe a la órbita del grupo de sucesores. En el mismo sentido, las Consultas de 27 de febrero de 2006 y 11 de septiembre de 2012 (V1758-12), si bien referidas a supuestos de transmisiones onerosas. Por su parte, son de destacar las siguientes Consultas de la DGT respec-

to a operaciones que no suponen transgresión del requisito de permanencia, siempre que no supongan minoración del valor de adquisición:

— Reinversión en adquisición de acciones en otras entidades y participación en la ampliación de capital de una empresa —Consulta de 12 de septiembre de 2005.

— Aportación a sociedades *holdings* —Consulta 5 de julio de 2006.

— Reinversión en bienes y derechos afectos a otras actividades —Consulta de 27 de mayo de 2005.

— Reinversión en bienes inmuebles o activos financieros —Consulta de 27 de febrero de 2006.

— Reinversión en fondos y sociedades de inversión —Consultas de 11 de septiembre de 2006, 13 de mayo de 2008 y 17 de junio de 2010.

— Simple mantenimiento del valor de adquisición —Consulta de 24 de octubre de 2006.

— Reinversión en fondos de inversión y reinversión sucesiva en fondo distinto, imposiciones a plazo fijo o seguro de vida de capital diferido —Consulta de 2 de diciembre de 2008.

Por el contrario, si se infringe el requisito de la permanencia en los casos de donación a terceros ajenos al círculo de herederos de las participaciones (Consulta de 10 de marzo de 2006) y disolución de la entidad por imperativo legal o causas económicas (Consulta de 18 de julio de 2005).

Finalmente, en su caso, el incumplimiento del requisito del mantenimiento de la adquisición obligará a ingresar la cuota correspondiente a la reducción que ha sobrevenido indebidamente aplicada, más los correspondientes intereses de demora.

5.6. Importe de la reducción y reglas de aplicación de la misma

Conforme al artículo 6 del RD 1704/1999, la exención en el Impuesto de Patrimonio sólo alcanza al valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma y el valor del patrimonio neto de la entidad (en este sentido, Resolución del TEAC de 15 de junio de 2005 y consultas de la DGT de 30 de enero de 2009 y 1 de abril de 2011), criterio confirmado para el ISD por el TS en sentencia de 16 de julio de 2015.

VALOR DE LAS PARTICIPACIONES X (VALOR DE ACTIVOS AFECTOS – DEUDAS DE LA ENTIDAD), VALOR DEL PATRIMONIO NETO DE LA ENTIDAD.

Por tanto, sólo alcanza a la parte del valor de las mismas que se corresponde con el valor neto resultante de la realización de una actividad económica y excluido, en su caso, la parte del valor que corresponda a bienes, derechos y deudas no afectos a una actividad económica. Al respecto, señalar los siguientes criterios administrativos:

i. Resolución TEAC 12 de marzo de 2016: la tesorería no debe excluirse «per se» de su consideración de elemento afecto. Sólo en el caso que supere las necesidades de circulante cabe hablar de tesorería ociosa o necesaria para la actividad.

ii. Consulta DGT V0366-17, de 13 de febrero de 2017: aunque a efectos de considerar si se realiza una actividad económica no deben computarse como «activos no afectos» aquellos elementos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad en los últimos diez años (art. 4.8.2.a.2.º ley del IP), ello sólo opera a efectos de si la entidad realiza efectivamente una actividad económica o no, pero en ningún caso presupone la afectación de los mismos a la actividad económica para la determinación de la magnitud sobre la que se aplica la reducción.

A efectos de la valoración, debe tenerse en cuenta que:

i. No puede aplicarse ni en el IP ni en el ISD el sistema de capitalización de beneficios previsto en el IRPF para transmisiones a título oneroso: no está previsto en la normativa del ISD ni en la del IP: sentencia TS 5/3/2015, resolución TEAC 11/2/2016. Sentencia del TC 18/2/2016: en el ISD corresponde al Estado el establecerlo, de acuerdo al art. 55.1 de la ley 22/2009, de cesión de tributos.

ii. Debe aplicarse el último balance aprobado siempre que refleje fielmente la contabilidad, y al respecto:

   — Impuesto de Patrimonio: debe atenderse al último balance aprobado a la fecha de vencimiento del plazo de la autoliquidación, aunque sea con posterioridad al devengo: sentencia TS 1272/2013, de 14 de febrero de 2013 y consulta DGT V5434-16, de 23 de diciembre de 2016.

   — Impuesto de Sucesiones y Donaciones: debe atenderse al último balance aprobado al devengo: sentencia del TS de 12 de julio de 2017.

6. Especialidades de la reducción de participación en entidades en donaciones

6.1. Cuadro resumen de la reducción

REDUCCIÓN POR PARTICIPACIONES EN ENTIDADES

Entidad	Sujeto pasivo en el Impuesto de Sociedades y que realice una actividad económica (se incluyen las sociedades *holdings* del art. 75 LIS).
Donante	Participación del 5% individual o del 20% con su «grupo familiar».
	Ejercicio efectivo de funciones de dirección por sí o por el «grupo familiar».
	Retribución de las funciones de dirección del donante o del miembro del «grupo familiar» que las ejerza sea superior al 50% del conjunto de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas.
	Mayor de 65 años o estar en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez.
	Dejar de ejercer funciones de dirección y de percibir remuneraciones por las mismas.
Donatario-adquirente	Parentesco: cónyuge, descendiente o adoptado.
	Mantenimiento de la adquisición durante diez años.
	Exención en el Impuesto de Patrimonio durante el período de permanencia.

6.2. Especialidades en entidad y donante

La entidad debe reunir las mismas características que se han indicado para la reducción *mortis causa*, si bien referida a la fecha en que se verifica la donación, si bien la consulta de la DGT de 27 de abril de 2015 (V1270) puntualiza que respecto de la actividad de la entidad debe atenderse al ejercicio anterior y en el mismo sentido la sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2015.

En cuanto al donante, debe reunir a dicha fecha los mismos requisitos que los apuntados en la reducción *mortis causa* y además tener 65 años cumplidos o hallarse en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez y, caso de ejercer hasta la fecha funciones de dirección y percibir remuneraciones por ello, dejar de ejercerlas y de percibir retribuciones por las mismas.

Por tanto, estos son los requisitos que deben cumplirse en el donante:

1. Participación en la entidad del 5%, computado de forma individual, o del 20% computado de forma conjunta con su «grupo familiar».

2. Ejercicio de funciones de dirección y percibir remuneraciones por tal concepto que supongan más del 50% del conjunto de los rendimientos del trabajo y actividades económicas. Este requisito debe cumplirse en el donante si el cómputo de la participación se ha realizado de forma individual o en cualquiera de los miembros del «grupo familiar» si se ha realizado de forma conjunta.

3. Tener 65 años o hallarse en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez, conforme a la normativa laboral y de la Seguridad Social.

4. En todo caso, ya se haya realizado el cómputo de la participación de forma individual o conjunta, si el donante ejercía funciones de dirección, debe dejar de ejercitarlas y de percibir por tal concepto remuneraciones desde el momento de la transmisión.

Aspectos a tener en cuenta:

i. El cómputo del porcentaje de participación debe referirse a la fecha de la donación. Por el contrario, el que la retribución que perciba sea superior en más del 50% al conjunto de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas, debe referirse al ejercicio del IRPF inmediatamente anterior —Resolución 2/1999.

ii. El cese del ejercicio de funciones de dirección por el donante debe referirse a la fecha del acto traslativo, no antes. En todo caso, entendemos que dado que se exige imperativamente el haber cumplido 65 años, debe admitirse una cierta flexibilidad, de tal forma que no se pierda el derecho a la reducción, si se ha cesado de ejercer dichas funciones al cumplir los 65 años por imperativo de la normativa laboral y la donación se realiza días después.

iii. El propio artículo 20.6 de la LISD admite que la simple pertenencia al Consejo de Administración por el donante realizada la transmisión no implica o presume una continuidad en el ejercicio de las funciones de dirección que conlleve la pérdida de la reducción. En el mismo sentido, la Consulta de 20-4-1999 admite que el donante perciba dietas por su pertenencia al Consejo, siempre que dicha retribución no corresponda al ejercicio de funciones de dirección.

iv. Siendo sumamente importante la fecha en que se realiza el acto dispositivo a efectos de la concurrencia de los requisitos para la aplicación de

la reducción, parece sumamente aconsejable su formalización en documento público, aunque, en su caso, no lo exija la normativa civil o mercantil.

6.3. Requisitos en el donatario: parentesco, mantenimiento de la adquisición y exención en el Impuesto de Patrimonio durante el período de permanencia

El donatario debe ser cónyuge, descendiente o adoptado del donante, por tanto, a diferencia de las transmisiones *mortis causa*, en ningún caso pueden aplicar la reducción los ascendientes, adoptantes o colaterales hasta el tercer grado.

Debe conservarse la adquisición durante los diez años siguientes al devengo de la donación, salvo que el adquirente fallezca dentro de este plazo, añadiendo el apartado c) del artículo 20.6 de la LISD que no se podrán realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.

La DGT ha interpretado de manera flexible este requisito, poniendo el énfasis en que lo decisivo no es el mantenimiento de la forma jurídica de la participación, sino que en ningún caso se disminuya su valor, aunque varíe la forma jurídica de la titularidad, como se desarrolla al estudiar la reducción *mortis causa*, al que nos remitimos.

Y debe el adquirente mantener su adquisición con derecho a la exención por la misma en el Impuesto de Patrimonio durante el plazo de permanencia de diez años. Por tanto, ajustarse a los requisitos del artículo 4 de la Ley del Impuesto de Patrimonio, desarrollado por el RD 1704/1999.

En consecuencia, que la sociedad sea susceptible de aplicar la exención, mantener de forma individual o conjunta con el «grupo familiar» el porcentaje de participación requerida, ejercer de forma personal o un miembro del «grupo familiar» (si se ha realizado el cómputo del porcentaje de participación de forma conjunta, con el «grupo familiar») funciones de dirección y que la remuneración que se perciba por ellas sea superior al 50% del conjunto de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas, como confirman las Consultas de la DGT de 6 de octubre de 2004, 14 de octubre de 2004 y 21 de octubre de 2004.

Entendemos que la exención en el Impuesto de Patrimonio se tiene que cumplir durante el período de permanencia de diez años desde el devengo, computados de fecha a fecha, sin que pueda entenderse que comprende los diez años naturales siguientes al del devengo.

IV. RÉGIMEN EN EL IRPF

1. No sujeción de la plusvalía del muerto en las transmisiones por causa de muerte

Las alteraciones patrimoniales que se ponen de manifiesto por el fallecimiento del sujeto pasivo del IRPF quedan no sujetas de acuerdo al art. 33.3.b) de la Ley del IRPF.

En consecuencia, en el caso de sucesiones (adquisiciones *mortis causa*) hay una absoluta indemnidad fiscal en el IRPF tanto para el causante, respecto del cual sus herederos no deben incluir en la última declaración del mismo las alteraciones patrimoniales), como para los sucesores por sí mismos en cuanto que exclusivamente tributan en el ISD,.

2. No sujeción de la ganancia patrimonial en transmisiones *inter vivos* de las donaciones que cumplan los requisitos del art. 20.6 de la ley del ISD.

2.1. No sujeción de las donaciones que cumplan los requisitos del art. 20.6 de la ley del ISD.

Respecto las donaciones, aunque para los civilistas y las personas en general las donaciones suponen un empobrecimiento para el donante y un enriquecimiento para el donatario, sin embargo, en el IRPF constituyen en primer término una alteración patrimonial (art. 33.1 Ley del IRPF) no excluida de gravamen [a diferencias de las transmisiones «mortis causa» —no sujeción de la plusvalía del muerto ex art. 33.3.b)].

Ahora bien, únicamente pueden generar ganancias patrimoniales, en ningún caso pérdidas, de acuerdo con el art. 33.5.c) de la Ley del IRPF. Sin embargo, sí que pueden no generar ni ganancias ni pérdidas patrimoniales; ello sucederá en todos los casos de pérdida patrimonial y cuando el valor de transmisión de la donación sea equivalente al valor de adquisición por el donante.

Pues bien, en el caso de donaciones de empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades, dispone el art. 33.3. c) de la Ley del IRPF que se estima que no hay ganancia patrimonial «*con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Los elementos patrimoniales que se afecten por el contribuyente a la actividad económica con posterioridad a su adquisición deberán haber estado afectos ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a la fecha de la transmisión*».

Por tanto:

i. Sólo quedan no sujetas las donaciones de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades que cumplan los requisitos para aplicar la reducción estatal en el ISD. En consecuencia:

ii. No quedarán no sujetas las donaciones que cumpliendo los requisitos establecidos en la normativa autonómica, para reducciones análogas o propias, no cumplan los requisitos del art. 20.6 de la Ley del ISD: consultas DGT V2303/06, V1075/11, V0120/13, V0606/14, V1123/15 y V/2195/2016.

iii. Cumpliendo los requisitos del art. 20.6 de la Ley del ISD, la no sujeción en el IRPF es total, aunque en el Impuesto de Patrimonio la exención sea parcial y en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones sea parcial en el caso de participaciones en entidades, por haber determinados elementos integrantes del patrimonio de la sociedad que no estén afectos y respecto de los que no juega la exención en el Impuesto de Patrimonio ni la reducción en el ISD.

2.2. Especial referencia a las atribuciones de presente como consecuencia de pactos sucesorios en derechos forales

Las atribuciones patrimoniales derivan de pactos sucesorios, aunque impliquen transmisiones en vida, quedan sujetas al ISD por el concepto de transmisión «mortis causa» (art. 24.1. *in fine* de la LISD) y quedan no sujetas en el IRPF del disponente en cuanto participan de la no sujeción de la «plusvalía del muerto»: sentencia TS de 9 de febrero de 2016, resolución TEAC de 2 de marzo de 2016, consulta DGT V1225-17, de 18 de mayo de 2017.

(Trabajo recibido el 15/11/2017
y aceptado para su publicación el 15/12/2017)

PRESENTACIÓN
Cristina Marqués Mosquera

NACIMIENTO

CAPÍTULO I: El empresario individual y la búsqueda de la limitación de responsabilidad
Jesús Lleonart Castro

CAPÍTULO II: La organización de la empresa familiar: comunidad de bienes, sociedad civil y cuentas en participación
Ana Berrocal Lanzarot

CAPÍTULO III: Fórmulas societarias existentes al servicio de la empresa familiar
Íñigo Guillermo Revilla Fernández

ORDENACIÓN

CAPÍTULO IV: Los estatutos en la sociedad familiar: límites a la autonomía de la voluntad
María Isabel Viruel León

CAPÍTULO V: Pactos parasociales: naturaleza y eficacia jurídica
Pedro José Maldonado Ortega

CAPÍTULO VI: El protocolo familiar
María Teresa Barea Martínez

CAPÍTULO VII: Los consejeros delegados en la empresa familiar tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo. Especial referencia a su retribución
Rafael Jordá García

CAPÍTULO VIII: Hacia un estatuto de la empresa familiar: necesarias reformas legales
Francisco Javier Olmedo Castañeda

CAPÍTULO IX: Los grupos de empresas
Eduardo Hijas Cid

TRANSMISIÓN

CAPÍTULO X: La transmisión inter vivos de la empresa familiar
Cristina Marqués Mosquera

CAPÍTULO XI: La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar
Ignacio Martínez-Gil Vich

CAPÍTULO XII: La sucesión mortis causa en la empresa familiar
Emilio García Alemany

SITUACIONES DE CONFLICTO

CAPÍTULO XIII: Obligaciones y responsabilidades de los representantes de la empresa familiar ante el conflicto de intereses
Blanca Andrea Villanueva García-Pomareda, Lucía Cagigas Courel

CAPÍTULO XIV: Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención
Jesús Martínez-Cortés Gimeno

CAPÍTULO XV: El conflicto y los "adr" en la empresa familiar
Cristina Fernández Cámara

EXTINCIÓN

CAPÍTULO XVI: Insolvencia de la empresa familiar
Ricardo Cabanas Trejo, Leticia Ballester Azpitarte

CAPÍTULO XVII: Disolución y liquidación de la empresa familiar
Ignacio Pérez-Olivares Delgado

FISCALIDAD

CAPÍTULO XVIII: Fiscalidad de la empresa familiar. Especial referencia a la sucesión
Javier Máximo Juárez González