

El fideicomiso en la empresa familiar actual

Pilar PÉREZ VALENZUELA
Abogado (Barcelona)

I. INTRODUCCIÓN

Buenos días a todos.

La elección del tema de mi ponencia parte de la idea de entender el derecho como una herramienta viva en nuestro día a día y, principalmente, de la intención de poner de manifiesto cómo el Derecho romano continua vivo, ofreciendo soluciones a situaciones jurídicas propias del siglo XXI, como son las Empresas Familiares.

A priori, a mí misma me suscitó dudas el encaje de mi comunicación: «¿Empresa Familiar y Derecho romano?» de por sí, juntos suenan extraño, pero en el estudio del tema me encontré con un libro que no solo me tranquilizó, sino que reforzó mi elección: *La Antigua Roma: Valores para el éxito empresarial*, de Antonio Ortega Parra (2006)¹.

El Sr. Ortega, en esta obra, trata de equiparar a Roma con una Empresa Familiar y defiende que, los principios que rigieron el Imperio Romano son los valores esenciales que toda Empresa Familiar debería perseguir para triunfar como lo hizo el Imperio Romano, y entre otros ejemplos, cita los siguientes:

— El **buen líder** será aquel que cumpla los requisitos del «buen romano» como Marcelo, Fabio o bien, aquel que brille por sí mismo, como Paulo Cornelio Escipión.

— El **éxito de la empresa familiar**, residirá en el valor en la acción y la sabiduría en la decisión.

— Una «**exitosa**» **empresa familiar deberá tener**: una misión clara, una cultura fuerte, unos valores consistentes y una estrategia bien definida.

Y sigue citando a Virgilio en la *Eneida*: «Y tú, romano, recuerda tu misión: regir a los pueblos con tu mando, y para ello estas serán tus artes:

¹ A. ORTEGA PARRA, *La Antigua Roma: Valores para el éxito empresarial*, 2006.

imponer leyes de paz, conceder tu favor a los humildes y abatir combatiendo a los soberbios».

Sin perjuicio de la curiosidad que suscita la anterior obra, la presente comunicación no tiene por objeto analizar cuáles deben ser las características de una «exitosa» empresa familiar, sino simplemente busca poner de manifiesto cómo una figura jurídica nacida a finales de la época de la República de Roma (siglo II d. C.), ha llegado a nuestros días, casi intacta o con modificaciones ínfimas, y ofrece la solución a situaciones propias de instituciones modernas. Nos estamos refiriendo a la figura del Fideicomiso.

II. EL FIDEICOMISO

No es tampoco objeto de la presente ponencia el análisis detallado ni del origen, ni de la naturaleza jurídica, ni de la finalidad del Fideicomiso, pero sí creo interesante resaltar algunas ideas para entender el porqué hablar de «El Fideicomiso y Empresa Familiar».

Hay autores que defienden, en base a textos de Gayo, que el origen inmediato del Fideicomiso se encuentra en la figura romana de la *mancipatio familiae*, la cual se identifica como la primera institución en la que encontramos el triángulo «mágico» propio de las figuras fiduciarias:

<i>Testatore Familiam</i>	<i>Familiae emptor</i>	<i>Terceros</i>
(A)	(B)	(C)

Recordemos que la *mancipatio familiae* era aquella institución romana por la cual, un ciudadano romano (A) podía transmitir su poder jurídico sobre todo o parte de lo que estuviera bajo su potestad (ya fuera su familia o sus bienes) a favor de otro ciudadano de su confianza (B), quien lo aceptaba y se comprometía a gestionar su potestad conforme a las instrucciones establecidas unilateralmente por el constituyente, en beneficio de uno o varios terceros (C).

De dicha institución se cree que deriva posteriormente el Fideicomiso (encargo de confianza: *fidei* = confianza y *commitere* = encargar), que nace a finales de la época de la República como alternativa extrajurídica a los exigentes requisitos formales del Derecho civil de aquella época, y que permitía que aquellas personas que conforme al Derecho civil no podían regular su sucesión, lo pudieran hacer a través de una persona de su confianza, quien recibía el encargo concreto del constituyente.

Con su posterior protección en los tribunales (en la época de Augusto), el fideicomiso se convierte en el medio por el cual una persona podía proteger su patrimonio, mobiliario e inmobiliario, a través de una persona de su confianza, quien recibiría la propiedad de los bienes y quien debería actuar de acuerdo con las instrucciones del instituyente.

El Fideicomiso consolida el triángulo de confianza que llega a nuestra época.

Fideicomitente	Fiduciario	Fideicomisario
(A)	(B)	(C)

Esta estructura triangular inicial, se ha mantenido en el tiempo y ha llegado incluso a ser la base del nacimiento de otras figuras más modernas, como el *trust* en el Derecho anglosajón. Hay algún autor² que defiende que la *mancipatio familiae*, y después el Fideicomiso, han evolucionado como base filosófica del *trust*, en el que se repite el triángulo mágico de la confianza y a través del cual, se cumple con la función de protección patrimonial mediante el encargo a una persona de confianza, de la gestión de la masa patrimonial en beneficio de un tercero.

Settlor	Trustee	Beneficiary
(A)	(B)	(C)

En nuestro ordenamiento jurídico, la evolución del fideicomiso no ha sido tal. Ya es sabido que la figura del *trust* no se reconoce en el ordenamiento jurídico español, si bien sí podemos afirmar que el fideicomiso se sigue reconociendo como la figura de confianza por excelencia (fuera de las estructuras de confianza puramente familiares) en el ordenamiento jurídico español y en sus ordenamiento jurídicos forales internos.

Recordemos que, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico se reconocen las dos figuras bases propias de la época justiniana: el Fideicomiso Ordinario y el Fideicomiso de Residuo. En particular, en el Derecho foral catalán, en el ya derogado *Codi de Successions*³ (siguiendo la tradición recogida en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña)⁴, se regulaba incluso la obligación de reserva de la cuarta parte del patrimonio fideicomitado (instaurada por Justiniano en el fideicomiso de residuo de herencia) y, así se distinguía entre *el fideicomiso de eo quid supererit* y *el fideicomiso de si aliquid supererit*⁵. La vigente regulación de sucesiones catalana, la *Ley 10/2008, del 10 de julio del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, elimina la necesidad de reserva de la cuarta parte en favor de los fideicomisarios y se regula únicamente el fideicomiso ordinario y el fideicomiso de residuo.

² G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, «Perspectivas jurídicas romanas de la construcción judicial del triángulo mágico Fideicomiso & Equity & Trust», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 26, 2006.

³ Ley 40/1991, de 30 de diciembre, *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya*.

⁴ Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, relativo a la aprobación del Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

⁵ Modificados a su vez, en *Codi de Successions*, con el principio de subrogación real.

III. LA EMPRESA FAMILIAR

Como se ha indicado al inicio de la sesión, las Empresas Familiares son el motor del tejido empresarial de la actual economía mundial. Según datos del Instituto de Empresa Familiar (IEF) del ejercicio 2016⁶, en España, el 89 por 100 del total de las empresas son empresas familiares; en Europa representan el 60 por 100 del total de empresas y en Estados Unidos, el 80 por 100 total del entramado empresarial.

No obstante su importancia, no tenemos una definición concreta ni una regulación específica de las empresas familiares, si bien existe un acuerdo generalizado entre profesionales del sector, académicos y expertos, entender como «Empresa Familiar» *aquellas sociedades en las que la propiedad o el control de la misma se encuentra en manos de personas que están ligadas entre sí por vínculos familiares*.

La existencia de los lazos familiares entre los socios o las personas que ostentan el control de la sociedad es lo que dota de la condición de Familiar a una empresa (con independencia de su forma jurídica); y, por simple o sutil que pueda parecer este matiz, es el elemento que exige en la práctica, un trato particular de la Empresa Familiar, por ser una sociedad con características especiales, frente a las demás sociedades de capital, cuyos socios no están unidos más que por intereses económicos.

La universidad de Harvard⁷ desarrolló a principio de los años ochenta, «el Modelo de los Tres círculos: Propiedad, Familia y Empresa»⁸ y, lo representó gráficamente mediante tres círculos entrelazados que confluían de la siguiente forma:

— El **Círculo de Propiedad**, confluye en una parte solo con el círculo de Familia; en otra, solo con el círculo de Empresa y en una tercera, confluye con los otros dos círculos de forma simultánea.

— El **Círculo de Familia** confluye en una parte solo con el círculo de Propiedad; en otra, solo con el círculo de Empresa y en una tercera confluye con los otros dos círculos de forma simultánea.

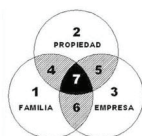
— El **Círculo de Empresa** confluye solo en una parte con el círculo de Propiedad; en otra, con el círculo de Familia, y en una tercera, confluyen con los otros dos círculos de manera simultánea.

A cada uno de los círculos y a cada parte de confluencia, se les asignó un número⁹:

⁶ www.iefamiliar.com.

⁷ J. DAVIS y R. TAGIURI, *El Modelo de los Tres Círculos*, Universidad de Harvard, 1981.

⁸



⁹ Los números son modificables en cuanto a su orden en función de la imagen. Lo relevante es conocer que de la intersección de los tres círculos se crean siete posibles posiciones.

Número 1: Círculo de Familia: son únicamente familiares.

Número 2: Círculo de Propiedad: son únicamente propietarios.

Número 3: son únicamente trabajadores o gestores de la empresa familiar.

Número 4: son los familiares que a su vez son propietarios, que no trabajan en la empresa.

Número 5: son los propietarios que trabajan en la empresa, que no son familiares.

Número 6: son los familiares que trabajan en la empresa, que no son propietarios.

Número 7: son los familiares, que son propietarios y que a su vez trabajan en la empresa.

De esta forma tan visual resumieron las distintas situaciones en las que los miembros de la familia empresaria se podría encontrar: solo en la propiedad, solo en la familia, solo en la empresa; en dos de ellas, o en las tres esferas.

Pertenecer a un Círculo o a otro, estar en alguno o en todos, necesariamente implica distintas posiciones, responsabilidades y visiones y ello, es lo que dificulta la gestión de la Empresa Familiar: gestionar los distintos intereses de sus miembros, en función del sombrero que en cada momento deben llevar, sin perder de vista el sombrero que los demás socios o familiares visten en cada momento.

La necesidad de coordinar los intereses de los tres sistemas: los intereses de la familia como grupo familiar, el interés particular de los socios, y el interés de la empresa, como negocio, es el particular caballo de batalla de la empresa familiar. Velar por tratar por igual a los hijos, cuando a su vez estos son distintos y velar por mantener el negocio a flote, en ocasiones puede generar conflictos emocionales, que interfieren (o pueden interferir) en la gestión empresarial.

Esta situación se agrava cuando la empresa familiar se enfrenta a su principal reto: la Sucesión Generacional, tanto en el gobierno, como en la gestión, como en la propiedad.

Tal es la delicadeza del momento de la sucesión en la empresa familiar, que las estadísticas del IEF del ejercicio 2016¹⁰, reflejan que, del total empresas familiares, un 45,7 por 100 son de primera generación esto es, no se ha enfrentado todavía a ningún proceso de sucesión generacional; el 44,2 por 100 es de segunda generación, esto es, se han enfrentado con éxito a un proceso de sucesión generacional; solo el 7,4 por 100 son de tercera generación, eso es, han afrontado con éxito dos procesos de sucesión generacional y finalmente, a destacar, que solo el 2,6 por 100 de las empresas familiares son de cuarta generación, esto es, han superado con éxito tres procesos de sucesión generacional.

¹⁰ www.iefamiliar.com.

Estas cifras hablan por sí solas, en cuanto a la dificultad que las empresas familiares encuentran a la hora de planificar y trabajar sobre su sucesión, lo que convierte este escenario en una de las principales preocupaciones de las empresas familiares, cuya principal misión, es su continuidad en el tiempo y su conservación en el seno de la familia.

Es en este escenario, en el que los profesionales expertos en la materia, juristas y consultores, adquieren relevancia, puesto que son los encargados de ofrecer a las empresas familiares, las herramientas que mejor les ayuden, tanto para afrontar un correcto proceso de sucesión generacional, como para la conservación de la empresa en la familia a través de las siguientes generaciones.

IV. EL FIDEICOMISO Y LA EMPRESA FAMILIAR

Es bien conocido que el Protocolo familiar es identificado por las Empresas Familiares como la herramienta en la que pueden recoger su visión, su misión y sus valores como Familia Empresaria, y el que mejor les permite dotar de organización a la combinación de intereses de las tres esferas (o círculos según el esquema de Harvard).

Desde el pasado año 2007, contamos, en nuestro ordenamiento jurídico español, con una referencia legal: el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Es la primera norma societaria que hace alguna referencia a la Empresa Familiar en particular, y lo hace a través de la definición que ofrece del protocolo familiar, recogida en su art. 2, apartado 1:

«A los efectos de este Real Decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad».

El referido Real Decreto no identifica con detalle el contenido que debe recoger un Protocolo Familiar (a diferencia de la LSC¹¹ en relación con los Estatutos Sociales o de la escritura de constitución de las sociedades de capital): hace referencia únicamente 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».

Siguiendo esta guía, la práctica nos dice que es contenido habitual del protocolo familiar: definir la visión y la misión de la familia y la empresa; recoger los códigos de conducta de los familiares y de los socios familiares; definir las normas de incorporación al trabajo y las relaciones económicas entre la empresa y los socios; regular aspectos societarios

¹¹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

como la transmisión de acciones o participaciones sociales; regular la composición y funcionamiento de los órganos de gobierno de la Empresa, como son el Órgano de Administración y la Junta de socios o accionistas y la creación de órganos parasociales que hagan de bisagra entre la empresa y la familia, como son el Consejo de Familia o la Junta o Asamblea Familiar. Además, también se podrían incluir todos aquellos acuerdos o compromisos que la familia considere que son necesarios para la conservación de la armonía para con la empresa y su buena gestión.

No obstante, el éxito de un protocolo familiar no reside tanto en su contenido (que sí es importante) como en el Proceso de su elaboración. En este sentido, podemos afirmar que el protocolo familiar «exitoso» será aquel que sus firmantes hayan suscrito con el convencimiento absoluto de que lo quieren cumplir y en el que asumen libremente los compromisos recogidos en el mismo. Para ello, será indispensable haber realizado un correcto proceso en el que se haya trabajado, entre otras cosas, la comunicación entre todos los firmantes de la familia empresaria.

Asimismo, debe tenerse en especial consideración que el mantenimiento de la empresa familiar en manos de los miembros familiares, como principio rector en todas las empresas familiares, solo se cumplirá si los firmantes, convencidos de la relevancia del compromiso asumido en esta línea, otorgan a su vez, aquellos documentos jurídicos que implementen el contenido del protocolo familiar y lo doten de eficacia jurídica.

Entre otros documentos de implementación, el más relevante, a los efectos de la transmisión de la propiedad de las acciones o participaciones sociales, son sin duda los relativos a la regulación de la planificación de la sucesión generacional de la Empresa, esto es, la transmisión *mortis causa* de la propiedad de las acciones o participaciones sociales. Es habitual que en un protocolo familiar se recoja el compromiso de que la transmisión *mortis causa* de las acciones o participaciones sociales se efectuará solo a favor de descendientes, pero si no tenemos un documento que regule la sucesión en tales términos, este compromiso no podrá cumplirse¹².

En aquellos ordenamientos jurídicos en los que, como el catalán, se permite la sucesión contractual, es más sencillo dar cumplimiento a tal compromiso. Lo más frecuente es que una vez firmado el protocolo familiar todos los socios otorguen un pacto sucesorio, como regla general, de atribución particular, en virtud del cual regulen de forma conjunta, su sucesión sobre las acciones o participaciones sociales. Bajo esta fórmula, todos los socios se garantizarán el cumplimiento recíproco de la transmisión de la propiedad de las acciones o participaciones sociales en los términos recogidos en el Protocolo familiar, puesto que no podrán modificar la regulación de su sucesión sobre las acciones o participaciones sociales en estos términos, sin el consentimiento del resto de otorgantes¹³.

¹² Podrán incluirse acuerdos societarios que minimicen los efectos en caso de incumplimiento de este compromiso.

¹³ Art. 431.12 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del *Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*.

El problema surge en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no está permitida la sucesión paccionada, como es el caso del Código Civil¹⁴.

En estos ordenamientos jurídicos, los firmantes del protocolo familiar solo contarán con la herramienta del testamento para regular su sucesión *mortis causa* sobre las acciones y participaciones sociales. También es muy habitual que, una vez firmado el protocolo familiar, todos sus firmantes otorguen un testamento en el que recojan el compromiso de conservación de las acciones o participaciones en la línea descendiente, pero no podemos obviar que el testamento, por definición, es una herramienta esencialmente revocable.

Es en este punto, en el que será indispensable haber realizado debidamente el proceso de protocolo familiar y que los firmantes hayan asumido de forma libre, voluntaria y con absoluto convencimiento, que el contenido de su testamento es su voluntad inalterable; bajo esta premisa, podrá existir la garantía de que el testamento otorgado a la firma del protocolo familiar no será modificado *a posteriori* por su otorgante.

Si damos por buena esta premisa, esto es que el testador no modificará su voluntad y que asume su fiel compromiso de respetar los pactos alcanzados en el protocolo familiar, nos encontramos con otra posible problemática: una vez fallecido el testador, sus descendientes beneficiarios de las acciones o participaciones sociales ¿tendrán a su vez interiorizado tal compromiso? En este supuesto, el proceso de revisión del protocolo familiar con los miembros de las siguientes generaciones tendrá nuevamente gran relevancia, pero ¿existe alguna posibilidad de blindar este compromiso por parte de los descendientes del testador inicial?

La respuesta de esta pregunta, por extraño que pueda resultar, nos la ofrece el Derecho romano, puesto que, como ya hemos apuntado, la figura por excelencia para dotar de garantía la conservación de la empresa familiar en sucesivas generaciones es el Fideicomiso.

Mediante la regulación de un fideicomiso sobre las acciones o participaciones sociales, podremos garantizar la preservación de la empresa familiar en las líneas descendientes, con el límite legal de la segunda generación según establece, tanto la vigente legislación del Derecho catalán¹⁵ como del Código Civil¹⁶. La garantía de la efectividad de esta figura es mayor en empresas de primera generación, en las que el fundador, que trata a la empresa como un hijo más, «bloquea» la propiedad de sus acciones o participaciones a favor de sus descendientes, de primero y de segundo grado.

No obstante, debe tenerse en consideración que esta solución jurídica que dota de seguridad al titular de las participaciones en el momento de

¹⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil.

¹⁵ Art. 426.10, de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del *Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*.

¹⁶ Art. 781 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

la elaboración del protocolo familiar y otorgamiento de su testamento, puede ser un arma de doble filo, puesto que el «bloqueo» de la propiedad puede suponer a su vez, la muerte del negocio por su limitación en la transmisión, en la imposibilidad de incentivación, en la pérdida de oportunidades de inversión, etc. Es por ello, que deberá tenerse especial cautela a la hora de regular el fideicomiso sobre las acciones o participaciones sociales, y en su caso, optar por un fideicomiso de residuo, con instrucciones particulares, que permitan facilitar una transmisión de las acciones o participaciones sociales en aquellos supuestos en los que sea necesario o más ventajoso para el negocio.

Como se ha apuntado anteriormente, el Derecho romano ya regulaba ambas figuras, el fideicomiso ordinario y el fideicomiso de residuo, como las figuras de preservación del patrimonio y la familia, a favor de las personas designadas por el testador. Es de resaltar nuevamente que, figuras tan antiguas en su origen, puedan ser una solución a estructuras tan modernas y tan relevantes en la actualidad, diecinueve siglos después desde su inventiva, como son las Empresas Familiares.

Finalmente, no quiero acabar este trabajo sin poner de manifiesto que desde este prisma, el Derecho romano no solo nos ha dado la herramienta para garantizar, siempre que se regule de la forma adecuada, la continuidad de las empresas familiares en el seno de la familia, sino que también, por medio de la misma figura del fideicomiso, podemos encontrar la solución a situaciones de gestión dentro de las mismas empresas.

Me estoy refiriendo a aquellos supuestos en los que ocupar un cargo o realizar determinada función dentro de la empresa familiar pueda quedar vinculada a la ostentación del control o de mayor participación en el capital social de una sociedad. A través de la figura romana del fideicomiso, como reguladora de la propiedad temporal, podemos establecer que, aquellas personas que ostenten un determinado cargo sean a su vez titulares de un determinado número adicional de acciones o participaciones sociales y que una vez cesen en dicho cargo, estas acciones o participaciones pasen a ser titularidad temporal de la nueva persona que ocupe dicho cargo y así sucesivamente, dentro de los límites de los llamamientos legales. Esta opción permite preservar el incentivo en el desarrollo de las funciones del cargo «privilegiado» y potencia, a su vez, el interés de los sucesores en asumir la responsabilidad en el mismo una vez les llegue su turno.

En definitiva, y para concluir, dado el marco de la presente exposición, podemos afirmar que el Derecho romano sigue vivo, no solo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en las relaciones económicas propias de instituciones tan relevantes en la economía mundial actual como son las Empresas Familiares.

