

Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona (Coord.)

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya



Materials de les Quinzenes
Jornades de Dret català a Tossa

25 i 26 de setembre de 2008

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya
(Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

EL NOU DRET SUCCESSORI DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

**MATERIALS DE LES QUINZENES JORNADES
DE DRET CATALÀ A TOSSA**

25 i 26 de setembre de 2008

**ÀREA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE GIRONA
(Coord.)**

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya: Materials
de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa / Àrea
de Dret Civil Universitat de Girona (coord.). -- Girona :
Documenta Universitaria, 2009. -- 616p. ; 23,5cm
ISBN 978-84-92707-09-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil II. Jornades de
dret català (15es : 2008 : Tossa de Mar)
1. Herències i successions (Dret català) -- Congressos

CIP 347.65(467.1)(063) NOU

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plaguessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-92707-09-6

Imprès a Catalunya

Girona, agost de 2009

Les Quinzenes Jornades han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Diputació de Girona

ÍNDIX

PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DEL DRET DE SUCCESSIONS

- Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya 15
Josep Ferrer i Riba
- ¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código civil? (Un ejercicio de prospectiva) 33
Jesús Delgado Echeverría
- Llei aplicable a la successió: fenòmens migratoris i llei personal del causant 49
Emilio González Bou

SEGONA PONÈNCIA SUCCESSIÓ TESTAMENTÀRIA

- El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña 77
José Miguel Mezquita García-Granero
- La marmessoria 113
Josep-Delfí Guàrdia i Canela
- La ineficàcia dels actes i disposicions d'última voluntat 129
Joan Marsal Guillaumet

TERCERA PONÈNCIA LA SUCCESSIÓ CONTRACTUAL

- La successió contractual en el nou llibre IV del Codi civil de Catalunya 151
Ramon Pratdesaba i Ricart
- La successió en l'empresa familiar 181
Fernando Cerdà Albero

QUARTA PONÈNCIA
LA SUCCESSION INTSTADA I LES ATRIBUCIONS LEGALS

La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña (principios-innovaciones)	209
<i>M^a del Carmen Gete-Alonso Calera</i>	
Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al llibre IV del Codi civil de Catalunya.....	263
<i>Albert Lamarca i Marquès</i>	

CINQUENA PONÈNCIA
ADQUISICIÓ DE L'HERENCIA

L'acceptació i la repudiació. El règim d'adquisició de l'herència.....	309
<i>Anna Casanovas Mussons</i>	
Comunidad hereditaria y partición	325
<i>José Luis Valle Muñoz</i>	

COMUNICACIONS

COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA

La Influencia del Derecho Sucesorio Catalán en la Revisión Puertorriqueña	375
<i>Gerardo J. Bosques Hernández</i>	

COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa familiar desde la perspectiva del Derecho interregional.....	403
<i>Beatriz Añoveros Terradas</i>	
La sucesión contractual en la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. Factores determinantes de su renacimiento: <i>la ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones; y los Protocolos Familiares</i>	421
<i>María Pilar Ferrer Vanrell</i>	

Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad	465
--	-----

M^a Paz García Rubio, Margarita Herrero Oviedo

Algunas reflexiones sobre la causa en los pactos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya.....	485
---	-----

Núria Ginés Castellet

Pactos sucesorios y empresa ¿familiar?	499
--	-----

Belén Trigo García

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

La sucesión forzosa en el Libro Cuarto: Incertidumbres en torno a su fundamento	515
---	-----

Rebeca Carpi Martín

El ejercicio del derecho de legítima en la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña	529
---	-----

Neus Cortada

COMUNICACIONS A LA CINQUENA PONÈNCIA

L'acció de petició d'herència en el Llibre IV CCCat.....	547
--	-----

Lídia Arnau Raventós

La regulación del heredero distribuidor en la compilación de derecho civil balear de 1990	561
---	-----

Francesca Llodrà Grimalt

La col·lació al Llibre quart del Codi civil de Catalunya (Breus notes i aproximació crítica als articles 464-17 a 464-20).....	601
--	-----

Isabel Viola Demestre

LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR

FERNANDO CERDÀ ALBERO
CATEDRÀTIC DE DRET MERCANTIL
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI: I. LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR: UNA VELLA QÜESTIÓ AMB NOUS DESENVOLUPAMENTS NORMATIUS. 1. L'activitat de les institucions europees. 2. Les reformes en la normativa espanyola. 3. El llibre quart del Codi civil de Catalunya. II. DIVERSITAT DE PROBLEMES PRÀCTICS I COMBINACIÓ D'INSTRUMENTS JURÍDICS. 1. Objectius i problemes específics. 2. Exigències de les tècniques jurídiques aplicables. III. INSTRUMENTS JURÍDICO-SOCIETARIS PER A LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR. 1. El protocol familiar. a) Publicitat del protocol familiar. b) Contingut del protocol familiar. 2. Previsions estatutàries: restriccions a la transmissió mortis causa de participacions socials o accions. a) L'atribució estatutària del dret d'adquisició: requisits. b) La determinació del valor raonable. i) Funció de l'auditor. ii) Mètodes de valoració. iii) El pacte estatutari i unànime de determinació prèvia del valor raonable. c) Altres requisits. IV. INSTRUMENTS JURÍDICO-SUCCESSORIS. 1. Previsions testamentàries. a) Patrimoni empresarial, protocol familiar i estatuts socials. b) Disposicions a favor del cònjuge vidu: usdefruit d'accions o participacions socials. c) Algunes prevencions en l'atribució del patrimoni empresarial als descendents. i) Fideïcomís. ii) Administració de la comunitat hereditària. iii) Marmessoria. 2. Pactes successoris. 3. El problema de les donacions en la successió de l'empresa familiar.

I. LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR: UNA VELLA QÜESTIÓ AMB NOUS DESENVOLUPAMENTS NORMATIUS

Amb la sagacitat que li era pròpia, fa ja gairebé cinquanta anys que don José Puig Brutau situava el tema que és objecte d'aquesta anàlisi (la successió en l'empresa familiar) en aquella «última assignatura» dels estudis de postgrau que es cursa durant tota la praxi professional i que es caracteritza per la seva interdisciplinarietat jurídica: per la combinació i unificació pràctica de normes que procedeixen de disciplines diverses.¹

¹ José Puig Brutau, «El testamento del empresario. (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)», *Revista de Derecho Privado*, novembre 1960, t. XLIV, p. 845-858.

La successió adequada en l'empresa familiar és un problema que ocupa en les últimes dues dècades la política empresarial a casa nostra i que també està tenint una atenció normativa específica.

1. L'activitat de les institucions europees

D'aquesta qüestió ja es va fer ressò la Recomanació 94/1069/CE, de la Comissió, de 7 de desembre de 1994, sobre la transmissió de les xicotetes i mitjanes empreses² (amb la corresponent Comunicació de la Comissió mateixa),³ es confirma en la Decisió del Consell de 9 de desembre de 1996, relativa al tercer Programa plurianual,⁴ i es palesa sobretot en el Fòrum Europeu sobre la transmissió d'empreses, que va organitzar la Comissió europea a Lille els dies 3 i 4 de febrer de 1997, els resultats del qual es descriuen en la Comunicació de la Comissió sobre la transmissió de les xicotetes i mitjanes empreses (98/C 93/02).⁵ D'aquesta Comunicació cal destacar, entre les mesures jurídiques sobre transmissió d'empreses referides a la millora de la continuïtat de les empreses, la referència expressa als pactes d'empresa o protocols familiars com a via per pal·liar les conseqüències de la prohibició dels pactes sobre la futura successió [sub A.4.d)], així com el paper dels assessors professionals en la preparació del pla de successió empresarial [sub C.2.b)].

2. Les reformes en la normativa espanyola

A Espanya, aquesta preocupació es manifesta en l'Informe de la Ponència d'Estudi constituïda al si de la Comissió d'Hisenda del Senat, datat el 12 de novembre de 2001,⁶ amb una consideració especial pels problemes jurídics (cívils, mercantils i fiscals) en la successió de l'empresa familiar (sub V.2, p. 28-36) i la conveniència del protocol familiar (sub VII, p. 37-38). Així, la conclusió segona d'aquest informe recomana a les empreses familiars la formalització d'un protocol familiar que, entre altres aspectes, ha d'establir la successió empresarial, a fi de garantir-ne la continuïtat; i la conclusió tercera recomana la possibilitat de gaudir de la publicitat del Registre

² Diari Oficial núm. L 385, de 31 de desembre de 1994, p. 14-17. (Text pertinent als fins de l'EEE).

³ Diari Oficial núm. C 400, de 31 de desembre de 1994, p. 1-9.

⁴ Diari Oficial núm. L 6, de 10 de gener de 1997, p. 25.

⁵ Diari Oficial núm. C 93, de 28 de març de 1998, p. 2-25. (Text pertinent als fins de l'EEE).

⁶ Butlletí Oficial de les Corts Generals – Senat. VII Legislatura, sèrie I, núm. 312, de 23 de novembre de 2001, p. 1-40.

Mercantil en els aspectes del protocol familiar que afectin les relacions de l'empresa familiar amb tercers.

En el terreny normatiu, aquesta inquietud té dues fites importants. D'una banda, la reforma del Codi civil espanyol operada per la disposició final 1a de la Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa, per la qual es modifica la Llei 2/1995, de 23 de març, de Societats de Responsabilitat Limitada.⁷ Aquesta disposició modifica els articles 1056.II (que, per preservar indivisa una explotació econòmica, permet que el pagament de la quota legitimària es faci amb metàl·lic, també extrahereditari, i admet ajornar aquest pagament fins a cinc anys des de la mort del testador),⁸ 1271.II i 1406.2n CC. Segons l'Exposició de Motius (II, apartats quart i sisè): «[...] amb l'objecte de proporcionar (a les xicotetes i mitjanes empreses) els mitjans suficients perquè puguin [...] superar els canvis generacionals dintre d'aquestes, la present Llei intenta resoldre tres problemes que s'han identificat a la majoria de les nostres empreses: [...] i els problemes de supervivència de la societat derivats de la successió generacional [...] Per últim, s'introdueixen transformacions en la legislació civil vigent en aquells preceptes en els quals s'ordenen les relacions entre els membres d'una família i la successió de la unitat productiva per dotar-la d'instruments que permetin dissenyar, en vida de l'emprenedor, la successió més adequada de l'empresa en totes les seves configuracions possibles: societàries, empresa individual, etc. Aquestes modificacions es fan atenent, a més, a un criteri integrador de l'ordenament privat en el conjunt de les legislacions civils de l'Estat.»⁹

En segon lloc, s'ha de subratllar el (tècnicament lamentable)¹⁰ Reial decret 171/2007, de 9 de febrer, pel qual es regula la publicitat dels protocols familiars,¹¹ del qual tractarem en breu. Aquesta norma procedeix de l'habilitació reglamentària continguda en la disposició final 2a.3 de la Llei

⁷ BOE núm. 79, de 2 d'abril de 2003.

⁸ Sobre això, vegeu Juan Manuel Llopis Giner, «La libertad del testador: su facultad de partir. Comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales* (coord. M^a J. Reyes López), Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 51-71.

⁹ Cal fer notar que aquest últim apartat ja apareix, probablement per error, en l'últim apartat de l'epígraf I de la mateixa Exposició de Motius de la Llei 7/2003. Tot i que la literalitat d'aquests dos apartats és pràcticament la mateixa, hi ha, però, una addició notable en l'últim apartat de l'epígraf I, que desapareix en l'apartat 6è de l'epígraf II, ja que aquell afegeix: «Aquestes modificacions, aplicables exclusivament al territori comú, que es regeix pel Codi civil, d'acord amb l'article 149.1.8a de la Constitució espanyola, ...».

¹⁰ Ho critica enginyosament i amb sòlids arguments Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 37, 41-43, 102-104, 123, 176, 178-181, 197, 200-202.

¹¹ BOE núm. 65, de 16 de març de 2007.

7/2003, que ordenava establir les «condicions, forma i requisits per a la publicitat dels protocols familiars, així com, si fos el cas, l'accés al Registre Mercantil de les escriptures públiques que continguin clàusules susceptibles d'inscripció». Tanmateix, les novetats més importants que introdueix aquest Reial decret 171/2007 són les aplicables a qualsevol societat tancada (i no sols a les societats familiars), amb les modificacions del Reglament del Registre Mercantil:¹² concretament en els seus articles 114.2, 124.2.d), 175.2, 185.3.d), 186.5, 187.1 i l'addició de l'article 188.5 RRM. Aquestes modificacions possibiliten la publicitat registral de previsions contingudes anteriorment en pactes parasocials (és a dir, extraestatutaris), i que ara poden gaudir de l'oposabilitat davant de tercers derivada de la publicitat material registral.

3. El llibre quart del Codi civil de Catalunya

La recent Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions,¹³ també conté algunes previsions pensades per a la successió de l'empresa familiar.

L'aspiració general d'adequar el règim successori català a les transformacions de l'economia (Preàmbul I, apartat 3r) es concreta en previsions específiques per al cas en què en el patrimoni del causant hi hagi accions o participacions socials [com a béns fideïcomesos: articles 426-22.1.c), 426-26.3 CCCat; o com a objecte del llegat: article 427-33 CCCat], o per al fideïcomís d'empresa (article 426-3.3 CCCat) o el llegat d'empresa (article 427-29 CCCat). Però, sobretot, la transmissió mortis causa de l'empresa familiar és particularment considerada en el marc dels pactes successoris (Preàmbul IV, apartat 2n, articles 431-6.2, 431-7.1, 431-8.3.4, 431-25.2 CCCat).

II. DIVERSITAT DE PROBLEMES PRÀCTICS I COMBINACIÓ D'INSTRUMENTS JURÍDICS

1. Objectius i problemes específics

La successió en l'empresa familiar consisteix en un dels dos conjunts d'objectius que s'han d'assolir en dissenyar l'estructura jurídica de l'empresa familiar.¹⁴ En la immensa majoria dels casos, aquesta empresa familiar

¹² Aprovat pel RD 1784/1996, de 19 de juliol. BOE núm. 184, de 31 de juliol de 1996.

¹³ DOGC núm. 5175, de 17 de juliol de 2008.

¹⁴ No he d'insistir ara en els problemes que comporta definir l'empresa familiar. Per a un estudi del tema em sigui permès remetre a Fernando Cerdà Alberó, «La empresa familiar:

estarà organitzada en forma de societat mercantil de capital, i sobre aquest model de freqüència centrarem aquestes reflexions. Assegurar la successió adequada (i, en general, regular l'entrada i sortida de socis) en l'empresa familiar comporta resoldre els problemes en la successió en el doble àmbit de la propietat i de la gestió. El segon conjunt d'objectius en la configuració jurídica de l'empresa familiar persegueix l'organització òptima i eficient del poder familiar i del seu funcionament.¹⁵

Per ser més concrets, amb l'ordenació de la successió en l'empresa familiar es persegueix una pluralitat d'objectius.

En primer lloc, mantenir les participacions socials o accions dintre del nucli familiar, és a dir, assegurar la pertinença dintre la línia de consanguinitat, o la preferència dels parents consanguinis del causant, abans que entri qualsevol estrany. Aquesta aspiració resulta òbvia per la mateixa essència de la noció de l'empresa familiar, en la qual l'element clau és el control de l'empresa per la família, i per assegurar aquest control s'exigeix una regulació adequada de la transmissió de l'empresa familiar, especialment quan es tracta de la transmissió mortis causa. També ací es fa present un doble objectiu o interès de la família: (i) evitar l'entrada no desitjada de tercers externs al grup familiar; (ii) mantenir l'equilibri de poder entre les diferents línies o branques familiars que descendeixen de la mateixa stirp.

En segon lloc, resoldre el relleu generacional amb el lideratge adient (assegurant la unitat de la gestió de l'empresa, però atribuint als descendents un benefici patrimonial equivalent). Açò implica gestionar adequadament les emocions en l'empresa familiar: evitar els freqüents problemes de rivalitat entre generacions, germans i cosins, de favoritisme entre ells, de direcció familiar amb escàs talent o compromís, o poc professionalitzada, o de descendents no interessats en la gestió empresarial.

En tercer lloc, avançar la successió, a fi de motivar els descendents en l'empresa, reconèixer la labor que hi fan, i cercar-ne el compromís empresarial. Tan humà és desviure's per tota la família en sentit ampli, com humà és també que un fill del titular de la societat (el fill de l'«empresari» en la terminologia col·loquial) vulgui ser també «empresari» (i, per tant, propietari) i no sols un simple directiu; vol quedar-se en l'empresa per treballar fonamentalment per a ell i la seva branca familiar.

una noción relativa», en AA.VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi-Cuatrecasas, Cizur Menor, 2004, p. 67-103.

¹⁵ És lloc comú entre els autors referir-se a aquesta dualitat de finalitats i problemes: entre daltres, al ja citat llibre col·lectiu *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, vegeu els treballs de Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», p. 287-311 (p. 291); Juan Grima Ferrada, «Pactos entre socios familiares», p. 139-180 (p. 145).

Aquestes finalitats plantegen uns problemes propis, que se sumen als generals de tota successió i que potser s'agreugen quan s'esdevenen en l'empresa familiar, pel valor d'aquesta: v. gr. les disposicions a favor del cònjuge vidu, la captació de voluntat del testador a última hora, la desconfiança davant algun descendent, els problemes derivats de crisis matrimonials...

A més, de vegades, en dissenyar la successió en l'empresa familiar i organitzar l'estructura empresarial més adient s'ha de posar remei a l'oposició entre les perspectives fiscals (generalment tendents a estructures amb societats hòlding) i les successòries (que acostumen a preferir filialitzacions societàries).

2. Exigències de les tècniques jurídiques aplicables

Davant aquesta multiplicitat d'objectius i problemes pràctics, en planificar la successió en l'empresa familiar s'ha de tenir cura dels instruments jurídics (diversos i inconnexos) que ofereix l'ordenament, i l'assessor jurídic ha de procurar l'engranatge més adient entre aquestes peces. En precisar les tècniques jurídiques específiques que resulten aplicables, convé tenir en compte les exigències següents.

D'antuvi, la sort de l'empresa familiar no pot deixar-se a les regles de la successió intestada.¹⁶ Com a mostra d'aquest risc inassumible, n'hi ha prou a pensar en l'aplicació de l'opció de commutar l'usdefruit universal per l'atribució d'una quarta part alíquota de l'herència (i, a més, l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar) que l'article 442-5 CCCat ofereix al cònjuge vidu (o convivent en unió estable de parella). L'exercici d'aquesta opció pot tenir conseqüències terribles al si de l'empresa familiar. En efecte, el tipus de patrimoni que, per la seva composició i naturalesa, considera com a inspiració i fonament normatiu aquesta regla de commutació de l'usdefruit, no sembla tenir en compte el cas en què l'objecte de l'herència inclogui una empresa familiar.

A més, cal adaptar les diverses tècniques jurídiques a les necessitats particulars de l'empresa familiar concreta, atès que aquest tipus d'empresa és un fenomen que sovint presenta múltiples variants.

D'altra banda, s'ha de tenir cura de la complexitat de la mateixa successió, ja que —com s'ha esmentat— no s'esgota en el mer vessant patrimonial,

¹⁶ Aquesta advertència ja la va fer Julián Dávila, «La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, t. III, p. 573-591 (p. 576), al qual es referia també José Puig Brutau, «El testamento del empresario. (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)», op. cit., p. 847, nota 9.

sinó que s'estén també als aspectes de la gestió empresarial. A més, en el mateix vessant patrimonial, la qüestió successòria es complica per l'objectivació freqüent en l'estructura successòria: val a dir que normalment no es tracta de la mera transmissió de pares a fills, sinó de participacions socials o accions en societats que són titularitat dels progenitors (o estan controlades per ells) a favor de societats patrimonials que són titularitat dels fills respectius (o controlades per cadascun d'ells). Aquesta situació ens connecta amb el problema de determinar els últims beneficiaris de la transmissió i, amb aquesta qüestió, la de les participacions indirectes en societats mercantils de capital.

En fi, també ací l'element temporal és clau: les solucions jurídiques proposades en els diferents instruments jurídics s'han de contrastar, revisar i adequar periòdicament als canvis en les circumstàncies subjectives i objectives de relleu que es puguin produir en la família o en l'empresa.

III. INSTRUMENTS JURÍDICO-SOCIETARIS PER A LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR

1. El protocol familiar

a) Publicitat del protocol familiar

Amb poca precisió terminològica, l'article 2 RD 171/2007 defineix el protocol familiar com «aquell conjunt de pactes subscrits pels socis entre ells o amb tercers amb els qui tenen vincles familiars, que afecten una societat no cotitzada, en la qual tinguin un interès comú amb vista a assolir un model de comunicació i consens en la presa de decisions per regular les relacions entre família, propietat i empresa que afectin l'entitat».

El relleu que dona aquest Reial decret 171/2007 a la publicitat del protocol familiar contrasta amb el fet que en els darrers anys aquest instrument jurídic pateix certa pèrdua d'encant, fonamentalment a causa del procés de vulgarització de què ha estat objecte, i que ha produït no pocs documents amb escàs mèrit, gràcia i interès. I cal recordar que l'empresari, per damunt de tot, vol resultats. Això explica el reduïdíssim ús que es fa a la pràctica dels mecanismes de publicitat del protocol familiar establerts en aquesta norma reglamentària, de la qual —almenys a hores d'ara— hom pot afirmar que té una eficàcia simbòlica.

La publicitat del protocol familiar és voluntària, i la decidirà l'òrgan d'administració en consideració a l'interès social, i amb el consentiment

expres dels afectats les dades dels quals siguin incloses en el protocol (articles 2.3 i 3.1.2 RD 171/2007).

Les formes per a aquesta publicitat són diverses.¹⁷ Una és extraregstral: el protocol familiar es pot publicar en la pàgina web de la societat, el domini o adreça d'Internet que consti al Registre Mercantil (article 4 RD 171/2007).

Per a l'accés regstral del protocol familiar, d'antuvi cal fer notar que —per molt sorprenent que pugui resultar— no s'estableix la possibilitat d'inscripció directa del protocol familiar; ans només es consideren formes de presentació circumstancials del protocol familiar (amb ocasió de la presentació dels comptes anuals per a llur dipòsit, o amb la inscripció d'acords socials adoptats en execució d'un protocol familiar publicat). No sembla que la raó d'aquesta paradoxal omisió de la inscripció directa del protocol estigui en la falta d'una norma legal que ho permeti (amb la modificació consegüent de l'article 16 CCom).¹⁸ Aquesta previsió legal resulta innecessària, ja que el protocol familiar de les societats mercantils és una circumstància la inscripció de la qual pot estar determinada en les lleis o en el mateix Reglament del Registre Mercantil (com expressament estableix l'article 22.2 CCom).

Quant a les modalitats de publicitat regstral, s'ofereixen tres vies diferents, amb distinta eficàcia: les dues primeres, de mera publicitat notícia; la tercera, amb eficàcia de publicitat material (apartat 19è de l'exposició de motius del RD 171/2007).

En primer lloc, simplement es pot fer constar en el full de la societat l'existència del protocol familiar, amb una ressenya identificativa que indiqui si el protocol és accessible en la web de la societat que consti en el full regstral (article 5.1 RD 171/2007). Ara bé, cal subratllar que mitjançant aquesta modalitat de publicitat no consta al Registre el contingut del protocol, que òbviament tampoc és qualificat pel registrador mercantil (com s'emfatitza en l'article 5.2 RD 171/2007).

A aquesta manera de publicitat notícia es refereix la recentíssima resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 30 de setembre de 2008,¹⁹ en què es confirma la qualificació del registrador mercantil, que havia advertit dos defectes. D'una banda, s'afirma que el tancament regstral del full obert a la societat (per la mancança del dipòsit dels

¹⁷ Sobre aquestes diverses modalitats de publicitat, vegeu també Francisco Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», *Revista Jurídica de Catalunya* 2008, núm. 1, p. 51-89 (p. 72-77).

¹⁸ Tot i que és el molt respectable criteri que sosté Francisco Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», op. cit., p. 57-58, 73.

¹⁹ «Familia Álvarez Protocolo Familiar Avantis El Grupo Gedeco». JUR 2008\341776.

comptes) impedeix la publicitat registral del protocol, ja que —per la via de publicitat del protocol establerta en l'article 5 RD 171/2007— s'hauria de consignar en el full obert a la societat l'existència del protocol mitjançant un assentament d'inscripció (argument ex article 5.2 RD 171/2007).²⁰ Com a segon defecte, la publicitat del protocol no havia estat sol·licitada, segons exigeix l'article 5 RD 171/2007, per l'òrgan d'administració.²¹ En consideració a aquesta circumstància, la resolució declara que «la publicitat que regula l'article 5 RD 171/2007 és una mera publicitat notícia, que dona a conèixer l'existència d'un protocol familiar, però no el seu contingut, que per la seva mateixa definició no enclou la qualificació de les seves clàusules, no genera un efecte de publicitat material, ni molt menys en garanteix el compliment».

Com a segona via, en presentar els comptes anuals, s'hi pot incloure una còpia o testimoni del document públic en què consti el protocol de la societat, que es diposita juntament amb els comptes anuals i es «qualifica» pel registrador, tot i que el document dipositat ha de ser rellevant només als efectes del bon govern de la societat familiar (article 6 i exposició de motius, apartat 16è, del RD 171/2007). No deixa de sorprendre la inidoneïtat del títol en el mitjà emprat per la norma per a la tècnica del simple dipòsit, la qual cosa revela l'obsessió d'aquest Reial decret pel recurs al document públic.²² D'altra banda, quan aquest article es refereix al fet que aquest document és objecte de «qualificació» per part del registrador, no s'ha

²⁰ Luis Fernández del Pozo, El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral, op. cit., p. 202, ja ha fet notar que la norma oblida indicar quin és l'assentament idoni per a aquesta menció registral, i s'avança a la resolució de la Direcció General en suggerir que el més apropiat és un assentament d'inscripció.

²¹ El cas analitzat és certament peculiar. El protocol familiar havia estat signat pel fundador (que era l'administrador únic de la societat) i pels seus quatre fills (segons sembla induir-se dels antecedents, dos dels quals eren fruit d'un matrimoni i els altres dos d'un segon matrimoni). El protocol establia la constitució d'un consell d'administració, amb representació de les dues branques familiars. Tanmateix, el fundador (i administrador únic) va morir abans de presentar-se el protocol al Registre Mercantil. Dos germanastres (que tenien la majoria del capital social) no van respectar el protocol familiar i van designar administrador únic un d'ells, el qual no permetia l'accés del protocol al Registre, ja que aquest protocol col·lidia amb el seu nomenament com a administrador únic. Un dels altres germanastres va presentar el protocol familiar al Registre Mercantil. El registrador assenyala, i la Direcció General confirma, que el fet que el protocol estigués signat per qui era administrador únic en la data de la seva protocol·lització notarial, però ja mort en el moment de presentar el document al Registre, no supleix la necessitat de sol·licitud expressa per part de l'òrgan d'administració inscrit en el Registre (segons exigeix l'article 5.1 RD 171/2007).

²² Així ho critica, amb la seva acostumada finor jurídica, Luis Fernández del Pozo, «El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *Revista de Sociedades* 2007, núm. 29, p. 10/74.

d'entendre en el sentit tècnic-jurídic de la qualificació registral plena (que abasta la legalitat formal del document, la capacitat i legitimació dels atorgants o subscriptors, i la validesa del seu contingut: article 18.2 CCom, article 6 RRM), sinó com a simple qualificació formal, en el sentit que el document s'adequa a la naturalesa d'un protocol familiar (com a document que pot afectar el bon govern de la societat familiar) i que apareix signat pels administradors socials.²³

En fi, com a tercera modalitat de publicitat del protocol (i aquesta sí, amb eficàcia de publicitat material), la inscripció d'acords socials adoptats en execució d'un protocol familiar publicat ha de mencionar expressament aquesta circumstància, i s'exigeix la qualificació prèvia del registrador de l'escriptura d'aixecament a públic dels acords socials en execució del protocol (article 7 RD 171/2007). Com recorda també la ja esmentada resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 30 de setembre de 2008,²⁴ només està emparada per la fe pública registral la modificació estatutària inscrita com a conseqüència de l'execució d'un protocol familiar publicat (article 7 RD 171/2007) i, com a tal clàusula estatutària inscrita, obligaria els socis.

A Catalunya, la importància d'aquestes vies de publicitat del protocol familiar s'incrementa per la circumstància que l'article 431-8.4 CCCat remet a aquestes modalitats de publicitat dels protocols familiars per fer constar al Registre Mercantil l'existència dels pactes successoris que tinguin per finalitat el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar.

b) Contingut del protocol familiar

El protocol familiar té naturalesa negocial²⁵ («un conjunt de pactes subscrits pels socis entre ells o amb tercers amb els qui tenen vincles familiars», indica l'article 2.1 RD 171/2007). Com a tal, el seu contingut queda a l'empara del principi d'autonomia de la voluntat. Segons el mateix article 2.1 RD 171/2007, l'objecte d'aquests pactes es caracteritza per referir-se a una societat mercantil (no cotitzada) en la qual els signants del protocol tinguin un «interès comú amb vista a assolir un model de comunicació i consens en la presa de decisions per regular les relacions entre família, propietat i empresa que afectin l'entitat». D'antuvi, mereix ser criticada la

²³ En aquest sentit també, molt encertadament, Francisco Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», op. cit., p. 75-76.

²⁴ «Familia Álvarez Protocolo Familiar Avantis El Grupo Gedeco». JUR 2008\341776.

²⁵ Sobre aquesta naturalesa negocial del protocol familiar, remeto a l'excel·lent anàlisi de Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 46-82.

tècnica jurídica per la qual s'inclou en una definició normativa aquesta referència final als tres cercles secants (família, propietat i empresa) que integren un dels models explicatius gerencials més coneguts per il·lustrar els conflictes al si de l'empresa familiar.²⁶

A la pràctica, l'estructura i el contingut dels protocols familiars presenten un ampli i divers ventall.²⁷ Òbviament, cal determinar les parts vinculades pel protocol (socis que pertanyen a la mateixa família) i l'objecte del protocol (fonamentalment, les participacions socials o accions que pertanyen als membres de la família).

Entre els pactes més freqüents es troben dos capítols molt característics. D'una banda, els relatius a la composició, funcionament i presa de decisions en els òrgans socials. De l'altra, els pactes sobre drets econòmics: en especial, la política de dividendes; la valoració periòdica de participacions o accions; la institució d'un mercat interfamiliar per a aquestes participacions o accions (els coneguts «bolsíns») per facilitar la separació de socis i assegurar l'obtenció de liquiditat.

Amb relació als òrgans socials, i en el cas que l'òrgan d'administració tingui l'estructura de consell d'administració, els articles 124.2.d) i 185.3.d) RRM [en la redacció donada per la disposició final 2a.2.4 RD 171/2007, i desenvolupant la possibilitat oferta pels articles 114.2.e) i 175.2.e) RRM] permeten que estatutàriament es prevegi la constitució d'un comitè consultiu, que pot tenir una denominació específica en la qual es pot afegir, entre altres adjectius, el mot «familiar».²⁸ Si es considera l'existència d'aquest comitè consultiu, s'ha de determinar en els estatuts: quin òrgan (la junta de socis o l'òrgan d'administració) és el competent per nomenar i revocar el comitè consultiu; la composició i requisits per ser membre d'aquest comitè, i el nombre i la retribució

²⁶ Vegeu també la crítica a aquesta formulació normativa en Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 41-43.

²⁷ Sobre això, entre altres, Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 298-301; Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», en *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa* (coord. Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona), Girona, Documenta Universitaria, 2005, p. 123-147 (p. 133-136); Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 78-82.

²⁸ Precisament amb relació a un cas de societat de responsabilitat limitada familiar que volia dotar-se d'un «consell de família» i d'una «assemblea de família», la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de maig de 2005 (RJ 2005/5539) ja va admetre que, dintre del marc dispositiu de la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada i el principi de lliure autonomia de la voluntat que consagra l'article 12.3 LSRL, es poguessin constituir òrgans socials específics al marge dels establerts legalment, però en tot cas la incorporació d'aquests òrgans a l'estructura de la societat requereix la regulació adequada de llur composició, nomenament, funcions, etc.

dels membres; el funcionament i la manera d'adoptar acords el comitè consultiu; les competències consultives o informatives concretes d'aquest òrgan. Juntament amb aquest comitè consultiu, també es permet que s'institueixi estatutàriament qualsevol altre òrgan amb funció merament honorífica, indicant l'eventual sistema de retribució dels seus membres.

Pel que fa a la presa de decisions en els òrgans socials, és freqüent pactar sindicats de vot com a contingut del mateix protocol familiar, tot i que també es pot establir de manera separada com en qualsevol pacte extraestatutari o pacte parasocial. En virtut d'aquests sindicats de vot els socis s'obliguen, amb caràcter permanent, a votar a la junta de socis (o, si fos el cas, també al consell d'administració) en el sentit que prèviament s'hagi acordat al si del sindicat.

Per garantir el compliment dels pactes inclosos en el protocol familiar, resulta de gran importància la novetat introduïda també per la disposició final 2a.1.3 RD 171/2007, en permetre que es facin constar en les inscripcions registrals «les clàusules penals en garantia d'obligacions pactades i inscrites, especialment si estan contingudes en protocol familiar publicat en la forma establerta en els articles 6 i 7 RD pel qual es regula la publicitat dels protocols familiars» [art. 114.2.a) i 175.2.a) RRM].

2. Previsions estatutàries: restriccions a la transmissió *mortis causa* de participacions socials o accions

a) L'atribució estatutària del dret d'adquisició: requisits

Com a regla general, i com a conseqüència dels drets successoris dels hereus o legataris, se'ls han de transmetre per força les participacions socials o accions de l'herència. A aquest respecte no es pot demanar més claredat a l'article 32.1 LSRL: «L'adquisició d'alguna participació social per successió hereditària confereix a l'hereu o legatari la condició de soci.»

Nogensmenys, aquesta regla no és absoluta, ja que —com a punt d'equilibri entre els drets hereditaris i l'interès de la societat d'impedir que esdevinguin socis persones estranyes o no desitjades— l'ordenament societari permet atribuir estatutàriament a la resta de socis sobrevivents (o, subsidiàriament, a la mateixa societat) un dret d'adquisició (dret de rescat o dret d'opció) sobre les participacions o accions del causant. Aquesta restricció estatutària a la transmissibilitat *mortis causa* d'accions o de participacions socials es recull en l'article 64.1 LSA i en l'article 32.2 LSRL, que disciplinen els requisits per establir aquest dret estatutari

d'adquisició (i com a tal «dret d'adquisició» ho qualifica expressis verbis l'article 32.2 LSRL).²⁹

Aquest dret d'adquisició es pot reforçar mitjançant el compromís incorporat al protocol familiar de disposar testamentàriament de les participacions socials (o accions) únicament a favor de les persones que poden adquirir-les de conformitat amb els estatuts socials.³⁰ A més, si hi ha diferents branques familiars, i a fi de mantenir els percentatges de participació en el capital que corresponguin a cada branca familiar, aquest dret d'adquisició es pot atribuir de manera fragmentària i progressiva: primer, a la resta de socis de la mateixa branca familiar del transmissor; després, als socis de la resta de branques familiars; finalment, als eventuals socis que no pertanyin a ninguna de les branques familiars i, a falta d'uns o altres, a favor de la mateixa societat.³¹ Amb aquesta finalitat, es poden organitzar les participacions socials (o accions) en classes diferents.

Per centrar-nos en els requisits que s'han de complir en establir estatutàriament aquest dret d'adquisició, les exigències legals giren entorn a l'element més conflictiu d'aquesta matèria: la determinació del valor de les accions o participacions socials.

b) La determinació del valor raonable

En primer lloc, les accions o participacions socials en qüestió s'han d'apreciar per llur valor raonable. El moment al qual es refereix aquesta determinació del valor raonable canvia segons es tracti d'accions, per a les quals s'acudeix al criteri del moment en què l'hereu o legatari va sol·licitar la inscripció de la transmissió al llibre registre d'accions nominatives (article 64.1.I LSA), o de participacions socials, per a les quals s'opta pel valor raonable que tinguessin les participacions socials el dia de la mort del soci (article 32.2 LSRL).

²⁹ La mateixa expressió terminològica («dret d'adquisició») es recollia ja en l'article 174.11a del Reglament del Registre Mercantil de 1989 [aprovat pel RD 1597/1989, de 29 de desembre (BOE núm. 313, de 30 de desembre; correcció d'errades: BOE núm. 8, de 9 de gener de 1990)], seguint l'empremta de l'article 21.II LSRL de 1953 [Llei de 17 de juliol de 1953, sobre règim jurídic de les Societats de Responsabilitat Limitada (BOE núm. 199, de 18 de juliol; correcció d'errades BOE núm. 227, de 15 d'agost)] que es referia al «dret a adquirir».

³⁰ Així també, Juan Grima Ferrada, «Pactos entre socios familiares», op. cit., p. 159; Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 137.

³¹ En el mateix sentit, Juan Grima Ferrada, «Pactos entre socios familiares», op. cit., p. 149.

En segon lloc, i aquí hi ha el problema principal, s'ha de precisar què s'entén per valor raonable i qui el determina. Naturalment aquesta qüestió es planteja quan no hi ha acord entre les parts (els successors del causant, d'una banda, i la societat, de l'altra) sobre aquests aspectes: així ho assenyalen l'article 32.2 LSRL³² i l'apartat 4.c) de la resolució de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes (ICAC) de 23 d'octubre de 1991.³³

En cas de controvèrsia, i pel que fa a la persona que ha de determinar aquest valor raonable, ha de ser un auditor de comptes, distint a l'auditor que pugui tenir la societat. Ara bé, el subjecte que designa aquest auditor és diferent, segons es tracti de valorar accions en una societat anònima o de participacions en una societat de responsabilitat limitada. En el cas de les societats anònimes, l'auditor ad hoc és nomenat pels administradors socials, a sol·licitud de qualsevol interessat (article 64.1.II LSA).³⁴ Però tractant-se d'una societat limitada, aquest auditor de comptes ha de ser designat pel registrador mercantil del domicili social a sol·licitud de la societat o de qualsevol dels socis titulars de les participacions que hagin de ser valorades (article 32.2 LSRL, que remet a l'article 100 LSRL).

i) Funció de l'auditor

La funció d'aquest auditor no és emetre una opinió, sinó determinar un valor de transmissió sobre la base del seu judici, com a expert independent en assumptes comptables, econòmics i financers (apartat 8 de l'esmentada resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991). I l'apartat 9 de la mateixa resolució afegeix que, en aquest entorn, l'auditor actua efectivament com un àrbitre.

Nogensmenys, aquesta darrera afirmació ha estat molt controvertida recentment en les sentències dictades en la nissaga «El Corte Inglés», en delimitar l'abast de la revisió jurisdiccional de la valoració feta per l'auditor al voltant de l'aplicació de la clàusula estatutària restrictiva de la lliure transmissió d'accions. En un dels plets, la sentència de l'Audiència

³² La redacció actual d'aquest apartat prové de la Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa, per la qual es modifica la Llei 2/1995, de 23 de març, de Societats de Responsabilitat Limitada (BOE núm. 79, de 2 d'abril).

³³ Resolució de 23 d'octubre de 1991, de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes, per la qual es publica la Norma Tècnica d'elaboració de l'informe especial en els supòsits establerts en els articles 64, 147, 149 i 225 del Text Refós de la Llei de Societats Anònimes (BOICAC núm. 7; BOE de 17 de desembre de 1991).

³⁴ La redacció vigent d'aquesta norma procedeix de la Llei 44/2002, de 22 de novembre, de mesures de reforma del sistema financer (BOE núm. 281, de 23 de novembre).

Provincial de Madrid (secció 28a) de 29 de juliol de 2008³⁵ es fa ressò de la crítica a la norma tècnica publicada per la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991, pel que fa a la consideració —que acabem de recordar— que l'auditor actua com a àrbitre (apartat 9 de la resolució); afirmació que la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid titlla d'una simple imprecisió, ja que —rectament entesa— aquesta funció de l'auditor consisteix en un arbitri de determinació (concretament de la determinació del preu: article 1447 del Codi civil), i és de naturalesa objectiva, atès que requereix que l'auditor s'ajusti a determinades regles en fer la seva valoració. En suma, aquesta sentència de l'Audiència Provincial madrilenya entén que l'auditor actua, no com a àrbitre, sinó com a arbitrador, per la qual cosa la seva decisió és impugnabile (ex articles 1690, 1447 i 1714 del Codi civil) i revisable pel tribunal quan l'auditor ha incomplert la *lex artis*. L'abast de la revisió d'aquest arbitri objectiu té efectes no anul·latoris, sinó revisors, de manera que es pot modificar el preu fixat incorrectament, tot mantenint el negoci la seva eficàcia, però les parts queden obligades a complir-lo segons el valor resultant de la revisió.

Tanmateix, en un cas paral·lel, s'afirma una consideració més estreta i limitada de les possibilitats de l'esmentada revisió jurisdiccional en la sentència del Jutjat Mercantil de Madrid (núm. 7) de 14 de juliol de 2008,³⁶ en sostenir que «aquesta revisió jurisdiccional té un caràcter restrictiu i només resulta pertinent en aquells casos en què la tasca de valoració s'ha efectuat infringint manifestament la *lex artis*, quan s'han vulnerat de manera grollera els estàndards propis de la professió [...] quan els resultats assolits resultin clamorosament extravagants o manifestament desvirtuats». En el cas, aquesta sentència considera que la valoració feta per l'auditor designat pels administradors socials no presenta els caràcters d'extravagància o irracionalitat que afavoririen la seva revisió jurisdiccional; ans, la sentència afirma que l'informe fet per aquest auditor s'ajusta als procediments reglats per la norma tècnica d'auditoria, s'ha elaborat segons la *lex artis*, està suficientment documentat i ofereix un resultat que està plenament dintre dels paràmetres encunyats per les normes tècniques.

³⁵ Magistrat ponent: Rafael Sarazá Jimena. «César Carlos Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Rotllo d'apel·lació núm. 402/2007. Diario La Ley núm. 7039, de 22 d'octubre de 2008.

³⁶ Magistrat: Andrés Sánchez Magro. «Ramón, M^a Jesús y M^a del Rosario Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Diario La Ley núm. 7004, de 3 de setembre de 2008.

ii) Mètodes de valoració

Amb relació als mètodes de valoració més usuals o generalment utilitzats, els apartats 6 i 7 de la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991 es refereixen, amb caràcter orientatiu, als quatre mètodes següents: valor de cotització en borsa, valor de l'actiu net real, valor de capitalització de resultats i valor actual de fluxos monetaris nets.

Precisament l'adequació i aplicació de la metodologia emprada per determinar el valor raonable de les acciones és una altra de les grans qüestions que es plantegen i resolen amb detall —tot i que sostenint criteris força oposats— en les ja esmentades sentències de la nissaga «El Corte Inglés».

Així, d'una banda, la ja comentada sentència de l'Audiència Provincial de Madrid (secció 28a), de 29 de juliol de 2008,³⁷ revoca la dictada pel Jutjat Mercantil de Madrid (núm. 3) de 14 de març de 2007,³⁸ en revisar si la valoració donada per l'auditor designat pels administradors i l'efectuada per uns pèrits (en concret, uns professors, a instància de l'accionista demandant) s'ajusten o no a la *lex artis*. La sentència de l'Audiència Provincial de Madrid parteix del caràcter orientatiu dels quatre mètodes de valoració que ofereix la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991, per reafirmar que aquesta norma tècnica atorga a l'auditor la possibilitat d'escollir de manera no arbitrària entre els diversos mètodes de valoració. Ara bé, dit això, i pel que fa a l'actuació de l'auditor designat pels administradors, la sentència de l'Audiència Provincial madrilenya considera que l'elecció dels mètodes de valoració feta per l'auditor (el mètode de valor de l'actiu net real, combinat amb el «mètode de transaccions comparables») és raonable, però no ho és la manera en què l'auditor utilitza aquests mètodes. Així, concretament amb relació al mètode de valor de l'actiu net real, la sentència de l'Audiència entén que no ha estat raonable (i, per tant, s'ha de considerar arbitrària) l'exclusió de qualsevol variació en el valor teòric comptable per calcular el valor real de l'acció: en concret,

³⁷ Magistrat ponent: Rafael Sarazá Jimena. «César Carlos Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Rotllo d'apel·lació núm. 402/2007. Diario La Ley núm. 7039, de 22 d'octubre de 2008.

³⁸ Magistrada: Miriam Iglesias García. «César Carlos Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Judici ordinari núm. 406/2005. AC 2007\454. Aquesta sentència del Jutjat Mercantil núm. 3 de Madrid havia considerat que el valor fixat per l'auditor designat pels administradors (per import d'uns 37,5 milions d'euros) no es corresponia amb el valor real, però, en canvi, havia validat la valoració feta pels experts designats pel demandant (els quals, aplicant el mètode de valor actual de fluxos monetaris nets, havien fixat aquest import en més de 98,5 milions d'euros). Per tant, la sentència va condemnar El Corte Inglés, SA a complir forçosament el procediment de transmissió d'accions establert estatutàriament i, atès que havia exercitat el dret d'adquisició preferent, va condemnar El Corte Inglés, SA a adquirir les accions del demandant per la suma dinerària de 98.520.524,80 euros.

la correcció derivada de plusvàlues significatives de certs elements de l'actiu (com ara la marca «El Corte Inglés» o els immobles) que per la seva magnitud no poden considerar-se insignificants, ja que excedeixen els marges utilitzats en l'aplicació del principi d'importància relativa. I quant al que es refereix a l'anomenat «mètode de transaccions comparables», l'aplicació és també incorrecta, perquè l'auditor havia fet la comparació amb transmissions d'accions de directius segons una política de la societat de vendre accions al personal directiu a preu bonificat (un 20% inferior al valor teòric comptable no consolidat) i amb un pacte de recompra pel valor teòric comptable resultant del balanç no consolidat, mentre que —al contrari— l'accionista que en el cas analitzat volia transmetre les seves accions no les va adquirir com a conseqüència de l'esmentada política de la societat, sinó per herència de son pare (i per dissolució de la societat patrimonial constituïda per la seva família per a la tinença d'accions de la societat) i l'accionista en qüestió tampoc no és directiu ni conseller de la societat. No mereix un judici millor per a la sentència la valoració duta a terme pels experts designats per l'accionista demandant, que havien utilitzat el mètode de valor actual de fluxos de caixa descomptats, ja que l'Audiència Provincial de Madrid tampoc no considera fiables les hipòtesis de futur que van servir als experts, en triar un horitzó temporal concret (els anys 2005-2015) i una taxa de descompte determinada per utilitzar aquest mètode; no utilitzen dades fiables, sinó simplement aproximatives, i tampoc no apliquen cap mena de correcció per prima d'il·liquiditat. En conseqüència, la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid decideix que no pot condemnar-se la societat a adquirir a l'accionista demandant les seves accions pel valor raonable fixat en l'informe pericial que va aportar amb la demanda, ja que no s'admet la fixació del valor raonable efectuada en aquest informe, ni tampoc el tribunal disposa dels elements necessaris per fixar aquest valor en execució de sentència (ja sia amb el mètode del valor actual de fluxos monetaris nets sobre paràmetres menys discutibles que els emprats pels experts, ja sia amb el mètode del valor de l'actiu net real, utilitzant índexs de revaloració fiables dels immobles i de la marca, amb aplicació d'una prima d'il·liquiditat correcta), ja que això excediria una simple operació aritmètica (l'única que permet l'article 219.2 de la Llei d'enjudiciament civil), i el demandant va consentir la desestimació del pediment relatiu a què el valor fos fixat per un auditor designat pel Registre Mercantil, i no va formular cap pediment alternatiu per fer la valoració.

Tanmateix, en l'altre procés paral·lel, la també esmentada sentència del Jutjat Mercantil de Madrid (núm. 7) de 14 de juliol de 2008³⁹ valida la valoració efectuada per l'auditor nomenat pels administradors socials,

³⁹ Magistrat: Andrés Sánchez Magro. «Ramón, M^a Jesús y M^a del Rosario Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Diario La Ley núm. 7004, de 3 de setembre de 2008.

basada en el mètode del valor de l'actiu net real, juntament amb un altre no expressament establert per la norma tècnica i que l'auditor anomena «mètode de transaccions comparables». Caldrà esperar el resultat del recurs d'apel·lació contra aquesta sentència.

iii) El pacte estatutari i unànim de determinació prèvia del valor raonable

Ara bé, tot i que —a falta d'acord entre les parts— aquesta determinació del valor raonable de les accions o participacions socials l'ha de dur a terme un auditor de comptes distint de l'auditor de la societat (i, com ja s'ha indicat, és una exigència de compliment obligat en les transmissions mortis causa), i tenint en compte els esmentats mètodes de valoració referits a la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991, amb el RD 171/2007 s'ha incorporat al nostre ordenament un ampli marge per a l'autonomia estatutària en determinar aquesta valoració de les accions o participacions socials.

En efecte, sobre aquest punt resulta d'una importància particular la previsió introduïda per la disposició final 2a.1.3 RD 171/2007, en donar una nova redacció als articles 114.2.b) i 175.2.b) RRM, i permetre que s'inscrigui en el Registre Mercantil «l'establiment per pacte unànim entre els socis dels criteris i sistemes per a la determinació prèvia del valor raonable de les accions o participacions socials establerts per al cas de transmissions «inter vivos» o «mortis causa»», com també (en el cas de les participacions socials) per al supòsit d'obligació de transmetre segons el que disposa l'article 188.3 RRM.

Cal notar que, per incorporar aquestes regles valoratives ex ante, aquestes innovadores normes reglamentàries exigeixen la unanimitat. En qualsevol cas, significa un notable avenç el reconeixement normatiu pel qual es permet la inscripció registral d'aquests pactes, tot i que alguns registradors mercantils molt sensibilitzats amb les necessitats de la pràctica ja ho admetien.

Tanmateix, aquesta nova redacció dels articles 114.2.b) i 175.2.b) RRM i, en particular, la referència als «criteris i sistemes per a la determinació prèvia del valor raonable de les accions o participacions socials» no atresora la claredat desitjable. Malgrat que la qüestió no queda resolta diàfanament en aquestes normes, s'ha d'entendre que, mitjançant la clàusula estatutària corresponent (aprovada per unanimitat), s'admet la renúncia anticipada del soci al dret patrimonial d'obtenir el valor raonable de les seves accions o participacions socials en els supòsits indicats. En conseqüència, el soci se sotmet als criteris o sistemes lícits [és a dir, amb respecte als límits de l'autonomia de la voluntat (article 1255 CC), i sense infringir la prohibició del pacte lleoní (ex

article 1691 CC)] establerts estatutàriament per fixar el preu de les accions o participacions, tot i que açò signifiqui un descompte sobre el valor raonable. Òbviament aquest pacte estatutari vincula també els posteriors adquirents o subadquirents de les accions o participacions socials.⁴⁰

c) Altres requisits

En fi, per al cas de les participacions socials, hi ha dos requisits addicionals en el règim d'aquest dret d'adquisició. D'una banda, el preu s'ha de pagar necessàriament al comptat.⁴¹ I, en segon lloc, el dret d'adquisició s'ha d'exercir en el termini màxim de tres mesos, des de la comunicació a la societat de l'adquisició hereditària (article 32.2 LSRL).

IV. INSTRUMENTS JURÍDICO-SUCCESSORIS

1. Previsions testamentàries

a) Patrimoni empresarial, protocol familiar i estatuts socials

D'antuvi, i a fi que el testador pugui ordenar més clarament les atribucions patrimonials amb previsions tendents a assegurar el manteniment de l'empresa familiar, resulta molt convenient que en el testament es parteixi de la distinció entre el patrimoni empresarial i el patrimoni no empresarial, agrupant amb suficient precisió en cada categoria els diversos elements de l'herència. La pràctica professional coneix molts casos en què s'opera així.⁴² Tanmateix, el valor d'aquestes fraccions patrimonials pot ser molt canviant

⁴⁰ Segueixo, doncs, la tesi defensada per Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 123-131. Tanmateix, Francisco Vicent Chulià, «La publicidad del protocolo familiar», op. cit., p. 81-86, es mostra contrari a la lliure negociabilitat de valor de l'acció o participació social, i considera que l'abast d'aquest pacte unànim es limita als «criteris i sistemes», i no comprèn la «determinació prèvia del valor raonable».

⁴¹ L'excepcionalitat d'aquesta norma que imposa el pagament al comptat en les restriccions estatutàries a les transmissions mortis causa de participacions socials s'apunta ja en la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 23 de maig de 1998 (RJ 1998\4457), per admetre en les restriccions a la lliure transmissibilitat inter vivos de participacions socials les clàusules estatutàries d'ajornament que no contradiguin els principis configuratius de la societat de responsabilitat limitada i resultin compatibles amb la composició raonable d'interessos dels socis (a realitzar sense dilacions el valor de les seves participacions) i de la societat (al qual respon la limitació legal i estatutària de la transmissibilitat de les participacions socials).

⁴² Ho acredita un expert professional d'aquesta praxis: Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 142.

en el temps i, de vegades (particularment en èpoques com l'actual de crisi econòmica severa), es produeixen situacions sorprenents.

Feta aquesta distinció entre masses patrimonials, les solucions dispositives poden ser diverses. Així, hom pot prellejar (article 427-5 CCCat) el patrimoni personal als successors, i instituir-los hereus en el patrimoni empresarial (i entre ells, si les circumstàncies personals concretes ho aconsellen, es pot instituir algun hereu fiduciari). Una altra solució pot ser instituir hereus en el patrimoni no empresarial, mentre que per al patrimoni empresarial es pot disposar per via de llegats; així es permet establir condicions de tota classe (també resolutòries), evitant els problemes que d'una altra manera podrien derivar del principi de perdurabilitat de la institució d'hereu, que estableix l'article 423-12.1 CCCat, que recull el tradicional i ben conegut brocard «semel heres, semper heres» (D. 28, 5, 88).

En segon lloc, s'ha de tenir una cura especial a coordinar les disposicions testamentàries amb les previsions fetes en el protocol familiar sobre la successió en l'empresa familiar. A més, i per assegurar la vinculació al protocol, es pot ordenar als successors en el testament l'adhesió al protocol.⁴³

De la mateixa manera, el causant pot imposar que, al més aviat possible a partir de la data de la seva mort, tots els successors celebrin una junta general de socis i votin a favor de l'aprovació dels estatuts socials elaborats pel testador (i que incorpora el testament), així com votin a favor d'una determinada composició de l'òrgan d'administració. De manera que, si algun successor no compleix alguna d'aquestes exigències, s'entén que opta per percebre només el que per llegítima li correspongui, i la resta acreix els successors que hagin votat a favor dels esmentats acords. És una aplicació concreta de la coneguda cautela socini, gualdense o angèlica, que recull ara l'article 451-9.2 CCCat.

b) Disposicions a favor del cònjuge (o convivent) vidu: usdefruit d'accions o participacions socials

A fi que el cònjuge (o el convivent) pugui mantenir el nivell de vida de què gaudia durant la convivència, és freqüent que el causant constitueixi en el testament un usdefruit d'accions o participacions socials a favor del cònjuge (o convivent) vidu.

⁴³ Cautela que ja indicava també Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 303.

En aquest cas, pot considerar-se la conveniència de limitar el dret de l'usufructuari únicament als dividends acordats per la societat durant l'usdefruit (article 67.1.I LSA, article 36.1 LSRL), excloent que —un cop finalitzat l'usdefruit— l'usufructuari pogués exigir al nu propietari l'increment del valor experimentat per les accions o participacions usufructuades que correspongués als beneficis propis de l'explotació de la societat integrats durant l'usdefruit en les reserves expresses que figurin en el balanç de la societat. Altrament, aquest dret de l'usufructuari (amb l'obligació corresponent per al nu propietari) es deduiria de la previsió continguda en l'article 68.1 LSA (al qual remet també l'article 36.3 LSRL), la qual cosa pot provocar situacions problemàtiques a la pràctica.⁴⁴ A més, l'exercici de la resta de drets (assenyaladament, els drets polítics) correspon al nu propietari, i s'ha de tenir cura que aquesta regla no es contradigui als estatuts socials (article 67.1.I LSA, article 36.1 LSRL).

Ara bé, per tal d'assegurar un dividend mínim anual al vidu si hi ha guanys distribuïbles, el causant també pot imposar en el testament que, per votar en l'acord de la junta general sobre l'aplicació de resultat, el nu propietari hagi de sol·licitar prèviament instruccions a l'usufructuari sobre el sentit del seu vot en aquest acord específic i votar en conseqüència.

c) Algunes prevencions en l'atribució del patrimoni empresarial als descendents

i) Fideïcomís

Com ja s'ha apuntat [supra IV.1.a)], en instituir hereus en el patrimoni empresarial del testador, i davant de circumstàncies particulars, pot resultar molt aconsellable ordenar el fideïcomís d'herència sobre la quota corresponent del patrimoni empresarial.⁴⁵

Més encara, tot i la previsió de l'article 426-26.3.a) CCCat (que en relació amb les accions i les participacions socials atribueix al fiduciari no sols els dividends acordats per la societat mentre dura el fideïcomís, sinó també l'exercici de «tots els drets que la llei i els estatuts socials reconeixen als

⁴⁴ En el mateix sentit, Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 303-304.

⁴⁵ Quant a la utilitat pràctica de la substitució fideïcomissària en aquest àmbit: Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 304; Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 144-145. Per a una consideració des de la perspectiva del dret comú: Antonio Huerta Trolés, «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* 2003, núm. 27 (número monogràfic: El cambio generacional en la empresa familiar), p. 39-86 (p. 84-85).

socis»), sembla possible que el fideïcomitent atribueixi a algun o alguns dels altres successors (excloent-ne, per tant, el fiduciari) l'exercici dels drets polítics corresponents a les accions o participacions socials incloses en el patrimoni fideïcomès.

I, naturalment, el causant pot prohibir expressament el dret de l'hereu fiduciari a detreure la quarta trebel·liànica (art. 426-31.1 CCCat).

Així mateix, el fideïcomitent pot imposar que el fiduciari només pugui disposar dels béns fideïcomesos si disposa de l'autorització expressa de determinades persones (ex art. 426-37.2 CCCat). Però, ja que la raó d'aquestes previsions és mantenir la unitat del patrimoni familiar empresarial, també sembla raonable que el fideïcomitent autoritzi el fiduciari perquè pugui disposar dels béns fideïcomesos, si algun altre successor duu a terme actes de disposició sobre béns compresos en la seva quota hereditària del patrimoni empresarial.

ii) Administració de la comunitat hereditària

En l'àmbit de l'empresa familiar les situacions de comunitat hereditària sovint provoquen conegudes ineficiències o no menys enfrontaments freqüents entre cohereus. Per evitar aquests problemes, resulta força convenient establir en el testament el règim d'administració i representació dels béns que formen el patrimoni empresarial mentre duri la comunitat hereditària.⁴⁶ Amb aquesta finalitat, el causant pot designar la persona especialment legitimada per administrar l'herència, segons el que estableix l'article 463-4.1 CCCat.

Resulta particularment interessant connectar aquesta previsió amb la seva translació als estatuts socials, per subratllar la novetat que comporta el nou article 188.5.II RRM (apartat introduït per la disposició final 2a.7 RD 171/2007). Aquesta norma permet que els estatuts socials estableixin, d'acord amb la legislació civil aplicable, la designació d'un representant per a l'exercici dels drets socials constant la comunitat hereditària, si així es va establir en el títol successori.

iii) Marmessoria

En aquesta mateixa línia d'evitar conflictes entre els successors amb relació a la interpretació, abast i execució de les disposicions testamentàries o la partició hereditària, resulta molt convenient que el causant designi

⁴⁶ El consell ja el formulava Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 305.

marmessors. A més, es pot facultar els marmessors per actuar com a àrbitres, en el cas que els esmentats conflictes es produeixin.

Pel que fa a la designació de marmessors, pot ser prudent nomenar també subjectes que exerceixen la marmessoria professionalment i amb independència de la família. I més prudent és encara limitar llur remuneració només al reemborsament de les despeses i els honoraris meritats per la prestació d'aquests serveis professionals (ex articles 429-5.1 i 429-6.2 CCCat).

Entorn a l'estatut jurídic del marmessor cal fer notar el silenci del llibre quart del Codi civil de Catalunya sobre un element fonamental: les regles de responsabilitat del marmessor. Només en referir-se a les causes de remoció del marmessor, l'article 429-14 CCCat al·ludeix a la «conducta dolosa o greument negligent». Cal qüestionar-se, doncs, si aquestes han d'entendre's també com les úniques estructures d'imputació de responsabilitat, la qual cosa significaria que seria suficient la culpa lleu (ni molt menys la culpa molt lleu). No sembla raonable aquesta equiparació entre les causes legals de remoció i les estructures d'imputació de responsabilitat al marmessor per l'incompliment de les seves obligacions; responsabilitat que rectament ha de regir-se per les regles generals del dret comú. Aquesta conclusió encara resulta més evident quan la marmessoria és exercida professionalment.

Si s'opta per una marmessoria amb composició plural, és convenient establir que l'actuació serà col·legiadament, les regles de funcionament i la seva durada.

2. Pactes successoris

Tot i que actualment es troba en desús a Catalunya, la successió contractual pot ser una eina molt útil per organitzar la transmissió de l'empresa familiar.⁴⁷ I hom intueix que a la tradició capitular i notarial catalana en aquesta matèria se li pot treure una gran aplicació pràctica, pel seu encaix amb l'esperit de l'empresa familiar. Açò pot significar un avantatge comparatiu davant la prohibició secular dels pactes successoris en el dret comú (tot seguint la tradició del dret romà i la seva preferència per la successió testada), malgrat la tímida reforma introduïda en el Codi civil per la Llei 7/2003.⁴⁸

⁴⁷ Sobre això, Joan Egea Fernández, «Protocol familiar i pactes successoris» *InDret* 3/2007 (www.indret.com), p. 1-33 (especialment p. 10-14, 19-25); també, Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 142-144.

⁴⁸ Com és ben sabut, la Llei 7/2003 també ha modificat l'article 1271.II CC, que ara permet celebrar pactes sobre l'herència futura que tinguin per objecte la divisió inter vivos

Certament, amb aquesta classe de delació de l'herència es permet plantejar i resoldre, ja en vida dels titulars actuals de l'empresa (progenitors, germans o en general els parents dins el cercle d'atorgants que estableix l'article 431-2 CCCat), la qüestió de la successió en l'empresa i avançar el compromís dels descendents en la continuïtat empresarial. En suma, ofereix tots els avantatges d'anticipar la successió.

Ja hem apuntat (supra I.3) que el règim dels pactes successoris al llibre quart del Codi civil català té molt present la seva aplicació en la transmissió mortis causa de l'empresa familiar.

Així, en justificar la regla per la qual es determina el perímetre de subjectes que poden intervenir en el pacte, s'afirma que «és prou oberta per emparar els pactes que a vegades s'estipulen en ocasió de la transmissió d'empreses familiars, en els quals poden arribar a intervenir diverses generacions de parents en línia recta i altres membres de la família extensa» (preàmbul IV, apartat 2n, CCCat).

I diverses són les normes en la disciplina dels pactes successoris que directament consideren l'empresa familiar. Molt especialment, en exemplificar alguna de les finalitats que, si escau, s'han de fer constar en el pacte successori, l'article 431-6.2 CCCat al·ludeix (i només s'indiquen aquestes finalitats) al «manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar» (o «la transmissió indivisa d'un establiment professional»). En aquesta causalització del pacte successori (en el manteniment de l'empresa familiar) hi ha precisament la seva utilitat pràctica. Si aquesta és la finalitat, el pacte pot gaudir de la publicitat registral establerta per al protocol familiar (article 431-8.4 CCCat), sobre la qual insistiré tot seguit.

Així mateix, tractant-se d'un heretament amb aquesta finalitat, es pot pactar la necessitat de disposar del consentiment exprés de l'instituït (si és atorgant) o de tercers per a la transmissió onerosa de l'empresa (o de les accions o participacions socials —com succeeix en la immensa majoria dels casos, en què l'empresa s'organitza en forma de societat-) i la renúncia al dret de subscripció preferent (o, tractant-se de participacions socials, dret d'assumpció preferent, que —per un oblit— omet la norma): article 431-25.2 CCCat. Més encara, la mateixa norma permet també que en aquests

del cabal hereditari i altres disposicions particionals segons el que disposa l'article 1056 CC. En aquest sentit se suma al reduït catàleg de pactes successoris admesos en el dret comú: les donacions de béns futurs en capítols abans del matrimoni, per al cas de mort, i en la mesura marcada per les normes sobre la successió testada (article 1341.II CC); o en el règim de les millores (articles 826, 827 i 831 CC). D'altra banda, l'admissió anterior dels pactes successoris de l'agricultor amb el col·laborador, establerta en els articles 16-20 de la Llei 49/1981, de 24 de desembre, de l'estatut de l'explotació agrària familiar i dels joves agricultors, no va tenir cap ressò a la pràctica; aquella Llei va ser derogada per la Llei 19/1995, de 4 de juliol, de modernització de les explotacions agràries.

heretaments s'estableixin regles sobre l'administració de l'empresa familiar per l'heretant o l'hereu, i arriba a admetre que aquestes regles s'incloguin en els estatuts socials i es publiquin al Registre Mercantil. Suposo que aquesta misteriosa norma vol referir-se a regles sobre l'estructura i composició de l'òrgan d'administració, amb el benentès que en tot cas ha de respectar les normes legals sobre l'àmbit del poder de representació dels administradors (article 129 LSA, article 63 LSRL) i l'atribució i distribució legals de competències orgàniques.

D'altra banda, la connexió íntima entre el pacte successori i el protocol familiar se subratlla en l'article 431-7.1 CCCat, que estableix que «l'escriptura del pacte successori pot contenir també estipulacions pròpies d'un protocol familiar».

A més, si el pacte recau sobre accions nominatives o participacions socials, l'article 431-8.3 CCCat permet que el pacte s'inscrigui (ja en vida del causant) en el llibre registre d'accions nominatives (article 55 LSA) o en el llibre registre de socis (article 27 LSRL).

Pel que fa a la publicitat dels pactes successoris que tinguin per finalitat el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar, l'article 431-8.4 CCCat permet que es faci constar llur existència al Registre Mercantil «amb l'abast i de la manera que la llei estableix per a la publicitat dels protocols familiars». Aquesta al·lusió a la «llei» és clar que es refereix al RD 171/2007. Com ja s'ha indicat [supra III.1.a)], hi ha dues modalitats de publicitat registral que només tenen un abast formal o de mera publicitat notícia: la constància registral de la simple existència del protocol, amb referència a les seves dades identificatives, però no al contingut del protocol (article 5 RD 171/2007), i el dipòsit del protocol (o de part d'ell) en ocasió de la presentació dels comptes anuals per al dipòsit registral (article 6 del RD 171/2007). I la tercera manera d'accés registral, que és l'única amb efecte de publicitat material, és amb la inscripció d'acords socials adoptats en execució d'un protocol familiar publicat (article 7 RD 171/2007).

D'altra banda, convé tenir en compte que aquest Reial decret no s'aplica a les societats anònimes cotitzades (article 1 RD 171/2007). En conseqüència, no poden gaudir d'aquestes modalitats de publicitat registral els pactes successoris que es refereixen a una empresa cotitzada.

3. El problema de les donacions en la successió de l'empresa familiar

Tot i els grans estímuls fiscals per a les donacions d'empresa (lato sensu, incloent-hi les accions o participacions socials en el model de freqüència de l'empresa organitzada en forma de societat), les donacions presenten el

gran inconvenient de les regles de còmput de la llegítima: concretament, la previsió de l'article 451-5.c) CCCat, que fa que hom no sàpiga si la donació és definitiva, ni quin serà el seu import. Malgrat que només es computen els béns donats pel causant en els deu anys anteriors a la seva mort [article 451-5.b) CCCat], el problema està en el fet que el còmput s'ha de fer pel valor que tinguin en el moment de la mort del causant [article 451-5.c) CCCat], amb independència de la data de la donació [de nou, article 451-5.b) CCCat].

Sembla obvi que la regla de l'article 451-5.c) CCCat no està pensant en una empresa, sinó en un immoble. L'aplicació estricta de la regla significaria que l'increment de valor de l'empresa degut als esforços i habilitats empresarials del donatari beneficiaria tota la resta dels legitimaris.

Vegem-ho amb un exemple en xifres redones. Deu anys abans de morir, un pare que té cinc fills dona l'empresa, que val 10, a un dels fills. Quan mor el pare, l'empresa val 110, i la resta del patrimoni no empresarial del pare té un valor net de 10. No sembla lògic que la base de còmput de la quantia de la llegítima fos 120 (i la quantia de la llegítima fos 30, corresponent 6 a cada fill).

Per això, la regla s'hauria de modular en el sentit que l'empresa donada s'hauria de valorar en la data de la mort del causant, però en l'estat en què es trobava en el moment de la donació. En l'exemple: la quantitat base per computar la llegítima seria 20 (la quantia de la llegítima és de 5, i l'import de les llegítimes individuals és d'1).

Una altra solució que se'ns acudeix podria ser el pacte de renúncia al possible suplement de la llegítima que estableix l'article 451-26.2.c) CCCat, com a excepció a la prohibició general de renúncia a la llegítima futura. Aquesta norma reconeix validesa al pacte (atorgat en escriptura pública) entre ascendents i descendents estipulat en pacte successori o en donació, en virtut del qual el descendent que rep del seu ascendent béns o diners en pagament de llegítima futura renuncia al possible suplement. Tot i que aquesta renúncia es pot rescindir per lesió en més de la meitat del valor just de la llegítima, per a aquesta rescissió s'ha de tenir en compte l'import que tindria la llegítima del renunciant en la data en què s'ha fet, i l'acció caduca als quatre anys des de l'atorgament del pacte (art. 451-26.3 CCCat).

Fent ús d'aquest excepcional pacte, i per igualar els legitimaris, es pot pensar en una donació en pagament de la llegítima i amb pacte de renúncia al complement de llegítima. Si aquest donatari rep més de la meitat d'allò que li correspondria per llegítima en el moment de la donació, desapareix el problema apuntat de còmput de la llegítima de l'article 451-5.c) CCCat. I si rep menys d'aquest import i passen quatre anys (des de l'atorgament del pacte) sense que el descendent exerciti l'acció rescissòria, aquesta caduca.

