

TESIS DOCTORAL

**La empresa familiar: análisis para una propuesta de reforma integral en el
Derecho privado patrimonial**

Francisco Javier Olmedo Castañeda

Directora: Prof. Dra. D.^a María Jesús Moro Almaraz

Salamanca, noviembre de 2015

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

- AAMN: Anales de la Academia Matritense del Notariado
- AA.VV.: autores varios
- a.C.: antes de Cristo
- ADEFAM: Asociación para el Desarrollo de la Empresa Familiar de Madrid
- APDC: Asociación de Profesores de Derecho Civil
- art./arts.: artículo/artículos
- ATC: Auto del Tribunal Constitucional
- BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
- BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- C: Comunicación u otra resolución comunitaria sin carácter jurídico vinculante
- CC: Código Civil
- CCCat: Código Civil de Cataluña
- Cco: Código de Comercio
- CDCB: Compilación de Derecho Civil de Baleares
- CDCN: Compilación de Derecho Civil de Navarra
- CDFA: Código de Derecho Foral de Aragón
- CE: Constitución Española
- CEE: Comunidad Económica Europea
- cfr.: *confer* (compárese, contrástese)
- CM: Código Mercantil
- Code (Civil): Código Civil francés
- Code de Commerce: Código de Comercio francés
- Codice (Civile): Código Civil italiano

- coord./coords.: coordinador/coordinadores
- d.C.: después de Cristo
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- DO: Diario Oficial de las Comunidades Europeas (hoy, Unión Europea)
- ed.: editorial
- et: y
- ET: Estatuto de los Trabajadores
- HGB: *Handelsgesetzbuch* (Código de Comercio alemán)
- IEF: Instituto de Empresa Familiar
- INE: Instituto Nacional de Estadística
- JORF: *Journal Officiel de la République Française* (Diario Oficial de la República Francesa)
- LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos
- LC: Ley Concursal
- LDCFV: Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco
- LDCV: Ley de Derecho Civil Vasco
- LDCG: Ley del Derecho Civil de Galicia
- LF: Ley de Fundaciones
- LGT: Ley General Tributaria
- LH: Ley Hipotecaria
- LHMYPDS: Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión
- LIP: Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
- LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
- LISD: Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
- LMV: Ley del Mercado de Valores
- LN: Ley del Notariado

- loc.: *locum* (lugar)
- LSA: Ley de Sociedades Anónimas (derogada)
- LSRL: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (derogada)
- nº: número
- op.: *opus* (obra)
- p. ej.: por ejemplo/ad exemplum
- PIB: Producto Interior Bruto
- PYME/S: pequeña/s y mediana/s empresa/s
- RAE: Real Academia Española de la Lengua
- RDGRN/RRDGRN: Resolución/Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
- RH: Reglamento Hipotecario
- R o RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
- RN: Reglamento Notarial
- RRM: Reglamento del Registro Mercantil
- RTC: Repertorio del Tribunal Constitucional
- SA: sociedad anónima
- SRL: sociedad de responsabilidad limitada
- ss.: siguientes
- STC/SSTC: Sentencia/Sentencias del Tribunal Constitucional
- STS/SSTS: Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo
- TRLIS: Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
- TRLITP y AJD: Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
- TRLSC: Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- vid.: *vide* (véase)
- vid. *infra*: véase después (o más abajo)

-*vid. supra*: véase antes (o más arriba)

-ZGB: *Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Código Civil suizo)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

PARTE I: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA EMPRESA FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL.

CAPÍTULO I.- EMPRESA FAMILIAR: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.

1. Relevancia de la empresa familiar.
2. Conveniencia o no de una definición de empresa familiar.
 - 2.1. Perspectiva normativa.
 - 2.1.1. Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.
 - 2.1.2. Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.
 - 2.1.3. Ley catalana de 24 de mayo 1985 sobre la Empresa Familiar Agraria.
 - 2.1.4. Ley de 24 de diciembre de 1964 de Arrendamientos Urbanos.
 - 2.1.5. Anteproyecto de ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014.
 - 2.1.6. *Codice Civile* de 1942.
 - 2.2. Perspectiva doctrinal.
 - 2.2.1. Concepto de familia.
 - 2.2.2. Concepto de propiedad.
 - 2.2.3. Principios configuradores.
 - 2.2.4. Empresa familiar y PYME.
 - 2.3. La empresa familiar como institución.
3. Régimen jurídico.
 - 3.1. Derecho comunitario.

- 3.1.1. Tratado constitutivo CEE.
- 3.1.2. Borrador de Propuesta de Directiva sobre la empresa familiar: trabajo muy preliminar.
- 3.1.3. Libro Blanco de la Comisión Europea de 1994, sobre crecimiento, competitividad y empleo.
- 3.1.4. Recomendación de la Comisión Europea de 25 de mayo de 1994, sobre régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas.
- 3.1.5. Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 sobre transmisión de pequeñas y medianas empresas: principios generales.
- 3.1.6. Comunicación de la Comisión Europea de 23 de julio de 1994, sobre la transmisión de empresas.
- 3.1.7. Comunicación de la Comisión Europea de 1998, sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas.
- 3.1.8. Proyecto Best de 2000, sobre la transmisión de empresas.
- 3.1.9. Proyecto MAP de 2002, sobre la transmisión de empresas.
- 3.1.10. Comunicación de la Comisión Europea de 14 de marzo de 2006, sobre la transmisión de empresas.
- 3.1.11. Informe “*Overview of Family Business Relevant Issues*” de 2008.
- 3.1.12. Reglamento Europeo de Sucesiones 650/2012, de 4 de julio.

3.2. Ordenamiento jurídico español.

3.3. Tratamiento en otros ordenamientos jurídicos.

- 3.3.1. Derecho francés.
- 3.3.2. Derecho italiano.
- 3.3.3. Derecho alemán.
- 3.3.4. Derecho argentino.

4. Características de la empresa familiar: ventajas e inconvenientes de dicha empresa.

5. Valor añadido de la empresa familiar o familia empresaria respecto a otras formas de empresa: permanencia de una serie de valores éticos.

CAPÍTULO II.- PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA EMPRESA FAMILIAR: SU TRANSMISIÓN.

1. Cuestiones preliminares.
 - 1.1. Transmisión de la empresa: perspectiva subjetiva.
 - 1.2. Transmisión de la empresa: perspectiva objetiva.
 - 1.3. Estado de la cuestión.
 - 1.3.1. Envejecimiento de la población europea: jubilación de empresarios.
 - 1.3.2. Fracaso de las transmisiones: costes económicos y sociales.
 - 1.3.3. Transmisión *versus* creación de empresas: necesidad de medidas que fomenten la transmisión.
2. Transmisión por acto *inter vivos*.
 - 2.1. Transmisión a extraños al círculo familiar.
 - 2.2. Donación de empresa.
 - 2.3. Reserva de usufructo vitalicio.
 - 2.4. Compraventa de empresa.
3. Transmisión por acto *mortis causa*.
 - 3.1. Principales obstáculos a la transmisión.
 - 3.1.1. La legítima.
 - 3.1.2. La sociedad de gananciales.
 - 3.1.2.1. Problemas que plantea con la empresa familiar.
 - 3.1.2.2. Titularidad y ganancialidad.
 - 3.1.2.3. Propuestas de solución.

- 3.1.3. El sistema de adquisición hereditaria: la herencia yacente.
- 3.1.4. Transmisión del pasivo de la empresa: aceptación de la herencia a beneficio de inventario.
- 3.1.5. La ausencia de previsión testamentaria del empresario individual sobre la transmisión de la empresa: la comunidad hereditaria.

- 3.2. Cauces jurídicos vigentes para la adecuada sucesión: insuficiencia de los mismos. El testamento como instrumento formal apropiado.
 - 3.2.1. La mejora en cosa determinada.
 - 3.2.2. El legado de cosa específica y determinada.
 - 3.2.3. El testamento particional o partición realizada por el propio testador.
 - 3.2.4. Las amplísimas facultades que se pueden conferir al cónyuge sobreviviente.
 - 3.2.5. Supuestos especiales de pago en metálico de la legítima.

- 4. El protocolo familiar.
 - 4.1. Concepto.
 - 4.2. Regulación jurídica.
 - 4.3. Contenido.
 - 4.4. Eficacia.

PARTE II.- HACIA UN ESTATUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR: NECESARIAS REFORMAS LEGALES.

CAPÍTULO III.- VIABILIDAD Y VIRTUALIDAD DEL ESTATUTO.

- 1. Necesidad o conveniencia de un estatuto normativo que regule *ad hoc* la empresa familiar.
 - 1.1. Posiciones doctrinales. Posible amparo constitucional del estatuto.

 - 1.2. Antecedentes normativos en nuestro Derecho.
 - 1.2.1. Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952.
 - 1.2.2. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

1.2.3. Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981.

1.3. Informe de la Ponencia de Estudio del Senado de 23 de noviembre de 2001: recomendaciones.

1.4. Algunos modelos de leyes que contienen un estatuto especial.

1.4.1. El “*fonds agricole*” del Derecho francés.

1.4.2. La ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

1.5. Conclusiones.

2. Determinación del contenido mínimo que debe tener dicho estatuto.

2.1. Ámbito jurídico-privado.

2.1.1. Cuestiones de Derecho civil.

2.1.2. Cuestiones de Derecho mercantil y societario.

2.2. Ámbito fiscal y tributario: necesario impulso del legislador.

2.3. Ámbito estrictamente financiero: vías de financiación.

2.4. Ámbito de jurisdicción voluntaria: resolución extrajudicial de conflictos.

CAPÍTULO IV.- ALGUNAS INSTITUCIONES JURÍDICO-CIVILES SOMETIDAS A DEBATE.

1. La legítima en el Código Civil: propuesta de reforma.

1.1. Principios básicos de Derecho sucesorio.

1.2. Génesis y evolución histórica de la legítima.

1.2.1. Derecho romano.

1.2.1.1. Reconocimiento formal de la legítima: Ley de las Doce Tablas.

1.2.1.2. Reconocimiento material de la legítima: Lex Falcidia.

1.2.1.3. Necesidad de instituir heredero al legitimario:
Novela CXV de Justiniano.

1.2.2. Derecho germánico.

1.2.2.1. Reserva: vinculación legal del patrimonio a la familia.

1.2.2.2. Legítima “eclesiástica”: San Agustín.

1.2.3. Derecho español.

1.2.3.1. Fuero Juzgo.

1.2.3.2. Las Partidas, el Fuero Real y las Leyes de Toro.

1.2.3.3. Código Civil.

1.3. Fundamento de la legítima.

1.3.1. Planteamiento de la cuestión.

1.3.2. Debate jurídico tradicional. Comisión General de Codificación.

1.4. Reconsideración de la institución legitimaria: debate jurídico actual.

1.4.1. La legítima: posible protección constitucional.

1.4.2. Propuesta a favor de la libertad de testar.

1.4.2.1. Argumentos doctrinales.

1.4.2.2. Doctrina jurisprudencial.

1.4.2.3. Últimas tendencias legislativas.

1.5. Propuestas *de lege ferenda* para la modernización del Derecho común de Sucesiones. Especial aplicación a la empresa familiar.

1.5.1. Legítima de los descendientes: configuración con carácter alimenticio.

1.5.2. Legítima de los padres y del cónyuge viudo: fortalecimiento de su posición jurídica.

1.5.3. Conceptuación de la legítima como *pars valoris*.

2. Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*.

1. Naturaleza jurídica del pacto sucesorio.
2. Clases de pacto sucesorio.
3. Génesis y evolución histórica del pacto sucesorio.
 - 3.1. Derecho romano: el pacto sucesorio era considerado con disfavor.
 - 3.2. Derecho germánico: la sucesión contractual como forma de conservar el patrimonio familiar.
 - 3.3. Derecho intermedio: momento de esplendor del pacto sucesorio.
 - 3.4. Proceso codificador: regla general prohibitiva de la sucesión contractual.
4. Régimen jurídico vigente en el Derecho común español: consideraciones en las que se fundamenta la prohibición.
5. Propuesta de admisibilidad del pacto sucesorio en el Derecho común español: argumentos a su favor. Especial aplicación a la empresa familiar.
 - 5.1. Regulación del pacto sucesorio en el Derecho español: antecedentes legislativos y Derechos forales.
 - 5.2. Doctrina jurisprudencial: línea interpretativa favorable a la sucesión contractual.
 - 5.3. Derecho comparado: reconocimiento generalizado del pacto sucesorio.
6. Conclusiones.

CAPÍTULO V.- EXAMEN DE LAS DISTINTAS FIGURAS FIDUCIARIAS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1. Sustituciones fideicomisarias: adaptación a la nueva realidad social.
 - 1.1. Breve referencia histórica.

- 1.1.1. Derecho romano: *fideicommissum familiae relictum*.
 - 1.1.2. Baja Edad Media y Edad Moderna: las vinculaciones de bienes y los mayorazgos.
 - 1.1.3. Período codificador: las leyes desvinculadoras y desamortizadoras.
- 1.2. Fideicomisos y sustituciones fideicomisarias.
- 1.2.1. Distinción entre ambas figuras jurídicas.
 - 1.2.2. Concepto moderno de sustitución fideicomisaria.
 - 1.2.3. Régimen jurídico vigente.
 - 1.2.3.1. Código Civil: necesidad de actualización.
 - 1.2.3.2. Especial referencia a algunos Derechos forales.
 - 1.2.3.2.1. Derecho catalán.
 - 1.2.3.2.2. Derecho navarro.
- 1.3. Propuesta de revitalización de la sustitución fideicomisaria. Especial aplicación a la empresa familiar.

2. Reconocimiento de los patrimonios fiduciarios y del *trust*: su admisibilidad en nuestro sistema jurídico.

2.1. El negocio fiduciario: rasgos definitorios.

2.1.1. Perspectiva histórica.

2.1.1.1. Derecho romano: la fiducia.

2.1.1.2. Pandectismo alemán: construcción dogmática del negocio fiduciario.

2.1.2. Clases de fiducia.

2.1.2.1. Fiducia *cum creditore* o con fines de garantía.

2.1.2.2. Fiducia *cum amico* o con fines de gestión.

2.1.3. Perspectiva crítica.

- 2.1.3.1. Cuestionamiento de su admisibilidad.
- 2.1.3.2. Doctrina jurisprudencial: evolución y confusa configuración.

2.1.4. Régimen jurídico vigente.

- 2.1.4.1. Código Civil: parca regulación.
- 2.1.4.2. Derechos forales: detallada regulación.
- 2.1.4.3. Derecho extranjero: especial referencia a la ley de fiducia francesa de 19 de febrero de 2007.

2.1.5. El negocio fiduciario: propuesta de reforma.

- 2.1.5.1. Planteamiento de la cuestión.
- 2.1.5.2. La venta en garantía.
- 2.1.5.3. Propuesta *de lege ferenda*.

2.1.6. Especial aplicación de la fiducia sucesoria a la empresa familiar.

2.2 El *trust*: notas características.

2.2.1. Clases de *trust*.

2.2.2. Panorama normativo del *trust*.

- 2.2.2.1. Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985.
- 2.2.2.2. Principios Europeos de 1999.
- 2.2.2.3. Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001.
- 2.2.2.4. Ley belga de 16 de julio de 2004.

2.2.3. Recepción del *trust* en el Derecho español: argumentos contrarios a su incorporación.

3. Las fundaciones: especial referencia a la “fundación familiar”.

3.1. Reseña histórica.

3.2. Régimen jurídico vigente.

3.3. Fundación y empresa.

3.3.1. Fundaciones privadas: la fundación familiar.

3.3.1.1. Derecho español.

3.3.1.2. Derecho comparado.

3.3.1.2.1. Derecho alemán.

3.3.1.2.2. Derecho italiano.

3.3.1.2.3. Ley de Fundaciones de Interés Privado de Panamá de 12 de junio de 1995.

3.3.1.2.4. Otros países.

3.3.2. Especial aplicación a la empresa familiar.

3.4. Patrimonios separados o de destino: garantía de permanencia. Algunos supuestos legales.

CAPÍTULO VI.- DERECHO SOCIETARIO Y DERECHO FISCAL: NECESIDAD DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO.

1. Reforma del Derecho mercantil: insuficiencia de las últimas modificaciones. Especial estudio del Derecho societario.

1.1. Consideraciones preliminares: sucesión en la empresa y sucesión en la condición de empresario.

1.2. Derecho de sociedades: empresario individual *versus* empresario societario.

1.2.1. La tipología societaria: el problema de la atipicidad.

1.2.2. Derecho comparado.

1.2.2.1. Derecho alemán.

1.2.2.2. Derecho francés.

- 1.2.2.3. Derecho italiano.
- 1.2.2.4. Derecho belga.
- 1.2.2.5. Derecho portugués.
- 1.2.2.6. Reino Unido.
- 1.2.2.7. Estados Unidos.
- 1.2.2.8. Derecho argentino.
- 1.2.2.9. Otros países.

1.2.3. Estado de la cuestión en el Derecho español.

1.2.3.1. Evolución del Derecho societario español.

- 1.2.3.1.1. Leyes de 1951 y 1953: especial atención a la sociedad anónima cerrada o familiar.
- 1.2.3.1.2. Leyes de 1989 y 1995: expansión de la sociedad limitada.
- 1.2.3.1.3. Leyes de 2009 y 2010: modificaciones estructurales de las sociedades.

1.2.3.2. Replanteamiento del Derecho de sociedades.

1.2.3.3. Propuestas *de lege ferenda* en relación con la empresa familiar.

2. Normativa fiscal: necesaria coordinación con el Derecho civil.

- 2.1. Regulación vigente.
- 2.2. Tributación de la empresa familiar: tratamiento singular.
- 2.3. Reflexión general: principio de neutralidad fiscal.
- 2.4. Propuestas *de lege ferenda* para la empresa familiar.

3. El notario: figura clave en la vertebración de la empresa familiar y del ordenamiento jurídico privado.

VII.- CONCLUSIONES FINALES.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

IX.- OTRAS PUBLICACIONES CITADAS.

X.- LEGISLACIÓN CONSULTADA.

XI.- JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

XII.- PÁGINAS-WEBS CONSULTADAS.

XIII.- RELACIÓN DE EMPRESAS FAMILIARES, ESPAÑOLAS Y
EXTRANJERAS.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación, que se inició en el año 2010, responde a la necesidad de abordar el estudio de una cuestión ampliamente debatida en la literatura jurídica y que ha sido objeto de atención parcial tan solo por parte del legislador, pero sobre la que no se ha emprendido, sin embargo, hasta el momento presente una reforma integral que permita encauzar adecuadamente la problemática que se plantea en torno a la misma.

En efecto, la “sucesión en la empresa familiar” presenta unos problemas específicos que dificultan o, incluso, impiden el tránsito intergeneracional de la misma (esto es, su transmisión a las sucesivas generaciones de la familia del fundador) y que han centrado la atención de la doctrina desde hace ya varios años, sin haber obtenido la suficiente receptividad para que se acometan los necesarios cambios legales que se requirieren (remontándose la última reforma legal, si bien fragmentaria, al año 2003).

La importancia que representa la empresa familiar, tanto en el ámbito interno de nuestro país como en el entorno europeo e internacional, y que se traduce no solo en su importante contribución a la productividad y consiguiente generación de empleo (de especial trascendencia en el contexto actual de crisis económica), sino también en la singularidad que se deriva de cohonestar adecuadamente el principio empresarial de eficiencia con el principio familiar de afectividad (con las ventajas y dificultades que ello comporta), justifican la elección de este tema para nuestro estudio.

En efecto, si bien es cierto que las empresas más longevas y duraderas en el tiempo son empresas familiares, no lo es menos que la transmisión de estas empresas a la segunda y, sobre todo, a la tercera generación es muy reducida, abocándose así a la disolución y liquidación, con los costes económicos, familiares y sociales que lleva consigo.

Por ello, a fin de evitar estas perjudiciales consecuencias y de conservar el “patrimonio” de la familia empresaria, constituido por la tradición y los valores familiares, el Derecho debe poner a disposición del empresario, de la familia y de los operadores jurídicos todos los resortes posibles para proveer a su subsistencia y continuidad más allá de la contingencia de la muerte del fundador o empresario sucesor.

A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que en los últimos años hemos asistido a profundos cambios sociales, entre los que cabe destacar (en lo que aquí nos interesa) el acusado descenso de la natalidad (con especial incidencia en Europa y España), la mayor independencia de los hijos respecto de sus padres con carácter general (fruto de una cultura marcadamente individualista) y la diferente concepción de la familia, cuyo modelo tradicional de “familia troncal” ha sido sustituido por un modelo moderno de “familia nuclear”, todo lo cual dificulta seriamente la conservación de la empresa dentro de la familia.

A todo ello ha de añadirse, finalmente, el hecho incuestionable de que la práctica totalidad de las obras existentes sobre la empresa familiar presentan un enfoque principalmente economicista, siendo escasos los trabajos que abordan su problemática desde una perspectiva jurídica y menos aún los que lo hacen con un espíritu de tratamiento integral (la última gran obra colectiva en esta sede, auspiciada por el Notariado español, data del año 2005).

En este sentido, debe destacarse la actualidad de la cuestión objeto de esta tesis doctoral, pues transcurridos ya quince años desde que se organizaron unas sesiones de trabajo en el marco parlamentario español para abordar la problemática planteada en relación con la empresa familiar y que se plasmaron únicamente en unas reformas puntuales del Código Civil, continúan existiendo serios obstáculos para planificar de forma adecuada la sucesión de la misma.

Por este motivo, y aunque se hayan modificado algunas normas o se hayan aprobado otras nuevas, el problema de la empresa familiar en España sigue vivo y no queda agotado con la literatura jurídica existente ni con la normativa vigente, razón por la que entendemos necesario replantear este tema con el debido rigor científico, fruto de la investigación y de la praxis jurídica.

Con esta finalidad, se formulan en las conclusiones unas propuestas *de lege ferenda* encaminadas a actualizar nuestro ordenamiento jurídico privado (en especial, el Derecho común), en consonancia con las nuevas demandas de la sociedad en la que vivimos y que permitan, a su vez, afrontar los problemas derivados de la sucesión en la empresa familiar.

De esta manera, y a modo de segundo eje vertebrador de nuestro trabajo de investigación, abordamos la necesidad de reconsiderar los principios y bases de nuestro Derecho privado patrimonial.

Para ello procedemos al estudio de determinadas figuras jurídicas reguladas en el Código Civil o cuya configuración ha sido obra principalmente de la jurisprudencia, buscando en los antecedentes históricos la génesis y el fundamento de su nacimiento y cuestionando su aplicación en la realidad social actual.

En esta laboriosa tarea, tanto el Derecho comparado como los Derechos forales (que tradicionalmente han protegido la familia y el patrimonio) nos sirven siempre de referencias para proponer una modernización del Derecho privado, entendiendo por ello la urgencia de dotar al mismo de instituciones que contribuyan a la justicia (pues, de otro modo, dejaría de ser Derecho) y que favorezcan la libertad civil.

Somos conscientes de la complejidad y de la amplitud de nuestro ambicioso propósito (tal y como se pone de manifiesto en el pormenorizado índice de este trabajo) y, por ello, no podemos pretender agotar esta materia, pero sí realizar, en cambio, aportaciones a la comunidad científica que contribuyan al enriquecimiento (siquiera sea modesto) de la ciencia jurídica, buscando una mayor proximidad del Derecho a la persona, a la familia y a la empresa (y, por ende, una mayor efectividad del mismo), y persiguiendo reforzar la seguridad jurídica en las relaciones privadas como un elemento clave para dotar de estabilidad a las mismas, y cuya importancia se pone claramente de manifiesto en su consagración constitucional en nuestra Carta Magna como uno de los principios que debe informar nuestro ordenamiento jurídico (ex art. 9.3 CE).

Pues bien, es este uno de los principales valores añadidos de nuestro trabajo de investigación, a saber: partiendo de la importancia y de la problemática que presenta la empresa familiar en el tráfico mercantil español e internacional, se realiza un estudio serio y detenido de diversas instituciones jurídicas de nuestro Derecho privado (y, en especial, del Derecho sucesorio común) con el fin de exponer una propuesta de reforma integral del mismo, la cual se considera necesaria tanto para dar respuesta a aquella problemática empresarial como para conferir unidad, racionalidad y actualidad al ordenamiento jurídico-privado común, superando de este modo anteriores intentos del legislador que se han traducido en simples reformas fragmentarias que han demostrado tener poca efectividad práctica.

Consideramos que no puede aplazarse por más tiempo el debate sobre la tan necesaria modificación de determinados institutos jurídico-civiles, que o bien han caído en un desuso preocupante, o constituyen un obstáculo a la libertad civil de los particulares que carece hoy de justificación, o bien requieren una regulación jurídica más precisa y detallada que evite ulteriores controversias en sede judicial.

Nuestro decimonónico Código Civil, cuyo 125 aniversario ha sido recientemente celebrado, merece estar a la vanguardia de las modernas legislaciones civiles (en consonancia con las tendencias reformistas de los ordenamientos forales españoles y con algunos Derechos comparados) y para ello es necesario realizar una decidida apuesta legislativa que lo sitúe entre las leyes más claras, mejor estructuradas y con una vocación de permanencia en el tiempo, ofreciendo amplios resortes a los operadores jurídicos para encauzar adecuadamente las legítimas pretensiones de los diferentes sujetos de Derecho.

Asimismo, a ello se une la necesidad de abordar, por último, el estudio de otras disciplinas jurídicas (tales como el Derecho mercantil y el Derecho tributario) con la finalidad de conferir un carácter integral a la reforma que propugnamos en este trabajo, y que es la que esperamos de la debida reflexión y altura de miras del legislador.

Ha señalado el profesor GARCÍA CANTERO¹ que “personalmente creo llegado el momento de codificar pura y simplemente nuestro Derecho civil, en cumplimiento al menos del mandato de la Constitución de Cádiz y siguiendo el ejemplo generalizado de los países de nuestro entorno. Afrontemos sin temor la tarea de desarrollar adecuadamente el sistema que delinea el art. 149.1.8 CE, bajo cuyo manto protector un texto como el Código Civil español debe existir y permanecer en cuanto soporte central y básico de nuestro Derecho privado. Emprendamos, por tanto, sin complejos la necesaria reforma del contenido de nuestro Código Civil, al que deben reconocerse ocasionalmente los dilatados servicios prestados a la sociedad española a lo largo de 125 años”.

Por lo que respecta a la **metodología empleada** en el presente trabajo de investigación, nos hemos detenido en el estudio de los antecedentes históricos de diversas instituciones jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento actual, acudiendo así a

¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel: “En el 125º aniversario del Código civil: hablemos de futuro”, Revista El Notario del siglo XXI, número 59, enero-febrero 2015.

las causas originarias de su génesis, con el fin de proceder después a un cuestionamiento de su actual *ratio legis* o fundamento normativo y determinar la necesidad, en su caso, de revitalizar su virtualidad y aplicabilidad mediante una nueva configuración jurídica de aquellas.

En este sentido, como ya señaló el gran maestro e ilustre civilista don Federico DE CASTRO Y BRAVO,² “conocer los antecedentes de una figura jurídica es siempre útil, pues enseña su evolución a través del tiempo y, con ello, el significado con el que se recibe en las normas vigentes”.

Asimismo, se ha seguido el método del Derecho comparado, tanto a nivel interno como en el ámbito externo:

-a nivel interno, propio del Derecho interregional: dentro del ordenamiento jurídico español se ha investigado la vigencia y adaptación de determinadas instituciones civiles a las nuevas circunstancias socioeconómicas actuales, en las diferentes legislaciones forales, constituyendo así un elemento comparativo de relevancia a la hora de analizar el Derecho común y proponer reformas *de lege ferenda* en el mismo, y ello sobre la base de que los ordenamientos autonómicos con fueros propios han estado tradicionalmente en una posición más vanguardista que la normativa contenida en nuestro decimonónico Código Civil.

-a nivel externo, propio del Derecho internacional privado: fuera de nuestras fronteras no nos hemos circunscrito única y exclusivamente al Derecho comunitario (tanto originario como derivativo) emanado de las instituciones legislativas europeas, ni tampoco al Derecho comparado de los países más próximos de nuestro entorno (principalmente los Derechos alemán, francés e italiano), tal y como suele ser práctica usual en los trabajos de investigación, sino que hemos ampliado el horizonte de nuestro estudio comparativo tanto a otros países comunitarios (con especial referencia a nuestro vecino Portugal, al tener una de las más recientes codificaciones civiles europeas) como a naciones del otro lado del Atlántico (con particular detenimiento en Estados Unidos,

² DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, reimpresión de 1997 (que reproduce facsimilarmente la segunda tirada de la edición original publicada en 1971 por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), p. 389.

Panamá o Argentina) y, asimismo, a ciertos ordenamientos fuertemente influenciados por los valores que impregnan su cultura ancestral (como es el caso de Japón).³

Así pues, y como se puede fácilmente comprender, esta tarea ha requerido un importante esfuerzo investigador y de documentación, que se han realizado con el fin de ofrecer una mayor amplitud de miras sobre el actual marco normativo internacional y poder así situar en sus justos términos y con mayor conocimiento de causa el debate jurídico que posteriormente se plantea.

Asimismo, el recurso al argumento de Derecho comparado se ha tratado de utilizar a lo largo del presente trabajo de investigación con un carácter “transversal”, es decir, como un argumento más al que se puede recurrir para fundamentar determinadas opiniones o posiciones en relación con distintas materias o cuestiones de diversa índole, y no tanto como un capítulo aparte (a modo de compartimento estanco) en el que se incluyan todas las particularidades y singularidades del panorama normativo internacional.

Es evidente que esta metodología empleada exige una mayor laboriosidad y precisión, al tener que contrastar en todo momento el asunto que se está estudiando con el Derecho comparado relacionado con el mismo, si bien contribuye a un mayor enriquecimiento de la cuestión debatida.

³ *Vid.*, en este sentido, las palabras contenidas en el prólogo de don Antonio Garrigues Walker a la obra de BARBERÁN, Francisco y DOMINGO, Rafael: *Código Civil japonés*, edición bilingüe y actualizada con la colaboración de Nobuo Hayashi, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2006, p. 23: “De todos es sabido que el Derecho japonés ocupa un puesto muy relevante en el estudio de los iuscomparatistas, por haber sabido armonizar como pocos ordenamientos la propia tradición jurídica con los sistemas del *civil law* y el *common law*. Dos sistemas jurídicos occidentales ciertamente diferentes, pero cada vez más próximos, a causa del imparable proceso de globalización que está influyendo de manera determinante en la misma estructura del Derecho. Esto explica que el Derecho japonés se haya convertido en nuestros días en un auténtico laboratorio de lo que algunos ya venimos llamando desde años, Derecho global, concepto que supera con creces la idea del Derecho internacional, tanto clásico como moderno”.

El Código Civil japonés de 16 de julio de 1898 (revisado por la Ley 222/1947, de 22 de diciembre y por la Ley 147/2004, de 1 de diciembre) representa el paradigma del cambio jurídico protagonizado por el archipiélago nipón durante el periodo conocido como la restauración Meiji, emperador bajo cuyo mandato se produjo la internacionalización del Imperio del Sol y su apertura a Occidente, sustituyéndose el régimen feudal por una monarquía constitucional. Con ese Código Civil, el Derecho japonés se emancipó de la familia jurídica china para incorporarse a la romana, habiéndose inspirado fuertemente en su redacción y elaboración en el Derecho alemán, con influencias también del *Code* francés (dado su incuestionable prestigio a finales del siglo XIX), así como del Código suizo de las obligaciones y del Derecho angloamericano, entre otros.

Idem, estudio preliminar, pp. 25 y 37, y nota a pie de página número 1.

Debe tenerse presente, asimismo, el frecuente recurso al que se ha acudido en el presente trabajo consistente en detenernos en la lectura pausada de los preámbulos o exposiciones de motivos de diversas leyes (todavía vigentes o ya derogadas), al proporcionarnos las motivaciones que residían en la *mens legislatoris* para justificar la introducción y regulación de un determinado instituto jurídico y comprobar, de este modo, la subsistencia o no de aquellas en la realidad social actual.

Por otro lado, el estudio comparativo del Derecho positivo (interno e internacional) se complementa debidamente con las aportaciones de la doctrina científica, que son particularmente prolíficas en la doctrina francesa e italiana en lo que a la empresa familiar se refiere.

A ello debe añadirse, finalmente, la siempre instructiva referencia a la doctrina legal o jurisprudencial, que nos ilustra sobre la aplicación práctica de la normativa vigente (y los consiguientes desajustes que se puedan apreciar entre la norma y la praxis) así como también el recurso a los principios generales del Derecho, que inspiran e informan el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico y que constituyen siempre un valioso elemento hermenéutico que permite reinterpretar algunas instituciones y actualizar su contenido.

Por último, se establecen una serie de conclusiones basadas en las argumentaciones apuntadas y desarrolladas con carácter previo y, asimismo, se formulan unas propuestas *de lege ferenda* o de Derecho constituyente como medio idóneo de exponer de forma sistemática, fundamentada y ordenada las proposiciones de reforma que se sugieren respecto de determinados institutos jurídico-civiles.

Respecto al **objetivo del presente trabajo de investigación**, consiste en suscitar el necesario e inaplazable debate doctrinal, tanto en el ámbito académico como profesional, de modo pausado y reflexivo, sobre la situación o estado actual de nuestro ordenamiento jurídico-privado (con especial énfasis en el Derecho común), con la clara finalidad de aportar suficientes elementos de juicio al legislador como paso previo para emprender las reformas legales procedentes y ya apremiantes, todo ello a la luz de la compleja problemática que presenta la empresa familiar.⁴

⁴ Se ha puesto un especial afán y esmero en delimitar adecuadamente los diferentes conceptos e institutos jurídicos, con una finalidad eminentemente didáctica, utilizando para ello una terminología jurídica correcta.

Asimismo, es propósito de esta tesis doctoral aportar un conjunto de reflexiones que impregnen el análisis jurídico riguroso que se realiza a través de las diversas partes en que se encuentra dividida, con la clara finalidad de contribuir al fortalecimiento del Derecho en un mundo donde los aspectos económicos (quizás consecuencia de la crisis internacional padecida) parecen prevalecer sobre cualesquiera otros, ocupando la atención principal de los distintos operadores y aun del propio legislador.

Y, en consonancia con estas líneas reflexivas que se abren a lo largo de este trabajo, se hace especial énfasis en obtener la mayor virtualidad y efectividad posibles de los diferentes institutos que configuran nuestra tradición jurídica nacional (con las necesarias adaptaciones a la realidad social actual), en una época de la historia marcada por la denominada “globalización” y que conlleva el serio riesgo de caer en una tendencia a unificar o, incluso, uniformar todos los ámbitos de la existencia, incluido el jurídico, con un grave empobrecimiento del Derecho.

Finalmente, **este trabajo se estructura** en dos partes y seis capítulos, distribuidos de la siguiente forma:

1. En la primera parte se estudia cuál es el tratamiento jurídico vigente que se da a la empresa familiar en el ordenamiento español y dentro de ella se distinguen dos capítulos:

-el capítulo I (que consta de cinco epígrafes) comienza con un epígrafe en el que se deja patente la relevancia de la empresa familiar en la actualidad, se dedica a abordar el problema derivado de la dificultad de elaborar un concepto que defina satisfactoriamente esta empresa y sobre el que haya un mínimo consenso, y ello se hace desde una doble perspectiva, normativa y doctrinal. Asimismo, se hace un repaso de la regulación jurídica existente sobre la empresa familiar, tanto en nuestro Derecho como en el Derecho comparado, con especial detenimiento en las disposiciones dictadas por las instancias comunitarias sobre pequeñas y medianas empresas. En los dos últimos epígrafes se ponen de manifiesto, finalmente, las bondades y las servidumbres de la empresa familiar, y se hace especial énfasis en los valores que impregnan esta empresa, incardinados en la tradición de la familia empresaria y que constituyen uno de sus valores añadidos.

-el capítulo II (que consta de cuatro epígrafes) aborda la problemática jurídica de la empresa familiar, para lo cual se expone con carácter preliminar cuál es el estado de

la cuestión. A continuación, en los epígrafes segundo y tercero se distingue entre transmisión de la empresa por actos *inter vivos* y transmisión por actos *mortis causa*, y ello con el fin de determinar los diferentes actos jurídicos en virtud de los cuales se puede transmitir la empresa familiar, haciéndose un detallado estudio de los obstáculos que plantea la normativa actual para la adecuada sucesión de la empresa por acto *mortis causa* y, asimismo, de los cauces jurídicos vigentes para conseguirlo, pero que resultan manifiestamente insuficientes. En el último epígrafe se hace un breve análisis del protocolo familiar como instrumento de planificación sucesoria de la empresa.

2. En la parte segunda, y a la vista de la regulación jurídica vigente y de los problemas existentes en relación con la empresa familiar (tratados en la parte primera), se plantea la conveniencia de aprobar un estatuto que contemple las especificidades de este tipo de empresa a modo de regulación *ad hoc*.

Dentro de esta segunda parte, se distinguen cuatro capítulos:

-el capítulo III (que consta de dos epígrafes) aborda en primer lugar la necesidad o no de elaborar un estatuto jurídico de la empresa familiar, para lo cual se exponen las diferentes posiciones doctrinales al respecto, se estudian los antecedentes de nuestro Derecho en los que aparecen regulaciones sobre figuras similares (como el patrimonio familiar de naturaleza agraria), se analiza algún modelo legal de Derecho comparado y se valoran las conclusiones plasmadas en el informe elaborado por el grupo de expertos designados en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado en el año 2001. Por su parte, en el epígrafe segundo se determina cuál debería ser el contenido mínimo o básico de ese pretendido estatuto de la empresa familiar.

-el capítulo IV (que consta de dos epígrafes) trata con profundidad dos instituciones jurídicas de gran arraigo en el Derecho civil: la legítima y los pactos sucesorios.

En cuanto a la primera, se acude a su génesis y evolución histórica para analizar la verdadera causa de su nacimiento; se cuestiona el fundamento actual de la institución legitimaria, para lo cual se reproduce uno de los debates de mayor altura jurídica de la doctrina civilista española, que tuvo lugar en el seno de la Comisión General de Códigos durante la etapa codificadora; se reconsidera su razón de ser y su mantenimiento en el ámbito del Derecho común, formulándose por último una serie de propuestas *de lege ferenda* en las que se aboga por una libertad de testar condicionada a

la concurrencia de alguna causa de necesidad en los descendientes del testador, que los hagan merecedores de un derecho de alimentos; y se propugna un fortalecimiento de la posición jurídica legitimaria de los padres y del cónyuge viudo del testador, así como la configuración de la legítima como *pars valoris*.

Respecto a los pactos sucesorios, que son estudiados en el segundo epígrafe, se hace un cuestionamiento de la *ratio legis* de su prohibición en el Código Civil, para lo cual se acude de nuevo a los antecedentes históricos, se explican las razones en las que se fundamenta dicha prohibición y se expone, finalmente, una propuesta de admisibilidad de los pactos sucesorios en el Derecho común, con especial incidencia en la sucesión en la empresa familiar.

-el capítulo V (que consta de tres epígrafes ampliamente desarrollados cada uno de ellos) aborda el estudio de las denominadas instituciones fiduciarias: los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias; el negocio fiduciario, la fiducia sucesoria y el *trust*; y las fundaciones familiares. En todos estos casos, después de hacer una breve reseña histórica sobre el surgimiento de estas figuras jurídicas, teniendo en cuenta las regulaciones más avanzadas en esta materia de los Derechos forales o Derechos civiles territoriales, así como de algunos Derechos comparados, y analizando asimismo la doctrina jurisprudencial existente, se hacen finalmente una serie de propuestas de reforma de especial interés para nuestro Derecho privado común y para la empresa familiar.

-por último, el capítulo VI (que consta de tres epígrafes) se dedica al estudio de otras disciplinas jurídicas, con la finalidad de dar un tratamiento jurídico integral a la reforma que proponemos en este trabajo de investigación, abordándose así el estudio del Derecho mercantil (con especial detenimiento en el Derecho societario) y del Derecho fiscal, cuya normativa ha de coordinarse necesariamente con el Derecho civil para evitar el desuso de instituciones jurídicas por la elevada carga impositiva que llevan consigo. Finalmente, en este mismo capítulo y a modo de broche o cláusula de cierre del mismo y de la tesis doctoral en su conjunto, se propone al notario como figura clave en la vertebración de la empresa familiar y del ordenamiento jurídico privado.

Las **líneas de investigación** sobre las que se ha basado la presente tesis doctoral y que le confieren un carácter original y novedoso, son las siguientes:

1. El presente trabajo de investigación tiene un indudable interés general tanto desde un punto de vista económico como social, así como una gran actualidad.⁵

Dicho interés consiste, en primer lugar, en garantizar la continuidad de la empresa familiar, la cual ocupa un papel relevante en el tejido empresarial español e internacional.

Así, en España el 85 por ciento del total de las empresas son familiares y generan el 70 por ciento del empleo privado y del Producto Interior Bruto.

Por su parte, en la Unión Europea el 60 por ciento de las empresas son familiares, lo que representa una cifra de 17 millones de empresas que generan 100 millones de empleos.

Finalmente, en Estados Unidos el 80 por ciento de las empresas tienen la condición de familiares y producen el 50 por ciento del empleo.⁶

Un último dato que debe tenerse en cuenta es que el 80 por ciento de las empresas del mundo son familiares, según las estadísticas manejadas por la Family Business Network (FBN).⁷

Pues bien, volviendo a nuestro país, deben destacarse las siguientes cifras: el 65 por ciento de las empresas familiares está en primera generación, el 25 por ciento lo está en segunda y solo el 9 por ciento de las mismas se encuentra en tercera generación, de tal manera que uno de los principales problemas que plantea la empresa familiar

⁵ A título de ejemplo, y como botón de muestra, baste señalar que por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de marzo de 2014, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 69, de 21 de marzo, se convoca oposición entre notarios (conocida como “restringidas”) y se hace público el cuestionario para el segundo ejercicio (examen oral), siendo habitual que se incluyan en el mismo **cuestiones de especial actualidad**.

Pues bien, en el citado cuestionario se hace explícita referencia, en lo que aquí nos interesa, a las siguientes materias, la mayoría de las cuales son tratadas en nuestro trabajo de investigación: incidencia en el Derecho español de la regulación comunitaria en materia de Derecho privado; análisis desde la perspectiva notarial de los instrumentos comunitarios sobre ley aplicable en el espacio de justicia; estudio de los negocios anómalos, indirectos y fiduciarios, así como del posible reconocimiento del *trust*; crítica y revisión de la legítima en el Código Civil y análisis de la libertad de testar y sus límites en los diferentes Derechos civiles españoles; la empresa familiar y su problemática sucesoria, así como el protocolo familiar; jurisdicción voluntaria, arbitraje y mediación en el Derecho español, con especial referencia a la función notarial; estructura y esquema de regulación del futuro Código Mercantil español; y encuadramiento del Derecho de sociedades español en el Derecho de sociedades comunitario.

⁶ Fuente de información: Instituto de la Empresa Familiar (www.iefamiliar.com). Consulta realizada el 27 de agosto de 2015.

⁷ Véase www.fbn-i.org.

española reside en la dificultad de sobrevivir más allá de la segunda y, especialmente, de la tercera generación.⁸

De los datos recogidos por el Instituto Nacional de Estadística,⁹ se desprende que es altamente conveniente y recomendable para el conjunto de la economía nacional, la conservación de las empresas familiares ya existentes, así como la creación de otras nuevas.¹⁰

A este respecto, debe destacarse la elocuente y acertada afirmación hecha ya hace más de medio siglo, según la cual “una unidad económica, empresa industrial, comercial o agraria, no puede existir únicamente en beneficio del interés adquisitivo del propietario. Esta función social de la unidad económica hace aparecer como deseable la continuación de su estado, luego de la muerte de su propietario. Significaría un considerable e improductivo dispendio de fuerzas el que las unidades económicas con que la sociedad misma se organiza, pudieran desaparecer con los hombres que las sostuvieron y hubieran de ser continuamente creadas por nuevos hombres”.¹¹

Ha de resaltarse, pues, la necesidad de evitar los perjuicios no solo económicos, sino también sociales y familiares, que ocasiona la desaparición de una empresa en general, y de una empresa familiar en particular.

Así, el evidente interés general que tiene el objeto de este trabajo de investigación deriva de que son muchos los intereses concurrentes que persiguen la consecución de una misma finalidad, como es la conservación y continuidad de la empresa: el interés de la persona que ha de adquirir la empresa, a fin de que su valor no se vea notablemente mermado; el interés de quienes prestan su trabajo dentro de la empresa, que tienen en ella su fuente de ingresos y el medio de subsistencia de sus familias; y el interés de los

⁸ Fuente de información: Asociación para el Desarrollo de la Empresa Familiar de Madrid (www.edefam.com). Consulta realizada el 27 de agosto de 2015.

⁹ Datos a fecha de 1 de enero de 2011.

¹⁰ En este sentido, el presidente del Instituto de Empresa Familiar, D. José Manuel Entrecanales, señaló que “familia, empresa, progreso y reconocimiento internacional son términos que van unidos cuando hablamos del país. La recuperación y el relanzamiento de la marca España pasan ineludiblemente por la empresa familiar, como demuestra el hecho de que las compañías que formamos parte del Instituto y de las organizaciones territoriales empleamos conjuntamente a más de 1,6 millones de trabajadores”. Revista IEF, número 43, mayo 2013, p. 3.

¹¹ Son palabras de RADBRUCH, citado por PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 18.

terceros a los que la empresa sirve (los clientes) y de los terceros que sirven a la empresa (proveedores).

Debe hacerse mención del compromiso de los juristas y, en concreto, de los notarios (amén de los economistas) de contribuir a garantizar la continuidad y conservación de las empresas en general, y de las empresas familiares en especial, con todos los recursos jurídicos a su alcance.

Pues bien, es un hecho incuestionable y contrastado que la principal causa de “muerte” o extinción de las empresas familiares en nuestro país, es la falta de una adecuada planificación sucesoria por parte del empresario, la cual se convierte en una de las piezas clave para lograr su supervivencia intergeneracional,¹² todo ello sin perjuicio de la existencia de otras causas o factores, tales como la desestructuración de la familia o el entorno cada vez más competitivo al que ha de enfrentarse el pequeño y mediano empresario, como consecuencia de la globalización económica.

En este sentido, en relación con esta primera línea de investigación y con la finalidad de dar una respuesta jurídica adecuada a este hecho sociológico constatado y contrastado sobre la problemática que plantea la empresa familiar, cabe plantearse una primera cuestión de gran relevancia jurídica, a saber: ¿debe prevalecer el interés social consistente en conservar la empresa familiar sobre el interés personal de los legitimarios de participar en la herencia del empresario-causante? O, dicho en otros términos, ¿debe propugnarse y favorecerse la libertad de elección de sucesor en la empresa familiar por parte del disponente, a través de un sistema de libertad de testar (absoluta o limitada) o, por el contrario, ha de respetarse y mantenerse la distribución igualitaria de la herencia (allí donde exista) mediante un sistema de cuotas legitimarias?

Esta y otras cuestiones relacionadas principalmente con el Derecho sucesorio conforman el segundo eje vertebrador (junto a la empresa familiar) de este trabajo de investigación, en el que se hace una propuesta de reforma del Derecho común de sucesiones contenido en el vigente Código Civil.

¹² Por su parte, León Danco, uno de los padres de la consultoría de la empresa familiar, señaló en el III Congreso Nacional de Empresa Familiar celebrado en Logroño en el mes de mayo del año 2000, que la supervivencia de la empresa familiar “es vital para combatir las tentaciones monopolistas de las grandes multinacionales”; véase www.ief.es.

2. Por otra parte, el tema objeto de la presente tesis doctoral es de naturaleza pluridisciplinar o interdisciplinar.¹³

En este sentido, la conservación y transmisión de la empresa familiar entran principalmente dentro del ámbito del Derecho privado y, en concreto, del Derecho civil, siendo el Derecho de sucesiones (en el que adquiere especial relevancia la institución de la legítima y los pactos sucesorios), y el Derecho de familia (si se trata de un empresario casado, cuando su régimen económico matrimonial fuere el de comunidad, cualquiera que sea su modalidad) las ramas jurídicas que más directamente inciden en la sucesión de la empresa familiar.

Sin embargo, es también una materia propia del Derecho mercantil (sobre la forma en que se organice económicamente la empresa), siendo el Derecho de sociedades el que regula la misma cuando adopte la forma societaria.

Pero, a mayor abundamiento, no puede pasar desapercibida la importancia de la normativa tributaria, cuya necesaria coordinación con el Derecho de sucesiones es de gran trascendencia para garantizar un efectivo cumplimiento y desenvolvimiento de las instituciones civiles sucesorias, evitando así que puedan caer en desuso como consecuencia de la elevada carga fiscal soportada.

Por consiguiente, y a diferencia de otros trabajos ya realizados, la mayoría de los cuales presentan un enfoque eminentemente economicista (donde, por tanto, se hacen primar los aspectos puramente económicos), esta tesis doctoral ofrece una panorámica y una visión de conjunto de las distintas disciplinas de nuestro ordenamiento que están imbricadas en esta materia, con especial detenimiento en las cuestiones de estricta naturaleza jurídica, a fin de armonizar adecuadamente la regulación normativa y

¹³ Nos parecen de gran interés, a este respecto, las palabras escritas por PUIG BRUTAU hace ya más de cincuenta años, pero que mantienen hoy plena actualidad, y que reproducimos a continuación: “Las normas que proceden de diferentes disciplinas se combinan íntimamente en la práctica profesional. Más que la simple conjunción de reglas que son objeto de atención por disciplinas diferentes, hay que obtener un cauce normativo a base de preceptos cuya eficacia exige que se saquen del recinto doctrinal donde están sistematizadas. El profesional se enfrenta con problemas cuya solución no depende de que se aplique el Derecho civil y después (o antes, si se quiere) el Derecho mercantil, el fiscal, etc., sino que ha de hallarse en la unidad formada por normas (aparte de criterios y reglas de experiencia) procedentes de sectores que nos parecen diferentes porque generalmente sólo se estudian cuando se encuentran en estado reposo”.

Vid. PUIG BRUTAU, José: “El testamento del empresario”, *Revista de Derecho Privado*, 1960, p. 845.

permitir así un tratamiento integral de las cuestiones relacionadas con la empresa familiar.¹⁴

Como ha señalado CERDÁ GIMENO,¹⁵ “ha sido muy meritorio el esfuerzo de algunos notarios (GARRIDO DE PALMA) y algunos civilistas (GARCÍA CANTERO) consistente en ubicar la empresa familiar dentro de la tradicional sistemática civilista”.

3. Asimismo, y en consonancia con lo expuesto anteriormente, se realiza un estudio detallado y exhaustivo de la *ratio* o fundamento de ciertas instituciones jurídico-civiles.

De esta manera, se analiza el contexto histórico y social en el que se gestaron y nacieron determinados institutos, y se cuestiona su vigencia en la actualidad, proponiendo soluciones de *lege ferenda* a través de la revitalización y actualización de los mismos, con el fin de lograr una mayor virtualidad jurídica.

A este respecto, debe señalarse que en los últimos años estamos asistiendo a un serio y preocupante “empobrecimiento del Derecho”,¹⁶ de lo cual los notarios damos fe, y que tiene especial incidencia en el ámbito del Derecho patrimonial (y, en especial, sucesorio), donde se observa una infravaloración de las distintas instituciones jurídicas que ofrece nuestro ordenamiento para dar cauce a las legítimas necesidades de organización y autorregulación de los particulares. ¿Es ignorancia o despreocupación de los “juristas prácticos”?

¹⁴ La empresa familiar es también objeto de estudio por otras disciplinas científicas, tales como la Sociología y la Psicología, no siendo este trabajo de investigación la sede adecuada para profundizar en sus repercusiones.

¹⁵ CERDÁ GIMENO, José: “De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar”, en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coords.): *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 320.

¹⁶ A este respecto, especialmente significativas son las palabras pronunciadas por don Benigno Pendás, consejero de Estado y director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en la conferencia dada en la Academia Matritense del Notariado: “**Hay que legislar menos, mucho menos, y hay que legislar mejor, mucho mejor.** (...) La gran paradoja consiste en que a fuerza de multiplicar el número de leyes, vivimos, en cierto modo, en una ciudad sin ley. A las normas jurídicas les ocurre un fenómeno inflacionario que es perfectamente equiparable al de la inflación monetaria: cuanto más normas, menos valen, en la medida en que se dejan de aplicar o se convierten en algo puramente formal”, elogiando finalmente algunas leyes centenarias como la Ley del Notariado y la merecidamente ensalzada Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria.

Vid. revista Escritura Pública, número 85, enero-febrero 2014, p. 10 de la sección “El Notariado informa”.

Para ello, se acude también a la regulación existente en los diferentes Derechos forales, cuyas últimas reformas¹⁷ en algunos de ellos los han situado en una posición de vanguardia, que se puede convertir en una posible pauta a seguir con respecto al Derecho privado común.

En este sentido, debe recordarse el papel central que la doctrina y la literatura jurídica europeas desempeñaron durante la Baja Edad Media y la Edad Moderna, es decir, la importancia decisiva que tuvo la denominada *communis opinio doctorum*.

Así, y sin perjuicio de la legislación existente en esa época, en estos siglos de unidad de la ciencia jurídica europea son muy numerosas las instituciones del Derecho privado cuya configuración debe mucho al trabajo doctrinal y práctico de los juristas, los cuales proceden al estudio, interpretación y adaptación de los textos del *Corpus Iuris Civilis* a las realidades sociales y económicas del momento.

4. Por otro lado, si bien es cierto que existe ya una abundante literatura sobre la empresa familiar y los problemas derivados de su sucesión, sin embargo, el presente trabajo de investigación realiza una importante labor recopiladora de los diferentes trabajos doctrinales existentes sobre la materia, superándose así la dispersión de las fuentes y facilitándose de este modo un mejor seguimiento y conocimiento de esta realidad en el momento actual.

A mayor abundamiento, y como ya quedó expuesto al inicio de esta introducción, el planteamiento que se hace resulta novedoso, ya que, partiendo del estudio de la concreta y compleja problemática que presenta la empresa familiar (y, en particular, de la sucesión intergeneracional en la misma), se trasciende dicho ámbito para profundizar en la necesidad de emprender una reforma integral de nuestro ordenamiento jurídico privado y, en especial, del Derecho sucesorio común.

Además, debe resaltarse la tarea de investigación que se efectúa, tanto en relación con la normativa vigente en los más importantes sistemas de Derecho comparado, como en lo que respecta a diversas disposiciones normativas de nuestro ordenamiento jurídico interno, que ya fueron derogadas o que, por el contrario, nunca llegaron a entrar en

¹⁷ Una de las últimas y más importantes reformas es la producida por virtud de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en vigor desde el 3 de octubre del presente año, que deroga la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco y la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la ley anterior en cuanto al Fuero Civil de Guipúzcoa.

vigor, y de las que se puede rescatar alguno de los principios que inspiraron dicha regulación.

5. Asimismo, se aborda el estudio de las consideraciones éticas sobre la empresa familiar (con importantes referencias al magisterio social pontificio), incorporando así una perspectiva poco tratada y bastante ausente en las últimas publicaciones científicas sobre esta materia, constituyendo uno de los “valores añadidos” de la empresa familiar que la singulariza con respecto al resto de empresas.

En este sentido, ha de hacerse mención especial de los ideales filantrópicos de la familia empresaria y de la denominada estrategia familiar de filantropía económico-social, que puede canalizarse a través de la inversión en I+D+i (que sigue siendo escasa en nuestro país) o mediante la constitución de fundaciones, impulsándose así el mecenazgo empresarial, en relación con el cual los Estados Unidos siguen estando a la vanguardia, extendiéndose también en los últimos años esta cultura de los “empresarios filántropos” al ámbito de los países latinoamericanos.

La persona ha de ser el fundamento mismo del ordenamiento jurídico¹⁸ y de las instituciones reguladas por él, de tal manera que los postulados economicistas basados

¹⁸ En este sentido, modernamente se ha acuñado un axioma que ha recibido muchas adhesiones entre los civilistas, a saber: *ubi persona, ibi ius civile*, es decir, donde está la persona allí debe estar el Derecho civil.

Cabe destacar la existencia de un importante elenco de reputados iusprivatistas españoles contemporáneos (y, más en concreto, de civilistas) que se han pronunciado a favor del Derecho natural, como son Sánchez Román, Clemente de Diego, De Castro, Castán Tobeñas, Hernández Gil, Vallet de Goytisolo y García Cantero.

Pues bien, uno de los ejes vertebradores de la doctrina iusnaturalista (a la que nos adherimos) consiste en afirmar la existencia de una insoslayable relación entre el Derecho positivo y la moral, erigiéndose a la persona en el centro de la protección jurídica. La justicia y la consecución del bien común se configuran como elementos esenciales del Derecho y la democracia no garantiza que las legítimas mayorías alcancen siempre esos objetivos. Por ello, para que una norma merezca el calificativo de jurídica no puede ni debe imponer una conducta que sea injusta o inmoral. Y es, precisamente, el Derecho natural (en cuanto Derecho preconfigurado por la naturaleza y encarnado en el hombre) el cauce que determina cuál ha de ser el canon jurídico que marca la dirección que debe seguir la norma positiva para merecer el título de jurídica.

Y entre esos valores connaturales e inmutables cabe mencionar, entre otros, el derecho a la vida; la igualdad de los hijos ante la ley, cualquiera que sea su filiación (matrimonial, no matrimonial o adoptiva); la igualdad entre el hombre y la mujer (concurriendo las mismas condiciones) y su complementariedad, al ser sexos biológicos diferentes; y la concepción del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.

Por último, algunos autores consideran que estos valores se pueden entender incorporados a nuestro Derecho positivo, si nos atenemos a lo dispuesto en los arts. 1 CE (que proclama los valores superiores de la igualdad, la justicia, la libertad y el pluralismo político) y 10.1 CE (que hace referencia a los derechos inviolables de la persona humana). Véase, asimismo, la Ley 4 del Fuero Nuevo de Navarra, en virtud de

en criterios exclusivos de rentabilidad (a ser posible, inmediata) y ajenos a cualquier consideración moral y social, fruto de una cultura y mentalidad marcadamente individualistas, no pueden ni deben constituir la única referencia para el legislador.

6. Finalmente, debe destacarse que el Notariado es un gran conocedor de las dos realidades e instituciones que aparecen interrelacionadas en este trabajo y que son esenciales para la sociedad, cada una de ellas en su ámbito respectivo, a saber: la empresa (regida por principios de eficiencia, productividad y ánimo de lucro) y la familia (regida por valores de afectividad, fraternidad y lealtad).

A este respecto, VICENT CHULIÁ ha señalado que la sociedad familiar como institución supone una creación, sobre todo, del Notariado y de la Abogacía.¹⁹

En este sentido, y partiendo de estas premisas, en el presente trabajo se pretende proponer al notario como figura clave en la articulación y vertebración del complejo entramado de la empresa familiar y del ordenamiento jurídico privado, poniendo así sus amplios conocimientos iusprivatistas no solo al servicio del interés particular, sino también del interés general, con el fin de coordinar adecuadamente los diferentes instrumentos jurídicos que nos ofrece el Derecho para conseguir una completa autorregulación de dichas empresas.

Y ello no solo mediante la plasmación documental final de la constitución de la empresa familiar (o, en su caso, de su transmisión) en la correspondiente escritura pública, naciendo así a la vida jurídica, sino también a través de la necesaria labor de asesoramiento previo que permita la elección de los medios jurídicos idóneos para dar cauce a la voluntad del empresario o empresarios, contribuyendo así de forma eficaz a la seguridad jurídica preventiva o cautelar.²⁰

la cual: “Son principios generales los de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro, y los que resultan de sus disposiciones”.

Vid., a este respecto, GARCÍA CANTERO, Gabriel: “El Derecho privado a la luz del Derecho natural”, en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (coord.): *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, volumen II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 1249 y ss.

¹⁹ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “La familia empresaria y los protocolos familiares”, en *Tratado de Derecho de la familia*, volumen VIII, capítulo 63, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 959.

²⁰ A mayor abundamiento, la función notarial puede extenderse al ámbito de la resolución extrajudicial de los conflictos que puedan suscitarse en el seno de la empresa familiar. *Vid.* capítulo III.2.4 de este trabajo de investigación.

VII.- CONCLUSIONES FINALES.

1. Reconsideración y reinterpretación de los principios y bases del Derecho privado patrimonial.

La regulación de nuestro decimonónico Código Civil ha de encuadrarse en el contexto social propio de la época en que se promulgó, caracterizado por tratarse de una sociedad construida sobre unas bases económicas predominantemente agrarias, así como sobre un liberalismo marcadamente individualista.

Los profundos y rápidos cambios sociales y económicos que se han producido en los últimos años justifican la necesidad de reconsiderar y reinterpretar los principios y bases del Derecho privado patrimonial, con el fin de proceder al cuestionamiento de la *ratio legis* de varias instituciones jurídico-civiles y a su consiguiente modernización y adaptación a las nuevas circunstancias socioeconómicas actuales.

2. Revalorización del Derecho y recuperación del lugar preeminente que le corresponde.

La Economía y los estudios y análisis excesivamente economicistas realizados sobre la empresa familiar no pueden desplazar del lugar que corresponde al Derecho, siendo ciencias autónomas e independientes con su respectivo ámbito de actuación que no pueden ni deben solaparse.

Así, la Economía es una ciencia descriptiva, mientras que el Derecho es una ciencia normativa.

Por ello, el Derecho (y, más en concreto, el Derecho civil) no puede estar al servicio de la Economía, sino de los legítimos intereses de los ciudadanos, a fin de que estos puedan autorregular sus lícitas pretensiones jurídicas sin ningún tipo de

Cfr. la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, donde se suprime la prohibición contenida en el art. 12.3 *in fine* de la derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que señalaba que “tampoco podrán actuar como árbitros (...) quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel”.

Asimismo, véase la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a tenor de cuyo art. 23.3.2º: “El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”.

Por último, téngase en cuenta la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en la que se reconocen nuevas e importantes competencias a los notarios en diversas materias, con el fin de desjudicializar asuntos en los que no es precisa la intervención judicial.

condicionamiento que pueda tener más una connotación “intervencionista”, que posibilista.

El Derecho no puede ni debe someterse a la Economía (tal como propugnan los postulados propios del Análisis Económico del Derecho), sino que está llamado a imponer una ética a la misma, basada en valores y principios superiores, tales como la justicia, la libertad, la igualdad o la seguridad jurídica.

A este respecto, debe recordarse que, desde un punto de vista etimológico, el concepto “Derecho” está estrechamente unido a las ideas de justicia, rectitud, honestidad, honradez y moralidad.

De este modo, se consagra el reconocimiento del Derecho como instrumento esencial para la construcción del nuevo espacio jurídico europeo, de tal manera que la Europa que se quiere reconstruir es y debe ser algo más que un gran espacio económico, pasando así a ser una Europa de valores donde la persona y el ciudadano comunitario pasen a ser el centro de la normativa y queden garantizadas la libertad, la justicia y la seguridad jurídica.

3. Necesidad de una mayor intervención de la dogmática jurídica en la elaboración de las leyes.

En los últimos años estamos asistiendo a una “producción legislativa extraordinaria” a través de la cual el legislador, de forma precipitada y sin la debida y deseable reflexión, está legislando incluso “a golpe de decreto-ley”, abusando quizás de este instrumento normativo y publicándose con demasiada frecuencia en el Boletín Oficial del Estado rectificaciones o correcciones de errores de las disposiciones normativas aprobadas con no mucha antelación, todo lo cual contribuye a aumentar de forma preocupante la inseguridad jurídica, dificultando de forma notable la labor de los profesionales del Derecho.

Pues bien, la actividad *de lege ferenda* (consistente en la elaboración de propuestas académicas o doctrinales racionales que contribuyan a la formación de normas jurídicas basadas en criterios de justicia) forma parte de la labor del jurista y, en este sentido, consideramos que es exigible un mayor protagonismo por parte del mismo, no solo en la interpretación de las leyes que ya han sido aprobadas sino también en la fase prelegislativa o fase previa a su “creación”, ampliando así el horizonte de la

dogmática jurídica o Ciencia del Derecho, en aras de prestar un mayor servicio a la política legislativa que redunde en última instancia en la mejor calidad de las leyes y en su mayor efectividad social.

4. Actualización de los institutos jurídico-civiles españoles versus importación de figuras extranjeras.

Se hace preciso poner en valor las instituciones jurídico-civiles que conforman el ordenamiento privado español, actualizándolas y adaptándolas en la medida necesaria a las nuevas circunstancias surgidas como consecuencia del nuevo escenario de la “globalización” que caracteriza la coyuntura histórica en la que nos encontramos, pero sin renunciar por ello a toda la potencialidad y virtualidad jurídicas que dichas instituciones pueden desplegar, respetando los principios esenciales sobre los cuales descansan y que responden a un sistema jurídico latino heredero de una tradición incardinada en una cultura que hunde sus raíces en el Derecho romano.

En este sentido, es necesario concienciarse de la “creciente colonización anglosajona que nos invade”, que pretende imponer a modo de nuevo conquistador imperialista los postulados jurídicos propios de la cultura angloamericana, con su consiguiente traducción en la terminología empleada a nivel internacional, cada vez más impregnada de anglicismos (especialmente en el ámbito financiero).

Y así, enarbolando la bandera de la mayor flexibilidad y versatilidad de sus institutos jurídicos, y de la mayor celeridad que ello confiere al tráfico jurídico, sin embargo, presenta como contrapartida unos elevados costes de inseguridad jurídica (derivados de la ausencia de un sistema de seguridad jurídica preventiva a través de un control *ex ante*) que comportan, a su vez, de manera inexorable unos costes económicos que hacen menos rentable, seguro y atractivo el sistema jurídico anglosajón.

5. Reforma del sistema legitimario de Derecho común.

Consideramos razonable, justo y adaptada a las nuevas exigencias de los tiempos actuales, la configuración de la legítima de los descendientes del testador con carácter alimenticio, lo que se traduciría en el reconocimiento legal de derechos legitimarios

única y exclusivamente en los casos de notoria y evidente necesidad por los parientes más próximos del testador.

Por el contrario, la legítima de los padres debe mantenerse de *lege ferenda* por razones basadas en un elemental principio de justicia y reciprocidad, siendo además especialmente merecedora de ella en atención a las actuales circunstancias familiares y sociales concurrentes (como la mayor esperanza de vida, el aumento de los casos de enfermedades degenerativas y los supuestos de abandono de los padres por sus hijos).

Asimismo, ha de fortalecerse la posición jurídica del cónyuge viudo mediante una nueva configuración de su legítima, que deje de ser en usufructo y pase a ser en pleno dominio, anteponiéndose además como heredero legal (en sede de sucesión intestada) a los padres del causante (el cónyuge premuerto), en defecto de hijos y descendientes de ambos.

Por otra parte, el sistema de legítimas representa un serio lastre para la continuidad y subsistencia de la empresa familiar, y ello no tanto por su cuantía, sino por la naturaleza de *pars bonorum* de la legítima a la que tienen derecho los legitimarios por regla general.

Así pues, sería necesaria y conveniente, *de lege ferenda*, una modificación de nuestro ordenamiento (y, más en concreto, del Código Civil) que contemplase una nueva configuración de la naturaleza jurídica de la legítima, pasando a ser así una *pars valoris* o simple derecho de crédito reclamable por el legitimario contra el heredero, y ello en consonancia, asimismo, con la tendencia que se puede apreciar en el Derecho comparado y en las legislaciones forales.

6. Admisibilidad de los contratos sucesorios al servicio de la libertad dispositiva mortis causa del causante.

El principio general de prohibición de los pactos sucesorios en el ámbito del Derecho común, consagrado en los arts. 816 y 1271.2 CC, constituye una restricción a la autonomía de la voluntad o autonomía privada cuya *ratio* o fundamento ha dejado de tener la consistencia que en otros tiempos justificó su imposición legal, de tal manera que la nueva y actual realidad social exige, no ya una interpretación de la norma conforme con ella (*ex art. 3.1 CC*), sino una nueva normativa capaz de dar respuesta a las nuevas demandas sociales.

El contrato sucesorio se configura como un instrumento formal que permite dar cauce jurídico a la voluntad de los otorgantes, con unas peculiaridades propias y específicas que lo distinguen del testamento, ampliando así el abanico de posibilidades que el Derecho pone a disposición de los particulares a fin de que puedan ejercer la libertad civil o derecho de autonomía privada, por todo lo cual la contratación sucesoria debe potenciarse.

En el caso concreto de la sucesión en la empresa familiar, el contrato sucesorio representa además una alternativa de gran eficacia jurídica que se erige en instrumento negocial idóneo para asegurar su conservación y continuidad intergeneracional, siendo prueba inequívoca de ello su admisión y regulación generalizada en las legislaciones forales (donde ha existido tradicionalmente una fuerte vinculación entre la propiedad y la familia), así como los importantes pasos dados en esta materia por los vecinos Derechos francés e italiano.

7. Revitalización de la sustitución fideicomisaria para su mayor virtualidad jurídica.

El instituto jurídico de la sustitución fideicomisaria es hoy una figura residual, de escasa aplicación práctica, como lo demuestra el hecho incuestionable de que apenas se recurre a la misma en la praxis notarial, salvo en supuestos puntuales en que se pretende predeterminar la trayectoria *mortis causa* de determinados bienes del testador, a fin de asegurar su continuidad en el ámbito familiar.

Por ello, ha de reconsiderarse el régimen legal de la sustitución fideicomisaria plasmado en la parca regulación del Código Civil, posibilitando así una revitalización de la misma mediante su aplicación a supuestos de hecho distintos de aquellos para los que originariamente se concibió, a fin de evitar que, paulatinamente, caiga en desuso.

En consonancia con el planteamiento anterior, y de acuerdo con las reformas realizadas en algunos Derechos forales o Derechos civiles territoriales, uno de los posibles ámbitos de actuación en que podría desenvolverse la sustitución fideicomisaria, con una concepción y dimensión renovadas, sería en relación con la sucesión en la empresa familiar.

8. Regulación del negocio jurídico fiduciario y de la fiducia sucesoria. No recepción del *trust* en nuestro Derecho.

En coherencia con nuestra línea argumental reformista expuesta a lo largo del presente trabajo de investigación, consideramos que el legislador común español debe emprender las reformas legales necesarias para proporcionar un marco jurídico general a la institución de la fiducia, tanto en sus manifestaciones entre vivos como por causa de muerte, pues su falta de regulación actual ha motivado una abundante jurisprudencia que es poco clarificadora.

Respecto del negocio fiduciario, propugnamos que se reconduzca hacia la utilización de otras figuras negociales típicas dotadas de regulación legal, lo que contribuiría a reforzar notablemente la seguridad jurídica, que se configura como uno de los principios básicos que informan el conjunto de nuestro ordenamiento (ex art. 9.3 CE).

La fiducia sucesoria, por su parte, debería ser objeto de una regulación jurídica más pormenorizada en el ámbito del Derecho común, superando de este modo la escueta y farragosa normativa contenida en el artículo 831 del Código Civil, lo cual podría contribuir a garantizar la conservación y continuidad de la empresa familiar al ponerse a disposición del empresario un nuevo instrumento jurídico de ordenación y planificación sucesoria para cuando él fallezca, consistente en delegar en el fiduciario la designación del sucesor más idóneo para continuar al frente de la empresa, estableciendo entretanto unas reglas de administración de la misma.

Por su parte, entendemos que no es necesario ni conveniente la “transposición” a nuestro Derecho ni del *trust* anglosajón o angloamericano, que al admitir el “desdoblamiento” del derecho de propiedad recayente sobre un mismo bien ocasionaría graves distorsiones con nuestra concepción unitaria del derecho de propiedad, ni del *trust* internacional, cuyas notables semejanzas con nuestro negocio jurídico fiduciario hacen superfluo cualquier planteamiento de “importación” o incorporación a nuestro ordenamiento interno.

9. Viabilidad de las fundaciones familiares.

La fundación familiar, entendiendo por tal la que se constituye *ad hoc* para asegurar la conservación de una empresa o patrimonio familiar, debería admitirse expresamente en nuestro ordenamiento jurídico al constituir un óptimo y adecuado instrumento jurídico de planificación sucesoria de la empresa dentro de la familia.

Desterrando de este modo los antiguos recelos del legislador decimonónico, heredados por nuestro Código Civil, y considerando al mismo tiempo que el concepto de fundación debe estar ligado a la consecución de un fin de interés general, la fundación familiar conseguiría conciliar dos intereses diferentes: la conservación de la empresa familiar y el cumplimiento de una finalidad de interés general, consecuencia de aquella.

10. Necesidad de planificación sucesoria por el empresario mercantil individual.

Se insta encarecidamente al empresario mercantil individual a que tome conciencia de las perjudiciales consecuencias jurídicas que se pueden derivar para su empresa (cuando él ya no sea su titular) si no otorga testamento o cualquier otro negocio jurídico en el que se planifique con la debida antelación y reflexión la sucesión empresarial, garantizando así su conservación y su continuidad intergeneracional.

11. Reforma de algunos planteamientos tradicionales del Derecho de sociedades. Estatuto jurídico de la empresa familiar.

Es preciso avanzar hacia una reordenación general del Derecho regulador de las sociedades de capital, mediante un claro replanteamiento del modelo tipológico legal.

Los nuevos modelos legales de sociedad deben responder de manera efectiva a las diferentes formas de organización empresarial que demanda la sociedad de nuestro tiempo, delimitándose con claridad los elementos estructurales que caracterizan cada tipo societario con la evidente finalidad de ofrecer un cauce jurídico adecuado a las distintas pretensiones de los operadores económicos, permitiendo a estos la elección del tipo legal que más se ajuste a su voluntad.

Ello hace aconsejable una reformulación de los dos tipos societarios principales, como son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, así como la posible regulación de un tipo societario específico que, a modo de “sociedad familiar”, canalice las singularidades de la empresa familiar que pretenda revestir forma societaria.

En todo caso, consideramos que existen suficientes argumentos jurídicos para sostener la conveniencia de promulgar un estatuto que regule *ad hoc* las particularidades que encarna la empresa familiar, unificando así la regulación sobre la misma y favoreciendo con ello tanto la labor del operador jurídico como el preciso conocimiento de la normativa aplicable por parte del empresario.

12. Necesaria coordinación del Derecho fiscal con el Derecho civil.

La fiscalidad o el gravamen tributario no pueden condicionar la celebración de un negocio jurídico determinado, de tal manera que dependiendo de la mayor o menor carga fiscal soportada por dicho acto jurídico, se decida o no su otorgamiento por las partes contratantes o interesadas.

La virtualidad y operatividad jurídicas de diversas instituciones civiles quedan muy limitadas por los contraproducentes efectos derivados de su fiscalidad, reduciendo así de forma preocupante el margen de actuación del operador del Derecho o jurista práctico a la hora de buscar los instrumentos jurídicos idóneos y más adecuados para dar cauce legal a la voluntad del particular, y contribuyendo con ello a un preocupante empobrecimiento de nuestro Derecho.

Entendemos que carece de sentido que un Derecho adjetivo, como es el Derecho fiscal, pueda condicionar de tal forma el desenvolvimiento de un Derecho sustantivo, como es el Derecho civil.

En consecuencia, propugnamos la necesidad de que la normativa fiscal estimule y no desincentive la utilización de las instituciones jurídico-civiles.

13. Consolidación de la seguridad jurídica como valor de primer orden que debe ser salvaguardado.

El notario es el profesional que debe constituir el eje vertebrador en la configuración del Derecho privado, tanto por su alta cualificación en esta disciplina, como por su neutralidad e imparcialidad, contribuyendo con ello a garantizar la necesaria e imprescindible seguridad jurídica, como valor de primer orden y principio que informa el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico (*ex art. 9.3 CE*).

Pues bien, consideramos que el notario encarna y representa estas aptitudes y valores, de tal suerte que sus amplios conocimientos de Derecho privado y la *auctoritas*

de que se halla investido, lo convierten en “figura clave” para dotar de estabilidad y seguridad jurídica a las diversas instituciones civiles que, con la necesaria renovación y revitalización que hemos propugnado, deben configurar el nuevo Derecho privado común español del siglo XXI, contribuyendo de este modo también a asentar sobre bases sólidas la estructura, funcionamiento y transmisión de la empresa familiar.